

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 8 februari 2007¹

I — Inleiding

belastingplichtigen fiscaal nadelige gevolgen zou hebben?

1. De onderhavige zaak stelt een interessant fiscaalrechtelijk probleem aan de orde in verband met de herstructurering van ondernemingen.²

2. Het Hof wordt gevraagd wat het gemeenschapsrecht verlangt voor de fiscale behandeling van een *winstuitkering* die harerzijds in nauw verband staat met een grensoverschrijdende *aandelenruil* die kort daarvoor heeft plaatsgevonden. Mag een dergelijke winstuitkering door de bevoegde belastingdienst worden aangemerkt als deel van de vergoeding en daarmee als *bijbetaling in geld* door de verwervende vennootschap voor de in haar vermogen ingebrachte vennootschapsaandelen, wat voor de betrokken

3. Achtergrond van deze zaak vormt een transactie waarbij twee Deense belastingplichtigen hun aandeel in een Deense kapitaalvennootschap in een Ierse kapitaalvennootschap inbrachten en in ruil daarvoor aandelen in deze Ierse vennootschap verwierven. Zoals vooraf gepland, deed de Ierse vennootschap enkele dagen later de twee Deense belastingplichtigen een winstuitkering toekomen.

4. De aandelenruil en de beslissing om tot een winstuitkering over te gaan, vonden beide plaats kort voordat een nieuw Deens-Iers Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van kracht werd, waarbij voor de belasting van dividenden regelingen zouden worden ingevoerd die minder gunstig waren dan die welke op grond van het destijds geldende verdrag voor Deense belastingplichtigen golden.

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

² — Omwille van de eenvoud wordt het begrip herstructurering hierna gebruikt als overkoepelend begrip voor fusies en splitsingen van kapitaalvennootschappen, inbreng van activa daarin en aandelenruil.

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrecht*

5. Het gemeenschapsrechtelijk kader van deze zaak wordt gevormd door richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten.³

6. Onder de algemene bepalingen van titel I van richtlijn 90/434 bevinden zich in artikel 2 begripsbepalingen die, voor zover hier van belang, luiden als volgt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder

[...]

d) aandelenruil: de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor hun effecten, bewijzen van deel-

gerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild;

[...]

g) verworven vennootschap: de vennootschap waarin een andere vennootschap een deelneming verwerft door middel van een effectenruil;

h) verwervende vennootschap: de vennootschap die een deelneming verwerft door middel van een effectenruil;

[...]”

7. In titel II van richtlijn 90/434 bepaalt artikel 8 onder meer:

„1. Toekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap

³ — PB L 225, blz. 1.

in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, mag op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde.

gingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft;

[...]

[...]”

4. De leden 1, 2 en 3 vormen geen beletsel voor het in aanmerking nemen, ter fine van het belasten van de deelgerechtigde, van een bijbetaling in geld die hem eventueel zou worden toegekend bij de fusie, de splitsing of de aandelenruil.”

9. Bij richtlijn 2005/19⁴ zijn de titel en een aantal bepalingen van richtlijn 90/434 gewijzigd. Deze wijzigingen zijn echter pas op 24 maart 2005 in werking getreden⁵ en dienden uiterlijk per 1 januari 2006 respectievelijk 1 januari 2007 door de lidstaten te zijn omgezet⁶, zodat ze voor de onderhavige zaak niet relevant zijn.

8. Tot de slotbepalingen van titel V van richtlijn 90/434 behoort onder meer de volgende bepaling in artikel 11:

B — Nationaal recht

„1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil

1. De fiscale behandeling van aandelenruil

10. Voor de fiscale behandeling van aandelenruil waren ten tijde van de feiten naar

- a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Het feit dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwe-

4 — Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005 tot wijziging van richtlijn 90/434/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 58, blz. 19).

5 — 24 maart 2005 is de twintigste dag volgende op die van de bekendmaking van richtlijn 2005/19 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (artikel 254, lid 1, EG).

6 — Artikel 2 van richtlijn 2005/19.

Deens recht de bepalingen van de wet inzake de belasting van meerwaarde bij vervreemding van aandelen en de wet inzake de belastingregeling voor fusies relevant.⁷

11. In verband met de omzetting van richtlijn 90/434 in Deens recht, werd § 13 van de wet inzake de belasting van meerwaarden bij de vervreemding van aandelen⁸, leden 1 en 2⁹, geformuleerd als volgt:

„1) In geval van aandelenruil worden de aandeelhouders van de verworven vennootschap belast volgens de §§ 9 en 11 van de fusionsskatteoven, indien de verwervende als de verworven vennootschap uit een lidstaat zijn in de zin van artikel 3 van richtlijn 90/434/EEG. Als fusiedatum geldt de datum van de aandelenruil. De aandelenruil moet uiterlijk zes maanden na de eerste ruidag zijn gerealiseerd.

2) Onder ‚aandelenruil’ in de zin van het eerste lid wordt verstaan de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor de ingebrachte aandelen, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild.”

12. Uit de voorbereidende stukken blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was, dat § 13 van de wet inzake de belasting van meerwaarden bij vervreemding van aandelen overeen zou stemmen met de begripsbepaling van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434.¹⁰

13. De §§ 9 en 11 van de Deense wet inzake de belastingregeling voor fusies¹¹, waarnaar § 13, lid 1, van de wet inzake de belasting van

7 — De volgende weergave van de betrokken bepalingen berust op gegevens van de verwijzende rechter in de verwijzingsbeschikking en op aanvullende gegevens die de Deense regering op verzoek van het Hof heeft verstrekt.

8 — Aktieavancebeskatningsloven (*Lovtidende* 1993, blz. 4171).

9 — §13, lid 3 juncto lid 4, van de wet op de belasting van aandelenwinst bevat een bijzondere regeling voor aandelenruil van vennootschappen die op de beurs genoteerd zijn, welke voor de ze zaak niet relevant is.

10 — Aldus de Østre Landsret onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij het wetsontwerp (*Folketingstidende*, bijlage A, 1991/92, kolom 517).

