CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL ANTONIO TIZZANO
van 7 februari 2002 [1]

1. Bij beschikking van 1 september 1999 heeft het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof krachtens artikel 234 EG vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB L 249, blz. 25; hierna: „richtlijn"). Met deze vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of kapitaalrecht kan worden geheven over bepaalde prestaties die de verwerving van een deelneming in een naamloze vennootschap in het kader van een hiertoe uitgevoerde kapitaalvermeerdering mogelijk moeten maken.

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

2. Zoals uit de eerste overweging van de considerans blijkt, strekt de richtlijn tot bevordering van het vrij kapitaalverkeer met het oog op de totstandkoming van een economische unie waarvan de kenmerken overeenkomen met die van een binnenlandse markt. Voorwaarde voor het bereiken van dit doel is met name dat „op het in het kader van een vennootschap bijeengebrachte kapitaal, binnen de gemeenschappelijke markt slechts eenmaal het recht op het bijeenbrengen van kapitaal kan worden toegepast, en dat de hoogte van deze belasting, wil het kapitaalverkeer er niet door worden verstoord, in alle lidstaten gelijk dient te zijn" (zesde overweging). Hiertoe voorziet de richtlijn in de harmonisatie van dit recht, zowel wat zijn structuur als wat zijn percentages betreft (zevende overweging).

3. Voor het doorvoeren van deze harmonisatie worden de verrichtingen die aan het recht kunnen worden onderworpen, uitdrukkelijk genoemd in artikel 4 van de richtlijn; voorzover hier van belang, zijn op grond van lid 1 aan het kapitaalrecht onderworpen:

„[...]

c) de vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door inbreng van zaken van welke aard ook;

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

d) de vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door inbreng van zaken van welke aard ook, waarvoor geen rechten worden toegekend die een aandeel in het vennootschappelijk kapitaal of in het vennootschappelijk vermogen vertegenwoordigen, doch rechten van dezelfde aard als die van vennoten, zoals stemrecht, recht op een aandeel in de winst of in het liquidatieoverschot;

[...]"

4. Volgens artikel 4, lid 2, (in de gewijzigde versie [2]) mogen echter de volgende verrichtingen, „[v]oorzover zij op 1 juli 1984 tegen het tarief van 1 % werden belast, [...] aan het kapitaalrecht onderworpen blijven:

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

b) 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. Wat de belastbare grondslag betreft, schrijft artikel 5, lid 1, voorzover hier van belang, de heffing van het recht voor:

„a) in geval van oprichting van een kapitaalvennootschap, van vermeerdering van haar vennootschappelijk kapitaal of van vermeerdering van haar vennootschappelijk vermogen, als bedoeld in artikel 4, lid 1, sub a, c en d: over 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 staat de lidstaten vrij het kapitaalrecht alleen te heffen naargelang de liberalisaties daadwerkelijk plaatsvinden;

[...]

2 — Artikel 4, lid 2, van richtlijn 69/335 is gewijzigd bij artikel 1 van richtlijn 85/303/EEG van de Raad van 10 juni 1985 (PB L 156, blz. 23).

d) in geval van vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen, als bedoeld in artikel 4, lid 2, sub b: 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;

[...]".

Nationaal recht

6. Zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, is het kapitaalrecht in Oostenrijk in het Kapitalverkehrsteuergesetz (hierna: „KVG") geregeld. Hier moet er vooral op worden gewezen dat op grond van § 2 van het KVG „aan het kapitaalrecht is onderworpen:

1) de verwerving van aandeelhoudersrechten in een binnenlandse kapitaalvennootschap door de eerste verwerver;

[...]".

7. Wat de belastbare grondslag betreft, bepaalt § 7 van het KVG: „Het recht wordt berekend

1) bij de verwerving van aandeelhoudersrechten (§ 2, punt 1)

a) indien een tegenprestatie wordt betaald: op basis van de waarde van de tegenprestatie. Tot de tegenprestatie behoren ook de door de vennoten gemaakte kosten voor oprichting of vermeerdering van het kapitaal van de vennootschap, doch niet het voor de verwerving van aandeelhoudersrechten verschuldigde kapitaalrecht,

[...]".

