

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

föredraget den 8 februari 2007<sup>1</sup>

**I — Inledning**

något som är till nackdel vid beskattningen för berörda skattskyldiga personer?

1. Förevarande fall aktualiserar ett intressant skatterättsligt problem som har samband med omstruktureringar av företag.<sup>2</sup>

3. Bakgrunden till förevarande mål är en transaktion genom vilken två danska skattskyldiga personer överlät sina andelar i ett danskt kapitalbolag till ett irländskt kapitalbolag och erhöll vederlag för dessa i form av aktier i nämnda irländska bolag. Detta bolag lämnade några dagar senare en redan från början planerad vinstutdelning till de båda danska skattskyldiga personerna.

2. Frågan som ställts i domstolen gäller de gemenskapsrättsliga bestämmelser som avser den skattemässiga behandlingen av en *vinstutdelning* som sker i nära samband med ett strax dessförinnan genomfört gränsöverskridande *utbyte av aktier i ett bolag*. Får den behöriga skatteförvaltningen behandla en sådan vinstutdelning som en del av vederlaget och därmed som en *kontant betalning* från det förvärvande bolaget för de aktier i ett bolag som överförts till dess tillgångar,

4. Såväl utbytet av bolagsandelarna som beslutet om vinstutdelning inträffade strax före ikraftträdandet av ett nytt dansk-irländskt dubbelbeskattningsavtal, enligt vilket bestämmelser om utdelningsbeskattning som var mindre förmånliga för danska skattskyldiga personer än de som gällt enligt det dittills tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet skulle införas.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Begreppet omstrukturering används i fortsättningen för enkelhetens skull som övergripande begrepp för fusioner och fissioner av kapitalbolag, överföring av tillgångar till nämnda bolag och utbyte av aktier i dem.

## II — Tillämpliga bestämmelser

### A — *Gemenskapsrätt*

5. Den gemenskapsrättsliga ramen för förevarande fall utgörs av rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater.<sup>3</sup>

6. Under de allmänna bestämmelserna i avdelning I i direktiv 90/434 återfinns i artikel 2 en rad definitioner. Av dessa framgår bland annat följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelse som här anges:

...

d) utbyte av aktier eller andelar: ett förfarande varigenom ett bolag förvärvar en sådan andel i ett annat bolags kapital att det erhåller röstmajoritet i det bolaget och att det i gengäld till delägarna i det senare bolaget i utbyte mot deras värdepapper utfärdas värdepapper som motsvarar kapitalet i det förra bolaget, och i vissa fall att det görs en

kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, i avsaknad av nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av de värdepapper som utfärdats i utbyte,

...

g) förvärvat bolag: ett bolag i vilket ett annat bolag förvärvar en andel genom utbyte av värdepapper,

h) förvärvande bolag: ett bolag som förvärvar en andel i ett annat bolag genom utbyte av värdepapper,

..."

7. I avdelning II i direktiv 90/434 fastställs i artikel 8 bland annat följande:

1. Vid fusion, fission eller utbyte av aktier eller andelar får tilldelningen av aktier eller andelar i det övertagande eller förvärvande bolaget till en delägare i det överlåtande eller förvärvade bolaget i utbyte mot aktier eller

<sup>3</sup> — EGT L 225, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 20.

andelar i det senare bolaget inte i sig leda till beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst hos denne delägare.

...

4. Punkterna 1–3 skall inte hindra en medlemsstat från att vid taxeringen av delägare beakta eventuell kontant utbetalning som sker vid en fusion, fission eller aktieutbyte.”

8. Till slutbestämmelserna i avdelning V i direktiv 90/434 hör bland annat följande bestämmelse i artikel 11:

omstrukturering eller rationalisering av verksamheterna i de bolag som berörs av transaktionerna kan skapa en presumtion för att operationen har skatteflykt eller undandragande av skatt som sitt huvudsakliga syfte eller ett av sina huvudsakliga syften, eller;

...”

9. Genom direktiv 2005/19<sup>4</sup> ändrades titeln på direktiv 90/434 och flera av direktivets bestämmelser. Dessa ändringar trädde dock i kraft först den 24 mars 2005<sup>5</sup> och skulle genomföras av medlemsstaterna mellan den 1 januari 2006 och den 1 januari 2007,<sup>6</sup> varför de inte är relevanta för förevarande mål.

## B — Nationell rätt

”1. En medlemsstat får vägra att tillämpa eller återkalla förmånen av alla eller någon del av bestämmelserna i avdelningarna II, III och IV om det framgår att fusionen, fissionen, överföringen av tillgångar respektive andelsutbytet

1. Den skattemässiga behandlingen av utbyte av aktier

10. Den skattemässiga behandling av utbyte av aktier som enligt dansk rätt tillämpades

a) har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften, varvid det förhållandet att någon av de transaktioner som avses i artikel 1 inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl såsom

4 — Rådets direktiv 2005/19/EG av den 17 februari 2005 om ändring av direktiv 90/434/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (EUT L 58, s. 19).

5 — Den 24 mars 2005 var den tjugonde dagen efter offentliggörandet av direktiv 2005/19 i *Europeiska unionens officiella tidning*. Jämför artikel 254.1 EG.

6 — Artikel 2 i direktiv 2005/19.

vid den här aktuella tidpunkten reglerades i aktieavancebeskattningsloven (lag om beskattning av aktievinster) och i fusionsskatteloven<sup>7</sup> (lag om beskattning vid fusioner).

11. I samband med att direktiv 90/434 genomfördes i dansk rätt fick de två första styckena<sup>8</sup> i 13 § lagen om beskattning av aktievinster<sup>9</sup> följande lydelse:

”1. Vid utbyte av aktier kan aktieägarna i det förvärvade bolaget medges beskattning enligt bestämmelserna i 9 och 11 §§ lagen om beskattning vid fusioner, när såväl det förvärvande som det förvärvade bolaget omfattas av begreppet bolag från en medlemsstat enligt artikel 3 i direktiv 90/434/EEG. Datumet för fusionen skall i detta avseende anses utgöra datumet för utbytet av aktier. Ett villkor för detta är att utbytet av aktierna genomförs inom en period om högst sex månader räknat från den första dagen för utbyte.