11 — Fusionsskatteoven (*Lovtidende* 1992, blz. 3374).

meerwaarden bij vervreemding van aandelen verwijst, bepalen onder meer het volgende:

„§ 9

- 1) De aandelen in de inbrengende vennootschap [verworven vennootschap] worden geacht door de aandeelhouder aan een derde te zijn vervreemd, indien de tegenprestatie uit iets anders bestaat dan??? aandelen in de ontvangende vennootschap [verwervende vennootschap].

[...]

§ 11

- „1. Voor de vaststelling van de algemene of bijzondere inkomsten worden de aandelen in de ontvangende vennootschap [verwervende vennootschap] die de aandeelhouders van de inbrengende vennootschap [verworven vennootschap] ontvangen als tegenprestatie voor de ingebrachte aandelen, behandeld alsof zij op dezelfde dag en tegen dezelfde prijs als de ingebrachte aandelen zijn verkregen. [...]”

14. Al degenen die aan de onderhavige procedure hebben deelgenomen, zijn het erover eens, dat er aanvankelijk in het Deense recht geen specifieke bepaling was opgenomen tot omzetting van artikel 11 van richtlijn 90/434 met het oog op aandelenruil. Een desbetreffende wet waarbij het vereiste van goedkeuring door het Ligningsråd (belastingraad) is ingevoerd, is pas eind 1994 opgesteld en pas in 1995 aangenomen.¹²

2. Belasting van dividenden

a) Intern Deens recht

15. Dividenden die aan in Denemarken wonende natuurlijke personen worden uitgekeerd, worden aldaar belast overeenkomstig § 16 A, lid 1, van de wet betreffende de belastingaanslag¹³, en § 4 a van de wet op de inkomstenbelasting.¹⁴ Deze regeling is ook van toepassing op een eventuele bijbetaling in geld die in het kader van een aandelenruil is uitgekeerd.¹⁵

12 — Volgens de opmerkingen van de verwijzende rechter met aanvullingen van Kofoed gaat het om een wetsontwerp van 2 november 1994, dat op 25 april 1995 is aangenomen.

13 — Ligningsloven (*Lovtidende* 1992, blz. 5478).

14 — Personskatteloven (*Lovtidende* 1992, blz. 3914).

15 — Aldus de onweersproken mededelingen van Kofoed.

16. § 16 A, lid 1, van de wet betreffende de belastingaanslag bepaalt:

2. Inkomsten uit winst vallen niet onder het belastbare inkomen.”

„Voor de vaststelling van het algemene belastbare inkomen worden winst uit aandelen, deelnemingsbewijzen en soortgelijke effecten meegerekend. Tot de winst worden alle bedragen gerekend die door de vennootschap aan de aandeelhouders en deelgerechtigden worden uitgekeerd met uitzondering van bonusaandelen of -deelbewijzen en de liquidatieopbrengst die wordt uitgekeerd in het kalenderjaar waarin de vennootschap definitief wordt opgeheven.”

17. § 4 a van de wet op de inkomstenbelasting bepaalt, onder meer:

„1. Inkomsten uit winst omvatten de som van alle

1. dividenden van aandelen als bedoeld in § 16 A van de wet betreffende de belastingaanslag, die door belastingplichtige vennootschappen in de zin van [...] worden betaald;

[...]

18. Volledigheidshalve zij nog gewezen op § 8 a van de wet op de inkomstenbelasting, waarin onder meer het volgende is bepaald:

„1. Inkomsten uit dividenden die een basisbedrag van 26 400 DKK niet te boven gaan, worden definitief tegen een vast tarief van 30 % belast. De op grond van § 65 van de wet op de bronbelasting ingehouden dividendbelasting op dividendbedragen die het basisbedrag niet te boven gaan, vormt de definitieve betaling van de belasting, en de dividendbelasting wordt niet op grond van § 67 van de wet op de bronbelasting met de definitief verschuldigde belasting verrekend.

(2) Inkomsten uit dividenden die een basisbedrag van 26 400 DKK te boven gaan, worden tegen een tarief van 45 % belast. De belasting op inkomsten uit dividenden die het basisbedrag te boven gaan, wordt in de definitief verschuldigde belasting opgenomen, en de bronbelasting die op grond van § 65 van de wet op de bronbelasting op dat deel van de dividenden is ingehouden, wordt op grond van § 67 van de wet op de bronbelasting met de definitief verschuldigde belasting verrekend.

[...]"

b) Het Deens-Ierse verdrag ter voorkoming van dubbele belasting

mogen bezit en dat inkomen of vermogen volgens de bepalingen van dit verdrag in Ierland kunnen worden belast, dan staat Denemarken een aftrek van de Deense inkomsten- of vermogensbelasting toe die overeenkomt met de inkomsten- of vermogensbelasting voor het deel van het inkomen dat uit Ierland afkomstig is of het vermogen dat hij in Ierland bezit."

19. Het tussen het Koninkrijk Denemarken en Ierland gesloten Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, dat op de feiten van het hoofdgeding van toepassing is, is in Denemarken op 15 april 1964 geratificeerd.¹⁶

20. Volgens artikel 6, lid 1, sub a, van dat verdrag was Ierland bevoegd om dividend dat door een Ierse vennootschap aan een Deense ingezetene werd uitbetaald, te belasten. Volgens die bepaling was oplegging van een surtaks echter uitgesloten.

21. Artikel 23, lid 2, van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting bepaalde:

„Wanneer iemand die voor de Deense belasting Deens ingezetene is (ongeacht of hij voor de Ierse belasting ook als Iers ingezetene wordt aangemerkt), in Ierland inkomen ontvangt uit vermogen of ver-

22. Volgens inlichtingen van de Østre Landsret (hierna ook: „verwijzende rechter”) werden die bepalingen volgens vaste Deense rechtspraak in die zin uitgelegd, dat door een Ierse vennootschap aan een Deense ingezetene betaald dividend op grond van het vrijstellingsbeginsel (nieuwe methode) een belastingvoordeel genoot.

23. In de loop van 1992/1993 werd opnieuw onderhandeld over het Deens-Ierse Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting met als gevolg, dat door een Ierse vennootschap aan een Deense ingezetene uitbetaald dividend voortaan zowel in Ierland als in Denemarken kon worden belast en dat Denemarken de in Ierland betaalde belasting in mindering bracht. Volgens de verwijzende rechter trad dit nieuwe verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, wat betreft dividenden, op 7 november 1993 voor Denemarken in werking.