Feiten en procedure

8. Energie Steiermark Holding AG (hierna: „ESTAG") is een naamloze vennootschap die vóór de litigieuze transactie een vennootschappelijk kapitaal van 500 miljoen ATS had. Zij was destijds geheel in eigendom van de deelstaat Steiermark (hierna: „deelstaat") en was op haar beurt houdster van vrijwel alle aandelen in drie werkmaatschappijen (de Steirische Wasserkraft- und Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, de

Steirische Ferngas-Aktiengesellschaft en de Steirische Fernwärme GmbH), waarmee zij samen de ESTAG-groep vormde.

9. In januari 1998 sloten de deelstaat en Electricité de France International SA (hierna: „EDFI"), die in handen is van Electricité de France (hierna: „EDF"), een „Unternehmensbeteiligungsvertrag" (overeenkomst van deelneming in een onderneming) met het oog op een deelneming van EDFI in ESTAG.

10. Met deze overeenkomst verbond de deelstaat zich er met name toe, het vennootschappelijk kapitaal van ESTAG door de uitgifte van 166 668 nieuwe aandelen met een nominale waarde van 1 000 ATS per stuk te vermeerderen tot 666 668 000 ATS. Bovendien verbond hij zich ertoe, zijn voorkeursrecht niet uit te oefenen en alleen EDFI toegang te verlenen tot de inschrijving op de nieuwe aandelen, zodat deze een deelneming van 25 % plus één aandeel in het maatschappelijk kapitaal van ESTAG kon verwerven.

11. EDFI verplichtte zich van haar kant:

i) in te schrijven op de 166 668 nieuwe ESTAG-aandelen voor een totaalbedrag van 166 668 000 ATS;

ii) een bedrag van 5 083 332 000 ATS als niet terug te betalen „bijdrage van vennoot" te storten op de door een trustee („Treuhänder") beheerde rekening, die dit bedrag (vermeerderd met rente) als financiële bijdrage moest overmaken aan ESTAG en/of haar voormelde drie werkmaatschappijen [3];

iii) een bedrag van 350 miljoen ATS op een andere door voornoemde trustee beheerde rekening (hierna: „garantierekening") over te maken. Deze rekening moest hoogstens twee jaar worden aangehouden, binnen welke termijn EDFI onder bepaalde voorwaarden recht had op terugbetaling van elk bedrag op deze rekening. [4] Indien dit recht niet zou worden uitgeoefend, moest het op de garantierekening gestorte bedrag aan ESTAG en/of haar dochtermaatschappijen stapsgewijze als volgt worden uitgekeerd: 100 miljoen ATS 13 maanden na uitgifte van de nieuwe aandelen, en de resterende 250 miljoen ATS 25 maanden na deze uitgifte.

12. De door de verwijzende rechter aangehaalde gedeelten van de deelnemingsovereenkomst geven de indruk dat de genoemde betalingen moesten worden verricht door

3 — De Treuhänder was met name verplicht op schriftelijke instructie van partijen het bedrag aan ESTAG en/of aan de individuele werkmaatschappijen over te maken; indien hij binnen twee weken na uitgifte van de aandelen geen instructie had ontvangen, diende hij het bedrag aan ESTAG over te maken.

4 — Hoewel dit in de verwijzingsbeschikking niet uitdrukkelijk wordt gezegd, wijzen de processtukken erop dat EDFI deze terugbetaling had kunnen eisen indien de informatie van de deelstaat over de economische/juridische positie van ESTAG onjuist was gebleken.

EDFI, die zich hiertoe jegens de deelstaat had verplicht. Volgens de door de Commissie en de door ESTAG aan het Hof verstrekte voorstelling van de feiten liet de overeenkomst EDFI in werkelijkheid echter de vrijheid, het (daarin als bijdrage van vennoot aangeduide) bedrag van 5 083 332 000 ATS geheel of gedeeltelijk door haar moedermaatschappij EDF te laten betalen.