7 — Följande återgivning av rättsföreskrifter baserar sig på uppgifter från den hänskjutande domstolen samt på kompletteringar från den danska regeringen som den lämnat på domstolens anmodan.

8 — I 13 § tredje stycket lagen om beskattning av aktievinster jämförd med 4 § i samma lag föreskrivs särskilda bestämmelser för utbyte av aktier i börsnoterade bolag, vilka inte är relevanta i förevarande fall.

9 — Aktieavancebeskattningsloven (*Lovtidende*

2. Med utbyte av aktier eller andelar i den mening som avses i första stycket avses ett förfarande varigenom ett bolag förvärvar en sådan andel i ett annat bolags kapital som ger det röstmajoritet i det bolaget och varigenom det i gengäld till delägarna i det senare bolaget i utbyte mot deras värdepapper utfärdas värdepapper som motsvarar kapitalet i det förra bolaget, i vissa fall mot en tillkommande kontant betalning som inte överstiger 10 procent av det nominella värdet eller, i avsaknad av nominellt värde, av det bokföringsmässiga värdet av de värdepapper som utfärdats i utbyte.”

12. Av förarbetena till lagen framgår att begreppet utbyte av aktier i den mening som avses i 13 § lagen om beskattning av aktievinster skall överensstämma med definitionen i artikel 2 d i direktiv 90/434.<sup>10</sup>

13. I 9 och 11 §§ i den danska lagen om beskattning vid fusioner,<sup>11</sup> vilka avses i 13 §

10 — Enligt uppgift från Østre Landsret, som hänvisat till kommentaren till lagförslaget (*Folketingstidende*, 1991/92, bilaga A, spalt 517).

11 — Fusionsskatteloven (*Lovtidende*

första stycket lagen om beskattning av aktievinster, fastställs bland annan följande:

14. Det är ostridigt mellan parterna i målet att någon särskild bestämmelse för genomförandet av artikel 11 i direktiv 90/434 med avseende på utbyte av aktier inte omedelbart infördes i dansk rätt. En sådan lagstiftning, genom vilken ett krav på godkännande av Ligningsrådet infördes, utarbetades först i slutet av år 1994 och antogs inte förrän år 1995.<sup>12</sup>

”9 § Aktier i det överlåtande bolaget anses avyttrade av delägaren till tredje man till den del vederlaget för aktierna utges i form av annat än aktier i det övertagande bolaget. Avyttringen anses ha skett till den kurs som gällde vid i 5 § nämnda fusionsdatum.

## 2. Beskattning av utdelning

### a) Nationell dansk rätt

...

§ 11 Aktier i det övertagande bolaget som delägare erhåller i vederlag för aktier i det överlåtande bolaget behandlas vid beräkningen av den allmänna eller särskilda skattepliktiga inkomsten som om de hade förvärvats vid samma tidpunkt och för samma anskaffningskostnad som de utbytta aktierna. ...”

15. Utdelning till en i Danmark hemmahörande fysisk person beskattas där enligt artikel 16 A första stycket i taxeringslagen<sup>13</sup> och 4 A § i lagen om inkomstskatt.<sup>14</sup> Samma bestämmelser är även tillämpliga på eventuell kontant betalning i samband med utbyte av aktier.<sup>15</sup>

12 — Enligt uppgift från den hänskjutande domstolen, som kompletterats av Hans Markus Kofoed, rör det sig om ett lagförslag av den 2 november 1994, som antogs den 25 april 1995.

13 — Ligningsloven (*Lovtidende*)

14 — Personskatteloven (*Lovtidende*)

15 — Enligt obestridd uppgift från Hans Markus Kofoed.

16. I 16 A § första stycket taxeringslagen föreskrivs följande:

Andra stycket. Utdelningsinkomst ingår inte i den skattepliktiga inkomsten.”

”Vid beräkningen av den allmänna skattepliktiga inkomsten inkluderas utdelning på aktier, andelsbevis och liknande värdepapper. Till utdelning räknas allt som bolaget betalar ut till aktieägare eller andelsinnehavare, med undantag av fondaktier, gratisandelar samt utbetalning av likvidationsvinst som sker det kalenderår då bolaget slutgiltigt upplöses.”

18. Det skall också hänvisas till 8 a § i lagen om inkomstskatt för personer där följande föreskrivs:

17. 4 a § lagen om inkomstskatt för personer lyder i utdrag som följer:

”Skatt på utdelningsinkomst som inte överstiger ett grundbelopp på 26 400 [DKK]. beräknas som en definitiv skatt på 30 procent. Skatt på utdelningsinkomst som innehållits med stöd av 65 § i källskattelagen och som inte överstiger grundbeloppet utgör definitiv betalning av skatten och skatten på utdelningen räknas inte av från den slutliga skatten enligt 67 § källskattelagen.

”Utdelningsinkomst omfattar det samlade beloppet av

1) utdelning på aktier enligt 16 A § taxeringslagen ... från bolag som är skattskyldiga enligt ...,

Andra stycket. Skatt på utdelningsinkomst som överstiger ett grundbelopp på 26 400 [DKK]. tas ut med 45 procent. Skatt på aktieinkomst som överstiger grundbeloppet ingår i skatt att betala och den skatt på utdelning som i enlighet med 65 § i källskattelagen har innehållits i denna del av utdelningen avräknas i enlighet med 67 § källskattelagen med vid beräkningen av skatt att betala.

...

...”

b) Det dansk-irländska dubbelbeskattningsavtalet

19. Det på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet mellan Konungariket Danmark och Irland<sup>16</sup> ratificerades i Danmark den 15 april 1964.

20. Enligt artikel 6.1 a i nämnda dubbelbeskattningsavtal hade Irland rätt att beskatta utdelning från ett irländskt bolag till en i Danmark hemmahörande person. Någon ytterligare skatt fick därmed inte tas ut.

