CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 13 november 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De prejudiciële vraag van het Bundesfinanzhof betreft, evenals in zaak C-15/89, de uitlegging van artikel 4, lid 2, sub b, van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal [1] (hierna: de richtlijn).

2. De feiten liggen uiterst simpel: Trave Schiffahrts-Gesellschaft mbH & Co. KG (hierna: Trave), opgericht op 27 juni 1975, kreeg van haar vennoten leningen tot een totaalbedrag van 131 miljoen DM. Deze leningen, over de jaren 1977 tot 1983, waren renteloos. Bij aanslag van 7 december 1984 hief het Finanzamt Kiel-Nord ter zake van de verstrekking van deze leningen een kapitaalrecht ad 361 335 DM. De vennootschap vocht deze aanslag voor de bevoegde Duitse rechter aan.

3. Het Bundesfinanzhof, waaraan de zaak werd voorgelegd, vraagt het Hof in wezen, in de eerste plaats of het verstrekken van een renteloze lening door een vennoot aan zijn met zeer hoge schulden bezwaarde kapitaalvennootschap aanleiding kan geven tot de heffing van kapitaalrecht, en in de tweede plaats hoe het kapitaalrecht moet worden berekend.

4. Volgens artikel 4, lid 2, sub b, van de richtlijn kunnen de Lid-Staten aan het kapitaalrecht onderwerpen „de vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door prestaties van een vennoot, die geen vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal met zich brengen, maar beloond worden met een wijziging van de aandeelhoudersrechten of de waarde van de aandelen kunnen verhogen".

5. Ik herinner aan de vaste rechtspraak van het Hof,

„dat de aan het geharmoniseerde kapitaalrecht ten grondslag liggende beginselen slechts die verrichtingen aan het kapitaalrecht beogen te onderwerpen, waarin de inbreng van kapitaal juridisch gestalte krijgt en alleen voor zover de verrichtingen tot versterking van het economisch potentieel van de vennootschap bijdragen". [2]

6. Het lijkt mij onbetwistbaar, dat een renteloze lening van een vennoot een prestatie is die bijdraagt „tot versterking van het economisch potentieel van de vennootschap", aangezien zij daarmee de beschikking krijgt over gelden zonder de daaraan verbonden kosten behoeven te dragen, wat al naar gelang de situatie op de kapitaalmarkt een aanzienlijk voordeel kan betekenen. Het Bundesfinanzhof vraagt zich echter af, of dit ook geldt wanneer het vennootschappe-

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1969, L 249, blz. 25.

2 — Arrest van 15 juli 1982, zaak 270/81, Felicitas, Jurispr. 1982, blz. 2771, r. o. 16; zie ook het arrest van 2 februari 1988, zaak 36/86, Dansk Sparinvest, Jurispr. 1988, blz. 409, r. o. 13 en 14.

lijk vermogen van de met hoge schulden bezwaarde vennootschap negatief is. Het wijst er in de verwijzingsbeschikking op, dat het in zijn rechtspraak in zoverre geen verschil maakt.[3] Dit standpunt is door sommige Duitse schrijvers bestreden, aldus de rechter a quo: huns inziens laat artikel 4, lid 2, sub b, van de richtlijn slechts toe de vermeerdering van het *zuivere vermogen* van de vennootschap te belasten en geldt deze bepaling niet, wanneer de betrokken prestatie — omdat de passiva veel hoger zijn dan de activa — het saldo niet positief maakt.

7. Deze opvatting lijkt mij niet te moeten worden gevolgd. Zoals ik reeds betoogde in mijn conclusie in zaak C-15/89, is de aanzuivering, zij het ook maar gedeeltelijk, van een verlies door een prestatie geschikt om de waarde van de aandelen te verhogen, ook als het vennootschappelijk vermogen in sterke mate negatief is en dit blijft de prestatie ten spijt, aangezien de overlevingskansen van de onderneming daardoor groter worden en er minder extra inspanningen nodig zijn om het financiële evenwicht te herstellen.

8. De opvatting van bedoelde schrijvers berust op een verwarring van de begrippen *„zuiver vermogen"* en *„vennootschappelijk vermogen"*. Zoals het Hof in het recente arrest Siegen stelde, omvat

„het vennootschappelijk vermogen alle goederen die de vennoten in gemeenschap hebben gebracht, te zamen met de aanwas daarvan",

en daalt het vennootschappelijk vermogen ingeval de vennootschap verlies boekt.[4]

9. Het vennootschappelijk vermogen, de som van de activa van de vennootschap, in voorkomend geval verminderd met de passiva, is dus in zekere zin de *waarde van de vennootschap*, die ook negatief kan zijn. Het moet niet worden verward met het zuivere vermogen, dat gelijk is aan het *nettobedrag van de activa* en dat tot nul kan dalen, indien de passiva meer bedragen dan de activa.

10. Het verstrekken van een renteloze lening kan derhalve aan het kapitaalrecht worden onderworpen.

11. Het Bundesfinanzhof wil verder nog weten, hoe deze belasting moet worden berekend. Volgens artikel 5, lid 1, sub d, van de richtlijn wordt de belasting „in geval van vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen, als bedoeld in artikel 4, lid 2, sub b", geheven „over de werkelijke waarde van de verrichte prestaties, na aftrek van de lasten en verbintenissen die in verband met deze prestaties voor rekening van de vennootschap komen". In het bijzondere geval van een renteloze lening lijkt mij de waarde van de prestatie de aldus gerealiseerde rentebesparing voor de vennootschap te zijn. Zonder twijfel moet men hierbij uitgaan van de rentevoet voor kredieten aan bedrijven ten tijde van de verstrekking van de lening, aangezien dat percentage het bedrag bepaalt, dat de begunstigde vennootschap later had moeten betalen, indien zij een krediet op de markt had moeten opnemen.

3 — Arresten van 12 april 1972, II 37/63, BFHE 106, 123, BStBl. II 1972, 714; van 31 januari 1979, II R 46/77, BFHE 127, 227, BStBl. II 1979, 382; van 11 juli 1984, II R 87/82, BFHE 141, 569, BStBl. II 1984, 840.

4 — Arrest van 28 maart 1990, zaak C-38/88, Jurispr. 1990, blz. I-1447, r. o. 12.

12. Ik concludeer derhalve dat het Hof voor recht verklare:

„1) Artikel 4, lid 2, sub b, van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal staat de Lid-Staten toe, renteloze leningen die een van de vennoten aan zijn kapitaalvennootschap verstrekt, aan het kapitaalrecht te onderwerpen, ook indien de passiva van de vennootschap door de verstrekking van deze leningen niet geheel worden aangezuiverd.

2) Ingevolge artikel 5, lid 1, sub d, van de richtlijn moet het kapitaalrecht worden berekend op basis van het bedrag aan rente dat aldus volgens het ten tijde van de verstrekking van de leningen op de markt geldende rentepercentage is bespaard, eventueel met aftrek van de lasten voor de vennootschap in verband met deze leningen."