13. Zoals in de overeenkomst was bepaald, werd tijdens de buitengewone algemene vergadering van 16 april 1998 besloten tot de vastgestelde vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van ESTAG met een nominaal bedrag van 166 668 000 ATS. Bovendien werd tijdens deze vergadering ingestemd met de uitsluiting van het inschrijvingsrecht van de aandeelhouders en met de overname van de nieuwe aandelen door EDFI.

14. Volgens de verwijzingsbeschikking betaalde EDFI kennelijk in de periode april-mei 1998 aan ESTAG het bedrag van 166 668 000 ATS dat met de nominale waarde van de nieuwe aandelen overeenkwam, terwijl EDF het resterende bedrag van 5 433 332 000 ATS naar de rekeningen van de trustee overmaakte. Deze maakte kennelijk de bijdrage vennoot ad 5 083 332 000 ATS over aan ESTAG en haar werkmaatschappijen [5] en stortte de overige 350 miljoen ATS op de garantierekening.

15. Op 11 mei 1998 stelde de bevoegde fiscale instantie (Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Graz) het kapitaalrecht op de hier beschreven ingewikkelde transactie vast naar een belastbare grondslag van 5 600 000 000 ATS, d.w.z. het voor de verwerving van de deelneming in ESTAG overeengekomen totaalbedrag (namelijk 166 668 000 ATS voor de nominale waarde van de aandelen, 5 083 332 000 ATS voor de bijdrage vennoot en 350 miljoen ATS voor het op de garantierekening te storten bedrag).

16. Tegen deze beschikking heeft ESTAG een bezwaarschrift bij het Finanzamt ingediend, met name op grond dat EDFI slechts 166 668 000 ATS heeft betaald en dat volgens de richtlijn over de later door EDF betaalde bedragen — zogenoemde „Großmutterzuschüsse" (bijdragen van het „grootmoederbedrijf") — geen kapitaalrecht had mogen worden geheven. Het bezwaar werd echter afgewezen door genoemde fiscale instantie, die van oordeel was dat de bestreden beschikking gemeenschapsrechtelijk volledig juist was aangezien de „werkelijke waarde van de zaken, van welke aard ook, die door de vennoten zijn ingebracht of tot inbreng waarvan zij gehouden zijn" in de zin van artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn, als heffingsgrondslag was genomen.

17. ESTAG heeft de beschikking vervolgens bestreden voor het Verwaltungsgerichtshof wegens onverenigbaarheid ervan met de richtlijn omdat de litigieuze

5 — Met name blijkt dat 3 733 332 000 ATS aan ESTAG, 950 miljoen ATS aan de Steirische Wasserkraft- und Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, 300 miljoen ATS aan de Steirische Ferngas-Aktiengesellschaft en 100 miljoen ATS aan de Steirische Fernwärme-Aktiengesellschaft werd overgemaakt.

bijdragen haar vennootschappelijk kapitaal niet hebben vermeerderd; zij door een niet-belanghebbende derde (EDF) zijn betaald en grotendeels naar derden (haar werkmaatschappijen) zijn gegaan; het kapitaalrecht hoe dan ook van de heffingsgrondslag had moeten worden afgetrokken, en nog niet gerealiseerde inbrengen in elk geval geen deel hadden mogen uitmaken van de heffingsgrondslag.

18. Voor de oplossing van deze ingewikkelde problemen achtte het Verwaltungsgerichtshof het noodzakelijk, het Hof overeenkomstig artikel 234 EG de volgende vragen te stellen:

„1) Vormen prestaties die een nieuwe vennoot die in het kader van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van de vennootschap, niet zelf, doch via zijn moedermaatschappij verricht, een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335?

2) Vormen prestaties die een nieuwe vennoot die in het kader van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van een vennootschap, niet verricht ten gunste van de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert, doch ten gunste van haar dochtermaatschappijen, een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335?

3) Vormen prestaties die nog niet zijn verricht, een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335?

