

meerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen, waarbij een omzetting van vermogensbestanddelen plaatsvindt, die tot een vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal leidt welke bij-

draagt tot versterking van het economisch potentieel van de vennootschap. Daarentegen kan geen kapitaalrecht worden geheven enkel op grond van een vermeerdering van het nominale kapitaal, die niet tot een dergelijke versterking bijdraagt.

RAPPORT TER TERECHTZITTING in zaak 36/86 *

I — De feiten en het procesverloop

Richtlijn 69/335 van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB 1969, L 249, blz. 25) is in Denemarken ten uitvoer gelegd bij wet nr. 284 van 23 mei 1973, zoals nadien gewijzigd.

Artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn bepaalt het volgende:

„De volgende verrichtingen kunnen aan het kapitaalrecht worden onderworpen:

- a) de vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen.”

Artikel 4 van wet nr. 284, dat hieraan moet beantwoorden, luidt als volgt:

„4. Kapitaalrecht is verschuldigd in de volgende gevallen:

...

- 3. Vermeerdering van het aandelenkapitaal van aan kapitaalrecht onderworpen vennootschappen door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen.”

Geïntimeerde, Dansk Sparinvest, is een beleggingsmaatschappij. Zij werd opgericht in 1968. Zij telt vier afdelingen, aangeduid met de letters A, B, C en D. Afdeling C is in 1975 opgericht.

Elke afdeling is zelfstandig en voert een zelfstandige boekhouding. Zij staan onder een gemeenschappelijke leiding, waarvan de algemene vergadering het hoogste orgaan is; deze kiest jaarlijks een raad van bestuur.

De raad van bestuur benoemt een directeur, die zorg draagt voor het dagelijks bestuur. Afdeling C is een zogenoemd kapitalisatie-

* Procestaal: Deens.

fonds, wat betekent dat zij haar aandeelhouders geen dividend uitkeert. Haar winsten uit koersstijgingen, dividenden en dergelijke worden eenvoudig aan haar vermogen toegevoegd. De uitgegeven certificaten, met een nominale waarde, vertegenwoordigen een evenredig aandeel in het vermogen van de vennootschap op een gegeven tijdstip.

Bij de oprichting van afdeling C is overeenkomstig de artikelen 4, lid 1, en 6, lid 1, van wet nr. 284 kapitaalrecht betaald. Sindsdien zijn er met voortdurende emissies tegen kapitaalinbreng nieuwe certificaten uitgegeven, waarbij eveneens kapitaalrecht werd betaald. De certificaten zijn ter beurse genoteerd. Het kapitaalrecht wordt berekend over de koers van de certificaten op het tijdstip van uitgifte.

In december 1979 bedroeg de koers van de certificaten van afdeling C circa 200. Ten einde hun verhandelbaarheid te bevorderen, werd op 3 december 1979 besloten tot omzetting, in die zin dat elke certificaathouder tegen afgifte van één oud certificaat twee nieuwe certificaten ontving, elk van dezelfde nominale waarde als het oude certificaat. Hierdoor verdubbelde de totale nominale waarde van de certificaten, maar aangezien de verrichting plaatsvond zonder tegenprestatie van de certificaathouders (en het gestorte kapitaal van afdeling C niet werd verhoogd), had zij het beoogde gevolg, dat de koers met nagenoeg de helft daalde, tot ongeveer 100.

Onder verwijzing naar artikel 4, lid 3, van de wet op het kapitaalrecht legde de fiscus een kapitaalrecht op, dat Dansk Sparinvest op 24 juni 1980 onder voorbehoud van terugvordering betaalde. Bij de berekening

van het kapitaalrecht werd het kapitaalrecht dat in de loop der jaren bij de uitgaven van certificaten was betaald, in mindering gebracht.

Dansk Sparinvest was van oordeel, dat over de omzetting van de certificaten van afdeling C geen kapitaalrecht verschuldigd was, en stelde beroep in bij het Østre Landsret. Dit veroordeelde het Ministerie van Belastingen tot terugbetaling van het kapitaalrecht, dat vermeerderd met rente 1 049 062 DKR bedroeg. Het ministerie kwam hiervan in beroep bij het Højesteret.