¹⁶ — Getekend te Kopenhagen op 4 februari 1964.

III — De feiten en het hoofdgeding

24. Hans Markus Kofoed bezat aanvankelijk een aandeel van 50 % in Cosmopolit Holding ApS, een besloten vennootschap naar Deens recht. De resterende 50 % van het kapitaal was in het bezit van Niels Toft.

25. Op 26 oktober 1993 verwierf elk van beide heren een aandeel van 1 IEP in Dooralong Ltd., een „slapende” vennootschap („shell company”) naar Iers recht met een volgestort aandelenkapitaal van 2 IEP.

26. Op 29 oktober 1993 vond een aandelenruil plaats waarbij Kofoed en Toft hun respectieve aandelen in Cosmopolit Holding ApS met een nominale waarde van 120 000 DKK, inruilden tegen nieuw uitgegeven aandelen in Dooralong Ltd. met een nominale waarde van 10 500 IEP. Als gevolg van deze ruil hadden Kofoed en Toft elk een aandeel met een nominale waarde van 10 501 of 50 % in Dooralong Ltd., terwijl Dooralong Ltd. harerzijds nu alle aandelen in Cosmopolit Holding ApS bezat. Kofoed en Toft controleerden Cosmopolit Holding ApS dus niet meer direct, maar indirect door tussenschakeling van Dooralong Ltd.

27. Op de jaarvergadering van Dooralong Ltd. die plaatsvond op 3 november 1993, werd de jaarrekening voor het jaar eindigend op 2 november 1993, gepresenteerd en goedgekeurd. Deze gaf een winst te zien van in totaal 2 742 616 IEP (ongeveer 26 miljoen DKK) over de werkzaamheden van haar pas verworven dochtermaatschappij Cosmopolit Holding ApS, die op haar beurt haar jaarrekening op 31 oktober 1993 had gepresenteerd. De activa van Dooralong Ltd. bestonden uit het volledige maatschappelijk kapitaal van Cosmopolit Holding ApS die — volgens haar eigen jaarrekening van 31 oktober 1993 — na de uitkering van haar winst aan Dooralong Ltd. nog over een eigen vermogen van 1 709 806,00 DKK beschikte; voordien was dat ongeveer 28 miljoen DKK geweest.

28. Op de jaarvergadering van Dooralong Ltd. van 3 november 1993 werd ook besloten om een winst ten bedrage van 2 742 116 IEP uit te keren.¹⁷ Van deze uitkering ontving Kofoed 50 % (dat wil zeggen 1 371 058 IEP).

29. Volgens de vaststellingen in het hoofdgeding die de verwijzende rechter als uitgangspunt neemt, waren er geen commerciële redenen voor deze transacties, maar werden hiermee veeleer fiscale bezuinigingen beoogd. Zo hadden Kofoed en Toft op het

17 — Volgens de verwijzende rechter zijn partijen in het hoofdgeding het erover eens dat de winstuitkering in overeenstemming met de toepasselijke Ierse wettelijke bepalingen heeft plaatsgevonden.

tijdstip van de aandelenruil niet meer dan vage plannen om via Dooralong Ltd. commerciële activiteiten te ontplooiën.

30. Hoewel van tevoren nooit bindend overeen was gekomen dat de betrokken winstuitkering door Dooralong Ltd. zou plaatsvinden, lag het wel van meet af aan in de bedoeling van Kofoed en Toft om op de eerste algemene vergadering na de aandelenruil een aanzienlijk deel van de winst van Dooralong Ltd. uit te keren. De betrokkenen handelden met kennis van het destijds geldende verdrag ter voorkoming van dubbele belasting en waren zich er ook van bewust dat dit zou worden gewijzigd.

31. In zijn Deense belastingaangifte voor 1993 beriep Kofoed zich op het destijds geldende verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, op grond waarvan de door Dooralong Ltd. aan hem uitgekeerde winst voor hem in Denemarken van belasting was vrijgesteld. Volgens de destijds geldende Deense regeling was de ruil van zijn aandelen in Cosmopolit Holding ApS tegen aandelen in Dooralong Ltd. eveneens belastingvrij geweest.

32. De Deense fiscus behandelde daarentegen de ruil van de aandelen van Kofoed in Cosmopolit ApS tegen aandelen in Dooralong Ltd. en de daaropvolgende winstuitkering door Dooralong Ltd. als onderdelen

van één transactie. De winstuitkering was in die opvatting dus in werkelijkheid deel van de prijs en daarmee een bijbetaling in geld in het kader van de aandelenruil. Daar deze bijbetaling in geld meer bedroeg dan 10 % van de nominale waarde van de overgedragen aandelen, was de regeling betreffende belastingvrije aandelenruil daarop niet van toepassing, aldus de fiscus.

33. Dit verschil van opvatting over de fiscale beoordeling van de winstuitkering en de aandelenruil leidde tot het hoofdgeding dat thans bij de Østre Landsret aanhangig is.

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof

34. Bij beschikking van 3 augustus 2004, ingekomen ter griffie van het Hof op 23 augustus 2005, heeft de Østre Landsret de bij hem aanhangige procedure geschorst en heeft hij het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434/EEG aldus worden uitgelegd dat er geen sprake is van aandelenruil in de zin van deze

richtlijn, wanneer de partijen bij de aandelenruil parallel aan de ruilvereenkomst hun voornemen hebben bekendgemaakt — zonder juridisch te worden gebonden — om op de eerste algemene vergadering van aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap na de totstandkoming van de ruil, te stemmen vóór een dividenduitkering van meer dan 10 % van de nominale waarde van de in het kader van de ruil overgedragen aandelen, en een dergelijke dividend daadwerkelijk wordt uitgekeerd?”

cale regeling in te voeren.¹⁸ Deze regeling omvat belastingvoordelen. Zo bepaalt artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434, dat toekenning van bewijzen van deelgerechtigdheid in het kader van een aandelenruil, op zich niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde. Op die manier moet de fiscale neutraliteit van een dergelijke herstructureringstransactie worden gegarandeerd en moet worden voorkomen dat stille reserves of andere verhogingen van de waarde worden belast zelfs nog voordat zij zich hebben verwezenlijkt.

