CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 24 juni 1999 *

Inhoudsoverzicht

I — Voorwerp van de onderhavige prejudiciële vragen I-4074

II — De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht I-4075

III — De nationale wettelijke regeling I-4075

IV — Feiten en hoofdgeding I-4076

V — Ten gronde I-4077

A — De eerste prejudiciële vraag I-4077

1) Gemeenschapsrecht en directe belastingen I-4078

2) Heeft de eventuele belemmering betrekking op het kapitaalverkeer? I-4079

3) Belemmert de nationale maatregel het kapitaalverkeer? I-4080

4) Is de nationale maatregel niet gelijkelijk van toepassing? I-4085

5) Is de nationale maatregel gerechtvaardigd? I-4086

6) Dwingende redenen van algemeen belang I-4087

7) Het geschikte en evenredige karakter van de nationale maatregel I-4091

8) De afwijking van artikel 73 D, lid 1, sub a I-4092

B — De tweede prejudiciële vraag I-4095

C — De eerste en de tweede prejudiciële vraag: een allesomvattende benadering . I-4099

1) De Belgisch-Nederlandse overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing I-4101

2) Het kapitaalverkeer I-4102

3) De vrijheid van vestiging I-4105

D — De derde prejudiciële vraag I-4105

VI — Conclusie I-4107

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

I — Voorwerp van de onderhavige prejudiciële vragen

1. In deze procedure worden het Hof drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 88/361/EEG [1] en van de artikelen 6 en 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 12 EG respectievelijk artikel 43 EG). In het bijzonder verzoekt de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: „Hoge Raad") het Hof aan te geven, of een fiscale bepaling die de vrijstelling (tot een bepaald bedrag) van de heffing van inkomstenbelasting op aan aandeelhouders uitgekeerde dividenden afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat het gaat om dividenden van vennootschappen die gevestigd zijn in dezelfde lidstaat waar de belastingplichtige woont, verenigbaar is met de bepalingen die het vrije verkeer van kapitaal, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de vrije vestiging waarborgen. De door de verwijzende rechter aan het Hof gestelde vragen luiden als volgt:

„1) Dient artikel 1, lid 1, van richtlijn 88/361/EEG in samenhang met punt I, sub 2, van bijlage I bij die richtlijn, aldus te worden uitgelegd, dat een beperking voortvloeiend uit een bepaling in de wetgeving op de inkomstenbelasting van een lidstaat die dividenden tot op zekere hoogte vrijstelt van de heffing van inkomstenbelasting bij de aandeelhouders, maar die vrijstelling beperkt tot dividenden op aandelen van in die lidstaat gevestigde vennootschappen, gelet op artikel 6, lid 1, van voormelde richtlijn, sinds 1 juli 1990 verboden is?

2) Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord, dienen de artikelen 6 en/of 52 EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd, dat een beperkende bepaling als in vraag 1 bedoeld, daarmee onverenigbaar is?

3) Maakt het voor de beantwoording van bovengenoemde vragen verschil, of op toepassing van zodanige vrijstellingsbepaling aanspraak wordt gemaakt door een gewone aandeelhouder dan wel door een werknemer (van een dochtermaatschappij), die de betrokken aandelen houdt in het kader van een werknemersspaarplan?"

1 — Richtlijn van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het [EG]Verdrag (PB L 178, blz. 5; hierna: „richtlijn"). Bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 is artikel 67 ingetrokken en zijn alle artikelen van hoofdstuk 4 van Titel III van het derde deel van het EG-Verdrag, inzake kapitaalverkeer, dat volledig was vernieuwd na de invoering van de artikelen 73 A tot 73 H in het Verdrag betreffende de Europese Unie die op 1 januari 1994 krachtens artikel 73 A in werking zijn getreden, hernummerd (thans artikelen 56 EG tot 70 EG, waarbij erop zij gewezen, dat de artikelen 73 A, 73 E en 73 H zijn ingetrokken).

II — De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

2. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn bepaalt: „Onverminderd de hierna volgende bepalingen heffen de lidstaten de beperkingen op met betrekking tot het kapitaalverkeer tussen ingezetenen van de lidstaten. Teneinde de toepassing van deze richtlijn te vergemakkelijken, worden de verschillende categorieën kapitaalverkeer ingedeeld volgens de nomenclatuur van bijlage I." [2] Bijlage I, punt I, sub 2, van de richtlijn, getiteld „Nomenclatuur van het kapitaalverkeer bedoeld in artikel 1 van de richtlijn" (hierna: „nomenclatuur"), vermeldt onder „Directe investeringen" de „Deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven". Krachtens artikel 6, lid 1, is de richtlijn op 1 juli 1990 in werking getreden. Tot slot herinner ik eraan, dat artikel 6 EG-Verdrag in het algemeen elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, terwijl artikel 52 EG-Verdrag juncto artikel 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG) voor vennootschappen de vrijheid van vestiging waarborgt en hun het genot van de „behandeling als onderdanen" verzekert, of de toepassing door de ontvangende lidstaat van de voor de eigen onderdanen geldende wettelijke regeling.

III — De nationale wettelijke regeling

3. Uit de processtukken blijkt, dat artikel 47b [3] van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 voorzag [4] in de vrijstelling tot een zeker bedrag van de inkomstenbelasting voor dividenden op aandelen. Luidens artikel 47b, lid 1: „De dividendvrijstelling geldt voor de bij de bepaling van het onzuivere inkomen als inkomsten in aanmerking genomen opbrengst van aandelen *waarop dividendbelasting is ingehouden*". [5] Artikel 1, lid 1, van de Wet op de dividendbelasting 1965 [6] bepaalt, dat de belasting door middel van inhouding aan de bron wordt geheven enkel over dividenden van in Nederland gevestigde vennootschappen. De vrijstelling van artikel 47b geldt derhalve enkel voor door in Nederland gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden. Uit de processtukken blijkt geenszins, dat bij de berekening van de inkomstenbelasting de reeds geheven

2 — Aangezien de richtlijn is vastgesteld „voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag", wijs ik erop, dat artikel 67, lid 1 (ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam, zie voetnoot 1) luidde: „Gedurende de overgangsperiode en in de mate waarin zulks voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt nodig is, heffen de lidstaten in hun onderling verkeer geleidelijk de beperkingen op met betrekking tot het verkeer van kapitaal toebehorende aan personen die woonachtig of gevestigd zijn in de lidstaten alsmede discriminerende behandeling op grond van nationaliteit of van de vestigingsplaats van partijen of op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd."

3 — Hierna: „artikel 47b" of „litigieuze bepaling"; dit artikel is ingevoegd bij de Wet van 24 juni 1981 tot invoering van een voorraad-aftrek en vermogensaftrek in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting alsmede invoering van een beperkte rentevrijstelling en een beperkte dividendvrijstelling in de inkomstenbelasting (*Stb.* 387).

4 — In de versie die gold vóór 1997, of wel ten tijde van de feiten van het hoofdgeding.

5 — Cursivering van mij.

6 — *Stb.* 621.

dividendbelasting wordt afgetrokken. De bestreden bepaling maakt geen enkel onderscheid, of de houder van de aandelen die de dividenden hebben opgeleverd waarop de belasting betrekking heeft, al dan niet een werknemer van de uitkerende vennootschap is, die ze in het kader van een werknemersspaarplan heeft verworven.

4. Uit de Memorie van Toelichting bij de invoering van artikel 47b in de Nederlandse rechtsorde blijkt, dat dit een onderdeel was van een serie maatregelen „ter verbetering van de eigen-vermogenspositie van het bedrijfsleven en ter stimulering van de belangstelling van particulieren voor Nederlandse aandelen". [7] Een tweede rechtvaardigingsgrond is eerst in een laat stadium van de parlementaire behandeling gebleken; toen het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal in behandeling werd genomen, werd namelijk ook rekening gehouden met het „mitigerend" effect van de dividendvrijstelling op hetgeen in wezen een „dubbele heffing" is. Zoals ik zojuist heb opgemerkt, voorziet het Nederlandse belastingstelsel zowel in een bronheffing op dividenden als in een belasting over de inkomsten van de tot die dividenden gerechtigde natuurlijke personen. [8]

IV — Feiten en hoofdgeding

5. In 1991 woonde Verkooijen in Nederland en was hij in loondienst werkzaam bij de Nederlandse vennootschap Fina Nederland BV, waarvan de aandelen middellijk werden gehouden door Petrofina NV, een in België gevestigde naamloze vennootschap die op de beurzen van Brussel en Antwerpen is genoteerd (hierna: „Petrofina"). In het kader van een werknemersspaarplan dat openstaat voor alle werknemers van het concern, verwierf Verkooijen aandelen in Petrofina. In 1991 werd daarop een dividend van ongeveer 2 337 HFL uitgekeerd. [9] Blijkens de stukken werd op dit dividend Belgische bron-

7 — Kamerstukken II, 1980-1981, 16539, blz. 10, eerste alinea. Hieruit komt met name naar voren, dat de Tweede Kamer der Staten-Generaal rekening houdt met het feit, dat „de dividendvrijstelling het beleggen in Nederlandse aandelen aantrekkelijker maakt. Mede onder invloed van deze maatregel worden de emissiemogelijkheden voor Nederlandse ondernemingen vergroot. Voorts voorkomt deze maatregel, dat beleggers aandelen zouden afstoten dan wel belegging in aandelen mijden vanwege de rentevrijstelling."

8 — In dit verband heeft de staatssecretaris van Financiën niet nagelaten erop te wijzen, dat „de (...) dividendvrijstelling met name voor kleine beleggers in feite ook functioneert als een maatregel die tegemoet komt aan de dubbele heffing" (Kamerstukken I, 1981, 16539, nr. 3, blz. 5, laatste volzin). De Nederlandse oplossing voor het probleem van de economische gevolgen van de dubbele heffing, namelijk een gedeeltelijke vrijstelling van de inkomstenbelasting, is slechts een van de methodes die in concreto in verschillende belastingstelsels voor dezelfde probleemstelling zijn gebruikt. Daarbij kunnen twee algemene categorieën worden onderscheiden afhankelijk van de belasting (of het „niveau" van belasting) waarop de „tegemoetkoming" wordt toegepast: vennootschapsbelasting of bronheffing op dividenden en de inkomstenbelasting die van de tot die dividenden gerechtigde aandeelhouders wordt geheven. In het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld heeft de Britse belastingplichtige — onder bepaalde omstandigheden — recht op een belastingvermindering met betrekking tot de van een in die lidstaat gevestigde vennootschap ontvangen dividenden (zie prejudiciële verwijzingsbeschikkingen, C-397/98, Metallgesellschaft e.a., aanhangig, PB 1999, C 1, blz. 7, en C-410/98, Hoechst e.a., aanhangig, PB 1999, C 1, blz. 11). Voor een beknopt overzicht van de oplossingen om aan de effecten van de dubbele heffing tegemoet te komen en een onderzoek van de daarmee verbonden problemen, zie S.-O. Lodin, The imputation systems and cross-border dividend — the need for new solutions, in *EC Tax Review*, 1998, blz. 229, en K. Ståhl, Dividend taxation in a free capital market, in *EC Tax Review*, 1997, blz. 227.

