

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 7 juli 1987 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

A — De feiten

1. Geïntimeerde in de bij het Deense Højesteret aanhangige zaak, waarin de onderhavige prejudiciële vraag is gesteld, is een Deense beleggingsmaatschappij. Zij telt vier afdelingen, die kennelijk (ook boekhoudkundig) zelfstandig worden beheerd en volgens de voor het Hof afgelegde verklaringen naar Deens recht als zelfstandige vennootschappen met een eigen vermogen moeten worden aangemerkt. Het hoofdgeding heeft betrekking op afdeling C. Het betreft hier een zogenoemd kapitalisatiefonds, waarvan de nettowinst uit beleggingen niet wordt uitgekeerd, maar automatisch het vermogen van de afdeling doet aangroeien (dit laatste wordt overigens gemeten aan de beurskoersen van de effecten in portefeuille vermeerderd met de liquide middelen). Blijkens de statuten, inzonderheid de artikelen 15, 18 en 19, hebben de certificaten een nominale waarde en heeft iedere certificaathouder een aandeel in het vermogen voor een bedrag gelijk aan het totale vermogen gedeeld door het aantal certificaten; dit aandeel in het vermogen is bepalend voor de koers van de certificaten.
2. In december 1979 bedroeg de beurskoers van de certificaten van afdeling C ongeveer 200 DKR. Omdat, aldus de verklaringen

van geïntimeerde, de vorm der certificaten niet langer aan de wettelijke voorschriften beantwoordde, zodat nieuwe certificaten moesten worden uitgegeven, werd die gelegenheid aangegrepen om de koers, die voor potentiële beleggers belangrijk is, te doen dalen. Daartoe werden de oude certificaten ingetrokken en zonder bijbetaling omgeruild tegen het dubbele aantal nieuw uitgegeven certificaten met een zelfde nominale waarde, waardoor de koers inderdaad tot 100 daalde.

3. Volgens de Deense fiscus was over deze verrichting, die aan de uitgifte van bonusaandelen door naamloze vennootschappen deed denken, kapitaalrecht verschuldigd ingevolge artikel 4, lid 3, van de Deense wet op het kapitaalrecht van 23 mei 1973, dat de vermeerdering van het aandelenkapitaal door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen aan kapitaalrecht onderwerpt. Derhalve werd van geïntimeerde kapitaalrecht gevorderd, dat in juni 1980 werd betaald. Daarbij werd het kapitaalrecht in mindering gebracht dat in de voorgaande jaren bij de uitgifte van certificaten over de toenmalige koersen was betaald.

4. Volgens geïntimeerde was er in casu geen sprake van een *omzetting* van winsten, reserves of voorzieningen, noch van een *vermeerdering* van het vennootschappelijk kapitaal (daar dit steeds gelijk is aan het vermogen van afdeling C). Zij vorderde derhalve terugbetaling van het betaalde ka-

* Vertaald uit het Duits.

pitaalrecht en werd daarbij in het vonnis van het Østre Landsret van 28 maart 1983 in het gelijk gesteld.

5. Daarop maakte het Deense Ministerie van Belastingen de zaak aanhangig bij het Højesteret. Overwegende dat de bestreden Deense wet is vastgesteld ter uitvoering van de richtlijn van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal ¹, en dat moet worden aangenomen dat voornoemde bepaling dezelfde draagwijdte heeft als artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn (dat spreekt over de verhoging van het vennootschappelijk kapitaal van kapitaalvennootschappen door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen), heeft het Højesteret een uitlegging van de richtlijn noodzakelijk geacht alvorens uitspraak te doen. Daarop heeft het de behandeling van de zaak bij beschikking van 28 januari 1986 geschorst en het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verzocht om een beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 10 en 11 van de richtlijn van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal aldus worden uitgelegd, dat een Lid-Staat kapitaalvennootschappen in de zin van artikel 3 van de richtlijn ter zake van de in de artikelen 10 en 11 bedoelde verrichtingen niet mag onderwerpen aan andere belastingen dan het kapitaalrecht en de in artikel 12 genoemde rechten ?