35. In de procedure voor het Hof hebben naast Kofoed ook de Deense regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Beoordeling

A — Inleidende opmerkingen

36. Richtlijn 90/434 beoogt eventuele nadelen van fiscale aard voor de grensoverschrijdende herstructurering van ondernemingen weg te nemen, door voor bepaalde transacties zoals fusies of aandelenruil binnen de Gemeenschap een gemeenschappelijke fis-

37. Uit artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 volgt echter, dat een transactie enkel als aandelenruil in de zin van die richtlijn kan worden aangemerkt indien een eventuele bijbetaling in geld door de verwervende vennootschap niet meer bedraagt dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild. Hiermee moet worden voorkomen dat in de loop van een herstructurering waarbij aanspraak wordt gemaakt op de daarvoor geldende belastingvoordelen, een belangrijke meerwaarde wordt verwezenlijkt, alsof de aandelen van de verworven vennootschap op de open markt waren verkocht. Winst die bij verkoop van aandelen op de markt op zich

18 — Eerste, tweede en derde overweging van de considerans van richtlijn 90/434.

belastbaar zou zijn, moet niet naar geloven aan de belasting kunnen worden onttrokken enkel omdat hij in de context van een herstructurering is gemaakt. Maar met het plafond van 10 % behouden de partijen bij de herstructurering een zekere speelruimte voor bijbetalingen in geld die voor de gelijktrekking van de waarden noodzakelijk kunnen zijn

38. Met zijn vraag richt de verwijzende rechter zich uiteindelijk op het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434. Hij wil in wezen weten of ook als bijbetaling in geld in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt een winstuitkering door de verwervende vennootschap die plaatsvindt in nauwe temporele samenhang met haar verwerving van een deelneming in de verworven vennootschap en die, hoewel niet bindend overeengekomen, toch van meet af aan was gepland.

39. Het antwoord op die vraag is in casu beslissend voor de vraag of de transactie die op 29 oktober 1993 plaatsvond en waarbij Kofoed en Toft hun aandelen in Cosmopolit Holding ApS (de verworven vennootschap) overdroegen aan Dooralong Ltd. als verwervende vennootschap en daarvoor als tegenprestatie zelf aandelen in Dooralong Ltd. verwierven, nog als aandelenruil in de zin

van richtlijn 90/434 kan worden aangemerkt, waardoor de betrokkenen van de daarin voorziene belastingvrijstelling kunnen genieten.

40. Zou de winstuitkering door Dooralong Ltd. — als gevolg van het feit dat de transacties tussen 29 oktober 1993 en 3 november 1993 als een geheel worden beschouwd — nog als bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 worden aangemerkt, dan zou dit namelijk vanwege de overschrijding van de daarin neergelegde 10 % limiet, tot gevolg hebben dat er *geen* sprake meer was van aandelenruil in de zin van dat artikel en dat het uit artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 voortvloeiende verbod om belasting te heffen over het inkomen, de winst of de meerwaarden, in casu eenvoudigweg niet van toepassing was. Want de winstuitkering van 3 november 1993 bedroeg qua omvang meer dan 10 % van de nominale waarde van de aandelen in Dooralong Ltd. die op 29 oktober 1993 aan Kofoed en Toft waren toegekend.

41. In zijn praktisch effect gaat deze zaak echter uit boven een eenvoudige verduidelijking van het begrip bijbetaling in geld. Want op de achtergrond van dit uitleggingsprobleem speelt uiteindelijk de vraag, in welke vorm het toepasselijke gemeenschapsrecht de nationale instanties in staat stelt om rekening te houden met een mogelijk beoogde belastingontwijking naar aanleiding

van een herstructurering van kapitaalvennootschappen.

42. Om in een geval als het onderhavige adequaat op een eventuele belastingontwijking te reageren, zijn er in het kader van richtlijn 90/434 in wezen twee wegen denkbaar, die ik hier uiteen zal zetten. In de eerste plaats valt te denken aan een relatief ruime uitlegging van het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434.¹⁹ In de tweede plaats zou gebruik kunnen worden gemaakt van de in artikel 11, lid 1, sub a, van de richtlijn geboden mogelijkheid om in een concreet geval te weigeren de belastingvoordelen geheel of gedeeltelijk toe te passen of om het voordeel ervan teniet te doen.²⁰ De voorkeur van de Deense autoriteiten voor eerstgenoemd alternatief, lijkt niet in de laatste plaats daarmee samen te hangen dat het Deense recht op het voor deze zaak relevante tijdstip geen bepaling tot omzetting van artikel 11 van richtlijn 90/434 bevatte.

B — Het begrip bijbetaling in geld

43. Degenen die in de procedure voor het Hof opmerkingen hebben gemaakt, zijn het

oneens over de vraag of onder het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434, ook een winstuitkering van de verwervende vennootschap valt als die welke in deze zaak is verricht De Deense regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk bevestigen dit, terwijl Kofoed en de Commissie het tegenovergestelde standpunt innemen.

44. Het begrip bijbetaling in geld wordt door de gemeenschapswetgever niet nader gedefinieerd. De betekenis en draagwijdte daarvan moeten derhalve worden vastgesteld met inachtneming van de normatieve context van de regeling en de doelstellingen die door richtlijn 90/434 worden nagestreefd.²¹

45. Allereerst dient met betrekking tot de normatieve context te worden bedacht dat de bijbetaling in geld en de verkrijging van een deelneming in de verworven vennootschap die de betrokkene een meerderheid van stemmen in die vennootschap verleent²², volgens artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 onderdelen van één „Vorgang” vormen. Hoewel de bijbetaling in geld en de verwerving van de meerderheidsdeelneming niet noodzakelijkerwijs voorwerp behoeven

19 — Zie hieronder de punten 43-54 van deze conclusie.

20 — Zie in dit verband hieronder de punten 55-68 van deze conclusie.