9 — Gelijk aan ongeveer 1 060 euro.

belasting ingehouden, maar werd daarover geen Nederlandse belasting geheven, behalve die welke, zoals we hierna zullen zien, voor Verkooijen van belang was. Bij het doen van aangifte voor de inkomstenbelasting is het dividend door hem begrepen in zijn belastbare inkomen over 1991. In de aan Verkooijen opgelegde aanslag inkomstenbelasting stelde de belastinginspecteur het belastbaar inkomen vast, doch paste hij de vrijstelling van artikel 47b onder verwijzing naar de door Petrofina uitgekeerde dividenden niet toe. De inspecteur was namelijk van mening, dat Verkooijen niet voor de vrijstelling in aanmerking kon komen, omdat deze enkel was geschreven voor opbrengsten van aandelen waarop reeds (Nederlandse) dividendbelasting was ingehouden. Zakelijk weergegeven heeft de belastinginspecteur in plaats van aan Verkooijen een aanslag naar een belastbaar inkomen van 164 697 HFL op te leggen, dit belastbare inkomen vastgesteld op 166 697 HFL. [10]

6. Na vergeefs tegen die aanslag bezwaar te hebben gemaakt, kwam Verkooijen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage op tegen de uitspraak waarbij de inspecteur der belastingen de aanslag had gehandhaafd. Het Gerechtshof wees het beroep bij arrest van 10 april 1996 toe en verminderde het belastbaar inkomen van Verkooijen met een bedrag van 2 000 HFL, omdat het van oordeel was dat de Nederlandse fiscale bepaling in strijd was met het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging. Tegen de uitspraak van het Gerechtshof stelde de staatssecretaris van Financiën [11] beroep tot cassatie in bij de Hoge Raad, die daarop voormelde prejudiciële vragen aan het Hof heeft voorgelegd. Ik zal ze nu ten gronde onderzoeken onder verwijzing naar het hiervoor afgebakende nationale wettelijk kader. Waar nodig zal ik de argumenten vermelden, die verweerder en de regeringen van de interveniërende lidstaten in de onderhavige procedure hebben aangevoerd.

V — Ten gronde

A — *De eerste prejudiciële vraag*

7. Met de eerste vraag wenst de Nederlandse rechter in wezen te vernemen, of een nationale bepaling die enkel dividenden op aandelen van in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschappen gedeeltelijk van de heffing van inkomstenbelasting vrijstelt, verenigbaar is met de richtlijn.

10 — Voor gehuwden zoals Verkooijen geldt een vrijstelling ten bedrage van 2 000 HFL (ongeveer 910 euro). Aanvankelijk bedroeg de dividendvrijstelling 500 HFL (ongeveer 227 euro); bij de wet van 6 september 1985 (*Stb.* 504) werd dat bedrag opgetrokken tot 1 000 HFL (ongeveer 454 euro), of 2 000 HFL voor gehuwden gezamenlijk.

11 — NvdV: Niet van belang voor de Nederlandse tekst.

1) Gemeenschapsrecht en directe belastingen

8. De Italiaanse regering distantieert zich van het standpunt van Verkooijen, de Britse regering en de Commissie en stelt om te beginnen, dat de betrokken maatregel het vrije verkeer van kapitaal niet beperkt, omdat de directe belastingen op communautair niveau niet zijn geharmoniseerd: het staat derhalve elke lidstaat vrij, in zijn eigen land de voorwaarden van belastingheffing op de inkomsten te bepalen. Deze opvatting kan ik niet delen. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat „ofschoon de directe belastingen tot de bevoegdheidssfeer van de lidstaten behoren, de lidstaten niettemin verplicht zijn hun bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen". [12]

9. In hoofdzaak in de lijn van het betoog van de Italiaanse regering wijst de Nederlandse regering erop, dat de Commissie in 1975 een voorstel voor een richtlijn van de Raad had ingediend, inzake de harmonisatie van de stelsels van vennootschapsbelasting en van de bronheffingen op dividenden [13], dat zij uiteindelijk in 1990 heeft ingetrokken. [14] De Commissie gaf als reden voor de intrekking van het voorstel op, dat die bepalingen zowel gezien de algemene opvatting waaruit zij voort kwamen [15], als gezien de uitvoeringsbepalingen [16] thans waren achterhaald. Anders dan de Nederlandse regering stelt, geven mijns inziens het bestaan van dit voorstel en de nog bij de intrekking daarvan in 1990 door de Commissie geuite bezorgdheid blijk van het belang voor het gemeenschapsrecht van de gevolgen die met de directe belastingen betreffende het kapitaalverkeer in verband worden gebracht. Niet toevallig heeft de Commissie bij de intrekking van het voorstel verklaard, dat de Raad onverwijld twee (reeds bij hem in behandeling zijnde) voorstellen voor een richtlijn tot harmonisatie van een aantal aspecten van de nationale belastingheffing moest vaststellen. [17]

10. Volgens de Nederlandse regering mogen de lidstaten bovendien terecht bepalingen als de litigieuze als verenigbaar met artikel 1, lid 1, van de richtlijn beschou-

12 — Arresten van 4 oktober 1991, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-246/89, Jurispr. blz. I-4585, punt 12); 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 21); 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493, punt 16); 27 juni 1996, Asscher (C-107/94, Jurispr. blz. I-3089, punt 36); 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 19); 28 april 1998, Safir (C-118/96, Jurispr. blz. I-1897, punt 21); zie ook arresten van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 19), en 29 april 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Jurispr. blz. I-2651, punt 19).

13 — PB C 253, blz. 2 (hierna: „voorstel").

14 — Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement van 20 april/18 mei 1990, SEC(90) 601 def. (hierna: „Mededeling").

15 — Namelijk een gecentraliseerde opvatting van de belastingharmonisatie in de Economische en Monetaire Unie, in plaats van een aanpak die de voorkeur geeft aan coördinatie en onderlinge aanpassing van het nationale beleid en ook rekening houdt met het subsidiariteitsbeginsel (zie Mededeling, blz. 10).

16 — Het voorstel van 1975, dat noch in de Raad noch in het Europees Parlement meer was besproken, was niet meer afgestemd op de eisen van de Gemeenschap van de jaren negentig (ibidem).

17 — Dit zijn thans de richtlijnen van de Raad 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 1), en 90/435/EEG van dezelfde datum, betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 6); zie Mededeling, blz. 13.

wen. De Commissie heeft de Nederlandse regering er bij de inwerkingtreding van de richtlijn immers niet op gewezen, dat de bestreden maatregelen in strijd met het gemeenschapsrecht hadden kunnen zijn. Dit is des te belangrijker, daar Nederland niet het enige land is dat in zijn belastingstelsel voorziet in een tegemoetkoming aan de dubbele belastingheffing, die beperkt is tot de „binnenlandse verhoudingen", zodat investeringen in nationale effecten worden gestimuleerd. [18] Die opmerking van Nederland snijdt evenwel volstrekt geen hout in het kader van een krachtens artikel 177, eerste alinea, sub a, EG-Verdrag (thans, artikel 234, eerste alinea, sub a, EG) bij het Hof aanhangig gemaakte procedure die uitsluitend gericht is op de uitlegging van het gemeenschapsrecht. De beslissing van het Hof krachtens artikel 177 is gebaseerd op de aan het Hof verleende „objectieve" rechtsmacht, bij de uitoefening waarvan geen rekening wordt gehouden met de subjectieve staat (bijvoorbeeld de goede trouw) van het subject dat de uit te leggen bepaling moet toepassen. Het subjectieve element kan eventueel van belang zijn in de aan het Hof voorgelegde zaken inzake de niet-naleving van het Verdrag en van het afgeleid recht. [19]

2) Heeft de eventuele belemmering betrekking op het kapitaalverkeer?

11. Met een beroep op het arrest Bachmann [20] stellen de Britse en de Franse regering, dat artikel 67, dat subsidiair is ten opzichte van de bepalingen die andere fundamentele vrijheden moeten waarborgen, voor de onderhavige zaak niet van belang is. Het Hof heeft in het arrest Bachmann verklaard, dat „artikel 67 niet de beperkingen verbiedt die *niet* op de overmakingen van kapitaal *zijn gericht*, maar die indirect voortvloeien uit beperkingen ten aanzien van de *andere* fundamentele vrijheden". [21] Met andere woorden: artikel 67 komt alleen in het spel wanneer overmaking van vermogenswaarden geen betaling in het kader van goederen- of dienstenverkeer vormt. [22] De regeringen die in casu opmerkingen hebben ingediend, hebben echter niet aangegeven, welke andere fundamentele vrijheden directer door de litigieuze bepaling worden belemmerd. Afgezien daarvan, lijkt het mij volgens de zojuist aangehaalde rechtspraak redenerend, dat de onderhavige zaak duidelijk een geval is waarin artikel 67 geen restkarakter heeft. Met de verwerving van de aandelen Petrofina [23] heeft Verkooijen zeker geen betaling als vergoeding van een prestatie verricht. Het gaat om een echte financiële operatie waarbij een bepaald bedrag in aandelen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt geïnvesteerd: kortom, echt grensoverschrijdend kapitaalverkeer. In het

18 — Zie in die zin, D. Servais, *Een Europese financiële ruimte*, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, Luxemburg, 1995, derde uitgave, blz. 57, punt 3.1.3; zie ook Lodin, reeds aangehaald, en Ståhl, reeds aangehaald.

19 — Zie arrest van 9 juli 1970, Commissie/Frankrijk (26/69, Jurispr. blz. 565), waarin het Hof van oordeel was dat er geen sprake was van de door de Commissie in een beroep krachtens artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG) gestelde inbreuk, op grond dat het verzuim van de betrokken lidstaat of het „onzekere karakter" van de rechtstoestand niet kon worden verweten (punt 32).

20 — Arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249).

21 — Punt 34 (cursivering van mij).

22 — Zie arrest van 23 februari 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 en C-416/93, Jurispr. blz. I-361, punten 13 en 14). Zie ook arrest van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377), waarin het Hof met betrekking tot de uitlegging van artikel 67 besliste, dat „kapitaalverkeer (...) bestaat uit financiële operaties die in wezen op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht en niet op vergoeding van een prestatie" (punt 21). Zie voor het begrip subsidiariteit van artikel 67, zoals dit in de rechtspraak van het Hof wordt toegepast, de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest Safir (punten 9-18).

23 — Een operatie die de *voorwaarde* vormt voor de ontvangst door Verkooijen van de dividenden waarop de onderhavige zaak betrekking heeft (voor dit punt, zie infra, punt 13).

arrest Veronica [24], waarin de bestreden nationale maatregel de *deelneming* van een krachtens een nationale regeling toegelaten omroepinstelling in het kapitaal van een in een andere lidstaat opgerichte of op te richten omroepinstelling beperkte, is het Hof niet ingegaan op de vraag, of de verwerving van dergelijke deelnemingen als kapitaalverkeer in de zin van artikel 67 is aan te merken, maar is zonder meer tot het onderzoek ten gronde overgegaan. Daarmee heeft het Hof aangetoond, dat de relevantie van dit artikel van het Verdrag voor de aan hem voorgelegde zaak buiten kijf stond. In elk geval moet de verwijzende rechter beoordelen, of de prejudiciële vraag over het kapitaalverkeer voor dit geval relevant is. [25]

3) Belemmert de nationale maatregel het kapitaalverkeer?