2) Moet artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat

¹ — PB 1969, L 249, blz. 25; gewijzigd bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden en de aanpassing der Verdragen, PB 1972, L 73, blz. 93.

voor de heffing van kapitaalrecht op grond van die bepaling vereist is, dat het kapitaal van de vennootschap is vermeerderd door omzetting van de in deze bepaling genoemde vermogensbestanddelen, of mag een Lid-Staat kapitaalrecht heffen enkel op grond van een vermeerdering van het nominale kapitaal ?”

6. Schriftelijke (en voor een deel ook mondelinge) opmerkingen zijn ingediend door partijen in het hoofdgeding (door het ministerie tevens namens de Deense regering), door de Nederlandse regering en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Voor hun standpunten verwijs ik hier naar het rapport ter terechtzitting.

B — Beoordeling

Mijns inziens moet in deze zaak het volgende worden opgemerkt.

7. 1. In de eerste plaats zijn partijen het erover eens, dat *afdeling C* een *kapitaalvennootschap* in de zin van artikel 3 van richtlijn 69/335 is en dat het derhalve gaat om de vraag, of een verrichting als in casu aan de orde op grond van de richtlijn aan kapitaalrecht is onderworpen. In ieder geval heeft het Højesteret niet gevraagd of de richtlijn (waarvan artikel 3, lid 1, sub b, spreekt van vennootschappen, verenigingen of rechtspersonen waarvan de aandelen in het kapitaal of in het vermogen ter beurze kunnen worden verhandeld) ook geldt voor rechtens zelfstandige *afdelingen* van een vennootschap. Dit aspect van de zaak, dat aan het einde van de mondelinge behandeling nog is aangehaald, behoeft dan ook niet nader te worden onderzocht.

8. 2. De *eerste vraag*, over de ontoelaatbaarheid van andere dan de in de richtlijn uitdrukkelijk genoemde belastingen, is in casu door iedereen bevestigend beantwoord. Gelet op de structuur en de considerans van de richtlijn, kan men het daarmee op grond van de bewoordingen van de drie in de vraag genoemde bepalingen alleen maar eens zijn.

9. Zo schrijft artikel 10 de Lid-Staten voor, alleen het in de richtlijn bedoelde kapitaalrecht te heffen. Daarvoor zijn de in artikel 4 genoemde verrichtingen bepalend. Voorts mogen de Lid-Staten ingevolge artikel 11, sub a (dat in casu van toepassing zou kunnen zijn), geen enkele belasting, in welke vorm ook, heffen over het opmaken, de uitgifte, de toelating ter beurze, het in omloop brengen of het verhandelen van aandelen, deelbewijzen of andere soortgelijke effecten, alsmede van certificaten van deze stukken. Op grond van artikel 12 mogen de Lid-Staten weliswaar een aantal belastingen heffen in afwijking van de artikelen 10 en 11, maar het is onmiddellijk duidelijk dat geen van deze — kennelijk uitputtend opgesomde — heffingen in casu aan de orde is. Ten slotte kan nog worden gewezen op de laatste overweging, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat de Lid-Staten andere indirecte belastingen, die dezelfde kenmerken vertonen als het kapitaalrecht of het zegelrecht op effecten, niet mogen handhaven, en dat die belastingen derhalve moeten worden afgeschaft, ten einde de doelstellingen die met de in de richtlijn voorziene maatregelen worden nagestreefd, niet in gevaar te brengen.

10. 3. De *tweede vraag* van het Højesteret heeft betrekking op de uitlegging van artikel 4 van de richtlijn, waarvan lid 1 zoals bekend de verrichtingen opsomt waarover de heffing van kapitaalrecht verplicht is, terwijl lid 2 een aantal verrichtingen noemt die

de Lid-Staten aan kapitaalrecht *kunnen* onderwerpen indien zij dit opportuun achten. Onderzocht moet worden, of artikel 4, lid 2, sub a — dat spreekt van de vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door omzetting van winsten, reserves en voorzieningen — aldus moet worden begrepen, dat daarvan reeds sprake is bij vermeerdering van het *nominale* kapitaal — zoals bij Dansk Sparinvest het geval zou zijn, ofschoon de vermogensstructuur niet is gewijzigd — dan wel dat daartoe de in artikel 4, lid 2, sub a, genoemde vermogenswaarden moeten worden *ingebracht*, dat wil zeggen ingebracht ingevolge een bijzondere handeling van een vennootschapsorgaan in de zin van een overdracht van specifieke vermogensbestanddelen naar het vennootschappelijk kapitaal.