4) Is het door de vennootschap te betalen kapitaalrecht een krachtens artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 69/335 van de belastbare grondslag af te trekken ‚last' of ‚verbintenis'?"

19. ESTAG, de Republiek Oostenrijk en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en ter terechtzitting van 26 september 2001 mondelinge opmerkingen gemaakt.

In rechte

De eerste twee prejudiciële vragen

20. De eerste twee vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, luiden in

wezen of op grond van richtlijn 69/335 kapitaalrecht kan worden geheven over bedragen die, zoals in casu, worden betaald voor de verwerving van een deelneming in een vennootschap door inschrijving op aandelen die in het kader van een hiertoe doorgevoerde kapitaalvermeerdering worden uitgegeven, wanneer deze bedragen worden betaald door de moedermaatschappij van de verwerver dan wel aan de dochtermaatschappijen van de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert.

21. Deze vragen hebben geen betrekking op de uitgifteprijs van de nieuwe aandelen, die overeenkomt met de nominale waarde, maar op de bijkomende bedragen die zijn betaald als tegenprestatie voor de verwerving van een aandelenpakket waarvan de werkelijke waarde boven de nominale waarde ligt. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is in de procedure voor de verwijzende rechter namelijk niet de heffing over het door EDFI betaalde bedrag van 166 668 000 ATS betwist, maar de heffing over het bijkomende door EDF betaalde bedrag van 5 433 332 000 ATS dat in feite overeenstemt met de betaalde meerprijs voor de aandelen waarop haar dochtermaatschappij had ingeschreven. In casu is namelijk onbetwist dat de betaling van de uitgifteprijs van de nieuwe aandelen door EDFI aanleiding was voor een „vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door inbreng van welke aard ook", die op grond van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn aan kapitaalrecht kan worden onderworpen. Twistpunt tussen partijen is evenwel óf, en op welke grondslag, de betaling van de meerprijs door EDF op grond van de richtlijn aan kapitaalrecht kan worden onderworpen.

22. De Commissie beschouwt een dergelijke prestatie als een „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" in de zin van artikel 4, lid 2, sub b, van richtlijn; deze is als zodanig aan kapitaalrecht onderworpen. Volgens de Oostenrijkse regering daarentegen kan de betrokken prestatie niet worden onderscheiden van de betaling van de uitgifteprijs van de nieuwe aandelen, waarmee zij bijdraagt aan de vermeerdering van het vennootschapskapitaal van ESTAG, zodat deze op grond van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn eveneens aan kapitaalrecht onderworpen zou moeten zijn. Zowel de Commissie als de Oostenrijkse regering acht het voor de heffing van de rechten in elk geval irrelevant dat de meerprijs van de aandelen waarop EDFI heeft ingeschreven, is betaald door de moedermaatschappij of aan de dochtermaatschappijen van ESTAG.

23. ESTAG komt juist tot de tegenovergestelde conclusie, namelijk dat over de betalingen van EDF geen kapitaalrecht kan worden geheven aangezien deze noch tot een vermeerdering van het kapitaal van ESTAG in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn, noch tot een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen hebben geleid „waarvoor [...] rechten [worden toegekend] van dezelfde aard als die van vennoten" in de zin van artikel 4, lid 1,

sub d. Volgens haar is hier van groter belang dat de betrokken betalingen — in tegenstelling tot wat in artikel 4, lid 2, sub b, en artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn is voorgeschreven — niet zijn verricht door een van de vennoten, en gedeeltelijk waren bestemd voor andere vennootschappen dan die waarvan het kapitaal is vermeerderd.

24. Ik merk meteen op dat van de verschillende voorgestelde mogelijke kwalificaties van de litigieuze verrichting, die van de Oostenrijkse regering mijn voorkeur heeft.

