het geval is, staat aan de nationale rechter, met inachtneming van de door het Hof gepreciseerde uitleggingsgegevens.

Touffait Mackenzie Stuart Everling

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 juli 1982.

Voor de griffier

J. A. Pompe
adjunct-griffier

De president van de Derde kamer

A. Touffait

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 17 JUNI 1982 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De onderhavige zaak betreft een verzoek van het Finanzgericht Hamburg om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 5, lid 2, van richtlijn nr. 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB L 294 van 1969, blz. 25).

Verzoekster in het hoofdgeding is de commanditaire vennootschap Felicitas Rickmers-Linie KG & Co. Een commanditaire vennootschap is een vennootschap met een of meer beherende vennoten wier aansprakelijkheid onbeperkt is, en een of meer commanditaire vennoten wier aansprakelijkheid is beperkt tot het — in het handelsregister ingeschreven — bedrag van hun inbreng in de vennootschap.

In het hier relevante tijdvak was beherend vennote van verzoekster een andere commanditaire vennootschap, Rickmers Linie KG, hierna te noemen „de bovengeplaatste commanditaire vennootschap". Verweerder is het Finanzamt für Verkehrsteuern te Hamburg.

Op 10 april 1974 werd de vennootschap op aandelen Hapag Lloyd AG beherend vennote van de bovengeplaatste vennootschap. Verweerder zag hierin een verrichting uit hoofde waarvan een kapitaal-

1 — Vertaald uit het Engels.

recht over verzoeksters kapitaal verschuldigd was ingevolge het ter uitvoering van richtlijn nr. 69/335/EEG vastgestelde Kapitalverkehrsteuergesetz van 17 november 1972, BGBl. I, blz. 2129.

Artikel 2, lid 1, sub 1, van deze wet bepaalt dat de verkrijging van een aandeel in een binnenlandse kapitaalvennootschap door de eerste verkrijger een aan kapitaalrecht onderworpen verrichting is. Ingevolge de definitie van artikel 5, lid 1, van de wet behoort de vennootschap op aandelen (Aktiengesellschaft) tot de kapitaalvennootschappen. Artikel 5, lid 2, sub 3, van de wet bepaalt dat een commanditaire vennootschap als kapitaalvennootschap wordt beschouwd indien tot haar beherende vennoten een kapitaalvennootschap in de zin van de voorgaande bepalingen of een als kapitaalvennootschap te beschouwen commanditaire vennootschap behoort.

Volgens verweerder moest de bovengeplaatse commanditaire vennootschap door de toetreding van Hapag Lloyd AG als een kapitaalvennootschap worden beschouwd en was verzoekster derhalve bij die toetreding ingevolge artikel 5, lid 2, sub 3, van de wet op haar beurt als een kapitaalvennootschap te beschouwen. Verzoeksters beherende vennoten zouden op dat tijdstip dus vennootschapsrechten in een kapitaalvennootschap in de zin van artikel 2, lid 1, hebben verkregen.

Artikel 8 van de wet bepaalt voor zover van belang dat het kapitaalrecht wordt berekend aan de hand van de vennootschapsrechten, maar dat voor zover de vennootschapsrechten een nominale waarde hebben, als waarde daarvan tenminste de nominale waarde geldt met aftrek van hetgeen nog niet is ingebracht.

De artikelen 2, lid 1, 5, lid 2, sub 3 en 8 van de wet komen overeen met onderscheidenlijk de artikelen 4, lid 1, sub b, 3, lid 1, sub a, 3, lid 2 en 5 van de richtlijn.

De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de werkelijke waarde van de commanditaire aandelen in de verzoekende vennootschap in verband met geleden verliezen op het relevante tijdstip nihil was. Verweerder hief evenwel een kapitaalrecht ad 1 % van de totale waarde van de in het handelsregister ingeschreven verplichte inbreng in het vennootschappelijk vermogen op voornoemd tijdstip, hetgeen in een aanslag van DM 64 800 resulteerde.