21. I artikel 23.2 i dubbelbeskattningsavtalet föreskrevs följande:

”I fall då en person som för beskattningen i Danmark anses ha sin bostad eller sitt hemvist där (oberoende av om personen för beskattningsändamål i Irland anses ha sin bostad eller sitt hemvist också i det landet),

uppbär intäkter från eller äger förmögenhet i Irland, och sådan inkomst eller förmögenhet i enlighet med bestämmelserna i enlighet med bestämmelserna i detta avtal får beskattas i Irland, skall Danmark mot den ifrågavarande inkomst- eller förmögenhetsskatten medge avräkning för ett belopp motsvarande den del av inkomst- respektive förmögenhetsskatten som proportionellt belöper på den inkomst som härrör från, eller den förmögenhet som ägs i Irland.”

22. Enligt uppgift från Østre Landsret (nedan även kallad den hänskjutande domstolen) har de danska domstolarna i sin fasta rättspraxis tolkat nämnda bestämmelser så, att utdelning från ett irländskt bolag till en person med hemvist i Danmark omfattas av friställningsprincipen (ny metod).

23. Under år 1992/93 omförhandlades det dansk-irländska dubbelbeskattningsavtalet så att utdelning från ett irländskt bolag till en person med hemvist i Danmark fortsättningsvis får beskattas såväl i Irland som i Danmark och att Danmark medger avräkning för skatt som erlagts i Irland. När det gäller utdelning trädde detta nya dubbelbeskattningsavtal enligt uppgift från den hänskjutande domstolen i kraft den 7 november 1993 för Danmarks del.

<sup>16</sup> — Undertecknat i Köpenhamn den 4 februari 1964.

### III — Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen

24. Hans Markus Kofoed ägde ursprungligen 50 procent av bolagskapitalet i Cosmopolit Holding ApS, ett danskt anpartsselskab. Resterande 50 procent av kapitalet i detta bolag ägdes av Niels Toft.

25. Båda förvärvade den 26 oktober 1993 var sin aktie för 1 IEP i Dooralong Ltd, ett skalbolag (shell company), som bildats enligt irländsk rätt med ett inbetalt kapital på totalt 2 IEP.

26. Den 29 oktober 1993 företogs ett utbyte av aktier varvid Hans Markus Kofoed och Niels Toft bytte sina respektive andelar i Cosmopolit Holding ApS med ett nominellt värde på 120 000 DKK mot nyemitterade aktier i Dooralong Ltd med ett nominellt värde på 10 500 IEP. Till följd av detta utbyte kom Hans Markus Kofoed och Niels Toft att var för sig äga en andel av bolagskapitalet i Dooralong Ltd med ett nominellt värde av 10 501 IEP eller 50 procent, medan Dooralong Ltd blev ägare till hela bolagskapitalet i Cosmopolit Holding ApS. Därmed kontrollerade Hans Markus Kofoed och Niels Toft inte längre Cosmopolit Holding ApS direkt, utan via mellanbolaget Dooralong Ltd.

27. På årsstämman för Dooralong Ltd, som hölls den 3 november 1993, lades årsbokslutet med stickdag den 2 november 1993 fram och godkändes. Av årsbokslutet framgick att en utdelning på 2 742 616 IEP (ungefär 26 miljoner DKK) hade mottagits från det nyligen förvärvade dotterbolaget Cosmopolit Holding ApS, som för sin del hade presenterat sitt årsbokslut den 31 oktober 1993. Dooralong Ltd:s tillgångar bestod av det samlade bolagskapitalet i Cosmopolit Holding ApS, som enligt dess eget årsbokslut per den 31 oktober 1993 förfogade över ett eget kapital på 1 709 806,00 DKK efter vinstutdelningen till Dooralong Ltd. Detta egna kapital hade tidigare uppgått till cirka 28 miljoner DKK.

28. Likaså beslutades vid årsstämman för Dooralong Ltd den 3 november 1993 att vinst skulle delas ut med 2 742 116 IEP.<sup>17</sup> Av denna utdelning tillföll 50 procent, eller 1 371 058 IEP, Hans Markus Kofoed.

29. Enligt de konstateranden i det nationella målet som den hänskjutande domstolen hänvisar till förelåg inte något affärsmässigt skäl för dessa transaktioner. Målet var snarare att minska skatten. Hans Markus Kofoed och Niels Toft hade alltså vid

17 — Enligt uppgift i begäran om förhandsavgörande är det ostridigt mellan parterna i målet vid den nationella domstolen att denna vinstutdelning stod i överensstämmelse med bestämmelserna i irländsk rätt.



tidpunkten för aktieutbytet endast vaga planer på att bedriva näringsverksamhet via Dooralong Ltd.

30. Även om något bindande avtal inte slutits i förväg om utdelningen från Dooralong Ltd var den gemensamma avsikten hos Hans Markus Kofoed och Niels Toft redan från början att på den första bolagsstämman efter genomförandet av aktieutbytet lämna en betydande utdelning från Dooralong Ltd. De båda handlade med kännedom om innehållet i det då gällande dubbelbeskattningsavtalet och visste också om att detta skulle komma att ändras.

31. Hans Markus Kofoed återopade i sin självdeklaration för år 1993 det då gällande dubbelbeskattningsavtalet, som innebar att den utdelning han erhållit från Dooralong Ltd var skattefri. Enligt den på den tiden gällande danska lagstiftningen var även utbytet av Hans Markus Kofoeds andelar i Cosmopolit Holding ApS mot aktier i Dooralong Ltd skattefritt.

32. De danska skattemyndigheterna behandlade däremot utbytet av Hans Markus Kofoeds andelar i Cosmopolit Holding ApS mot aktier i Dooralong Ltd och den därpå följande vinstutdelningen från Dooralong

Ltd som en del av ett och samma förfarande, varför den lämnade utdelningen rent faktiskt kom att betraktas som en del av vederlaget för avyttringen och därmed som en kontantbetalning inom ramen för andelsutbytet. Då denna kontanta betalning översteg 10 procent av de överlåtna aktiernas nominella värde omfattades den inte av bestämmelserna om skattefrihet för utbyte av aktier och andelar.

33. Dessa olika uppfattningar angående den skattemässiga bedömningen av vinstutdelningen och av aktieutbytet är vad som givit upphov till målet vid den nationella domstolen och som skall avgöras av Østre Landsret.