25. Net als deze regering ben ik namelijk van mening dat op grond van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn het recht is verschuldigd voor *iedere inbreng* die vermeerdering van het kapitaal en verwerving van aandelen in het kapitaal tot doel heeft. [6] Indien dus de werkelijke waarde van de voor de kapitaalvermeerdering uitgegeven aandelen boven de nominale waarde ligt, moet op grond van de kwestieuze bepaling ook de eventueel als tegenprestatie voor de kapitaalvermeerdering en de daaropvolgende inschrijving op nieuwe aandelen betaalde meerprijs worden belast.

26. Bovenstaande opvatting wordt naar mijn oordeel bevestigd door de richtlijnbepalingen die de belastbare grondslag vastleggen voor de verschillende verrichtingen waarover het rechten is verschuldigd. Ten aanzien van de verrichtingen ter vermeerdering van het kapitaal bedoeld in artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn bepaalt artikel 5, lid 1, sub a, namelijk dat de rechten worden geheven „*over de werkelijke waarde* van de zaken, van welke aard ook, die door de vennoten zijn ingebracht of tot inbreng waarvan zij gehouden zijn" en niet „*over het nominale bedrag* van deze vermeerdering" zoals bijvoorbeeld in het geval van „vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal door omzetting van winsten, reserves of voorzieningen" (artikelen 5, lid 1, sub c, en 4, lid 2, sub a). [7] Dus indien het recht moet worden geheven over de werkelijke waarde van de zaken die in het kader van een kapitaalvermeerdering zijn ingebracht om een aandeel in het kapitaal te verwerven, lijkt het mij duidelijk dat dit ook voor de eventueel hiervoor betaalde meerprijs moet gelden.

27. Nu deze vraag is beantwoord, moet nog worden beoordeeld of de litigieuze verrichtingen ook aan kapitaalrecht zijn onderworpen indien de meerprijs niet wordt betaald door de vennootschap die op de nieuwe aandelen inschrijft (in casu EDFI) maar door de moedermaatschappij (in casu EDF), of indien deze ten minste gedeeltelijk wordt betaald aan dochtermaatschappijen van de maatschappij die haar kapitaal vermeerdert (in casu de werkmaatschappijen van ESTAG). Beoordeeld moet dus worden of, zoals de Com-

6 — Het vereiste van toekenning van een „aandeel in het [...] kapitaal" als tegenprestatie blijkt a contrario uit artikel 4, lid 1, sub d, van de richtlijn. Zie in deze zin de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Locamion (arrest van 11 december 1997, C-8/96, Jurispr. blz. I-7055), die verklaarde dat „zoals duidelijk wordt aangetoond wanneer sub c wordt uitgelegd in samenhang met het daaropvolgende sub d, voor de inbreng die een vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal tot gevolg heeft, rechten worden toegekend die een aandeel in het vennootschappelijk kapitaal vertegenwoordigen" (punt 36).

7 — Cursivering van mij.

missie en de Oostenrijkse regering stellen, de genoemde omstandigheden irrelevant zijn voor de heffing van de rechten, of dat zij er juist toe leiden, zoals ESTAG betoogt, dat de heffing van de rechten moet worden uitgesloten.

28. Wat in de eerste plaats het geval betreft waarin de meerprijs door de moedermaatschappij wordt betaald, wijs ik erop dat volgens ESTAG in dit geval belastingheffing is uitgesloten omdat degene die de zaken heeft ingebracht, niet als tegenprestatie een deelneming in het kapitaal van de begunstigde onderneming ontvangt (die in plaats daarvan naar de dochtermaatschappij gaat) en ook niet de positie van vennoot verwerft. Daarom kunnen over deze zaken geen rechten worden geheven, want bij vermeerdering van het kapitaal wordt het recht krachtens artikel 4, lid 1, sub c, geheven „over de werkelijke waarde van de zaken die *door de vennoten* zijn ingebracht of tot inbreng waarvan zij gehouden zijn". [8]