21 — Zie in die zin arresten van het Hof van 7 juni 2005, VEMW e.a. (C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 41); 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 60), en 26 oktober 2006, Commissie/Spanje (C-36/05, Jurispr. blz. I-10313, punt 25).

22 — Omwille van de eenvoud spreek ik in het vervolg van (de verwerving van) een *meerderheidsdeelneming*.

te zijn van een en dezelfde *rechtshandeling*²³, is de band tussen beide nauw: de bijbetaling in geld vormt een integrerend bestanddeel van de tegenprestatie die de verwervende vennootschap verschaft met het oog op de verkrijging van een meerderheidsdeelneming in de verworven vennootschap.²⁴

46. Niet elke contante betaling die de verwervende vennootschap aan de deelgerechtigden in de verworven vennootschap toekent, kan bijgevolg als bijbetaling in geld worden aangemerkt, ook al moge deze van meet af aan door de betrokkenen gepland zijn en vindt zij plaats in nauwe temporele samenhang met de verwerving van de meerderheidsdeelneming. Beslissend is veeleer of een dergelijke betaling in geld ook het karakter heeft van een *tegenprestatie* voor de verwerving van de meerderheidsdeelneming en zij dus naast de eigenlijke, uit aandelen van de verwervende vennootschap bestaande, tegenprestatie *bindend overeen was gekomen*. Hiertoe is een objectieve

beoordeling vereist van alle omstandigheden van het concrete geval tezamen.²⁵

47. Ook in geval van een latere winstuitkering als de onderhavige, moet dus worden nagegaan of er concrete aanwijzingen zijn dat een dergelijke betaling nog een deel van de bindend overeengekomen tegenprestatie voor de verwerving van de meerderheidsdeelneming is. Dergelijke aanwijzingen kunnen in het bijzonder voortvloeien uit de schriftelijke overeenkomsten van de betrokkenen, maar ook uit alle andere omstandigheden. Valt echter — zoals de verwijzende rechter in casu lijkt aan te nemen — niet met voldoende zekerheid te bewijzen dat de latere betaling in geld ook nog bedoeld was als een deel van de bindend overeengekomen tegenprestatie, dan moet van de juistheid van de door de betrokkenen zelf gegeven kwalificatie worden uitgegaan; een uitkering in geld als de litigieuze moet dan als winstuitkering worden behandeld en mag niet worden geherinterpreteerd als bijvoorbeeld een bijbetaling in geld.

48. Voor een beperking van het begrip bijbetaling in geld tot echte tegenprestaties voor de verwerving van een meerderheidsdeelneming, pleit ook het doel van richtlijn

23 — Van de verschillende taalversies van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 lijkt enkel de Nederlandse het betrekkelijk enge begrip „rechtshandeling” te gebruiken, terwijl in de Tsjechische („operace”), Deense („transaktion”), Griekse („πράξη”), Engelse („operation”), Spaanse („operación”), Estse („tehing”), Finse („liiketoimi”), Franse („opération”), Hongaarse („művelet”), Italiaanse („operazione”), Litouwse („operacija”), Letse („operācija”), Maltese („hidma”), Poolse („operacja”), Portugese („operação”), Slowaakse („operácia”), Sloveense („operacija”) en Zweedse („förfarande”), formuleringen worden gebezigd die heel open zijn en vergelijkbaar met het Duitse begrip „Vorgang”.

24 — Sinds de inwerkingtreding van richtlijn 2005/19 kan een bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 ook worden verschaft als tegenprestatie voor de verkrijging van aanvullende aandelen waarmee de verwervende vennootschap een reeds bestaande zeggenschap over de verworven vennootschap versterkt. De hierna volgende uiteenzettingen kunnen mutatis mutandis ook op die situatie worden toegepast.

25 — Het vereiste om alle omstandigheden van het concrete geval tezamen te beoordelen, wordt ook beklemtoond in het arrest van het Hof van 15 januari 2002 Andersen en Jensen (C-43/00, Jurispr. blz. I-379, punten 25, 26 en 37), dat ook ging over de uitlegging van richtlijn 90/434, ook al betrof het daar artikel 2, sub c en i.

90/434. Deze richtlijn beoogt immers de fiscale nadelen voor grensoverschrijdende herstructurerings van ondernemingen — door bijvoorbeeld fusie of aandelenruil — weg te nemen ten einde de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie te versterken.²⁶ Voor een effectieve verwezenlijking van dit doel is het van beslissende betekenis dat grensoverschrijdende herstructurerings niet alleen aan een gemeenschappelijke fiscale regeling worden onderworpen²⁷, maar ook dat die regeling voor de betrokken ondernemers voorzienbaar is.

49. Overigens gebiedt ook het rechtszekerheidsbeginsel²⁸, dat een van de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht vormt en als zodanig zowel door de gemeenschapsinstellingen als door de lidstaten in acht moet worden genomen bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden op het gebied van het gemeenschapsrecht²⁹, dat de toepasselijke fiscale regeling voorzienbaar is. Volgens vaste rechtspraak geldt het rechtszekerheids-

vereiste in het bijzonder bij bepalingen die financiële consequenties kunnen hebben³⁰; dit kan zeker worden gezegd van richtlijn 90/434, waarvan de bepalingen van beslissende betekenis zijn voor de fiscale behandeling van grensoverschrijdende herstructurerings van ondernemingen.

50. Wordt dus een aandelenruil beoogd, dan moeten de betrokkenen met voldoende zekerheid kunnen voorzien wat die transactie voor hen fiscaal tot gevolg heeft. Pas dan kunnen zij überhaupt zinvol beoordelen of een dergelijke maatregel voor hen economisch hout snijdt. De fiscale effecten zouden daarentegen onberekenbaar zijn indien het gevaar bestond dat bij de fiscale beoordeling van een aandelenruil achteraf nog betalingen in geld zouden moeten worden betrokken die in nauwe temporele samenhang met die ruil hadden plaatsgevonden, maar waarover de betrokkenen niet bindend overeen waren gekomen dat het een tegenprestatie zou vormen voor de toekenning van aandelen.

51. Enerzijds valt dan namelijk voor de betrokkenen te vrezen, dat voor hun aandelenruil in het geheel geen vrijstelling van

26 — Zie de eerste en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 90/434.