#### **IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

34. Østre Landsret har genom beslut av den 3 augusti 2004, som inkom till domstolens kansli den 23 augusti 2005 vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Skall artikel 2 d i ... direktiv 90/434 ... tolkas på så sätt att det inte föreligger något utbyte av aktier eller andelar i den mening som

avses i fusionsdirektivet om de som deltar i ett utbyte av aktier eller andelar samtidigt som de avtalar om utbytet på ett sätt som inte är rättsligt bindande tillkännager sin gemensamma avsikt att på den första bolagsstämman i det förvärvande bolaget efter utbytet rösta för att dela ut en vinst, som överstiger 10 procent av det nominella värdet på de värdepapper som lämnades i samband med utbytet av aktier och en sådan vinst faktiskt utdelas?”

gemenskapen för vissa förfaranden såsom fusioner och utbyte av aktier och andelar.<sup>18</sup> Dessa regler innehåller skattemässiga förmåner. I artikel 8.1 i direktiv 90/434, föreskrivs bland annat att tilldelning av aktier eller andelar i det förvärvande bolaget på grund av ett utbyte av aktier eller andelar inte i sig får leda till beskattning av kapitalvinsten. På detta sätt säkerställs en neutral beskattning vid en omstrukturering, och det förhindras att dolda reserver och andra värdeökningar på aktier och andelar beskattas innan de faktiskt har realiserats.

35. I förfarandet har förutom Hans Markus Kofoed även den danska regeringen, Förenade kungarikets regering och Europeiska gemenskapernas kommission yttrat sig skriftligen och muntligen.

## V — Bedömning

### A — Inledande anmärkningar

36. Målsättningen med direktiv 90/434 är att eventuella skattemässiga nackdelar vid gränsöverskridande omstruktureringar av företag skall undanröjas genom att gemensamma skatteregler skall införas inom

37. Av artikel 2d i direktiv 90/434 följer emellertid att ett förfarande anses utgöra ett utbyte av aktier eller andelar i den mening som avses i direktivet bara om en eventuell kontant betalning från det förvärvande bolaget inte överstiger 10 procent av det nominella värdet eller, om sådant nominellt värde saknas, 10 procent av det bokföringsmässiga parivärdet av de värdepapper som utfärdats i utbyte. Målet härmed är att förhindra att en omstrukturering som sker med ianspråktagande av de skattemässiga förmåner som gäller för densamma leder till att värdestegringar realiserar i större omfattning än vad som hade varit fallet om andelarna eller aktierna i det förvärvade bolaget hade avyttrats på marknaden. Vinst som vid avyttring på marknaden av aktier eller andelar skulle vara skattepliktig i sig,

<sup>18</sup> — Första, andra och tredje skälen i direktiv 90/434.

skall inte fritt kunna undandras beskattning bara för att den hänför sig till en omstrukturering. Genom gränsen på 10 procent ges dock de som deltar i omstruktureringen ett visst spelrum för att ta emot kontant betalning som kan behövas för att jämna ut värdet vid ett utbyte av aktier eller andelar.

direktiv 90/434, vilket skulle medföra att de delaktiga personerna omfattas av den däri föreskrivna skattefriheten.

38. Den hänskjutande domstolen inriktar också sin fråga på den kontanta betalning som avses i artikel 2d i direktiv 90/434. Frågan gäller om även en vinstutdelning från det förvärvande bolaget kan anses som en kontant betalning i den mening som avses i nämnda bestämmelse, om utdelningen sker i nära samband med dess förvärv av aktier eller andelar i det förvärvade bolaget när så visserligen inte uttryckligen avtalats men likväl redan från början var avsikten.

40. Om nämligen vinstutdelningen från Dooralong Ltd vid en samlad bedömning av förfarandena mellan den 29 oktober 1993 och den 3 november 1993 skulle anses som en kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434, skulle den på grund av att den där föreskrivna tioprocentgränsen överskreds få till följd att *inget* utbyte av aktier eller andelar i den mening som avses i denna bestämmelse längre skulle föreligga och därmed skulle inte heller det förbud mot beskattning av kapitalvinst som följer av artikel 8.1 i direktiv 90/434 vara tillämpligt. Vinstutdelningen den 3 november 1993 översteg nämligen 10 procent av det nominella värdet på de aktier i Dooralong Ltd som Hans Markus Kofoed och Niels Toft erhöll den 29 oktober 1993.

39. Denna fråga är avgörande för om den transaktion som genomfördes den 29 oktober 1993 och som innebar att Hans Markus Kofoed och Niels Toft överlät sina andelar i Cosmopolit Holding ApS (det förvärvade bolaget) till det förvärvande bolaget Dooralong Ltd, mot att de själva erhöll aktier i Dooralong Ltd, kan anses som ett utbyte av aktier eller andelar i den mening som avses i

41. De praktiska konsekvenserna av förevarande fall sträcker sig visserligen längre än till blotta klargörandet av begreppet kontant betalning. Bakom tolkningsproblemet står nämligen till syvende og sidst frågan hur den tillämpliga gemenskapsrätten möjliggör för nationella myndigheter att med hänsyn till gällande gemenskapsrätt beakta ett even-

tuellt avsiktligt skatteundandragande i samband med en omstrukturering.

42. En lämplig reaktion på ett eventuellt skatteundandragande i ett fall som det förevarande kan enligt direktiv 90/434 se ut på två sätt, vilka skall diskuteras i det följande. För det första kan man tänka sig en förhållandevis vid tolkning av begreppet kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434.<sup>19</sup> För det andra kan den i artikel 11.1a i detta direktiv föreskrivna möjligheten att helt eller delvis neka eller återkalla tillämpliga skattemässiga förmåner tillgripas.<sup>20</sup> De danska myndigheternas preferens för det förra tillvägagångssättet synes inte minst hänga samman med det faktum att dansk rätt vid den här aktuella tidpunkten inte innehöll någon specifik bestämmelse om genomförande av artikel 11 i direktiv 90/434.

#### B — Begreppet kontant betalning

43. Parterna och övriga deltagare i målet vid domstolen tvistar om huruvida begreppet

kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434 även kan omfatta en sådan vinstutdelning från det förvärvande bolaget som den som har skett i förevarande fall. Den danska regeringen och Förenade kungarikets regering anser att så är fallet medan Hans Markus Kofoed och kommissionen intar motsatt ståndpunkt.