11. De tweede uitlegging wordt vooral door Dansk Sparinvest voorgestaan, maar eigenlijk ook — ofschoon iets genuanceerder — door de Commissie. Het Deense Ministerie van Belastingen houdt het daarentegen bij de eerste stelling en wordt daarin gevolgd door de Nederlandse regering, volgens welke Nederland over dergelijke verrichtingen (dat wil zeggen de omzetting in kapitaal van winsten, reserves en voorzieningen waarover nog geen belasting werd betaald) ongetwijfeld kapitaalrecht zou heffen.

12. a) Voor de oplossing van het onderhavige probleem is mijns inziens de principiële vaststelling van belang, dat artikel 4 van de richtlijn van de Raad, dat de aan het kapitaalrecht onderworpen verrichtingen opsomt, *eng moet worden uitgelegd* en dat dit inzonderheid geldt voor lid 2; dit laatste staat immers belastingverschillen in de Lid-Staten toe, waardoor de verwezenlijking van het beoogde doel — bevordering van een vrij kapitaalverkeer door harmonisatie

van de belasting — toch al wordt bemoeilijkt.

13. Voor bovengenoemde vaststelling pleiten in de eerste plaats bepaalde verklaringen van twee bij de vaststelling van de richtlijn betrokken gemeenschapsinstellingen, het Economisch en Sociaal Comité en het Parlement. Zo had het Economisch en Sociaal Comité beklemtoond, dat het mogelijk zou moeten zijn om de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal, waarvan de opbrengst gering is en waarvoor in een rationeel belastingstelsel geen plaats meer is, *af te schaffen*. Voorts werd het betreuwenswaardig geacht, dat niet tevens het kapitaalrecht kon worden afgeschaft, daar het economisch nauwelijks gerechtvaardigd was om belasting te heffen op het bijeenbrengen van kapitaal.² Het Parlement sprak in zijn resolutie de mening uit, dat het de voorkeur zou verdienen om het kapitaalrecht volledig af te schaffen, maar erkende dat de voorgestelde oplossing een belangrijke stap in die richting betekende.³

14. Voor de mijns inziens juiste principiële vaststelling pleit ook de volgende overweging van de richtlijn 85/303 van de Raad van 10 juni 1985 tot wijziging van richtlijn 69/335: „dat het kapitaalrecht op de hergroepering en ontwikkeling van ondernemingen een ongunstige economische weerslag heeft; dat... het beslist noodzakelijk is prioriteit te geven aan een heropleving van de investeringen; dat met *afschaffing* van het kapitaalrecht die doeleinden het best worden gediend”.⁴ Daaruit kan zonder meer

worden afgeleid, dat de gemeenschapswetgever reeds bij de vaststelling van richtlijn 69/335 het standpunt beaamde dat ook de twee bovengenoemde gemeenschapsinstellingen principieel hebben ingenomen.

15. *b)* Uitgaande van bovenbedoeld beginsel en van de — in dit verband bijzonder belangrijke — *bewoordingen* van artikel 4, lid 2, sub a, moet worden aangenomen, dat het voorschrift met *vermeerdering* van het kapitaal door *omzetting* van winsten en dergelijke alleen de gevallen bedoelt waarin de vennootschap twee gescheiden kapitaalmassa's heeft (die boekhoudkundig gescheiden zijn en eventueel in openbare registers zijn vermeld) en waarin door een bijzondere verrichting een verschuiving tussen deze kapitaalmassa's plaats heeft die ook naar buiten vennootschapsrechtelijke gevolgen heeft (zodat de aandeelhouders niet zonder meer over het aldus ingebrachte kapitaal kunnen beschikken en er derhalve, wat het kapitaal betreft, sprake is van een „versterking van het economisch potentieel” van de vennootschap (zie's Hof's arrest in zaak 270/81⁵).