12. Alle regeringen die in casu opmerkingen hebben ingediend, ontkennen, dat er sprake is van een met artikel 1, lid 1, van de richtlijn strijdige beperking, en wel in wezen op basis van twee categorieën van overwegingen:

a) het verband tussen de litigieuze bepaling (die enkel dividenden betreft) en het kapitaalverkeer is *te zwak en te indirect*, wil artikel 47b binnen de werkingssfeer van de richtlijn kunnen vallen;

b) noch de verwerving van aandelen van in een andere lidstaat dan Nederland gevestigde vennootschappen, noch de uitkering van dividenden waarop deelnemingen in buitenlandse vennootschappen recht geven, zouden — op zich — in casu worden *belemmerd of beperkt*.

13. Wat sub a betreft, er is een verband tussen de Nederlandse maatregel en het kapitaalverkeer, maar het is geen *indirect* verband, waardoor de zaak buiten de werkingssfeer van de richtlijn komt te vallen. De ontvangst van dividenden wordt weliswaar niet direct in de nomenclatuur als een „kapitaalbeweging" [26] vermeld, maar de ontvangst van dividenden heeft

24 — Arrest van 3 februari 1993 (C-148/91, Jurispr. blz. I-487).

25 — Zie arrest van 14 februari 1980, Damiani (53/79, Jurispr. blz. 273, punt 5), waarin het Hof besliste, dat „het niet aan het Hof staat, zich uit te spreken over de opportuniteit van het verzoek om een prejudiciële beslissing. In het kader van de taakverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof overeenkomstig artikel 177 EG-Verdrag is het immers de nationale rechter — de enige die de feiten en de door partijen aangevoerde argumenten rechtstreeks kent en verantwoordelijk is voor de te geven beslissing — die met volle kennis heeft te beoordelen of de in het voor hem aanhangige geschil opgeworpen rechtsvragen relevant zijn en of een prejudiciële uitspraak noodzakelijk is om vonnis te kunnen wijzen". Zie ook, onder meer, arresten van 13 maart 1979, Peureux (86/78, Jurispr. blz. 897, punt 6); 27 oktober 1993, Enderby (C-127/92, Jurispr. blz. I-5535, punt 10); 5 oktober 1995, Aprile (C-125/94, Jurispr. blz. I-2919, punt 16), en 12 december 1996, RTI e.a. (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 en C-339/94, Jurispr. blz. I-6471, punten 20 en 21).

26 — Een verzuim waaruit mijns inziens niet de door de interveniërende regeringen gewenste conclusies kunnen worden getrokken. De nomenclatuur is namelijk louter indicatief en niet uitputtend: zie arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer (C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 21), en de passage in de inleiding van de nomenclatuur zelf („deze nomenclatuur vormt geen limitatieve omschrijving van het begrip kapitaalverkeer").

als *noodzakelijke voorwaarde* de „deelneming in ondernemingen" of de „verwerving van effecten", die wel degelijk kapitaalbewegingen in de zin van artikel 67 zijn. [27] Dit volstaat volgens mij om de litigieuze bepaling binnen de werkingssfeer van de richtlijn te laten vallen. Overigens wordt de kapitaalbeweging die bestaat in de investering in aandelen in vennootschappen, vaak gerechtvaardigd met de bedoeling te beschikken over de dividenden waarop de belanghebbende wegens die deelneming recht heeft. Het Hof heeft onlangs verduidelijkt, dat opdat een beperking of een belemmering van een bepaalde transactie onder de voorschriften van artikel 73 B EG-Verdrag (thans artikel 56 EG) valt, het volstaat, dat die „onlosmakelijk verbonden" is met een kapitaalbeweging [28], of de voorwaarde daarvoor vormt. [29] Het Hof heeft voorts al enige tijd verklaard, dat het begrip beperking van kapitaalbewegingen in ruime zin moet worden opgevat. [30] Voor de toepassing van artikel 67 is derhalve niet de aard noch het voorwerp van de betrokken nationale regeling van belang. Wel is daarentegen van belang, of deze regeling invloed kan hebben op de kapitaalbewegingen. Een dergelijke benadering strookt mijns inziens volledig met de tekst van artikel 1, lid 1, van de richtlijn (ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende bepaling), alsmede met artikel 56 EG (de thans geldende bepaling), dat door zonder meer alle beperkingen van het kapitaalverkeer te verbieden, het reeds in de richtlijn

27 — De nomenclatuur bevat de mogelijkheden van „deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven" (punt I, sub 2, genoemd in de eerste prejudiciële vraag) en de „verwerving door ingezetenen van ter beurze verhandelde buitenlandse effecten" (punt III, A, sub 2; Petrofina is een aan de beurzen van Brussel en Antwerpen genoteerde vennootschap). Zie verder de in arrest Veronica Omroep Organisatie onderzochte zaak, waarnaar in punt 11 van deze conclusie wordt verwezen.

28 — Zie arrest Trummer en Mayer, punt 24.

29 — Zie arrest Trummer en Mayer, punt 9 van mijn conclusie. Terwijl het in de zaak Trummer en Mayer ging om een nationale maatregel betreffende de voorwaarde (de hypotheekstelling) voor een kapitaalbeweging (de liquidatie van een investering in onroerend goed), heeft in casu artikel 47b betrekking op de opbrengst van die beweging. Hoe het ook zij, in beide gevallen heeft de betrokken nationale maatregel betrekking op een transactie (hypotheekstelling) of een betaling (dividenden), die *onlosmakelijk verbonden* is met een kapitaalbeweging.

30 — Reeds in het arrest van 24 juni 1986, Brugnoni en Ruffinengo (157/85, Jurispr. blz. 2013), was het Hof van oordeel, dat administratieve belemmeringen als de verplichte bewaargeving van buitenlandse effecten bij een bank, ook al voorzien zij geen vergunningplicht voor deviezentransacties en maken zij de verkrijging van buitenlandse effecten niet onmogelijk, niettemin in de weg staan aan de „zo uitgebreid mogelijke liberalisatie" van het kapitaalverkeer (zie punt 22).
In het arrest van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I-3955), verklaarde het Hof onverenigbaar met artikel 67 een nationale wettelijke regeling volgens welke in de betrokken lidstaat wonende leningnemers slechts in aanmerking kunnen komen voor de door die staat met overheidsgelden betaalde rentesubsidie, indien zij de lening zijn aangegaan bij een in die lidstaat gevestigde bank (zie punt 10), waarmee wordt aangegeven dat wil een nationale bepaling binnen de werkingssfeer van artikel 67 vallen, zij niet rechtstreeks betrekking behoeft te hebben op een kapitaalbeweging op zich beschouwd (in casu een investering in aandelen, in arrest Svensson en Gustavsson een banklening), maar dat volstaat dat de nationale maatregel betrekking heeft op een element dat een nauwe band heeft met die beweging (in casu de dividenden, in arrest Svensson en Gustavsson de bank, of liever de „nationaliteit" van de bank die de lening verstrekt).

neergelegde beginsel „bevestigt" en het om zo te zeggen „constitutionaliseert". [31]

14. Wat vervolgens de gestelde afwezigheid van *belemmeringen of beperkingen* van de kapitaalbewegingen betreft (zie punt 12, sub b), wijs ik erop, dat zoals duidelijk uit de kamerstukken blijkt, artikel 47b in het belastingstelsel een „preferentiële" behandeling wilde invoeren voor degenen die zich tot de Nederlandse aandelenmarkt wenden, zodat zij werden aangemoedigd hun kapitaal in Nederland te beleggen. Gezien haar inhoud is de litigieuze bepaling zeker direct en kan zij het gewenste effect te sorteren. Zelfs de Nederlandse regering ontkent dit niet. Als dat het geval is, is er een bepaling ingevoerd, die ik als „protectionistisch" zou willen definiëren. Daar zal tegen worden aangevoerd, dat artikel 47b — voor zover het de door Nederlandse vennootschappen aan in Nederland wonende belastingplichtigen uitgekeerde dividenden betreft — kortweg noch investeringen in aandelen van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen, noch de uitkering van dividenden waarop die aandelen recht kunnen geven, *belemmert*. Het lijkt mij echter moeilijk uit te sluiten, dat een dergelijke bepaling de Nederlands ingezetenen ten minste kan *afschrikken of ontmoedigen*, hun kapitaal in het buitenland te beleggen. Naar gelang het gebied waar het kapitaal wordt belegd, kan de litigieuze bepaling namelijk een verstorende uitwerking hebben op de verhouding tussen het economisch rendementspercentage van een investering en het nettoresultaat na belastingen voor de belegger. Anders dan de interveniërende regeringen menen, kan een dergelijk verstorend effect niet van zo ondergeschikte aard worden beschouwd, dat het de juridische analyse niet kan beïnvloeden. [32] Zoals de Commissie [33] jaren geleden opmerkte, zullen immers met de voltooiing van de gemeenschappelijke markt de fysieke en technische belemmeringen van de uitoefening van de fundamentele vrijheden verdwijnen. Bijgevolg worden de verschillen tussen de belastingstelsels van de lidstaten steeds duidelijker en hebben zij een aanzienlijke invloed op de investeringsbesluiten. De fiscale behandeling van de dividenden krijgt bovendien steeds meer belang voor de investeringsbesluiten — dit moet mij van het hart — wegens de verwezenlijking van de economische en monetaire unie (de fase na die van 1992 ter bereiking van een volledig geïntegreerde interne markt), nu per 1 januari 1999 tussen elf lidstaten de

31 — In de tekst heb ik de aan de rechtspraak van het Hof ontleende redenen uiteengezet, waarom volgens mij de litigieuze bepaling een voldoende *rechtstreeks* effect heeft op de kapitaalbewegingen. Er zij op gewezen, dat — door te profiteren van de overeenkomsten tussen de door mij in punt 17 geschetste fundamentele vrijheden, die zeker niet de enige zijn (zie bijvoorbeeld voetnoot 84, in fine) — een toepassing op de kapitaalbewegingen van de in arrest van 11 juli 1974, Dassonville, geformuleerde beginselen (8/74, Jurispr. blz. 873, punt 5) voor het vrije verkeer van goederen tot de overweging leidt, dat zelfs een *indirecte* belemmering van de kapitaalbewegingen *als zodanig* (zie a contrario arrest Bachmann, punt 34, en supra, punt 11 van deze conclusie) onverenigbaar is met artikel 1, lid 1, van de richtlijn (en thans artikel 56 EG). Het Hof besliste overigens, dat artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) in de weg staat aan een nationale maatregel die een fiscaal voordeel toekent aan de persondernemingen die de eigen uitgaven in de betrokken lidstaat drukken (arrest van 7 mei 1985, Commissie/Frankrijk, 18/84, Jurispr. blz. 1339). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Cosmas van 21 januari 1999 (arrest van 22 juni 1999, ED, C-412/97, Jurispr. blz. I-3845), waarin in beginsel „indirecte" beperkingen van het vrije verkeer van goederen en kapitaal worden toegelaten (punten 23 en 24).