Verzoekster ging tegen deze beschikking in beroep bij het Finanzgericht. Dit college neigt tot de opvatting dat over de waarde van de inbreng van de commanditaire vennoten geen recht behoort te worden geheven daar de aandelen in een commanditaire vennootschap geen „nominale waarde" in de zin van artikel 8 van de wet hebben.

Zoals het Finanzgericht opmerkt, lijkt dit punt op het eerste gezicht een vraag van Duits recht te betreffen. Genoemde rechterlijke instantie meende anderzijds dat, nu de richtlijn „rechtstreeks toepasselijk" was en de wet in ieder geval was bedoeld ter uitvoering van de richtlijn, het in werkelijkheid ging om de uitlegging van de richtlijn, met name artikel 5, lid 2. Die bepaling luidde op het relevante tijdstip:

„... het recht (wordt) geheven over tenminste de werkelijke waarde van de aan elke vennoot toegekende of toebehorende aandelen, dan wel over het nominale bedrag van deze aandelen, indien dit bedrag hoger is dan hun werkelijke waarde."

Verzoekster betoogde op grond van artikel 4, lid 1, juncto artikel 3, lid 2, van de richtlijn dat er in dit geval geen sprake was van een ingevolge die bepalingen aan kapitaalrecht onderworpen verrichting. De deelneming van een kapitaalvennootschap in een commanditaire vennootschap, die beherend vennote van een

andere commanditaire vennootschap is en in het relevante tijdvak steeds is geweest, zou niet zijn aan te merken als de omzetting van laatstgenoemde vennootschap in een kapitaalvennootschap. Het Finanzgericht was van mening dat dit betoog in strijd was met bepaalde uitspraken van het Bundesfinanzhof, die eerstgenoemd college kennelijk als gezaghebbend aanvaardt. Het Finanzgericht heeft dit punt evenwel niet ter prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie voorgelegd, zodat het misplaatst zou zijn, daarop in te gaan.

De eerste wel aan het Hof gestelde vraag houdt in of een aandeel in een commanditaire vennootschap een nominaal bedrag in de zin van artikel 5, lid 2, heeft en zo ja, aan welk element dat bedrag kan worden afgelezen. De tweede vraag luidt of artikel 5, lid 2, van de richtlijn rechtstreeks toepasselijk is in die zin dat de belastingplichtige in rechte mag verlangen overeenkomstig de richtlijn te worden belast.

Los van de vraag betreffende de rechtstreekse werking meen ik dat indien men aanvaardt dat de wet beoogde de richtlijn uit te voeren en zulks ook deed, de nationale rechter gerechtigd is vragen te stellen over de juiste uitlegging van de richtlijn, waarmee dan het gemeenschapsrecht wordt aangesneden. Naar ik meen behelst de vraag zoals zij is geformuleerd kwesties die zowel het gemeenschapsrecht als door de nationale rechter te beslissen onderwerpen betreffen; het Hof heeft uiteraard slechts de vragen van gemeenschapsrecht te beantwoorden.

Naar mijn mening is de definitie van de term „nominaal bedrag" in artikel 5, lid 2, van de richtlijn in wezen een vraag van gemeenschapsrecht die in laatste instantie door het Hof dient te worden opgelost. De relevante criteria moeten niet aan het nationale recht maar aan het gemeenschapsrecht worden ontleend — zie bij voorbeeld zaak 161/78, Conradsen (Jurispr. 1979, blz. 2221, 2244-2245) — omdat anders onaanvaardbare verschillen in benadering binnen de Gemeenschap kunnen ontstaan. De toepassing van de volgens het gemeenschapsrecht gegeven definitie valt onder de bevoegdheid van de nationale rechter. Wanneer het Hof de kenmerkende elementen van een „nominaal bedrag" onafhankelijk van het nationale recht heeft aangegeven, dient mijns inziens de nationale rechter te beslissen of aandelen in naar nationaal recht opgerichte vennootschappen, volgens dat recht die kenmerken bezitten.