44. Begreppet kontant betalning definieras inte närmare av gemenskapslagstiftaren. Dess innebörd och räckvidd skall därför fastställas med hänsyn till bestämmelsernas sammanhang och ändamålet med direktiv 90/434.<sup>21</sup>

45. Vad för det första beträffar bestämmelsernas sammanhang skall det beaktas att den kontanta betalningen och förvärvet av röstmajoriteten i det förvärvade bolaget<sup>22</sup> enligt artikel 2d i direktiv 90/434 utgör en del av samma *förfarande*. Även om den kontanta betalningen och förvärvet av majoritetsposten alltså inte nödvändigtvis måste vara

19 — Jämför punkterna 43–54 i förevarande förslag till avgörande.

20 — Jämför punkterna 55–68 i förevarande förslag till avgörande.

21 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 2005, VEMW m.fl. (REG 2005, s. I-4983), punkt 41, av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler (REG 2006, s. I-6057), punkt 60, och av den 26 oktober 2006 i mål C-36/05, kommissionen mot Spanien (REG 2006, s. I-10313), punkt 25.

föremål för en och samma rättshandling,<sup>23</sup> föreligger dock ett nära samband mellan dessa. Den kontanta betalningen utgör en integrerad del av den motprestation som det förvärvande bolaget utger för att erhålla en majoritetspost i det förvärvade bolaget.<sup>24</sup>

46. Följaktligen kan inte alla tillhandahållanden av kontanter från det förvärvande bolaget till delägarna i det förvärvade bolaget anses utgöra kontant betalning, och detta gäller även när de inblandade personerna redan från början planerat betalningen och denna sker strax efter förvärvet av majoritetsposten. Avgörande är snarare om ett sådant tillhandahållande av kontanter också har karaktären av ett *vederlag* för förvärvet av majoritetsposten och alltså omfattas av ett *bindande avtal* om tillägg till det egentliga vederlaget i form av andelar i det förvärvande bolaget. För denna bedömning fordras

23 — Av de olika språkversioner som finns av artikel 2d i direktiv 90/434 tycks det endast vara den nederländska versionen som innehåller det förhållandevis snävare begreppet *rechts-handeling*, medan vidare formuleringar däremot används i den tjeckiska (*operace*), den danska (*transaktion*), den grekiska (*τηράση*), den engelska (*operation*), den spanska (*operación*), den estniska (*tehing*), den finska (*liiketoimii*), den franska (*opération*), den ungerska (*művelet*), den italienska (*operazione*), den litauiska (*operacija*), den lettiska (*operācija*), den maltesiska (*ħidma*), den polska (*operacja*), den portugisiska (*operação*), den slovakiska (*operácia*), den slovenska (*operacija*) och den svenska (förfarande) språkversionen, vilka genomgående är jämförbara med det tyska begreppet *Vorgang*.

24 — Efter det att direktiv 2005/19 har trätt i kraft kan även kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434 lämnas som vederlag för förvärv av ytterligare aktier och andelar som förstärker en redan befintlig kontrollpost i det förvärvade bolaget. Följande redogörelse kan överföras även på sådana fall.

en samlad objektiv bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.<sup>25</sup>

47. Även om det såsom i förevarande fall sker en senare vinstutdelning, måste det därför prövas huruvida det finns konkreta belägg för att en sådan betalning framstår som en del av det avtalade vederlaget för förvärvet av majoritetsposten. Sådana belägg kan särskilt framgå av skriftliga avtal mellan de inblandade personerna men också av övriga omständigheter i det enskilda fallet. Går det däremot – vilket den hänskjutande domstolen synes anta i förevarande fall – inte att med tillräcklig säkerhet konstatera att det efterföljande tillhandahållandet av kontanter utgör en del av det avtalade vederlaget får man utgå ifrån att den beteckning som de inblandade personerna själva har valt är korrekt. Ett sådant tillhandahållande av kontanter som det här omtvistade skall då behandlas som en vinstutdelning och inte omtolkas till en kontant betalning.

48. För att begreppet kontant betalning skall begränsas till att endast avse faktiska vederlag för förvärv av en majoritetspost talar även ändamålet med direktiv 90/434. Genom

25 — Kravet på en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet betonas också i dom av den 15 januari 2002 i mål C-43/00, Andersen og Jensen (REG 2002, s. I-379), punkterna 25, 26 och 37, som även den rör tolkningen av direktiv 90/434, då visserligen artikel 2c och 2i.

detta direktiv skall nämligen skattemässiga nackdelar vid gränsöverskridande omstruktureringar – exempelvis i form av fusion eller utbyte av aktier och andelar – undanröjas för att göra det möjligt för de berörda företagen att anpassa sig till den gemensamma marknadens behov, öka sin produktivitet och förbättra sin konkurrensförmåga.<sup>26</sup> För att ändamålet med direktivet skall uppnås är det av avgörande betydelse att gränsöverskridande omstruktureringar inte bara i sin helhet omfattas av en gemensam skattelagstiftning,<sup>27</sup> utan också att denna lagstiftning är förutsebar för berörda ekonomiska aktörer.

49. Även rättssäkerhetsprincipen, som är en grundläggande gemenskapsrättslig princip och som i denna sin egenskap skall beaktas av gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna när de utövar sina respektive befogenheter inom det gemenskapsrättsliga området,<sup>28</sup> fordrar för övrigt att tillämplig skattelagstiftning är förutsebar.<sup>29</sup> Enligt fast rättspraxis gäller kravet på rättssäkerhet i särskilt hög grad i fråga om bestämmelser

som kan få ekonomiska konsekvenser.<sup>30</sup> Detta gäller särskilt direktiv 90/434 vars bestämmelser är avgörande för den skattemässiga behandlingen av gränsöverskridande omstruktureringar av företag.

50. Är alltså avsikten att ett utbyte av aktier eller andelar skall ske, måste de inblandade personerna med tillräcklig säkerhet kunna förutse vilka skattemässiga konsekvenser transaktionen kommer att få för dem. Det är bara då som de överhuvudtaget kan göra någon ändamålsenlig bedömning av om en dylik åtgärd är relevant för dem i ekonomiskt hänseende. Däremot skulle det vara omöjligt att beräkna de skattemässiga konsekvenserna om det fanns en risk att den skattemässiga bedömningen av ett utbyte av aktier eller andelar även skulle komma att omfatta ett senare tillhandahållande av kontanter vilket endast skulle stå i nära tidsmässigt samband med utbytet, och inte ha avtalats mellan de inblandade personerna som ett vederlag för överlätna aktier eller andelar.