32 — „Er is een duidelijk verband tussen het vrije kapitaalverkeer en de belastingen. Kapitaal verplaatst zich op basis van twee overwegingen: het opbrengst- en het belastingpercentage", P. Juillard, Lecture critique des Articles 73 B, 73 C et 73 D du Traité de la Communauté Européenne, in A. Weber (uitgever), *Währung und Wirtschaft, Festschrift für Prof. Dr. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, blz. 177, inzonderheid blz. 184 (vertaling van mij). Zie voorts de conclusie van het Verslag van het Comité van onafhankelijke deskundigen inzake de vennootschapsbelasting, door de Commissie op 18 maart 1992 bekendgemaakt, Bureau voor officiële publicaties der Europese gemeenschappen, Luxemburg, 1992 (hierna: „Verslag Ruding"), die ook zijn gepubliceerd in *European Taxation*, 1992, blz. 105.

33 — Zie Mededeling, blz. 10.

risico's van koersverschillen zijn verdwenen. De door de verschillen in fiscale behandeling veroorzaakte belemmering moet dus worden beoordeeld in het kader van de ontwikkeling die zich duidelijk aftekent. Aan de beurs worden steeds meer aandelen van grote Europese vennootschappen genoteerd, die ook via Internet kunnen worden verworven, ongeacht de lidstaat waarin de emitterende vennootschappen zijn gevestigd. In dat kader zijn er heel wat minder belemmeringen van het vrije verkeer en dienen de belastingverschillen op grond van de „nationaliteit" van de effecten, die de keuzes van de investeerders wel moeten beïnvloeden, strikt aan het gemeenschapsrecht te worden getoetst.

15. Nog steeds op basis van de elementen van de nationale wettelijke regeling zoals zij uit de processtukken blijken, heeft artikel 47b volgens mij een tweede *relevant* aspect in de zin van artikel 67 en van artikel 1, lid 1, van de richtlijn. De „geografische" beperking van de vrijstelling heeft inderdaad een beperkend en ontmoedigend effect *ook* voor de in andere lidstaten gevestigde vennootschappen, daar zij een belemmering vormt voor het *bijeenbrengen van kapitaal*: zij worden *afgeschrikt* hun aandelen in Nederland te beleggen, omdat hun aandelen minder aantrekkelijk voor investeerders zijn, wegens het feit dat wanneer die vennootschappen aan de aldaar belastingplichtige aandeelhouders dividenden uitkeren, de fiscale behandeling van die dividenden minder gunstig is dan die welke geldt voor dividenden die door in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd. [34]

16. Ik ben derhalve van mening, dat gelet op het voorgaande, artikel 47b een beperking vormt als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de richtlijn, waarmee de gemeenschapswetgever de *volledige* liberalisatie van het kapitaalverkeer tot stand heeft gebracht. [35] Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan overigens een beperking of een belemmering van een fundamentele vrijheid worden vastgesteld, indien de maatregel die op nationaal grondgebied wordt vastgesteld, volstaat om de betrokkenen „ervan te weerhouden" of „te ontmoedigen", een recht of een bevoegdheid uit te oefenen

34 — Volgens Servais (t.a.p.) „zijn belastingstelsels die erop gericht zijn bepaalde vormen van investering te stimuleren, [door over te halen] tot de verwerving van nationale effecten [...], discriminerend ten aanzien van buitenlandse effecten", (zie blz. 57).
Eerder al moest het Hof kennis nemen van een beperking met *beperkende gevolgen op twee niveaus*: zie arrest van 1 december 1998, Ambry (C-410/96, Jurispr. blz. I-7875, punten 28 en 29), waarin het ging om een nationale maatregel volgens welke wanneer een kredietinstelling of verzekeringsmaatschappij in een andere lidstaat financiële garanties verstrekt, die instelling of maatschappij een aanvullende overeenkomst met een kredietinstelling of verzekeringsmaatschappij op het nationale grondgebied moet sluiten. In dat geval, zo merkte het Hof op, is er een beperkend en ontmoedigend effect a) op financiële instellingen in andere lidstaten, voorzover het hun belet zelf de door de in de betrokken lidstaat wonende burger benodigde garanties rechtstreeks aan te bieden *op dezelfde voet* als een in het binnenland gevestigde borg, en b) op de in de betrokken lidstaat wonende burgers omdat het hen ervan weerhoudt, zich tot een financiële instelling in een andere lidstaat te wenden, daar de verplichting van die instelling om een garantieovereenkomst met een kredietinstelling of verzekeringsmaatschappij in de betrokken lidstaat te sluiten, extra kosten met zich kan brengen, die in de regel op de aan de consument in rekening gebrachte kosten van de garantie worden afgewenteld.

35 — Arrest Bordessa, punt 17. Vanuit temporeel oogpunt wijs ik erop, dat de feiten van de zaak, die betrekking hebben op een belastingaangifte voor het belastingjaar 1991, liggen na de datum van *volledige liberalisatie*, namelijk 1 juli 1990, als bedoeld in artikel 6, lid 1, van de richtlijn.

die een component van die vrijheid vormt. [36]

17. De interveniërende regeringen, met name de Britse regering, hebben voorts betoogd, dat de litigieuze bepaling verenigbaar is met artikel 1, lid 1, van de richtlijn op basis van een soort minimumregel: de betrokken bepaling zou volgens hen te weinig effect op de kapitaalbeweging hebben. [37] Ik vergun mij dienaangaande het een en ander op te merken. Dit geringe effect van de litigieuze bepaling hangt vanzelfsprekend af van de beoogde investering en van de middelen van degene die investeert. Voor kleine beleggers, die logischerwijs geringe bedragen investeren, vormt het al dan niet kunnen genieten van de vrijstelling van artikel 47b, anders dan de Britse regering stelt, waarschijnlijk een belangrijke factor bij de keuze van het gebied waar het kapitaal wordt belegd. [38] Hoe dan ook, de door de interveniërende regeringen gehuldigde opvatting staat op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof, waarin zelfs een nationale maatregel die enkel „in de weg staat" aan de kapitaalbewegingen, in strijd met de richtlijnen tot uitvoering van artikel 67 werd verklaard. [39] Deze rechtspraak kan mijns inziens op dezelfde lijn worden gesteld als die inzake het vrije goederenverkeer [40], waarin het Hof immers heeft beslist, dat „een nationale maatregel niet aan het verbod van artikel 30 ontsnapt door het loutere feit dat de invoerbelemmering *van geringe omvang*" [41] is. [42] Soortgelijke rechtspraak van het Hof had betrekking op het vrije verkeer van personen [43] en het vrij verrichten van diensten [44]: „Zoals het Hof reeds meermaals heeft overwogen, vormen de artikelen in het Verdrag betreffende het vrij verkeer van goederen en personen, het vrij verrichten van diensten en *het vrije kapitaalverkeer* namelijk fundamentele regels voor de Gemeenschap en is *elke*

36 — Zie bijvoorbeeld arresten Trummer en Mayer, punt 26; Ambry, punten 28 en 29; Safir, punt 30; 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37); Svensson en Gustavsson, punt 10; 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32), en Bachmann, punt 31.

37 — De Britse regering is uitvoerig op de volgende aspecten ingegaan: i) soms komt bij een investering in buitenlandse aandelen zelfs geen enkele kapitaalbeweging te pas, in het geval dat de aandelen tussen twee Nederlandse ingezetenen worden verhandeld; ii) het is moeilijk denkbaar, dat men zich bij een besluit om in buitenlandse effecten te investeren daadwerkelijk laat beïnvloeden door de onmogelijkheid, gebruik te maken van de betrokken vrijstelling wegens het geringe bedrag ervan, omdat een investeerder vaak al effecten bezit die hem ten minste 2 000 HFL aan opbrengst opleveren, en omdat een investeerder in de regel meer let op de rendementsvooruitzichten van de vennootschap waarin hij de aandelen wil verwerven; iii) de vrijstelling geldt alleen voor natuurlijke personen en niet voor rechtspersonen, waarvoor het totaal niet uitmaakt waar het kapitaal is belegd.

38 — Zie verklaring van de staatssecretaris van Financiën in voetnoot 8.

39 — Arrest Brugnoni en Ruffinengo, punt 22.

40 — De parallel schijnt des te meer op haar plaats — en ik kan ook geen goede reden aanvoeren om beperkingen van de ene fundamentele vrijheid anders te beoordelen dan de beperkingen van een andere vrijheid (zie arrest Gebhard, punt 37) — gezien het feit dat zowel artikel 30 (zie arrest Dassonville, reeds aangehaald, punt 5) als artikel 1, lid 1, van de richtlijn (en thans artikel 56 EG) alle beperkingen verbieden en niet alleen de opheffing van de nationale maatregelen met een discriminerend karakter.

41 — Arresten van 5 juni 1986, Commissie/Italië (103/84, Jurispr. blz. 1759, punt 18), en 5 april 1984, Van de Haar en Kaveka de Meern (177/82 en 178/82, Jurispr. blz. 1797, punt 13).

42 — NvdV: Voor de Nederlandse tekst niet van belang.

43 — Zie bijvoorbeeld arrest Kraus, punt 32; zie ook inzake de vrijheid van vestiging, arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, beter bekend als „Avoir fiscal" (270/83, Jurispr. blz. 273, punt 21, waarin wordt verklaard, dat artikel 52 EG-Verdrag elke, „zelfs geringe", discriminatie verbiedt, *afgezien van de omvang van de nadelen die daaruit voortvloeien*).

44 — „Artikel 59 EG-Verdrag [(thans, na wijziging, artikel 49 EG) verlangt] niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking (...)", arrest van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz I-4221, punt 12); zie in dezelfde zin arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punt 43).

belemmering van deze vrijheden, *hoe gering ook*, verboden." [45]

4) Is de nationale maatregel niet gelijkelijk van toepassing?