29. Deze benadering lijkt mij echter te formalistisch en uiteindelijk weinig overtuigend. In het onderhavige geval zou de betaling door de moedermaatschappij in feite zijn verricht voor rekening van de dochtermaatschappij, om het laatstgenoemde mogelijk te maken in te schrijven op aandelen die in het kader van de kapitaalvermeerdering waren uitgegeven. In dergelijke gevallen kan daarom worden aangenomen dat de betaling van de meerprijs, hoewel formeel door een derde onderneming verricht, materieel kan worden toegerekend aan de dochtermaatschappij, die tegen deze betaling het recht krijgt om op de nieuw uitgegeven aandelen in te schrijven en aldus de positie van vennoot te verwerven. In de praktijk zou de door de betaling door de moedermaatschappij ontstane situatie niet verschillen van die waarin de moedermaatschappij de dochter slechts de voor de betaling noodzakelijke middelen ter beschikking stelt, aangezien de dochtermaatschappij in beide gevallen de tegenprestatie zou ontvangen en in beide gevallen een even hoge lening door de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij zou (moeten) ontstaan.

30. Wanneer verder wordt gekeken dan de formele criteria, kan daarom worden gesteld dat de belastbare handeling, zij het slechts indirect, wordt verricht door de dochtermaatschappij, dus door een vennootschap die als tegenprestatie een deelneming in het kapitaal krijgt. Dit gezichtspunt gaat uiteraard in tegen het bezwaar van ESTAG, dat over de litigieuze inbreng geen belasting is verschuldigd omdat de inbrenger een derde maatschappij is die geen positie als vennoot heeft verworven.

31. Voor de hier voorgestelde „materiële" benadering, waarbij voor de belastingheffing ook de indirecte bijdragen in aanmerking moeten worden genomen, is in de communautaire rechtspraak overigens een precieze bevestiging te vinden. Zoals de Commissie en de Nederlandse regering hebben opgemerkt, is het Hof namelijk al eens in de gelegenheid geweest, met betrek-

8 — Cursivering van mij.

king tot de verrichtingen van artikel 4, lid 2, sub b, van de richtlijn te verklaren dat „[d]e overdracht van winst tussen twee vennootschappen die door een gemeenschappelijke vennoot worden gecontroleerd, dient te worden beschouwd als een prestatie van een vennoot in de zin van voornoemde bepaling van gemeenschapsrecht, wanneer uit de omstandigheden duidelijk blijkt dat die overdracht in werkelijkheid een inbreng vormt door de gemeenschappelijke vennoot in één van zijn vennootschappen via de andere" [9]. In dit arrest kwalificeerde het Hof de via een gecontroleerde vennootschap ingebrachte zaken dus als prestaties van een vennoot in de zin van de richtlijn en achtte het daarbij noodzakelijk om los van de formele criteria vast te stellen aan wie de inbreng „in werkelijkheid" is toe te rekenen. Naar analogie hiervan, maar in omgekeerde zin, moeten naar mijn mening de zaken die een deelnemer via de betaling door de moedermaatschappij (voor zijn rekening) heeft ingebracht, aan hem worden toegerekend.

32. Bovendien lijkt deze uitlegging mij duidelijk geboden om de werking van de richtlijn in de praktijk te garanderen en uit te sluiten dat de geharmoniseerde belasting gemakkelijk kan worden ontweken. Artikel 4, lid 1, sub b, van de richtlijn zou namelijk duidelijk aan betekenis inboeten of volledig zinloos worden indien vennootschappen die deel uitmaken van een concern de belasting moeiteloos zouden kunnen ontwijken door andere vennootschappen van het concern de betalingen te laten verrichten voor een verwerving van een deelneming in aandelen bij de hiertoe voorgenomen vermeerdering van het kapitaal.

9 — Arrest van 13 oktober 1992, Weber Haus (C-49/91, Jurispr. blz. I-5207, punt 11).

33. Een vergelijkbare redenering geldt naar mijn idee ook voor een deel van de betalingen aan de dochters van de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert.