27 — Zie de vierde overweging van de considerans van richtlijn 90/434.

28 — Vaste rechtspraak. Zie uit vele: arresten van 14 april 2005, België./Commissie (C-110/03, Jurispr. blz. I-2801, punt 30); 26 oktober 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Jurispr. blz. I-10211, punt 79), en 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punt 72).

29 — Arresten van 26 april 2005, „Goed Wonen” (C-376/02, Jurispr. blz. I-3445, punt 32), en 14 september 2006, Elmeka (C-181/04-C-183/04, Jurispr. blz. I-8167, punt 31), en de vergelijkbare arresten van 3 mei 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Jurispr. blz. I-3565, punt 69), en 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Jurispr. blz. I-6467, punt 56).

30 — Arrest Koninklijke Coöperatie Consun (aangehaald in voetnoot 28, punt 79). Zie ook arresten van 15 december 1987, Nederland/Commissie (326/85, Jurispr. blz. 5091, punt 24); 12 februari 2004, Slob (C-236/03, Jurispr. blz. I-1861, punt 37), en 16 maart 2006, Emsland-Stärke (C-94/05, Jurispr. blz. I-2619, punt 43).

de belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden als bedoeld in artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 zal worden verleend. Anderzijds moet worden bedacht dat ook de fiscale last die naar nationaal recht kan drukken op een winstuitkering die kort daarna plaatsvindt, qua hoogte kan verschillen al naar gelang de winstuitkering aan de dividendbelasting wordt onderworpen dan wel nog als bijbetaling in geld wordt aangemerkt en dientengevolge volgens de in artikel 8, lid 4, van de richtlijn geopende mogelijkheden wordt belast.

52. Een ruimere uitlegging van het begrip bijbetaling in geld kan ook niet worden gemotiveerd met het streven van richtlijn 90/434 om de financiële belangen van de betrokken lidstaten veilig te stellen en ze in staat te stellen om belastingfraude en -ontwijking te bestrijden.³¹ Want in de eerste plaats heeft de gemeenschapswetgever juist voor dit doel een specifieke bepaling in richtlijn 90/434 opgenomen, zoals één blik op artikel 11, lid 1, sub a, duidelijk maakt, en in de tweede plaats gaat een *algemene verruiming* van het begrip bijbetaling in geld verder dan nodig is om de financiële belangen van de lidstaten veilig te stellen en belastingfraude en -ontwijking te bestrijden zonder gelijktijdig de noodzakelijke voorzienbaarheid van de gemeenschappelijke belastingregeling voor de betrokken ondernemingen op het spel te zetten.

53. In soortgelijke zin heeft ook het Hof in het arrest Leur-Bloem overwogen, dat de bij richtlijn 90/434 ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling van toepassing is, ongeacht of de reden voor de aandelenruil van financiële, economische of zuiver fiscale aard is.³² Daaruit kan worden afgeleid dat bij de uitlegging van het begrip bijbetaling in geld als zodanig, de mogelijke motieven voor de betrokken transactie nog geen rol mogen spelen, en dat deze pas in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van de misbruiktoetsing in het concrete geval overeenkomstig artikel 11 van richtlijn 90/434.³³

54. Zowel systematische als teleologische overwegingen pleiten derhalve tegen een ruime uitlegging van het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 en voor een beperking van dat begrip tot echte tegenprestaties voor de verkrijging van een meerderheidsdeelneming. Tegen deze achtergrond kan de volgende tussenconclusie worden getrokken:

Prestaties in geld van de verwervende vennootschap, zoals bijvoorbeeld winstuitkeringen, waarvan niet bindend is overeengekomen dat zij een tegenprestatie vormen voor de door haar verkregen deelneming in

31 — Vierde en negende overweging van de considerans van richtlijn 90/434.

32 — Arrest van 17 juli 1997 (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 36).

33 — Dat de beoordeling van de motieven voor een aandelenruil enkel kan plaatsvinden in het kader van een uitputtend onderzoek van het concrete geval, wordt overigens ook bevestigd in het arrest Leur-Bloem (reeds aangehaald in voetnoot 32, punten 41 en 44).

de verworven vennootschap die haar in die vennootschap een meerderheid van stemmen verleent, vallen niet onder het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434, ook al waren zij van meet af aan door de betrokkenen gepland en hebben zij plaatsgevonden in nauwe temporele samenhang met die verwerving.³⁴

C — Mogelijkheden om tegen een eventueel beoogde belastingontwijking op te treden

55. Rest nog de vraag in hoeverre de nationale instanties in een geval als het onderhavige kunnen optreden tegen een met de aandelenruil mogelijk beoogde belastingontwijking.

56. Zoals reeds vermeld, beoogt richtlijn 90/434 onder meer de financiële belangen van de lidstaten veilig te stellen en ze in staat te stellen om belastingfraude en -ontwijking

effectief te bestrijden.³⁵ De door mij voorgestelde enge uitlegging van het begrip bijbetaling in geld³⁶ is geenszins in tegenspraak met dit verlangen. Dit verlangen wordt in tegendeel juist door artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 verwezenlijkt.

57. Deze bepaling brengt uiteindelijk tot uitdrukking wat ook in de vaste rechtspraak is erkend: bedrieglijke of oneigenlijke beroepen op het gemeenschapsrecht zijn niet toegestaan. De toepassing van het gemeenschapsrecht mag namelijk niet zover gaan dat oneigenlijke praktijken van ondernemers worden gedekt, dat wil zeggen operaties die niet in het kader van normale handelstransacties plaatsvinden maar enkel ten doel hebben om met misbruik van recht in het genot te komen van voordelen die het gemeenschapsrecht biedt.³⁷

58. Uiteraard kan het enkele feit dat gebruik wordt gemaakt van de organisatorische mogelijkheden die het gemeenschapsrecht

34 — Volledigheidshalve zij nog vermeld, dat dit sinds de inwerkingtreding van richtlijn 2005/19 mutatis mutandis ook geldt voor de verwerving van verdere aandelen waarmee een reeds bestaande zeggenschap van de verwervende in de verworven vennootschap wordt vergroot.