18. Alle aandacht van de interveniërende regeringen in de onderhavige procedure heeft zich toegespitst op de vraag, of het vrije kapitaalverkeer al dan niet wordt belemmerd. Hier dringt zich echter nog een gedachte op met betrekking tot de kwestie van de verenigbaarheid van artikel 47b met de communautaire bepalingen die het vrije kapitaalverkeer beogen te waarborgen. Deze gedachte vindt haar oorsprong in de letterlijke inhoud van artikel 67, lid 1 (volledig uitgevoerd bij artikel 1, lid 1, van de richtlijn), waarin de verplichting voor de lidstaten is neergelegd tot opheffing van *elke* „discriminerende behandeling op grond van (...) *het gebied waar* het kapitaal *wordt belegd*". Met de richtlijn is de interne markt, ook wat betreft het kapitaalverkeer, „tot volle wasdom" gekomen. Het begrip van een ten volle gewaarborgd vrij verkeer moet impliceren, dat het gebied waarvan het kapitaal afkomstig is of waarnaar het toe gaat — laten we zeggen, het gebied waar het wordt belegd — door de nationale wetgever niet kan worden *gehanteerd* als een *geoorloofd onderscheidscriterium* met het oog op de regeling ter zake. Meer bepaald: een bepaling van de nationale wet die zich ertoe zou beperken, het kapitaalverkeer *uitsluitend op grond van het gebied* waar het zich bevindt, verschillend te behandelen, moet volgens mij onverenigbaar met het Verdrag worden geacht, ook indien de omvang van de door de nationale regeling aan de betrokken vrijheid gestelde grenzen niet wordt vastgesteld. [46] Elke discriminatie zou immers automatisch aanleiding geven tot een belemmering, tenzij uiteraard voor de door de nationale wetgever vastgestelde bepalingen een relevante rechtvaardigingsgrond als bedoeld in het gemeenschapsrecht kan worden aangevoerd. [47] In het arrest Svensson en Gustavsson [48] verklaarde het Hof een nationale regeling inzake rentesubsidie op bouwleningen discriminerend (en ook niet gerechtvaardigd), die onderscheid maakte naar gelang van de lidstaat waar de bank, die de lening verstrekte, was gevestigd. Die zaak heeft betrekking op het kapitaalverkeer en is duidelijk verwant aan de onderhavige zaak. Het doet er niet toe, dat in het arrest Svensson en Gustavsson de nationale maatregel onderscheid in behandeling maakte, al naar gelang van de lidstaat waarvan het kapitaal afkomstig was (invoerbelemmering), in plaats van al naar gelang van de lidstaat waarnaar het kapitaal werd overgebracht (uitvoerbelemmering), zoals in casu het geval is. Op basis van deze overwegingen staat het volgens mij buiten kijf, dat artikel 47b een niet gelijkelijk toe te passen maatregel is, naar

45 — Arrest van 13 december 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Jurispr. blz. 4441, punt 8; cursivering van mij).

46 — Zie arrest Avoir fiscal, punt 21.

47 — Volgens sommigen is op zich een „verschil" in behandeling *uitsluitend* op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd, onrechtmatig, zie onder meer A. P. Dourado, Free movement of capital and capital income taxation within the European Union, in *EC Tax Review*, 1994, blz. 176, inzonderheid blz. 184 en 185; J.-H. Hauptmann, Commentaar op art. 73 B, in *Traité sur l'Union Européenne — Commentaire article par article*, onder leiding van V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon, Economica, Parijs, 1995, blz. 176, punt 6; P. Juillard, Commentaar op art. 67, in *Traité instituant la CEE — Commentaire article par article*, onder leiding van V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar en D. Simon, Economica, Parijs, 1992, blz. 353, punt 5.b; S. Mohamed, Community Rules on the Free Movement of Capital, Universiteit van Stockholm, 1997, blz. 36-38; Ståhl, (reeds aangehaald), blz. 232; W. Vermeend, Tax policy in Europe, in *EC Tax Review*, 1998, blz. 151, inzonderheid blz. 152. In het rapport Ruding (reeds aangehaald) wordt er bovendien op gewezen, dat discriminatie uitsluitend op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd, beoogt de kapitaalmarkten binnen de Gemeenschap op te splitsen (zie hoofdstukken 4 en 10, afdeling III).

48 — Zie supra, voetnoot 30.

gelang van het gebied waar het kapitaal wordt belegd, waarvan de opbrengsten toekomen aan de belastingplichtigen van de betrokken lidstaat, en dat derhalve ook om die reden de litigieuze bepaling in strijd is met artikel 1, lid 1, van de richtlijn. Daaruit vloeien belangrijke gevolgen voor de in casu toe te laten rechtvaardigingsgronden voort: er kan niet een — niet in het Verdrag voorziene — dwingende reden van algemeen belang worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een verschil in behandeling dat in beginsel onverenigbaar is met artikel 1, lid 1, van de richtlijn (en met artikel 67, lid 1). Volgens vaste rechtspraak zou een dergelijke discriminatie alleen op grond van uitdrukkelijk afwijkende bepalingen [zoals de artikelen 36, 48, lid 3, 56, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, respectievelijk artikelen 30 EG, 39, lid 3, EG, 46, lid 1, EG) en artikel 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG)] verenigbaar met het gemeenschapsrecht kunnen zijn. [49]

5) Is de nationale maatregel gerechtvaardigd?

19. Gelet op voorgaande opmerkingen moet thans worden bekeken, of artikel 47b in tegenspraak is met de in de rechtspraak geformuleerde criteria, volgens welke dergelijke maatregelen, om niet in strijd te zijn met het gemeenschapsrecht, hun rechtvaardiging moeten vinden — in uitdrukkelijke afwijkingen, indien zij niet gelijkelijk van toepassing zijn, en in dwingende redenen van algemeen belang, indien zij zonder onderscheid van toepassing zijn, — en dat zij bovendien geschikt moeten zijn en evenredig aan het door de autoriteit die ze vaststelt, nagestreefde doel. [50]

20. Ik merk om te beginnen op, dat geen van de uitzonderingsbepalingen van de richtlijn — de enige die ten tijde van de feiten van de zaak golden [51] — door de interveniërende regeringen — laat staan door de Nederlandse regering — is aangevoerd ter rechtvaardiging van het uit de betrokken regeling voortvloeiende verschil in behandeling. Strikt genomen zou derhalve de door artikel 47b aan de kapitaalbewegingen in de weg gelegde belemmering *zonder meer* moeten worden geacht niet gerechtvaardigd noch te rechtvaardigen te zijn. Volgens de interveniërende regeringen evenwel moet voor de litigieuze maatregel een voorbehoud worden gemaakt om twee soorten van overwegingen, de ene gebaseerd op de rechtspraak van het Hof inzake dwingende redenen van algemeen belang, de andere ontleend aan een specifieke

49 — Zie laatstelijk arrest Royal Bank of Scotland, punt 32; zie bovendien arresten Svensson en Gustavsson, punt 15; Schindler (zesde prejudiciële vraag); arresten van 25 juli 1991, Commissie/Nederland, „Mediawet" (C-353/89, Jurispr. blz. I-4069, punt 15); 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 11); 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Jurispr. blz. 2085, punten 32 en 33); zie echter arrest Bachmann, waarin naar het oordeel van het Hof een nationale discriminerende maatregel op grond van een, niet in het Verdrag voorziene, dwingende reden van algemeen belang gerechtvaardigd was.

50 — Deze aanvankelijk op het gebied van het vrije goederenverkeer uitgewerkte beginselen zijn door het Hof thans tot alle vormen van vrij verkeer uitgebreid (zie bijvoorbeeld arrest Gebhard, punt 37).

51 — Een van die bepalingen voorziet in vrijwaringsmaatregelen, die een lidstaat, na toestemming van de Commissie, kan treffen, indien kortlopende kapitaalbewegingen van buitengewone omvang sterke spanningen op de wisselmarkten veroorzaken en ernstige storingen bij het voeren van het monetaire en deviezenbeleid van de betrokken lidstaat teweegbrengen (zie artikel 3, lid 1), afgezien van het recht van de lidstaten de nodige maatregelen te nemen om overtredingen van hun wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied of met betrekking tot het bedrijfseconomische toezicht op financiële instellingen (zie artikel 4, lid 1).

afwijkende bepaling, die uitdrukkelijk door het EU-Verdrag in het EG-Verdrag is ingevoerd en na de feiten van het hoofdgeding in werking is getreden: artikel 73 D, lid 1, sub a, EG-Verdrag (thans artikel 58, lid 1, sub a, EG).

6) Dwingende redenen van algemeen belang

21. De interveniërende lidstaten onderkennen om te beginnen twee redenen waarom de bestreden bepaling objectief gerechtvaardigd moet worden geacht: de poging om de economie van het land te stimuleren door de belegging van spaargelden in aandelen van in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschappen aantrekkelijker te maken, en de poging om tegemoet te komen aan de gevolgen van de dubbele heffing op dividenden van de *Nederlandse vennootschappen* als gevolg van de toepassing van zowel de dividendbelasting als de inkomstenbelasting bij de gerechtigden tot die dividenden. De tweede rechtvaardigingsgrond, zo stellen zij, houdt nauw verband met het doel de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen. De vrijstelling is beperkt tot „nationale" dividenden, op grond dat alleen de dividenden van in Nederland gevestigde vennootschappen aldaar aan de betrokken belasting onderworpen zijn. Mocht de vrijstelling worden uitgebreid tot de dividenden van in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen, die derhalve niet voor rekening van de Nederlandse belastingdienst de bronheffing op dividenden behoeven in te houden, dan zou de samenhang van het belastingstelsel in het gedrang komen en zou de Nederlandse regering gedwongen zijn, volledig af te zien van belastingheffing op een deel van de (uit het buitenland afkomstige) dividenden, die zijn ontvangen door een aandeelhouder die zijn fiscale woonplaats op het nationale grondgebied heeft. Een „ruime" toepassing van de vrijstelling zou dus betekenen, dat geen enkele belasting wordt geheven over een deel van de inkomsten van natuurlijke personen, terwijl, aldus de interveniërende regeringen, een dergelijk resultaat door geen enkele communautaire bepaling wordt opgelegd. Samengevat wijzen zij op het *nauwe verband* tussen de vrijstelling van de dividenden van de heffing van inkomstenbelasting en de onderwerping van die dividenden aan de dividendbelasting.

22. Het Hof heeft herhaaldelijk beslist, dat een doel van economische aard, dat het voornemen om de economie van het land te stimuleren zeker is, geen dwingende reden van algemeen belang kan zijn die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen. [52] Daar deze reden niet bij een uitdrukkelijk afwijkende bepaling is voorzien, kan zij niet een nationale maatregel rechtvaardigen die niet gelijkelijk van toepassing is. Zoals advocaat-generaal Elmer in zijn conclusie bij het arrest Svensson en Gustavsson heeft opgemerkt, „[kunnen] nationale wettelijke bepalingen (...) uit strikt nationaal-economisch oogpunt aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomen, doch tegelijkertijd in strijd zijn met de gemeenschapsregels". [53] Bovendien moet een nationale maatregel die deze doelstelling tot voorbeeld neemt en waardoor tegelijkertijd het vrije verkeer wordt belemmerd, zonder meer als beschermend wor-

52 — Zie bijvoorbeeld arresten van 23 februari 1988, Commissie/Frankrijk (216/84, Jurispr. blz. 793, punt 12); 5 juni 1997, SETTG (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091, punt 23), en Collectieve Antennevoorziening Gouda, punt 14.