Bij beschikking van 28 januari 1986 heeft het Højesteret krachtens artikel 177 EEG-Verdrag besloten, de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Hof van Justitie uitspraak zal hebben gedaan over de volgende prejudiciële 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 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 ?”

Blijkens de verwijzingsbeschikking zijn partijen het erover eens, dat de berekening van het kapitaalrecht overeenkomstig artikel 5, lid 3, van de richtlijn heeft plaatsgevonden.

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 11 februari 1986 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door geïntimeerde, Investeringsforeningen Dansk Sparinvest, vertegenwoordigd door E. Høgh, advocaat; de Deense regering en het Deense Ministerie van Belastingen, appellant, respectievelijk vertegenwoordigd door L. Mikaelsen en E. Andersen, advocaat; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door E. F. Jacobs, waarnemend secretaris-generaal van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. F. Buhl.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Bij het Hof ingediende opmerkingen

Dansk Sparinvest, geïntimeerde, betoogt, dat artikel 4, lid 3, van de Deense wet moet

worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 4, lid 2, sub a, van richtlijn 69/335 en derhalve geen ruimere toepassing van het kapitaalrecht toestaat dan in de richtlijn is voorzien. In casu kan de omzetting van de C-certificaten niet worden gelijkgesteld met een vermeerdering in de zin van artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn.

Verhoging van het aandelenkapitaal door de uitgifte van bonusaandelen is een rechtshandeling, voor zover de aandeelhouders besluiten, het aandelenkapitaal met een bepaald bedrag te verhogen en daarvoor een deel van het eigen vermogen van de vennootschap te gebruiken. Dit besluit heeft een reeks vennootschapsrechtelijke en boekhoudkundige gevolgen. Voor zover het in aandelenkapitaal omgezette bedrag had kunnen worden uitgekeerd als dividend, doen de aandeelhouders daar afstand van. Naast de boekhoudkundige overdracht is een statutenwijziging vereist, waarvan melding moet worden gemaakt in het handelsregister. Een dergelijke omzetting, met een vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal, is volgens artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn aan kapitaalrecht onderworpen. Deze bepaling berust op een onderscheid tussen het vennootschappelijk kapitaal (aandelenkapitaal) en ander eigen vermogen. Op grond van de richtlijn is kapitaalrecht verschuldigd over de overdracht naar het aandelenkapitaal van bedragen uit het overige eigen vermogen.

De onderhavige omzetting van certificaten vertoont wezenlijke verschillen met de uitgifte van bonusaandelen door naamloze vennootschappen, zodat van toepassing van artikel 4, lid 2, sub a, geen sprake kan zijn.

Met de omzetting is geen kapitaal in afdeling C ingebracht. De certificaathouders hebben geen afstand gedaan van rechten. Anders dan de aandeelhouders van een naamloze vennootschap kunnen zij niet over de winst van afdeling C beschikken. Noch de vermogenswaarde (eigen kapitaal) noch de balans van afdeling C is gewijzigd. De enige wijziging die uit de balans blijkt, is dat de uitgegeven certificaten een hogere nominale waarde vertegenwoordigen. Het nominale bedrag van de certificaten staat evenwel niet in de balans vermeld. Het enige gevolg van de onderhavige omzetting is een verdubbeling van de totale nominale waarde van de certificaten en een halvering van de beurskoersen.

Geïntimeerde bestrijdt de stelling van het ministerie, dat het bepaalde in artikel 4, lid 2, sub a, geen verband houdt met bijzondere boekhoudkundige handelingen, maar enkel met de nominale vermeerdering van het aantal certificaten. Zij wenste de nominale waarde van de certificaten te verdubbelen om zodoende de beurskoers tot ongeveer de parikoers te halveren. Zo naar een andere koers was gestreefd, had volgens het standpunt van appellant een heel ander bedrag aan kapitaalrecht moeten worden betaald. Voor een beurskoers van 25 bij voorbeeld, zou het kapitaalrecht meer dan 20 miljoen DKR hebben bedragen. Het is niet aannemelijk, dat de hoogte van het kapitaalrecht dat ingevolge de in geding zijnde bepaling verschuldigd is, afhangt van het oogmerk van de genomen maatregel, in casu wijziging van de beurskoers der certificaten met het oog op hun verhandelbaarheid.