Naar mijn mening is artikel 5, lid 2, niet aldus uit te leggen dat iedere soort organisatie die onder de ruime definitie van „kapitaalvennootschap" valt, aandelen met een „nominaal bedrag" heeft of geacht moet worden te hebben. Dat artikel moet mijns inziens zo worden uitgelegd, dat de werkelijke waarde van de aandelen in aanmerking is te nemen, tenzij (a) die aandelen een nominaal bedrag hebben en (b) dat nominale bedrag hoger is dan de werkelijke waarde van die aandelen. Het Kapitalverkehrsteuergesetz houdt — door de woorden „voor zover de vennootschapsaandelen een nominale waarde hebben" in artikel 8 — uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat aandelen in een vennootschap geen nominale waarde hebben. De wet geeft de richtlijn in dit opzicht juist weer.

Uitgangspunt is dus dat sommige kapitaalvennootschappen geen aandelen met een nominaal bedrag hebben, en andere wel.

De kenmerken van een nominaal bedrag in de zin van artikel 5, lid 2, van de richtlijn moeten in het licht van de doel-

einden van de richtlijn en het verband waarin de term voorkomt, worden vastgesteld. Zoals in de titel van de richtlijn en in de tweede en zesde overweging van de considerans is aangeduid, beoogt de richtlijn het vrije kapitaalverkeer te bevorderen door harmonisatie van de regels betreffende de belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal. Tot die belastingen behoort ook „het recht op de inbreng in vennootschappen". Volgens artikel 1 heffen de Lid-Staten „op de inbreng in kapitaalvennootschappen" een overeenkomstig de richtlijn geharmoniseerd recht, dat „kapitaalrecht" wordt genoemd.

Artikel 5, lid 2, tweede zinsdeel, is alleen van toepassing, indien de aandelen (in de zin van „parts sociales" en niet van „actions") aan de vennoten zijn „toegekend" of „toebehoren". Laastgenoemde uitdrukking ziet, naar ik veronderstel, op aandelen die na toekenning zijn overgedragen. Er moet derhalve sprake zijn van een aantoonbare toekenning of toewijzing van een bepaald belang in de vennootschap. Het nominale bedrag van een dergelijk belang moet, dunkt mij, in geld zijn uitgedrukt, ongeacht of het als een of meer aandelen of eenheden, dan wel als een bepaald of bepaalbaar in een geldsom uitgedrukt deel van het kapitaal van de vennootschap in aangeduid. Zulk een nominaal bedrag moet een vast bedrag zijn dat niet verandert met de lotgevallen van de vennootschap. Het dient dan ook niet aan de hand van de waarde van het vennootschapsvermogen of van de realiseerbare waarde van het belang der vennoten te worden bepaald. Evenmin moet de aansprakelijkheid der vennootschap jegens derden of de mate waarin de vennoten q.q. jegens derden aansprakelijk zijn, als uitgangspunt worden genomen. Het moet een vastgesteld bedrag zijn dat doorgaans in een vennootschapsakte is neergelegd, zoals de statuten of oprichtingsakte der vennootschap of de akte van aandelenuitgifte, dan wel in een handels- of vennootschapsregister. Het kan al dan niet een bij de wet voorgeschreven bedrag of minimumbedrag zijn.

Gewoonlijk zal het nominale bedrag van de aandelen der vennoten de som of de waarde van de inbreng der vennoten zijn, berekend op het tijdstip van die inbreng; hieronder valt ook het bedrag dat een vennoot gehouden is te voldoen doch nog niet heeft voldaan, zij het dat de Lid-Staten ingevolge artikel 5, lid 1, sub a) de vrijheid hebben het recht eerst te heffen wanneer de inbreng waartoe een vennoot gehouden is, daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