53 — Zie punt 28 van de conclusie.

den aangemerkt en derhalve in strijd met het fundamentele vereiste van de totstandkoming van een interne markt. Het Hof aarzelt niet, maatregelen met beschermende werking onverenigbaar met het Verdrag te verklaren. [54] Om voormelde redenen ben ik ervan overtuigd, dat de eerste rechtvaardigingsgrond die de interveniërende regeringen in verband met artikel 47b hebben aangevoerd, niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

23. Laat ik dus nu onderzoeken, of de nationale regeringen zich terecht hebben beroepen op het vereiste om de samenhang van het betrokken belastingstelsel te waarborgen. Hoewel de litigieuze bepaling discriminerend is (zie, supra, punt 18), is een nader onderzoek van die rechtvaardigingsgrond noodzakelijk, gezien een bepaalde rechtspraak van het Hof die alleen in verband met deze specifieke dwingende reden van algemeen belang erkent, dat ook voor niet gelijkelijk toe te passen nationale maatregelen (in casu al naar gelang van het gebied waar het kapitaal wordt belegd) een voorbehoud kan worden gemaakt om niet in een uitdrukkelijk afwijkende bepaling voorziene redenen. In twee uitspraken van gelijke datum betreffende dezelfde nationale maatregel, die onverenigbaar met de artikelen 48 en 59 EG-Verdrag werd verklaard, aanvaardde het Hof voor het eerst — met betrekking tot een niet gelijkelijk toe te passen maatregel — de in geen enkele verdragsbepaling voorziene rechtvaardiging van de noodzaak, de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren. [55] Die rechtspraak, die zich met een beknopte motivering haaks stelde op hetgeen in de rechtspraak met betrekking tot de vier fundamentele vrijheden was opgebouwd, schijnt bevestiging te vinden in andere arresten van het Hof inzake fundamentele vrijheden. In de arresten Svensson en Gustavsson [56] en ICI [57] bijvoorbeeld onderzocht het Hof — en verklaarde het onverenigbaar met het Verdrag — niet gelijkelijk toe te passen nationale maatregelen (van fiscale aard in arrest ICI) [58], die het criterium van de zetel van de vennootschap hanteerden (of, liever gezegd, van de lidstaat waar deze gevestigd was) om aan de betrokkenen bepaalde voordelen toe te kennen of te ontzeggen. [59] Hoewel het Hof in verband met dergelijke nationale maatregelen expliciet het algemene beginsel bevestigde, dat niet in het Verdrag voorziene dwingende redenen van algemene aard [60] niet kunnen worden ingeroepen ter

54 — Zie alle bepalingen waarbij de bevolking wordt *aangemoedigd*, in de betrokken lidstaat vervaardigde producten te kopen; zie bijvoorbeeld arrest van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 23), waarin de toepassing van een „Deens-aandeelclausule" bij een openbare inschrijving voor de uitvoering van werken onverenigbaar met de artikelen 30, 48 en 59 EG-Verdrag werd verklaard.
Vervolgens zij te denken aan de fiscale bepalingen die door nationale producten te begunstigen ten nadele van ingevoerde onverenigbaar met artikel 95 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 90 EG) worden geacht omdat zij beschermende werking hebben; zie bijvoorbeeld arresten van 9 mei 1985, Humblot (112/84, Jurispr. blz. 1367); 5 april 1990, Commissie/Griekenland (C-132/88, Jurispr. blz. I-1567), en 30 november 1995, Casarin (C-113/94, Jurispr. blz. I-4203).

55 — Zie arrest Bachmann en arrest van 28 januari 1992, Commissie/België (C-300/90, Jurispr. blz. I-305).

56 — Aangehaald in voetnoot 30.

57 — Aangehaald in voetnoot 12.

58 — Voor de uitdrukkelijke bevindingen van het Hof: zie voor het aspect „diensten" punt 12 van arrest Svensson en Gustavsson, en punt 24 van het arrest ICI. Ik wijs erop, dat in het arrest Svensson en Gustavsson het Hof zich met betrekking tot het aspect „kapitaal" niet rechtstreeks uitspreekt over de vraag, of de betrokken maatregel al dan niet niet-gelijkelijk van toepassing is, maar daarvoor verwijs ik naar punt 18 van deze conclusie.

59 — Voor de feiten van het arrest Svensson en Gustavsson verwijs ik naar voetnoot 30 en punt 25 van deze conclusie. In de zaak ICI werd het criterium van de zetel van de dochtermaatschappijen door de Britse wetgever gehanteerd voor een gedifferentieerde fiscale behandeling van de in de betrokken lidstaat gevestigde consortiumdeelnemers; in het bijzonder behield die maatregel de toekenning van het fiscale voordeel van belastingvermindering voor consortia enkel voor aan de vennootschappen die uitsluitend of voornamelijk dochtermaatschappijen controleren waarvan de zetel zich op het nationale grondgebied bevindt (zie punt 23 van het arrest).

60 — De enige afwijkingen met betrekking tot vrije vestiging (arrest ICI) komen voor in artikel 56, lid 1, EG-Verdrag, terwijl die met betrekking tot de vrije dienstverrichting (arrest Svensson en Gustavsson) zich beperken tot het bepaalde in artikel 66 EG-Verdrag, dat verwijst naar artikel 56.

rechtvaardiging van een ongelijke behandeling die in beginsel onverenigbaar is met de artikelen 52 en 59 EG-Verdrag [61], heeft het telkens met een beroep op de arresten Bachmann en Commissie/België de rechtvaardigingsgrond van de noodzaak om de samenhang van een bepaald belastingstelsel te verzekeren, ten gronde onderzocht in plaats van hem niet-ontvankelijk te verklaren. [62] Nog steeds met een beknopte motivering schijnt het Hof daarmee te hebben bevestigd, dat een van de dwingende redenen van algemeen belang die de fundamentele vrijheden beperkende nationale maatregelen kunnen rechtvaardigen, „dwingender" was dan de andere, omdat daarop ook in geval van niet gelijkelijk toe te passen nationale wettelijke regelingen terecht een beroep kon worden gedaan. [63]

24. In casu beroepen de Britse en de Nederlandse regering zich op de noodzaak om de samenhang van het betrokken belastingstelsel te verzekeren, niet onder verwijzing naar de „positieve" werkingssfeer van de litigieuze bepaling (dus de gevallen waarin deze van toepassing is) maar met betrekking tot de „negatieve" werkingssfeer daarvan (dus de gevallen waarin de bepaling *niet* kan worden toegepast). Met andere woorden, de noodzaak om de fiscale samenhang te waarborgen zou precies de reden zijn waarom de Nederlandse wetgever, na de formulering van de onderhavige vrijstelling [64], *haar niet* heeft willen *uitbreiden* tot de dividenden die door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd.

25. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren een beperking van een fundamentele vrijheid alleen rechtvaardigen, wanneer er een *rechtstreeks verband* bestaat tussen een fiscaal voordeel (ofwel het niet-heffen van belasting door de belastingdienst) en de heffing van belasting. [65] Een dergelijk verband bestaat bijvoorbeeld wanneer de aftrekbaarheid van de verzekeringspremies van het belastbare inkomen afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de verzekeringsmaatschappij *ook* gevestigd is in de betrokken lidstaat, zodat aan die lidstaat de mogelijkheid wordt gewaarborgd daadwerkelijk belasting over de uitgekeerde bedragen te heffen nadat de verzekerde gebeurtenis zich heeft voorgedaan dan wel bij afkoop van de polis. [66] Volgens een dergelijk belastingstelsel kan een en dezelfde persoon tijdelijk uitstel van belastingheffing krijgen, doch daaraan niet ontkomen. Zouden de premies mogen worden afgetrokken door degene die ze betaalt aan een in een andere lidstaat

61 — Zie arresten Svensson en Gustavsson, punt 15, en ICI, punt 28.

62 — Zie arresten Svensson en Gustavsson, punt 18, en ICI, punt 29. Ik wijs er bovendien op, dat het Hof in het arrest ICI, terwijl het enerzijds het algemene beginsel van niet-ontvankelijkheid van dwingende redenen van algemeen belang als rechtvaardigingsgrond van niet gelijkelijk toe te passen nationale maatregelen bevestigde en anderzijds de gegrondheid van de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te verzekeren uitvoerig onderzocht, dit beginsel echter coherent heeft toegepast, door een andere reden — die door de betrokken lidstaat was aangevoerd — namelijk de noodzaak om de vermindering van belastinginkomsten te voorkomen, niet-ontvankelijk te verklaren (zie punt 28).

63 — Zie in die zin ook arresten Asscher (vrije vestiging) en Schumacker (vrij verkeer van werknemers), waarin het Hof steeds met een beroep op het arrest Bachmann uitvoerig heeft onderzocht, of de rechtvaardigingsgrond van de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren, gegrond is (punten 58-60 respectievelijk 39-42), nadat het had geoordeeld dat de betrokken nationale maatregel discriminerend was (punten 48-49 respectievelijk 27-38).

64 — Zoals de Commissie en Verkooijen niet hebben nagelaten op te merken, kenmerkte het Nederlandse belastingstelsel zich vóór 1981, toen artikel 47b werd vastgesteld, reeds door een zekere samenhang, daar het niet voorzag in enige uitzondering op (of tegemoetkoming in) de economische gevolgen van de dubbele heffing op de dividenden die door in Nederland gevestigde vennootschappen aan Nederlandse belastingplichtigen werden uitgekeerd.

65 — Zie arresten ICI, punt 29; Asscher, punten 58-60; Svensson en Gustavsson, punt 18; Bachmann, punten 22-23; Commissie/België, punten 14-16.

66 — Zie arresten Bachmann en Commissie/België.

gevestigde onderneming, dan zou dat daarentegen leiden tot het *onttrekken van geld* aan de fiscale bevoegdheid van de betrokken lidstaat, wanneer op het tijdstip waarop de uitkeringen of de vervroegde betalingen worden verstrekt, de daartoe gerechtigde in de lidstaat van oorsprong is teruggekeerd. Volgens het Hof bestaat er derhalve in een aldus opgezet stelsel niet alleen een verband tussen de aftrekbaarheid en de latere belastingheffing, maar is dat verband ook *rechtstreeks* in de zin dat beide maatregelen dezelfde persoon betreffen op verschillende tijdstippen van zijn leven. Daarentegen kan het verband tussen de toekenning van de rentesubsidie aan de leningnemers en de financiering daarvan door middel van belastingheffing op winsten van de financiële instellingen [67] niet rechtstreeks worden genoemd, daar het „geenszins zeker is, dat de rentesubsidieregeling de (...) financiële instellingen belastbare inkomsten oplevert. Er is immers slechts belastinggrondslag wanneer de exploitatie van de betrokken kredietinstelling over het geheel genomen een overschot te zien geeft, wat niet noodzakelijkerwijs het geval zal zijn, daar het bedrijfsresultaat negatief kan worden beïnvloed door andere factoren, bijvoorbeeld verliezen op leningen of wisselkoersverliezen op in portefeuille gehouden aandelen". [68]

26. Door toepassing van de beginselen die uit de rechtspraak van het Hof af te leiden zijn, zou de uitbreiding van de vrijstelling van artikel 47b tot de dividenden van Verkooijen mijns inziens afdoen aan het *verband* tussen de vrijstelling van de dividenden van de inkomstenbelasting en de onderwerping daarvan aan de dividendbelasting. Nederland heeft het litigieuze fiscale voordeel inderdaad uitsluitend ingevoerd in de veronderstelling, dat zijn fiscale regeling in elk geval invloed kan hebben op de opbrengst waarop de vrijstelling betrekking heeft. Dat is het geval met de door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden: enkel die dividenden zijn onderworpen aan de Nederlandse dividendbelasting, waarvan de heffing — ik zeg het nogmaals — het *uitgangspunt* voor de vrijstelling is. Toepassing van de vrijstelling op dividenden die door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap zijn uitgekeerd, zou een negatieve uitwerking hebben op de opbrengst van de betrokken belastingheffing: enerzijds zou de lidstaat die de betrokken regeling heeft vastgesteld, de dividendbelasting niet kunnen heffen, en anderzijds zou die lidstaat zich gedwongen zien aan de eigen belastingplichtige een (zij het slechts gedeeltelijke) vrijstelling van die belasting toe te kennen voor opbrengsten waarop die belasting niet wordt toegepast, de enige belasting die kan worden geheven met betrekking tot een element van zijn inkomen, namelijk dividenden van buitenlandse oorsprong.