34. Het enige bezwaar van ESTAG tegen belastingheffing in casu is namelijk gebaseerd op de overweging dat voor de inbreng geen deelneming in het kapitaal van de begunstigde vennootschap wordt toegekend. Dit bezwaar is gemakkelijk te weerleggen met het argument dat de Commissie en de Oostenrijkse regering dan ook aanvoeren, namelijk dat slechts de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert, de indirecte begunstigde van de betalingen is. Deze vennootschap verkrijgt namelijk door de betaling van de inbreng aan haar dochtermaatschappijen een zeker economisch voordeel, aangezien zij daaruit een grotere winst kan halen en de waarde van haar deelnemingen in ieder geval aanzienlijk stijgt.

35. Daarom lijkt mij, wat het onderhavige geval betreft, duidelijk dat de meerprijs voor de nieuwe aandelen van ESTAG niet reeds van belasting kan worden vrijgesteld omdat deze door de moedermaatschappij EDF is betaald. Het is namelijk EDFI — die met de deelstaat is overeengekomen de deelneming in ESTAG te verwerven — die zich daartoe heeft verbonden het gehele bedrag van 5 600 000 000 ATS te betalen, en als tegenprestatie daadwerkelijk een aanzienlijk aandelenpakket van de Oostenrijkse vennootschap heeft verkregen. Het feit dat een gedeelte van het overeengeko-

men bedrag (gelijk aan de meerprijs van de nieuwe aandelen) is betaald door EDF voor rekening van haar dochter, lijkt mij dan ook niet relevant voor de heffing van het kapitaalrecht. Daarom lijkt mij ook niet relevant dat een deel van het bedrag naar de dochtermaatschappijen van ESTAG (die bijna 100 % van hun kapitaal in handen heeft) is gegaan, daar zij hieraan een zeker, zij het indirect, economisch voordeel heeft ontleend.

36. Gezien het bovenstaande dient op de eerste twee vragen te worden geantwoord:

— dat prestaties die een nieuwe vennoot, die in het kader van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van de vennootschap, niet zelf, maar via zijn moedermaatschappij verricht, een „inbreng van zaken van welke aard ook" in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn zijn;

— dat de prestaties die een nieuwe vennoot, die in het kader van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van een vennootschap, niet verricht ten gunste van de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert, maar ten gunste van dochtermaatschappijen, een „inbreng van zaken van welke aard ook" in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn zijn.

De derde vraag

37. Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter kennelijk met betrekking tot de op de garantierekening gestorte 350 miljoen ATS te weten of prestaties die nog niet zijn verricht, „inbreng van zaken van welke aard ook" in de zin van artikel 4, lid 4, sub c, van de richtlijn zijn.

38. ESTAG stelt voor, deze vraag ontkennend te beantwoorden en wijst erop dat zolang de bijdragen niet aan hun ontvangers zijn overgemaakt, niet alleen niet is vast te stellen wie de ontvangers zijn, maar evenmin of aan de voorwaarden voor heffing van kapitaalrecht is voldaan. De Commissie betoogt daarentegen dat het de lidstaten op grond van de richtlijn in de in artikel 4, lid 1, sub a, c en d, genoemde gevallen weliswaar vrij staat „het kapitaalrecht alleen te heffen naargelang de libera-

lisaties daadwerkelijk plaatsvinden" (artikel 5, lid 1, sub a), maar dat de richtlijn niet aan een eerdere heffing in de weg staat. De lidstaten dienen daarom vast te leggen wanneer de belastingen moeten worden geheven, met dien verstande dat de heffing pas definitief wordt wanneer de belastbare feiten definitief vaststaan. De Oostenrijkse regering betoogt tot slot dat de nog niet ingebrachte zaken belast kunnen worden voorzover de aanspraak erop vaststaat; indien dit recht echter nog aan bepaalde voorwaarden is verbonden, kan de belasting niet worden geheven voordat hieraan is voldaan.