Geïntimeerde is het evenmin eens met de stelling van appellant, dat de wet op het kapitaalrecht artikel 54 van de wet op het zegelrecht heeft vervangen, zodat kapitaalrecht moet worden geheven wanneer een

verrichting leidt tot de uitgifte van effecten die onder het afgeschafte artikel 54 aan zegelrecht waren onderworpen. Het kapitaalrecht is niet verbonden aan de uitgifte van effecten, maar veronderstelt een inbreng of overdracht van middelen naar het vennootschappelijk kapitaal.

De artikelen 10 tot en met 12 van de richtlijn geven in overeenstemming met het doel van de richtlijn een uitputtende opsomming van de gevallen waarin de Lid-Staten kapitaalrecht kunnen heffen. Artikel 5, lid 1, sub c, van de richtlijn kan niet worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de heffing van kapitaalrecht enkel op grond van een nominale verhoging van het vennootschappelijk kapitaal, zonder inbreng of overdracht van kapitaal. Het geeft alleen aan, over welk bedrag het kapitaalrecht moet worden berekend.

Geïntimeerde geeft het Hof in overweging, de eerste vraag alsmede het eerste onderdeel van de tweede vraag bevestigend te beantwoorden en op het tweede onderdeel van de tweede vraag ontkennend te antwoorden.

De Deense regering en het Ministerie van Belastingen, appellant, maken eerst een aantal algemene opmerkingen met betrekking tot het vennootschapsrecht, de rechtsvorm van geïntimeerde, de voorgeschiedenis van het kapitaalrecht in Denemarken en het arrest van het Østre Landsret. Inzonderheid hebben zij erop gewezen, dat bij de omzetting van richtlijn 69/335 in de Deense rechtsorde het zegelrecht bij de uitgifte van aandelen en andere effecten is vervangen door het kapitaalrecht.

De eerste vraag dient volgens de Deense regering bevestigend te worden beantwoord.

Uit de considerans, de bewoordingen en de structuur van de richtlijn volgt, dat zij de totstandkoming beoogt van een geharmoniseerde regeling van de belastingen op de in de richtlijn beschreven verrichtingen tot het bijeenbrengen van kapitaal, en dat deze regeling elke andere belasting uitsluit. Dit wordt inzonderheid bevestigd door de bewoordingen van de artikelen 10, 11 en 12.

Met betrekking tot de tweede vraag is het volgens de Deense regering beslissend, of de Lid-Staten in een situatie als de onderhavige kapitaalrecht mogen heffen bij kapitaalvermeerdering uit het overige eigen vermogen van de vennootschap, dus zonder concrete inbreng van de aandeelhouders.

Partijen zijn het erover eens, dat geïntimeerde een kapitaalvennootschap is in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van de richtlijn.

Artikel 4, lid 2, sub a, geldt voor alle kapitaalvennootschappen, ongeacht of voor een bepaalde vorm gedetailleerde boekhoudkundige regels bestaan op grond waarvan de verschillende bestanddelen van het vermogen van de vennootschap, waaronder de reserves en de voorzieningen, apart moeten worden vermeld, dan wel of deze laatste als „geheime” reserves deel uitmaken van het vennootschappelijk vermogen.

Beslissend voor de toepasselijkheid van artikel 4, lid 2, sub a, is de vraag, of het vennootschappelijk kapitaal is vermeerderd door omzetting of inbreng van middelen die tot het eigen vermogen van de vennootschap behoorden en die de winst van de vennootschap ten opzichte van het oorspronkelijke vennootschappelijk kapitaal vertegenwoordigen.

Artikel 4, lid 2, sub a, moet derhalve aldus worden begrepen, dat kapitaalrecht kan worden geheven wanneer het vennootschappelijk kapitaal wordt vermeerderd door omzetting van overig eigen vermogen. De uitdrukking „winsten, reserves of voorzieningen” is derhalve complementair bij het vennootschappelijke kapitaal als zodanig, met dien verstande dat beide te zamen het totale vermogen van de vennootschap vormen.