27. Bovendien ben ik van mening, dat er tussen de vrijstelling van artikel 47b en de heffing van de dividendbelasting een *rechtstreeks* verband bestaat. Zoals blijkt uit de kamerstukken met betrekking tot de litigieuze bepaling waarmee de Nederlandse wetgever de gevolgen van de dubbele heffing heeft willen mitigeren [69], hebben de in de verwijzingsbeschikking genoemde dividendbelasting en inkomstenbelasting immers economisch gezien gevolgen voor de belastingplichtige zelf (de dividendgerechtigde). Daarentegen hadden in het

67 — Zie arrest Svensson en Gustavsson, punt 18.

68 — Zie punt 31 van de conclusie van advocaat-generaal Elmer bij zaak Svensson en Gustavsson.

69 — Zie, supra, punt 4.

arrest Svensson en Gustavsson, waarin volgens het Hof geen enkel gevaar voor inbreuk op de samenhang van de Luxemburgse belastingregeling bestond, de subsidie en de belastingheffing (waartussen een verband zou bestaan) geen betrekking op dezelfde belastingplichtige, doch op verschillende belastingsubjecten [70]: de leningnemers en de financiële instellingen. [71] Maar dat is niet alles. Terwijl in een situatie als die van de zaak Bachmann, het tijdsbestek tussen de aftrekbaarheid van de premies en de heffing van belasting over de sociale uitkeringen verschillende jaren kan bedragen, hebben daarentegen in casu de heffing van dividendbelasting en de toepassing van de vrijstelling bijna tegelijkertijd plaats, op het tijdstip dat de belastingen voor hetzelfde fiscale jaar worden verrekend. [72]

7) Het geschikte en evenredige karakter van de nationale maatregel

28. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, willen zij inderdaad hun rechtvaardiging kunnen vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en mogen zij niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel nodig is. [73]

29. Over de vraag, of de litigieuze bepaling geschikt is om de gevolgen van de dubbele belastingheffing, die in Nederland de dividenden treft, voor de dividendgerechtigde aandeelhouder althans gedeeltelijk te verzachten, kan mijns inziens geen twijfel bestaan, noch heeft een van de interveniënten in deze procedure daarover twijfel geopperd. Wat betreft de vraag, of de litigieuze bepaling evenredig is aan het door de Nederlandse wetgever nagestreefde doel, staat het, in het kader van de bij artikel 177 vastgestelde bevoegdheidsverdeling, aan de nationale rechter uit te maken, of de belemmering van een fundamentele vrijheid door een nationale maatregel, voor zover in beginsel gerechtvaardigd, niet kan worden voorkomen of verminderd zonder dat het bereiken van de met die maatregel nagestreefde doeleinden in gevaar wordt gebracht. [74] In dat verband

70 — Zie punt 30 van de conclusie van advocaat-generaal Elmer.

71 — In wezen in dezelfde zin, zie recentelijk arrest ICI, punt 29, en punten 26-28 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro.

72 — Nog steeds met betrekking tot de samenhang van het belastingstelsel, met name het vereiste geen verdergaande effecten te sorteren dan die waarop de nationale wetgever zag, heeft Nederland verder opgemerkt, dat door een onverkorte toepassing van de vrijstelling de Nederlandse aandeelhouders worden benadeeld ten opzichte van de aandeelhouders van vennootschappen die gevestigd zijn in die lidstaten, waarin de bepalingen met een verzachting van de gevolgen van de dubbele heffing op de dividenden betrekking hebben op de bronheffing, namelijk op de dividendbelasting. Op die wijze zouden de aandeelhouders die in aandelen in buitenlandse vennootschappen hebben geïnvesteerd, een hogere tegemoetkoming in de dubbele belastingheffing genieten dan die welke voor dividenden van Nederlandse vennootschappen wordt toegekend, waarmee aan het doel van de betrokken vrijstelling zou worden voorbijgegaan; daardoor zou uiteindelijk, als ik het goed heb begrepen, afbreuk worden gedaan aan de uitvoering van het andere aan de betrokken fiscale maatregelen ten grondslag liggende doel, namelijk de stimulering van de nationale economie. Die redenering van de Nederlandse regering overtuigt niet. Om te beginnen verbiedt het gemeenschapsrecht de lidstaten niet zuiver nationale situaties slechter te behandelen dan de onder het Verdrag vallende situaties. Vervolgens herinner ik eraan, dat het Hof reeds de gelegenheid heeft gehad het argument te weerleggen, volgens hetwelk bepaalde nadelen (in casu de niet-toepassing van de vrijstelling) kunnen worden gerechtvaardigd, omdat zij door in een *andere* lidstaat genoten voordelen worden gecompenseerd (volgens de Nederlandse regering een op de dividendbelasting toegepaste „tegemoetkoming", die in het Nederlandse belastingstelsel onbekend is): zie arresten van 13 juli 1993, Commerzbank (C-330/91, Jurispr. blz. I-4017, punten 18 en 19), en Avoir fiscal (reeds aangehaald punt 21; zie ook punt 7 van de conclusie van advocaat-generaal Mancini).

73 — Zie onder meer arresten Gebhard, punt 37, en Kraus, punt 32.

74 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 39).

lijkt mij het enige tijdens deze procedure naar voren gebrachte alternatief — dat de Commissie tijdens de mondelinge behandeling heeft voorgesteld omdat het het kapitaalverkeer stellig minder beperkt —, namelijk de toepassing van een vrijstelling of een belastingvermindering op de uit een andere lidstaat afkomstige dividenden, — wat betreft de onderhavige zaak en gelet op het nationaal wettelijk kader als omschreven in de punten 3 en 4 — in strijd te zijn met de samenhang die men probeert te bewaren, daar deze maatregel bij gebreke van overeenkomsten met andere staten [75] duidelijk van invloed zou zijn op de belastinginkomsten van Nederland zonder dat daar enige tegenprestatie of compensatie tegenover staat.

8) De afwijking van artikel 73 D, lid 1, sub a

30. Behalve de aan de rechtspraak van het Hof ontleende rechtvaardigingsgronden wegens dwingende redenen van algemeen belang, stellen alle interveniërende lidstaten, dat voor artikel 47b in elk geval een voorbehoud moet gelden wegens de thans in artikel 73 D, lid 1, sub a, geformuleerde afwijking [76], op grond dat die bepaling, ook al is zij in 1994 (na de feiten van de zaak) in werking getreden, in wezen de voordien geldende regeling herhaalt. [77]

31. Hoewel over de bij het EU-Verdrag ingevoerde bepalingen in casu geen prejudiciële vragen zijn gesteld, is het duidelijk dat voormelde stelling voor dit geval van belang is. Dit volgt eerlijk gezegd uit het feit dat de interveniërende regeringen niet beweren, dat de afwijking „nieuw" is en terugwerkende kracht heeft, maar dat zij enkel de „formele vastlegging" in het Verdrag van een reeds bestaand beginsel vormt en dus van toepassing is op het hoofdgeding. De verwijzende rechter gaat hier uitvoerig op in in „de beoordeling" van zijn verwijzingsarrest. De afwijking wordt dus alleen aangevoerd om te concluderen, dat de voordien geldende bepa-

75 — Zie ter zake, infra, punten 46-56, inzonderheid punt 54.

76 — De huidige tekst van artikel 73 D EG-Verdrag luidt: „1. Het bepaalde in artikel 56[EG] doet niets af aan het recht van de lidstaten:
a) de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd; b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen (...).
2. De bepalingen van dit hoofdstuk doen geen afbreuk aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vestiging welke verenigbaar zijn met dit Verdrag.
3. De in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures mogen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 56[EG]."
De huidige tekst van artikel 73 B, lid 1, EG-Verdrag luidt: „In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden."

77 — Zie voetnoot 1 voor de veranderingen die de verdragsbepalingen inzake het kapitaalverkeer hebben ondergaan; artikel 73 D, lid 1, sub a, voert in het bijzonder een afwijking (hierna: „afwijking") van de betrokken vrijheid in, die niet uitdrukkelijk in de reeds geldende verdragsbepalingen noch in de richtlijn is voorzien.

lingen reeds voorzagen in de bevoegdheid voor de lidstaten fiscale bepalingen toe te passen, die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die in verschillende situaties verkeren met betrekking tot het gebied waar hun kapitaal is belegd. Bovendien meen ik te begrijpen, dat de interveniërende regeringen zich op het specifieke karakter van de fiscale regeling beroepen: gezien de aard van de materie waarvoor die bevoegdheid geldt, zou zij praktisch van geen enkele voorwaarde afhankelijk zijn. Bijgevolg is de afwijking huns inziens ook niet onderworpen aan de beperkingen van artikel 73 D, lid 3, dat gelijk is aan de laatste volzin van artikel 36 EG-Verdrag. Die conclusie berust hoofdzakelijk op een letterlijke uitlegging van deze bepaling.[78] Op deze manier ziet de betrokken bevoegdheid er onvoorwaardelijk uit: zij wordt niet door de rechter getoetst, noch op de gegrondheid van de dwingende redenen van algemeen belang die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het verschil in behandeling al naar gelang van het gebied waar het kapitaal wordt belegd, noch op de evenredigheid van de maatregel met betrekking tot de daarmee nagestreefde doeleinden.

32. Ik kan mij slechts gedeeltelijk bij voormelde stelling aansluiten. Enerzijds ben ik ervan overtuigd, dat de afwijking geen achteruitgang betekent ten opzichte van het *acquis communautaire*. Redelijkerwijs kan worden gesteld, dat zij reeds door het vóór 1 januari 1994 geldende Verdrag was toegestaan.[79] Het is immers waar, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een bepaald onderscheid (bijvoorbeeld op grond van de woonplaats van de belastingplichtigen) in *fiscale bepalingen* door de lidstaten kan worden gehandhaafd, mits het gebaseerd is op *situaties* die objectief eigenlijk niet vergelijkbaar zijn[80], dan wel indien zij niet gelijkelijk van toepassing zijn, door dwingende redenen van algemeen belang worden gerechtvaardigd.[81]

33. Anderzijds sluit ik uit, dat het verschil in fiscale behandeling op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd

78 — De interveniërende regeringen wijzen met name erop, dat artikel 73 D, lid 3, uitsluitend ziet op „maatregelen" en „procedures" en dus terugslaat op de letterlijke formulering van artikel 73 D, lid 1, sub b, en lid 2, terwijl artikel 73 D, lid 1, sub a, naar „bepalingen" verwijst.