35 — Zie punt 52 en voetnoot 31 van deze conclusie.

36 — Zie punten 43-54 van deze conclusie.

37 — Arresten van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24 met verdere verwijzingen); 6 april 2006, Agip Petroli (C-456/04, Jurispr. blz. I-3395, punt 20), en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 35), en arrest Halifax (aangehaald in voetnoot 28, punten 68 en 69).

— hier richtlijn 90/434 — biedt, niet reeds de verdenking van misbruik rechtvaardigen.³⁸ Maar volgens artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 staat het de lidstaten vrij om te weigeren de in die richtlijn voorziene fiscale voordelen voor een aandelenruil geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat die transactie als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.

59. Als voorbeeld van een situatie waarin sprake is van een dergelijk doel, noemt de tweede volzin van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 de situatie waarin bedoelde rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. In een geval als het onderhavige, waarin er volgens de feitelijke vaststellingen van de verwijzende rechter geen concrete zakelijke aanleiding was voor de aandelenruil, maar deze veeleer was ingegeven door redenen van belastingbesparing³⁹, komt een weigering om de belastingvrijstelling van artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 toe te passen, dus zonder meer voor overweging in aanmerking. Er is immers geen zakelijke overweging in de zin van de richtlijn voor een aandelenruil waarmee

zuiver fiscale voordelen worden nagestreefd.⁴⁰ Afgezien daarvan kan ook de korte tijdsspanne tussen de winstuitkering en de aandelenruil op een mogelijk misbruik van de door richtlijn 90/434 geopende organisatorische mogelijkheden wijzen. Hetzelfde geldt voor het feit dat de betrokkenen zich bij hun handelingen bewust waren van de op handen zijnde wijziging van het Deens-Ierse verdrag ter voorkoming van dubbele belasting.

60. Of het in het concrete geval gerechtvaardigd is om toepassing van de in richtlijn 90/434 voorziene belastingvoordelen voor een aandelenruil geheel of gedeeltelijk te weigeren of het voordeel ervan teniet te doen, hangt af van de globale beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval, die door de bevoegde nationale instanties moet worden verricht en vatbaar moet zijn voor rechterlijke toetsing.⁴¹

61. De onderhavige zaak onderscheidt zich door de bijzonderheid, dat het Deense recht in het relevante tijdvak geen specifieke bepalingen tot omzetting van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 bevatte. Om die reden is in het bijzonder Kofoed van mening dat de belastingvoordelen van richtlijn 90/434 hem ten onrechte zijn onthouden.

38 — In dezelfde zin, maar met betrekking tot de uitoefening van het recht van vestiging (artikel 43 EG), de in voetnoot 37 genoemde arresten Centros (punt 27) en Cadbury Schweppes (punten 36-38).

39 — De betrokkenen waren zich er kennelijk van bewust dat de inwerkingtreding van een nieuw, voor hen minder gunstig Deens-Iers verdrag ter voorkoming van dubbele belasting voor de deur stond, zodat er voor hen destijds dus een stimulans was om door middel van de aandelenruil met daaropvolgende winstuitkering via de Ierse vennootschap belasting te besparen (zie punten 29 en 30 van deze conclusie).

40 — Arrest Leur-Bloem, aangehaald in voetnoot 32, punt 47.

41 — Ibidem, punt 41.

62. Een formele overneming van de bepalingen van richtlijnen in specifieke bepalingen van nationaal recht is echter lang niet altijd vereist. Aan een verplichting tot omzetting van een richtlijn kan, afhankelijk van de inhoud daarvan, reeds zijn voldaan door een algemene juridische context — met inbegrip van algemene beginselen van nationaal constitutioneel of administratief recht — wanneer daardoor de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze wordt gegarandeerd.⁴²

63. De verwijzende rechter zal dus moeten nagaan of op het onderhavige geval niet ook algemene bepalingen of beginselen van nationaal recht van toepassing kunnen zijn waaruit bijvoorbeeld volgt dat schijntransacties fiscaal irrelevant zijn of dat het verboden is om met misbruik van recht aanspraak te maken op bepaalde belastingvoordelen. Ook blijft het altijd mogelijk om terug te grijpen op de algemene bepalingen van nationaal recht betreffende belastingfraude en -ontwijking.⁴³ Bij de mondelinge behandeling voor het Hof waren de vertegenwoordigers van Kofoed en van de Deense regering het onderling niet eens over de vraag welke mogelijkheden het Deense recht op dit punt biedt.

64. Uiteraard moeten al deze regelingen, ongeacht of ze zijn vastgesteld om richtlijn

90/434 om te zetten of niet, altijd in overeenstemming met het gemeenschapsrecht en in het bijzonder met de tekst en de doelstellingen van richtlijn 90/434 en met artikel 11, lid 1, sub a, daarvan, worden uitgelegd en toegepast.⁴⁴

65. Tegen een gemeenschapsrechtsconforme uitlegging van nationaal recht pleit ook niet, dat deze mogelijkwijze ten koste van particulieren kan gaan. Want een toepassing van gemeenschapsrecht via bepalingen van nationaal recht, dat wil zeggen een *indirecte* toepassing van het gemeenschapsrecht ten laste van particulieren, is toegestaan.⁴⁵

66. Alleen een *rechtstreekse* toepassing van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 tegen Kofoed en Toft zou de Deense autoriteiten verboden zijn. Een lidstaat kan aan particulieren geen bepaling van een richtlijn

42 — Vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld arresten van juni 2005, Commissie/Italië (C-456/03, Jurispr. blz. I-5335, punt 51), en 6 april 2006, Commissie/Oostenrijk (C-428/04, Jurispr. blz. I-3325, punt 99).

43 — In dezelfde zin bijvoorbeeld arrest van 19 januari 1982, Becker (8/81, Jurispr. blz. 53, punt 34).

44 — Zie, voor de verplichting van de nationale rechter om het nationale recht in overeenstemming met richtlijnen uit te leggen, de vaste rechtspraak en in het bijzonder de arresten van 10 april 1984 Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26), en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01-C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punten 113-119 met verdere verwijzingen), en het arrest Adeneler (aangehaald in voetnoot 21, punten 108, 109 en 111).