Ik zeg „gewoonlijk" omdat volgens de richtlijn drie verschillende bedragen in aanmerking kunnen komen voor de berekening van het kapitaalrecht, waarvan elk bedrag hoger kan zijn dan de beide andere. Het eerste is in artikel 5, lid 1, sub a, te vinden, namelijk „de werkelijke waarde van de zaken van welke aard ook, die door de vennoten zijn ingebracht of tot inbreng waarvan zij gehouden zijn, na aftrek van de lasten en verbintenissen die in verband met elke inbreng voor rekening van de vennootschap komen"; het tweede betreft „de werkelijke waarde van de aan elke vennoot toegekende of toebehorende aandelen"; het derde is het nominale bedrag van dergelijke aan een vennoot toegekende of toebehorende aandelen. Het in geldswaarde ten opzichte van de aandelen uitgedrukte nominale bedrag kan dan ook, indien het nationale recht dit toestaat, een ander en hoger bedrag zijn dan het nettobedrag van de inbreng, dat wil zeggen de waarde van de ingebrachte zaken minus de aangegeven aftrekposten.

Het staat aan de nationale rechter te beslissen of de naar nationaal recht bestaande vennootschap aandelen heeft toegekend die „een nominaal bedrag" hebben en zo ja, welke bedrag dat op basis van bovengenoemde maatstaven is.

Ik ben mij ervan bewust dat deze zienswijze ertoe noopt bij individuele vennootschappen na te gaan of hun uitgegeven aandelen „nominale bedragen" hebben, wanneer die vennootschappen zijn opgericht overeenkomstig een nationale wet die hen toestaat de voornoemde eigenschappen te bezitten, doch daartoe niet verplicht. Gezien de verschillen tussen het vennootschapsrecht van de Lid-Staten en de grote verscheidenheid in structuur van een vennootschap zelfs binnen één Lid-Staat, acht ik dit onvermijdelijk, om tot een eenvormige uitlegging van het begrip „nominaal bedrag" in de gehele Gemeenschap te komen. Ik acht het dan ook niet mogelijk en, gezien de stukken, niet juist, om in absolute zin te stellen dat alle Duitse commanditaire vennootschappen wel of geen aandelen met een nominaal bedrag hebben. Naar ik begrijp kwam ook de raadsman van verweerder uiteindelijk tot deze slotsom, hoewel hij aanvankelijk een ruimer standpunt innam. De nationale rechter dient een onderzoek in te stellen naar de betrokken vennootschap.

Naar mijn mening komt de tweede vraag niet aan de orde. Op de gronden die ik in mijn conclusie in zaak 8/81 (Becker, arrest van 19 januari 1982, Jurispr. 1982, blz. 53) heb uiteengezet, behoeft de vraag omtrent de rechtstreekse werking van een richtlijn alleen te worden beantwoord wanneer een justitiabele tegenover een Lid-Staat die een richtlijn niet heeft uitgevoerd, zich beroept op die richtlijn, en de bepalingen daarvan voldoende duidelijk zijn en bindend voor een Lid-Staat. In de onderhavige zaak staat vast dat de Bondsrepubliek Duitsland de regeling heeft uitgevoerd en geenszins haar verplichtingen niet is nagekomen. Aangezien de Duitse wet op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als de richtlijn, wordt de uitlegging van artikel 5 in algemene zin terecht aan het Hof voorgelegd. Verzoekster kan zich op de Duitse wet beroepen zonder dat zij een richtlijn als zodanig van node heeft. Al betoogt verzoekster te dezen dat de richtlijn rechtstreekse werking heeft, het is in werkelijkheid verweerder die steun zoekt bij de richtlijn of althans bij de Duitse wet waarin de bepalingen van de richtlijn zijn neergelegd.

Ik concludeer derhalve dat de eerste vraag aldus worde beantwoord, dat het aan de Duitse rechter staat te beslissen of verzoekster in het onderhavige geval aan haar vennoten aandelen of een belang heeft toegekend, die een vaste in geld uitgedrukte nominale waarde hebben, welke niet varieert naar gelang van de te eniger tijd bestaande waarde van het vennootschappelijk vermogen of de realiseerbare waarde van de aandelen of het belang.

De tweede vraag komt naar mijn mening niet aan de orde.