39. Ook hier lijkt mij de door de Oostenrijkse regering voorgestelde oplossing de meest overtuigende. Toegegeven moet worden, zoals de Commissie stelt, dat artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn de lidstaten de heffing van het recht toestaat zelfs voordat de inbreng heeft plaatsgehad; in dit verband lijkt mij overigens daaruit ook te volgen dat de belasting volgens deze bepaling moet worden geheven „over de werkelijke waarde van de zaken, van welke aard ook, die door de vennoten zijn ingebracht of *tot inbreng waarvan zij gehouden zijn*". [10] Ik ben het echter met de Oostenrijkse regering eens dat de heffing niet kan plaatsvinden voordat is voldaan aan de voorwaarden waaraan de belastbare verrichtingen zijn onderworpen: pas wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, is er namelijk sprake van het belastbaar feit. Indien aan deze voorwaarden is voldaan en bestaat dus aanspraak op de overeengekomen inbreng, kunnen de lidstaten volgens artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn het recht meteen heffen of later, „naargelang de liberalisaties daadwerkelijk plaatsvinden".

40. Derhalve moet naar mijn oordeel op de derde vraag worden geantwoord dat nog niet verrichte prestaties een „inbreng van zaken van welke aard ook" in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn zijn voorzover is voldaan aan de voorwaarden waaraan zij zijn onderworpen.

De vierde vraag

41. Met de vierde vraag wordt het Hof gevraagd of het door de vennootschap te betalen kapitaalrecht een „last" of „verbintenis" is die van de belastbare grondslag moet worden afgetrokken krachtens artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 69/335, op grond waarvan in de in artikel 4, lid 1, sub a, c en d, genoemde gevallen het recht wordt geheven „over 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".

10 — Cursivering van mij.

42. ESTAG stelt een bevestigend antwoord op deze vraag voor, en betoogt dat tot de aftrekbare lasten of verbintenissen ook die van fiscale aard behoren, met inbegrip van de lasten als gevolg van de heffing van het kapitaalrecht. De Commissie en de Oostenrijkse regering nemen het tegengestelde standpunt in, namelijk dat dit recht niet is af te trekken van de verrichtingen die tot de betaling ervan hebben geleid.

43. Voor mij staat buiten twijfel dat de betaling van een belasting geen op grond van artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn aftrekbare last kan zijn. Ik ga hier niet verder op in en volsta met de opmerking dat de vaststelling van de belastbare grondslag noodzakelijkerwijs voorafgaat aan de heffing van belasting, en dat de hoogte ervan nu juist afhankelijk is van het berekende bedrag. Het ligt dus voor de hand dat het belastingbedrag bij de vaststelling van de belastbare grondslag niet in aanmerking kan worden genomen; dit zou volstrekt in strijd zijn met de logica en nog meer met het recht.

44. Derhalve moet naar mijn oordeel op de vierde vraag worden geantwoord dat het door de vennootschap te betalen kapitaalrecht niet een krachtens artikel 5, lid 1, sub a, van de richtlijn van de belastbare grondslag af te trekken „last" of „verbintenis" is.

Conclusie

45. Gezien bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Verwaltungsgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„1. Artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal, moet aldus worden uitgelegd dat prestaties die een nieuwe vennoot, die in het kader

van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van de vennootschap, niet zelf, maar via zijn moedermaatschappij verricht, een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van de richtlijn zijn.

2. Artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335 moet aldus worden uitgelegd dat de prestaties die een nieuwe vennoot, die in het kader van een kapitaalvermeerdering (met uitsluiting van het voorkeursrecht van de oude vennoten) mag inschrijven op de nieuwe aandelen van een vennootschap, niet verricht ten gunste van de vennootschap die haar kapitaal vermeerdert, maar ten gunste van haar dochtermaatschappijen, een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van dit artikel zijn.

3. Artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335 moet aldus worden uitgelegd dat nog niet verrichte prestaties een ‚inbreng van zaken van welke aard ook' in de zin van dit artikel zijn, voorzover is voldaan aan de voorwaarden waaraan zij zijn onderworpen.

4. Artikel 5, lid 1, sub a, van richtlijn 69/335 moet aldus worden uitgelegd dat het door de vennootschap te betalen kapitaalrecht niet een krachtens dit artikel van de belastbare grondslag af te trekken ‚last' of ‚verbintenis' is."