51. För det första står då nämligen de inblandade personerna inför hotet att utbytet av aktier eller andelar inte alls kan omfattas

26 – Jämför första och andra skälen i direktiv 90/434.

27 – Jämför fjärde skälet i direktiv 90/434.

28 – Dom av den 26 april 2005 i mål C-376/02, *Goed Wonen* (REG 2005, s. I-3445), punkt 32, och av den 14 september 2006 i de förenade målen C-181/04–C-183/04, *Elmeka* (REG 2006, s. I-8167), punkt 31. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 3 maj 2005 i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, *Berlusconi m.fl.* (REG 2005, s. I-3565), punkt 69, och av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, *Chacón Navas* (REG 2006, s. I-6467), punkt 56.

29 – Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 april 2005 i mål C-110/03, *Belgien mot kommissionen*, REG 2005, s. I-2801), punkt 30, av den 26 oktober 2006 i mål C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun* (REG 2006, s. I-10211), punkt 79, och av den 21 februari 2006 i mål C-255/02, *Halifax m.fl.* (REG 2006, s. I-1609), punkt 72.

30 – Domen i målet *Koninklijke Coöperatie Consun* (ovan fotnot 28), punkt 79. Se även dom av den 15 december 1987 i mål 326/85, *Nederländerna mot kommissionen*, REG 1987, s. 5091), punkt 24, av den 12 februari 2004 i mål C-236/02, *Slob* (REG 2004, s. I-1861), punkt 37, och av den 16 mars 2006 i mål C-94/05, *Emsland-Stärke* (REG 2006, s. I-2619), punkt 43.

av den skattefrihet som gäller för kapitalvinst enligt artikel 8.1 i direktiv 90/434. För det andra måste det beaktas att även skatten på en strax därefter genomförd vinstutdelning kan vara olika hög enligt nationell rätt beroende på om denna utdelning skall beskattas såsom utdelning eller anses utgöra en kontant betalning och därmed beskattas enligt bestämmelserna i artikel 8.4 i direktivet.

52. En vidare tolkning av begreppet kontant betalning kan inte heller ske med stöd av ändamålet med direktiv 90/434, nämligen att värna om de berörda medlemsstaternas ekonomiska intressen och möjliggöra för dem att bekämpa skatteflykt eller skatteundandragande.<sup>31</sup> För det första har nämligen gemenskapslagstiftaren just för detta ändamål infört en speciell bestämmelse i direktiv 90/434, vilket framgår av artikel 11.1a. För det andra skulle en *generell utvidgning* av begreppet kontant betalning utöver vad som krävs för att värna medlemsstaternas ekonomiska intressen och för att bekämpa skatteflykt och skatteundandragande inte vara möjlig utan att man samtidigt satte den erforderliga förutsebarheten när det gäller den gemensamma skattelagstiftningen för de berörda företagen på spel.

31 — Fjärde och nionde skälen i direktiv 90/434.

53. Domstolen har på liknande sätt i sin dom i målet Leur-Bloem slagit fast att det i direktiv 90/434 föreskrivna gemensamma beskattningssystemet skall tillämpas utan åtskillnad på alla utbyten av aktier och andelar oavsett om avsikten är finansiell, ekonomisk eller rent skattemässig.<sup>32</sup> Härav följer att det vid tolkningen av begreppet kontant betalning som sådant inte spelar någon roll vilket motiv som ligger bakom den aktuella transaktionen. Det är först vid kontrollen i det enskilda fallet av huruvida det skett något missbruk i enlighet med artikel 11 i direktiv 90/434 som sådana motiv kan beaktas.<sup>33</sup>

54. Sammantaget talar därmed såväl systematiska som teleologiska skäl emot en vid tolkning av begreppet kontant betalning, i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434, men för en begränsning av begreppet till att avse faktiska vederlag för förvärv av en majoritetspost. Mot denna bakgrund kan följande delresultat slås fast:

Kontanter som det förvärvande bolaget tillhandahåller i form av exempelvis vinstutdelning, vilken inte bindande avtalats som vederlag för den av bolaget erhållna majoritetsandelen av rösterna i det förvärvade

32 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), punkt 36.

33 — Att motiven bakom ett utbyte av aktier eller andelar endast tillmäts betydelse vid en ingående prövning i det konkreta enskilda fallet betonas för övrigt även i domen i det ovannämnda målet Leur-Bloem (ovan fotnot 32), punkterna 41 och 44.

bolaget, omfattas inte av begreppet kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434, oavsett om de inblandade personerna redan från början planerat tillhandahållandet och detta sker i nära tidsmässigt samband med förvärvet av nämnda andel.<sup>34</sup>

skatteflykt och skatteundandragande.<sup>35</sup> Den föreslagna snäva tolkningen av begreppet kontant betalning<sup>36</sup> strider inte på något sätt mot detta ändamål. Snarare förverkligas just detta ändamål genom artikel 11.1a i direktiv 90/434.

### *C — Möjligheter i förfarandet mot ett eventuellt avsiktligt skatteundandragande*

55. Återstår så att pröva i vilken mån de nationella myndigheterna i ett fall som det förevarande kan inskrida mot ett eventuellt avsiktligt skatteundandragande i samband med ett utbyte av aktier eller andelar.

56. Som redan nämnts är ett av ändamålen med direktiv 90/434 att värna om medlemsstaternas ekonomiska intressen och att göra det möjligt för dem att effektivt bekämpa

57. Denna bestämmelse ger i grunden uttryck för vad som även erkänns i fast rättspraxis, nämligen att bestämmelser i gemenskapsrätten inte får åberopas till stöd för missbruk eller bedrägeri. Tillämpningen av gemenskapsbestämmelser kan nämligen inte utsträckas till att omfatta förfarandemissbruk från näringsidkarnas sida, det vill säga förfaranden som inte genomförs i samband med normala affärstransaktioner utan endast sker i syfte att kringgå gemenskapslagstiftningen genom missbruk.<sup>37</sup>

58. Naturligtvis kan inte blotta utövandet av de genom gemenskapsrätten – här i form av direktiv 90/434 – öppnade möjligheterna till

34 — För fullständighetens skull skall det nämnas att efter ikraftträdandet av direktiv 2005/19 gäller motsvarande även för ytterligare förvärv av aktier och andelar genom vilket det förvärvande bolaget utökar en redan befintlig kontrollpost i det förvärvade bolaget.