16. Evenwel kan daarbij moeilijk worden gedacht aan verrichtingen als in casu aan de orde, waarbij de vennootschap slechts *één* vermogensmassa heeft die — volgens de statuten — door winsten en dergelijke aangroeit, en waarbij alleen het nominale kapitaal wordt gewijzigd, dat wil zeggen de *verdeelsleutel* voor de bepaling van de grootte van elk van de aandelen, zonder dat dit onmiddellijk gevolgen heeft op vennootschapsrechtelijk vlak, aangezien de deelnemingen van de respectieve aandeelhouders ongewijzigd blijven. Ook wanneer in een dergelijk

2 — PB 1965, blz. 2232; hierbij zij nog opgemerkt, dat het Economisch en Sociaal Comité zelfs had voorgesteld de facultatieve belasting van artikel 4, lid 2, af te schaffen; dit voorstel werd evenwel verworpen.

3 — PB 1965, blz. 2057.

4 — PB 1985, L 156, blz. 23.

5 — Arrest van 15 juli 1982 (zaak 270/81, Felicitas Rickmers-Linie, Jurispr. 1982, blz. 2771).

geval de gezamenlijke nominale waarde van alle aandelen wel afzonderlijk in de boekhouding staat vermeld — wat Dansk Sparinvest betreft, is dit als ik het goed heb een omstreden punt — en wanneer voor de wijziging van de certificaten een besluit van de algemene vergadering vereist is, is dit op zich nog geen reden om van een kapitaalvermeerdering in de zin van de richtlijn te spreken. Wanneer een dergelijke verrichting wordt belast, moet veeleer worden gedacht aan artikel 11 van de richtlijn, dat de belasting van het *opmaken*, de *uitgifte* en het *in omloop brengen* van effecten juist verbiedt.

17. c) Daar kan nog aan worden toegevoegd, dat het zonder meer denkbaar is om ook over de vermogensaanwas van kapitalisatiefonds kapitaalrecht te heffen. Het is nochtans duidelijk dat hiervoor bijzondere bepalingen nodig zijn. Dat deze in de richtlijn ontbreken en dat de maatstaf van heffing van artikel 5 klaarblijkelijk niet op dergelijke gevallen kan worden toegepast, sterkt mij slechts in de overtuiging dat de richtlijn niet geldt voor verrichtingen als de onderhavige.

18. In een kapitalisatiefonds leiden velerlei verrichtingen het gehele jaar door tot vermogensaanwas. Aangezien daarbij zeker niet steeds van een belastbare verrichting sprake is, had derhalve moeten worden vastgesteld, welk tijdstip bij zulke vennootschappen bepalend is. De richtlijn bevat daarover echter geen nadere aanduiding.

19. Voorts heeft het mijns inziens weinig zin om enkel de wijziging van de nominale waarde van de uitgegeven certificaten in aanmerking te nemen. Aan het kapitaalrecht onderworpen vennootschappen zouden dergelijke wijzigingen immers eenvoudig achterwege kunnen laten om zich daarmee zonder meer aan de belasting te onttrekken.

Gelijk geïntimeerde heeft aangetoond in een aantal voorbeelden in haar schriftelijke opmerkingen, zouden zij ook, naar gelang het gewenste koersniveau, de hoogte van de belasting kunnen beïnvloeden, wat zeker niet zonder meer aanvaardbaar lijkt.

20. d) Gelijk hierna zal blijken, doen enkele door appellant naar voren gebrachte argumenten daar niet aan af.

21. Dit geldt in de eerste plaats voor de opmerking, dat richtlijn 69/335 — gelijk reeds blijkt uit voornoemd artikel 3, lid 1, sub b —, alle mogelijke kapitaalvennootschappen omvat (zodat niet bepalend kan zijn, of in de boekhouding onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende vermogensbestanddelen), alsmede voor de verwijzing naar artikel 5, lid 1, sub c, volgens hetwelk het nominale bedrag van de kapitaalvermeerdering bepalend is.