Op grond van artikel 4, lid 2, sub a, kan derhalve een kapitaalverhoging zonder concrete inbreng aan kapitaalrecht worden onderworpen. Deze bepaling vormt daarmee een uitzondering op de in artikel 4, lid 1, neergelegde regel, die een inbreng van nieuwe middelen en dus een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen veronderstelt.

Aangaande de opmerking van geïntimeerde, dat in casu enkel een vermeerdering van het „nominale” kapitaal heeft plaatsgevonden, benadrukt de Deense regering, dat het kapitaalrecht bij verhoging van het vennootschappelijk kapitaal door omzetting volgens artikel 5, lid 1, sub c, van de richtlijn moet worden berekend over de nominale waarde van de vermeerdering, dus ongeacht of de waarde van het vennootschappelijk vermogen al dan niet is toegenomen.

Het vennootschappelijk kapitaal is noch bij de oprichting van de vennootschap noch daarna een formele grootheid. De hoogte ervan heeft zowel in het vennootschapsrecht als in het fiscaal recht reële betekenis. Ook al heeft de verhoging van het vennootschappelijk kapitaal in casu plaatsgevonden om de beurskoers van de certificaten van de beleggingsmaatschappij omlaag te brengen, niettemin heeft, zoals bij elke andere vorm van verhoging uit eigen middelen, een zekere indirecte uitkering van winst plaatsgevonden.

De Deense regering geeft het Hof in overweging, de tweede vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 4, lid 2, sub a, van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 moet aldus worden uitgelegd, dat de Lid-Staten kapitaalrecht kunnen heffen bij kapitaalverhoging van een kapitaalvennootschap in de zin van artikel 3 van de richtlijn door omzetting van overig vermogen van de vennootschap in vennootschappelijk kapitaal, dat wil zeggen zonder inbreng van nieuwe middelen.”

Volgens de *Nederlandse regering* moet de eerste vraag op grond van de laatste overweging van richtlijn 69/335 bevestigend worden beantwoord.

Met betrekking tot de tweede vraag meent de Nederlandse regering, dat in casu sprake is van omzetting in kapitaal van winsten, reserves of voorzieningen. Daar dit bijeengebrachte kapitaal nog niet eerder aan kapitaalrecht onderworpen is geweest, is er thans kapitaalrecht verschuldigd. Indien het geval zich in Nederland zou voordoen, zou over de kapitaalvermeerdering kapitaalrecht worden geheven.

De *Commissie* merkt op, dat richtlijn 69/335 de afschaffing voorschrijft van het zegelrecht op effecten en van alle andere indirecte belastingen dan kapitaalrecht. Doordat de richtlijn alle elementen voor de vaststelling van het recht heeft geharmoniseerd, heeft dit in alle Lid-Staten dezelfde werking. In Denemarken is gelijktijdig met de inwerkingtreding van de wet op het kapitaalrecht artikel 54 van de wet op het zegelrecht, betreffende het zegelrecht op aandelen en aandeelbewijzen, afgeschaft.

Richtlijn 69/335 heeft tot doel, het vrije kapitaalverkeer te bevorderen. Zij heeft alleen betrekking op de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal en heeft dus geen gevolgen voor de belasting van natuurlijke of rechtspersonen. Zij bewerkstelligt een volledige harmonisatie van alle elementen voor de berekening van het kapitaalrecht, waarvan in casu inzonderheid de berekeningsgrondslag en de heffingsvoorwaarden van belang zijn.

Artikel 12 geeft een opsomming van de belastingen die de Lid-Staten in afwijking van de artikelen 10 en 11 mogen heffen. Het artikel bevat een volledige lijst van de uitzonderingen die de richtlijn toestaat voor de belasting van onder de richtlijn vallende verrichtingen. Een omzetting van certificaten als de onderhavige behoort niet tot die uitzonderingen.