35 — Jämför punkt 52 och fotnot 31 i förevarande förslag till avgörande.

36 — Jämför därtill även punkterna 43–54 i detta förslag till avgörande.

37 — Dom av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, s. I-1459), punkt 24 och där förekommande hänvisningar, och av den 6 april 2006 i mål C-456/04, Agip Petroli (REG 2006, s. I-3395), punkt 20, av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes (REG 2006, s. I-7995), punkt 35, samt domen i det ovannämnda målet Halifax (fotnot 28), punkterna 68 och 69.



dispositioner grunda misstanke om missbruk.<sup>38</sup> Enligt artikel 11.1a i direktiv 90/434 har dock medlemsstaterna frihet att helt eller delvis avstå från att tillämpa, alternativt återkalla, de skatteförmåner som föreskrivs i nämnda direktiv för utbyte av aktier och andelar, om huvudsyftet eller ett av huvudsyftena med en sådan transaktion är skatteflykt eller skatteundandragande.

59. Som exempel på en förekomst av ett sådant motiv anges i andra meningen i artikel 11.1a i direktiv 90/434 att det saknas kommersiella skäl för den aktuella transaktionen. I ett fall som det förevarande, där det enligt den hänskjutande domstolens konstateranden av de faktiska omständigheterna inte fanns något konkret kommersiellt skäl för utbytet av aktier, utan målet snarare var att minska skatten,<sup>39</sup> aktualiseras absolut ett nekande av den i artikel 8.1 i direktiv 90/434 föreskrivna skattebefrielsen. Ett utbyte av aktier och andelar som endast företas i syfte att uppnå skatteförmåner tjänar nämligen inte några godtagbara kom-

mersiella skäl i den mening som avses i direktivet.<sup>40</sup> Bortsett från detta kan också det nära tidsmässiga sambandet mellan vinstutdelningen och det genomförda utbytet tyda på ett eventuellt missbruk av de möjligheter till dispositioner som ges i direktiv 90/434. Detsamma gäller med avseende på den omständigheten att de inblandade personerna handlade med kännedom om den nära förestående ändringen i det dansk-irländska dubbelbeskattningsavtalet.

60. Huruvida det i det enskilda fallet kan motiveras att de i direktiv 90/434 föreskrivna skatteförmånerna vid utbyte av aktier och andelar helt eller delvis förvägras eller återkallas beror på en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, en bedömning som ankommer på de nationella myndigheterna och som måste kunna överprövas av domstol.<sup>41</sup>

61. Förevarande fall särskiljer sig genom att dansk rätt under den här aktuella tidsperioden inte innehöll någon specifik bestämmelse om genomförande av artikel 11.1a i direktiv 90/434. Inte minst Hans Markus Kofoed är därmed av den uppfattningen att de skatteförmåner som föreskrivs i direktiv 90/434 felaktigt har nekats honom.

38 — Se, för ett liknande resonemang avseende utövandet av etableringsfriheten (artikel 43 EG), domarna i målen Centros (ovan fotnot 37), punkt 27, och Cadbury Schweppes (ovan fotnot 37), punkterna 36–38)

39 — De inblandade personerna var tydligen medvetna om att ikraftträdandet av ett nytt och för deras del mindre förmånligt dansk-irländskt dubbelbeskattningsavtal var förestående, varför det fanns ett incitament för dem att via utbyte av aktier eller andelar jämte vinstutdelning i anslutning därtill sänka skatten via det irländska bolaget (jämför punkterna 29 och 30 i förevarande förslag till avgörande).

40 — Domen i målet Leur-Bloem (ovan fotnot 32) punkt 47.

41 — Domen i målet Leur-Bloem (ovan fotnot 32), punkt 41.

62. En ordagrann återgivning av ett direktivs föreskrifter i en uttrycklig och specifik lagbestämmelse är långt ifrån alltid nödvändig. För genomförandet av ett direktiv kan det, beroende på dess innehåll, vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram. Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett genomförande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Detta förutsätter emellertid att dessa principer utgör en tillräckligt klar och precis garanti för att direktivet därigenom tillämpas till fullo.<sup>42</sup>

63. Förevarande domstol måste därför pröva om inte även allmänna bestämmelser eller principer i nationell rätt kan tillämpas på förevarande fall, när det av dessa följer att skentransaktioner inte skall beaktas i skattemässigt hänseende eller när de kan innebära ett förbud mot missbruk i form av att vissa skatteförmåner åberopas. Likaså är det möjligt att tillgripa allmänna bestämmelser i nationell rätt angående skatteflykt och skatteundandragande.<sup>43</sup> Under den muntliga förhandlingen vid domstolen var företrädarna för Hans Markus Kofoed och den danska regeringen oeniga om frågan vilka möjligheter den danska rätten erbjuder i det avseendet.

64. Självklart borde alla sådana bestämmelser, oavsett om de utfärdats för genom-

förande av direktiv 90/434 eller ej, alltid tolkas och tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten, särskilt med ordalydelsen i och för ändamålen med direktiv 90/434, samt med artikel 11.1a.<sup>44</sup>

65. En gemenskapsrättskonform tolkning av nationell rätt motsägs inte av att den kan vara till nackdel för de enskilda. En sådan betungande tillämpning av gemenskapsrätten via bestämmelserna i nationell rätt, det vill säga genom en *indirekt* tillämpning av gemenskapsrätten, är nämligen tillåten.<sup>45</sup>

66. En tillämpning av artikel 11.1a i direktiv 90/434 till nackdel för Hans Markus Kofoed och Niels Toft vore otillåten för de danska myndigheterna bara om denna tillämpning var direkt. En medlemsstat kan alltså inte

42 — Se, för ett liknande resonemang, fast rättspraxis, exempelvis i form av dom av den 16 juni 2005 i mål C-456/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-5335), punkt 51, och av den 6 april 2006 i mål C-428/04, kommissionen mot Österrike (REG 2006, s. I-3325), punkt 99.