45 — Zo is algemeen erkend dat de verplichting om nationaal recht in overeenstemming met richtlijnen uit te leggen, ook geldt in rechtsverhoudingen waarin een particulier noodzakelijkerwijze indirect wordt belast. Dit zijn enerzijds horizontale rechtsverhoudingen, dat wil zeggen rechtsverhoudingen tussen particulieren (zie onder meer arresten van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punten 6 en 8), en 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 20, 25 en 26), en anderzijds zogenoemde driehoeksverhoudingen [zie arrest van 7 januari 2004, Wells (C-201/02, Jurispr. blz. I-723, punt 57 met verdere verwijzingen)]. In dezelfde zin zie ook punt 153 van mijn conclusie van 14 oktober 2004 in de zaken Berlusconi e.a. (arrest van 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Jurispr. blz. I-3565).

tegenwerpen die hij zelf niet heeft omgezet.⁴⁶ Het is namelijk vaste rechtspraak dat een richtlijn niet *zelf* voor particulieren verplichtingen in het leven kan roepen en dat daarom jegens hen geen beroep kan worden gedaan op de richtlijn *als zodanig*.⁴⁷

taalenvenootschappen in gevaar te worden gebracht.⁴⁹ Overigens zou ook het reeds vermelde verbod om niet omgezette bepalingen van een richtlijn rechtstreeks tegen particulieren toe te passen, op die manier worden ondermijnd.⁵⁰

67. Evenmin mogen de bevoegde autoriteiten zich jegens particulieren *rechtstreeks* beroepen op een eventueel bestaand gemeenschapsrechtelijk rechtsbeginsel volgens hetwelk misbruik van recht niet geoorloofd is. Want voor gevallen die onder de werkingssfeer van richtlijn 90/434 vallen, heeft een dergelijk beginsel zijn specifieke uitdrukking en concretisering gevonden in artikel 11, lid 1, sub a, van de richtlijn.⁴⁸ Zou men daarnaast nog een direct beroep toelaten op een algemeen rechtsbeginsel dat inhoudelijk veel minder duidelijk en bepaald is, dan dreigt de door richtlijn 90/434 beoogde harmonisering te worden ondermijnd en de door deze beoogde rechtszekerheid bij de herstructurering van kapi-

68. Samenvattend kan dus het volgende worden gezegd.

Om te weigeren titel II van richtlijn 90/434 geheel of gedeeltelijk op een concreet geval toe te passen of om het voordeel ervan teniet te doen, is niet noodzakelijkerwijs een specifieke bepaling tot omzetting van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 vereist. Hiervoor kan namelijk ook worden teruggegrepen op algemene bepalingen van nationaal recht — met inbegrip van algemene beginselen van nationaal constitutioneel of administratief recht — voor zover deze overeenkomstig het gemeenschapsrecht en in het bijzonder de bewoordingen en de doelstellingen van richtlijn 90/434 en artikel 11, lid 1, sub a, daarvan worden uitgelegd en toegepast. Een rechtstreekse toepassing van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 tegen particulieren is daarentegen ongeoorloofd evenals een rechtstreeks beroep op een algemeen gemeenschapsrechtelijk verbod van misbruik van recht.

46 — Arresten van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 21); 26 september 1996, Arcaro (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punt 42); 29 april 2004, Beuttenmüller (C-102/02, Jurispr. blz. I-5405, punt 63), en 30 maart 2006, Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, Jurispr. blz. I-3039, punt 28).

47 — Zie onder meer arrest Pfeiffer, aangehaald in voetnoot 44, punt 108, met verdere verwijzingen, en Berlusconi, aangehaald in voetnoot 29, punt 73; cursivering van mij.

48 — Ook afgezien daarvan moeten nationale maatregelen op een terrein dat op gemeenschapsniveau *compleet* is geharmoniseerd, niet aan de hand van het primaire recht maar aan de hand van die harmoniseringsmaatregel worden beoordeeld. (arresten van 13 december 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Jurispr. blz. 9897, punt 32, en 14 december 2004, Swedish Match, C-210/03, Jurispr. blz. I-11893, punt 81). Uiteraard blijft altijd de mogelijkheid bestaan om de wettigheid van het afgeleide gemeenschapsrecht in het kader van de artikelen 220 e.v. EG te toetsen aan de maatstaf van het primaire gemeenschapsrecht, dat van hogere orde is.

49 — Zie in dit verband in het bijzonder de punten 48-53 van deze conclusie.

50 — Het arrest van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punten 74-77), is op dit punt onduidelijk.

VI — Conclusie

69. Op grond van bovenstaande uiteenzetting geef ik het Hof in overweging de vraag van de Østre Landsret te beantwoorden als volgt:

- 1) Prestaties in geld van de verwervende vennootschap, zoals bijvoorbeeld winstuitkeringen, waarvan niet bindend is overeengekomen dat zij een tegenprestatie vormen voor de door haar verkregen deelneming in de verworven vennootschap die haar in die vennootschap een meerderheid van stemmen verleent, vallen niet onder het begrip bijbetaling in geld in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434/EEG, ook al waren zij van meet af aan door de betrokkenen gepland en hebben zij plaatsgevonden in nauwe temporele samenhang met die verwerving.
- 2) Om te weigeren titel II van richtlijn 90/434/EEG geheel of gedeeltelijk op een concreet geval toe te passen of om het voordeel ervan teniet te doen, is niet noodzakelijkerwijs een specifieke bepaling tot omzetting van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434/EEG vereist. Hiervoor kan namelijk ook worden teruggegrepen op algemene bepalingen van nationaal recht — met inbegrip van algemene beginselen van nationaal constitutioneel of administratief recht — voor zover deze overeenkomstig het gemeenschapsrecht en in het bijzonder de bewoordingen en de doelstellingen van richtlijn 90/434/EEG en artikel 11, lid 1, sub a, daarvan worden uitgelegd en toegepast. Een rechtstreekse toepassing van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434/EEG tegen particulieren is daarentegen ongeoorloofd evenals een rechtstreeks beroep op een algemeen gemeenschapsrechtelijk verbod van misbruik van recht.