22. Uit de erkenning dat de richtlijn — wat de betrokken vennootschappen betreft — een ruime werkingssfeer heeft, kan niet eenvoudig worden afgeleid, dat bij al die vennootschappen, ongeacht hun structuur, ook verrichtingen denkbaar zijn zoals die in artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn met vermelding van zeer nauwkeurige criteria zijn omschreven.

23. Wat artikel 5, lid 1, sub c, betreft, is het in de eerste plaats principieel onjuist om uit een bepaling betreffende de *berekening* van de belasting elementen te willen afleiden voor de uitlegging van de bepaling die de belastbare verrichtingen omschrijft. Het is bovendien duidelijk dat genoemd voorschrift (dat wil uitsluiten dat van de *koers*-

waarde van de bij een kapitaalvermeerdering uitgegeven effecten wordt uitgegaan) niet erg goed aansluit bij verrichtingen als in casu aan de orde.

24. Hetzelfde geldt voorts zowel voor de verwijzing naar de considerans van de richtlijn (waar op een gegeven moment wordt verklaard, dat de harmonisatie van de belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal zodanig moet worden opgezet, dat de budgettaire gevolgen voor de Lid-Staten tot een minimum worden beperkt), als voor de verklaring dat het kapitaalrecht in Denemarken — blijkens de toelichting van de minister voor het Parlement — onder meer het zegelrecht heeft vervangen (dat kennelijk zonder meer gold voor verrichtingen als de onderhavige).

25. Bovenbedoelde overweging kan op zich beslist geen ruime uitlegging van de in de richtlijn genoemde belastbare verrichtingen rechtvaardigen; geheel afgezien van de enge uitlegging die zich in casu zoals gezegd opdringt, toont die overweging immers ook aan, dat het uiteraard niet steeds — bij harmonisatierichtlijnen is dit heel duidelijk — bij de status quo ante kan blijven.

26. Ook al was de onderhavige omzetting van certificaten onder de oude wet op het zegelrecht belastbaar, voor de uitlegging

van de richtlijn is dit irrelevant, omdat deze niet van toepassing is op de uitgifte van effecten⁶ en zij — in het belang van de eenmaking van het recht ter bevordering van het kapitaalverkeer — strekt tot afschaffing van bijzondere nationale belastingregelingen.

27. Eveneens irrelevant is ten slotte de opmerking, dat de activiteiten van geïntimeerde ook door een naamloze vennootschap zouden kunnen worden uitgeoefend; hetzelfde geldt voor de erkenning, dat op fiscaal gebied de wettelijke regeling voor vennootschappen als geïntimeerde zou zijn aangepast aan die voor naamloze en besloten vennootschappen.

28. Het gaat er immers om, dat geïntimeerde niet de rechtsvorm van een naamloze vennootschap heeft, maar een geheel andere structuur bezit (er is geen sprake van afzonderlijke vermogensmassa's, die aan verschillende regels zijn onderworpen). Zo bovenbedoelde rechtsontwikkeling zich in Denemarken overigens daadwerkelijk zou hebben voorgedaan, is dit uiteraard — er wordt immers typisch alleen gewezen op een fiscale *aanpassing* — nog geen reden om aan te nemen, dat een dergelijke aanpassing of gelijkstelling ook op communautair niveau en juist ten aanzien van het kapitaalrecht juist werd gechoort.

C — Conclusie

Op grond van het voorgaande kan ik het Hof alleen maar in overweging geven, de vragen van het Højesteret te beantwoorden als volgt:

6 — Vgl. artikel 11.

29. a) De artikelen 10 en 11 van richtlijn 69/335 van de Raad moeten aldus worden uitgelegd, dat een Lid-Staat kapitaalvennootschappen in de zin van artikel 3 van de richtlijn ter zake van de in de artikelen 10 en 11 genoemde verrichtingen niet mag onderwerpen aan andere belastingen dan het kapitaalrecht en de in artikel 12 genoemde rechten.

30. b) Artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat kapitaalrecht enkel kan worden geheven wanneer het afzonderlijk geboekte vennootschappelijk kapitaal wordt vermeerderd door uitdrukkelijke inbreng van de in deze bepaling genoemde vermogenswaarden, en niet bij een loutere vermeerdering van het nominale kapitaal in de vorm van een nominale verhoging van het certificatenbestand.