Bij de indiening bij het Deense parlement van het ontwerp van wet op het kapitaalrecht heeft de Deense minister van Belastingen verklaard, dat het kapitaalrecht artikel 54 van de vroegere wet op het zegelrecht moest vervangen. Volgens de Commissie echter mag volgens artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn slechts kapitaalrecht worden geheven bij vermeerdering van het kapitaal van een kapitaalvennootschap.

Wat de voorwaarden voor de heffing van het kapitaalrecht betreft, is de nominale waarde van de door geïntimeerde uitgegeven certificaten een verdeelsleutel voor de berekening van het aandeel van elke certificaathouder in het vermogen van Afdeling C. Daartoe verwijst de Commissie naar artikel 19 van geïntimeerdes statuten, lui-

dende als volgt: „De waarde van elk aandeel is gelijk aan de waarde van het vermogen van de afdeling gedeeld door het aantal aandelen dat in omloop is (de berekening geschiedt voor elke afdeling afzonderlijk).” De verdubbeling van het aantal certificaten was dus kennelijk geen verrichting die beantwoordt aan de „omzetting” van gereserveerde winsten, als bedoeld in artikel 4, lid 2, sub a, van de richtlijn, aangezien de nettowinst van de betrokken afdeling overeenkomstig artikel 15 van geïntimeerdes statuten reeds was toegevoegd aan het vermogen van de afdeling, dat voor de waarde der certificaten bepalend is.

Met betrekking tot de vraag of de omzetting van de certificaten kan worden aange merkt als een verrichting waarbij winsten, reserves of voorzieningen worden omgezet en waarover bijgevolg kapitaalrecht mag worden geheven, mag niet uit het oog worden verloren, dat er een oneindig aantal vennootschappen, verenigingen of rechtspersonen bestaan die op grond van hun rechtsstructuur ingevolge artikel 3, lid 2, van richtlijn 69/335 aan een kapitaalvennootschap kunnen worden gelijkgesteld. Het is dan ook onmogelijk om van het begrip „nominale waarde” automatisch een ongenueanceerde definitie te geven die op alle gevallen van toepassing is. Voor de beoordeling van de betekenis van een verhoging of vermindering van de „nominale waarde” moet voor iedere vennootschap, vereniging of rechtspersoon afzonderlijk worden onderzocht, of uit haar rechtsstructuur, zoals die uit de toepasselijke nationale rechtsregels en uit de statuten van de kapitaalvennootschap voortvloeit, mag worden afgeleid, dat het gaat om een kapitaalverhoging van een kapitaalvennootschap anders dan door vermeerdering van het nominale

kapitaal. Het staat derhalve aan de nationale rechter om te beslissen, om welke soort vennootschap het in een bepaald geval gaat, en om te bepalen of kapitaalvermeerdering heeft plaatsgevonden door „omzetting” van winsten, reserves of provisies. De nationale rechter moet zich daarbij baseren op de in 's Hofs rechtspraak neergelegde criteria voor de uitlegging van richtlijn 69/335. De Commissie refereert in dit verband aan de arresten van 27 juni 1979 (zaak 161/78, Conradsen, Jurispr. 1979, blz. 2221) en 15 juli 1982 (zaak 270/81, Felicitas Rickmers-Linie, Jurispr. 1982, blz. 2771). Daartoe moet ook met de werkzaamheid van de vennootschap worden rekening gehouden.

Mitsdien geeft de Commissie het Hof in overweging, de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

- „1) Een Lid-Staat mag kapitaalvennootschappen ter zake van de in de artikelen 10 en 11 van richtlijn 69/335 van de Raad genoemde verrichtingen niet onderwerpen aan andere belastingen dan het kapitaalrecht, tenzij aan de in artikel 12 genoemde belastingen.
- 2) Het staat aan de nationale rechter om op grond van een concrete beoordeling van de statuten en de werkzaamheid van de betrokken kapitaalvennootschap te beslissen, of de enkele verhoging van het nominale kapitaal van de vennootschap op grond van artikel 4, lid 2, sub a, van richtlijn 69/335 van de Raad en de rechtspraak van het Hof met betrekking tot die richtlijn tot de heffing van kapitaalrecht kan leiden.”

T. F. O'Higgins
rechter-rapporteur