43 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker (REG 1982, s. 53; svensk specialutgåva, volym 6, s. 285), punkt 34.

44 — Se domstolens fasta rättspraxis angående nationella domstolars skyldighet att tolka nationell rätt direktivkonformt, dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26, och av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkterna 113–119 med där förekommande hänvisningar, samt domen i målet Adeneler (ovan fotnot 21), punkterna 108, 109 och 111.

45 — Så gäller skyldigheten att tolka nationell rätt direktivkonformt som bekant även i rättsförhållanden där den är till nackdel för de enskilda. Dit hör för det första horisontella rättsförhållanden, det vill säga sådana som föreligger mellan enskilda (jämför dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, punkterna 6 och 8, och av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori, REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1, punkterna 20, 25 och 26), och för det andra de så kallade trepartsförhållandena (jämför dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells, REG 2004, s. I-723, punkt 57 och där förekommande hänvisningar). Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande av den 14 oktober 2004 i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi m.fl., där domstolen meddelade dom den 3 maj 2005 (REG 2005, s. I-3565, punkt 153).

åberopa en direktivsbestämmelse gentemot de enskilda om medlemsstaten inte har genomfört bestämmelsen.<sup>46</sup> Det följer nämligen av fast rättspraxis att ett direktiv inte *i sig* kan medföra skyldigheter för den enskilde, och det kan inte *som sådant* åberopas gentemot denne.<sup>47</sup>

säkerheten vid omstruktureringar av kapitalbolag<sup>49</sup> äventyras. För övrigt skulle detta även kunna undergräva det redan nämnda förbudet mot att tillämpa icke genomförda direktivsbestämmelser gentemot enskilda.<sup>50</sup>

67. Lika litet får de behöriga myndigheterna *direkt* rikta sig mot enskilda med stöd av en existerande allmän gemenskapsrättslig rättsgrundsats enligt vilken rättsmissbruk är förbjudet. För fall som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 90/434 ges nämligen konkret uttryck för en sådan princip i dess artikel 11.1a.<sup>48</sup> Skulle man dessutom tillåta ett direkt åberopande av en allmän rättsgrundsats vars innehåll är långt mindre klart och precist, finns det en risk att harmoniseringsändamålet i direktiv 90/434 inte uppnås och att den däri åsyftade rätts-

68. Sammanfattningsvis gäller därmed följande:

För att i ett konkret fall neka tillämpning av eller återkalla förmånen av alla eller någon del av bestämmelserna i avdelning II i direktiv 90/434 krävs inte nödvändigtvis någon specifik bestämmelse för genomförande av artikel 11.1a i direktiv 90/434. För detta ändamål gäller snarare att även allmänna bestämmelser i nationell rätt – däri inbegripet allmänna principer i nationell statsrätt eller förvaltningsrätt – kan åberopas om dessa tolkas och tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten, och då särskilt med ordalydelsen och ändamålen i såväl direktiv 90/434 som dess artikel 11.1a. En direkt tillämpning av artikel 11.1a i direktiv 90/434 till nackdel för enskilda är däremot lika otillåten som en direkt tillämpning av ett allmänt gemenskapsrättsligt förbud mot rättsmissbruk.

46 — Dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 21, av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro (REG 1996, s. I-4705), punkt 42, av den 29 april 2004 i mål C-102/02, Beuttenmüller (REG 2004, s. I-5405), punkt 63, och av den 30 mars 2006 i mål C-184/04, Uudenkaupungin kaupunki (REG 2006, s. I-3039), punkt 28.

47 — Se bland annat domen i målet Pfeiffer (ovan fotnot 44), punkt 108 och där förekommande hänvisningar, samt domen i målet Berlusconi (ovan fotnot 29), punkt 73, mina kursiveringar.

48 — Även i övrigt skall nationella åtgärder inom ett område som är *fullständigt* harmoniserat på gemenskapsnivå bedömas med ledning av de harmoniserade bestämmelserna och inte på grundval av de primärrättsliga bestämmelserna (dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler, REG 2001, s. I-9897, punkt 32, och av den 14 december 2004 i mål C-210/03, REG 2004, s. I-11893, punkt 81). Det kvarstår dock alltid en möjlighet att inom ramen för artikel 220 EG och följande artiklar pröva huruvida sekundärrätten är förenlig med överordnade primärrättsliga bestämmelser.

49 — Jämför därtill särskilt punkterna 48–51 i förevarande förslag till avgörande.

50 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkterna 74–77, vilken är oklar i det avseendet.

## VI — Förslag till avgörande

69. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar Østre Landsrets fråga enligt följande:

- 1) Kontanter som det förvärvande bolaget tillhandahåller i form av exempelvis vinstutdelning, vilken inte bindande avtalats som vederlag för den av bolaget erhållna majoritetsandelen av rösterna i det förvärvade bolaget, omfattas inte av begreppet kontant betalning i den mening som avses i artikel 2d i direktiv 90/434/EEG, oavsett om de inblandade personerna redan från början planerat tillhandahållandet och detta sker i nära tidsmässigt samband med förvärvet av nämnda andel.
  
- 2) För att i ett konkret fall neka tillämpning av eller återkalla förmånen av alla eller någon del av bestämmelserna i avdelning II i direktiv 90/434/EEG krävs inte nödvändigtvis någon specifik bestämmelse för genomförande av artikel 11.1a i direktiv 90/434/EEG. För detta ändamål gäller snarare att även allmänna bestämmelser i nationell rätt – däri inbegripet allmänna principer i nationell statsrätt eller förvaltningsrätt – kan åberopas om dessa tolkas och tillämpas i överensstämmelse med gemenskapsrätten, och då särskilt med ordalydelsen och ändamålen i såväl direktiv 90/434/EEG som dess artikel 11.1a. En direkt tillämpning av artikel 11.1a i direktiv 90/434/EEG till nackdel för enskilda är däremot lika otillåten som en direkt tillämpning av ett allmänt gemenskapsrättsligt förbud mot rättsmissbruk.