79 — Op een enkeling na zijn de auteurs het er in wezen over eens, dat artikel 73 D, lid 1, sub a, helemaal geen stap terug betekent, in kennelijke tegenspraak met de letterlijke inhoud van artikel 67, lid 1 (dat discriminatie verbiedt *op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd*), maar dat het moet worden gelezen in overeenstemming met het voordien geldende stelsel, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof [zie onder meer Dourado, t.a.p., blz. 180, 181 en 184; P. Farmer-R. Lyal, *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, blz. 334; J.-M. Hauptmann, Commentaar op art. 73 D, in *Traité sur l'Union européenne*, t.a.p., blz. 184; Lodin, t.a.p., blz. 231; Mohamed, t.a.p., blz. 134 en 135; M. Peters, Capital movements and taxation in the EC, in *EC Tax Review*, 1998, blz. 1, inzonderheid blz. 10 en 11; Servais, t.a.p., blz. 64, voetnoot 58; R. Smits, Freedom of payments and capital movements under EMU, in A. Weber (uitgever) *Währung und Wirtschaft*, t.a.p., blz. 245, 262 en 263; Ståhl, t.a.p., blz. 229 en 231; J. A. Usher, *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1994, blz. 32 e.v.; S. van Thiel, The Prohibition of Income Tax Discrimination in the European Union: What Does It Mean?, in *European Taxation*, 1994, blz. 303, inzonderheid blz. 309; P. Vigneron-P. Steinfeld, La Communauté européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leurs implications, in *CDE*, 1996, blz. 401, inzonderheid blz. 411, 432 en 433].

80 — Zie voor het belang dat het Hof toekent aan de „kern" van de situaties om na te gaan of twee verschillende situaties vergelijkbaar zijn, dus zonder eerst stil te staan bij een onderscheid van „formelere" aard (zoals het al dan niet ingezetene zijn), dat vaak voorkomt in de wetgeving van de lidstaten, arrest Schumacker, punt 34 (waar de reeds in de punten 24 en 31 gebezigde term „situatie" de kern van de motivering lijkt te zijn) en de punten 35-38 van de conclusie van advocaat-generaal Léger (zie ook punt 21 van zijn conclusie bij arrest Wielockx); de term „situatie" wordt ook herhaald in artikel 73 D, lid 1, sub a. Zie verder arresten Royal Bank of Scotland, punten 27-31; Asscher, punt 42; Wielockx, punten 18-22, en Avoir fiscal, punt 19.

81 — Zie arresten Bachmann en Commissie/België.

— wat in het Verdrag is toegestaan, doordat in de mogelijkheid van een afwijking is voorzien — in elk geval gerechtvaardigd moet worden geacht. Allereerst moet volgens de zojuist aangehaalde rechtspraak van het Hof elk in de fiscale regeling van een lidstaat aangebracht onderscheid [82] op objectieve elementen [83] zijn gebaseerd of in elk geval gerechtvaardigd zijn en moet het dus aan de evenredigheidstoets worden onderworpen: anders zou elke betekenis worden ontnomen aan het argument, — dat volgens mij de hoeksteen van de opmerkingen van de interveniërende regeringen is en dat ik deel — dat de afwijking in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof moet worden begrepen en toegepast. De beperkingen van artikel 73 D, lid 3, gelden derhalve ook voor de afwijking van lid 1, sub a, van dit artikel, dat als een geheel moet worden gelezen, in tegenstelling tot hetgeen de interveniërende regeringen menen. [84] In de tweede plaats zou door het feit dat alle in de afwijking bedoelde gevallen op zich — in de vorm van een absoluut vermoeden — gerechtvaardigd worden geacht, aan die afwijking de in het Verdrag niet erkende bijzondere betekenis worden toegekend, dat zij — ik begrijp niet waarom — de gevallen waarop zij betrekking heeft, onderscheidt van alle andere uitzonderingsgevallen — die uitdrukkelijk in het Verdrag zijn vermeld — die belemmeringen van de fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen.

34. Indien ik op het onderhavige geval de afwijking van artikel 73 D, lid 1, sub a, toepas en daarbij voormelde uitleggingscriteria hanteer, zal de uitkomst in hoofdzaak overeenkomen met die welk ik op basis van de voordien geldende bepalingen zou moeten krijgen. Op zich beschouwd schrijft artikel 47b een gedifferentieerde regeling voor uitsluitend op grond van het gebied waar het kapitaal van de Nederlandse belastingplichtige wordt belegd, en de bepaling die daarin voorziet, ontkomt niet aan het verbod van artikel 73 B. Het feit dat dit verschil in regeling, dat in een fiscale bepaling is vervat, rechtvaardiging kan vinden in een door het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang, betekent niets anders dan dat de betrokken nationale maatregel — in beginsel en omdat zij niet willekeurig discriminerend is — binnen de werkingssfeer van de afwijking kan vallen. Het door de Nederlandse fiscale regeling bewerkstelligde verschil in behandeling kan enkel worden geacht gerechtvaardigd te zijn en daadwerkelijk onder de afwijking te vallen, indien het in concreto blijkt te voldoen aan het vereiste van evenredigheid volgens de uitleggingscriteria die het Hof vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen inzake het kapitaalverkeer placht te hanteren. [85]

82 — Daaronder begrepen dus het onderscheid op grond van het gebied waar het kapitaal wordt belegd.

83 — Zie arrest Schumacker, punt 37.

84 — In die zin hebben zich alle auteurs uitgelaten, volgens wie de uitzondering niet „nieuw" is, maar de weergave van door het Hof geformuleerde beginselen (zie, supra, voetnoot 79); zie ook S. Kollia, rubriek „Capitaux", in *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, Parijs, deel I, paragraaf 92. Gelet op de grote overeenkomst van opzet tussen artikel 36 en artikel 73 D, lijkt mij voornoemde reconstructie in overeenstemming met de rechtspraak waarin een parallel wordt getrokken met de algemene regeling van de waarborgen van de fundamentele vrijheden (zie arrest Gebhard, punt 37).

85 — Zie arresten Bachmann, punt 27, en Commissie/België, punt 20.

35. Kortom, een maatregel die de toekenning van een vrijstelling van de inkomstenbelasting enkel beperkt tot de dividenden die door een in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd, vormt een met artikel 1, lid 1, van de richtlijn strijdige belemmering. De weigering evenwel die vrijstelling ook toe te passen op de dividenden die door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap worden uitgekeerd, wordt in beginsel gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het betrokken belastingstelsel te verzekeren. Ook in het licht van de afwijking van artikel 73 D, lid 1, sub a, blijf ik bij mijn conclusie, die gebaseerd is op de ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldende bepalingen van het gemeenschapsrecht. Door het toestaan van de afwijking waarom het in de onderhavige procedure gaat, voegt de gemeenschapswetgever geen enkel nieuw beginsel toe aan de bepalingen inzake het kapitaalverkeer; hij vestigt integendeel de aandacht op een *reeds bestaande* regel in de tekst van het Verdrag, die derhalve deel uitmaakt van het stelsel dat ik reeds bij de analyse van de litigieuze bepaling heb onderzocht.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

36. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, wenst de Hoge Raad te vernemen, of de artikelen 6 en/of 52 EG-Verdrag in de weg staan aan een nationale maatregel als artikel 47b.

37. Ik ben het met de interveniërende regeringen eens. Artikel 6 EG-Verdrag, waarin het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit is neergelegd, is in casu niet van belang als algemene bepaling die moet worden toegepast op de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet [86], zoals artikel 52 juncto, wat betreft vennootschappen, artikel 58. Deze bepaling kent de vrijheid van vestiging toe aan de onderdanen van een andere lidstaat en biedt hun de mogelijkheid tot de oprichting en het beheer van ondernemingen en vennootschappen op dezelfde wijze als door de wetten van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen is vastgesteld.

38. Ter inleiding stellen de Britse en de Nederlandse regering, dat artikel 52 niet van toepassing is op de onderhavige zaak als algemene bepaling ten opzicht e van de bijzondere bepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer, waarvoor een voorbehoudt geldt. Zoals we hebben gezien, hebben deze regeringen de litigieuze bepaling verdedigd, met het betoog dat zij verenigbaar is met de communautaire bepalingen die het vrije verkeer van kapitaal moeten waarborgen. Als ik het goed heb begrepen, staat volgens deze regeringen artikel 52 niet in de weg aan de litigieuze

86 — Zie, onder meer, arresten van 30 mei 1989, Commissie/Griekenland (305/87, Jurispr. blz. 1461, punten 12 en 13); 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 19); 12 april 1994, Halliburton Services (C-1/93, Jurispr. blz. I-1137, punt 12), en 29 februari 1996, Skanavi en Chryssanthakopoulos (C-193/94, Jurispr. blz. I-929, punten 20 en 21).

bepaling, die zou stroken met artikel 1, lid 1, van de richtlijn. In casu lijkt mij dit betoog niet ter zake dienend. Weliswaar is in artikel 52, lid 2, het beginsel van nationale behandeling neergelegd, wat betreft de vestiging van vennootschappen in een andere lidstaat, „behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal" [87], maar die bepaling is enkel een uiting van de zorg van de auteurs van het Verdrag, dat er geen overlappingen zijn met de bepalingen ter bescherming van het recht van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal, ofwel met gevallen waarin gelijktijdig op dezelfde belemmering twee reeksen van bepalingen van toepassing zijn. Daarentegen kan niet worden uitgesloten, dat eenzelfde bepaling van de wetgeving van een lidstaat een aantal verschillende aspecten heeft, die alle voor het Verdrag relevant zijn, zoals het geval is met een nationale maatregel die gelijktijdig en in gelijke mate meer dan één fundamentele vrijheid beperkt. In het arrest Svensson en Gustavsson heeft het Hof dezelfde maatregel in gelijke mate onverenigbaar verklaard met zowel artikel 59 als artikel 67. Nog onlangs heeft advocaat-generaal Tesauro in beginsel denkbaar geacht „een gecombineerde toepassing van de twee groepen voorschriften (...), maar enkel met betrekking tot maatregelen die gelijktijdig — uiteraard in verschillende opzichten — [twee verschillende fundamentele vrijheden] belemmeren", waaronder het kapitaalverkeer. [88] Hierbij merk ik ten slotte op, dat in het arrest Veronica Omroep Organisatie, waarbij de betrokken nationale maatregel (zie punt 11) tegelijkertijd verenigbaar werd verklaard met de bepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal en het vrij verrichten van diensten, het Hof een parallel onderzoek van de zaak heeft verricht met betrekking tot twee verschillende categorieën van bepalingen en in het geheel niet het belang van het aspect „diensten" heeft uitgesloten, hoewel de nationale maatregel met betrekking tot het aspect „kapitaal" verenigbaar was met het Verdrag.

39. Wat het onderzoek ten gronde van artikel 47b aangaat, moet ik meteen erop wijzen, dat dit artikel — ook al wordt het onderzocht vanuit het andere oogpunt van de bepalingen die de vrijheid van vestiging (van de vennootschappen) moeten verzekeren — niet gelijkelijk van toepassing is (zoals Verkooijen zonder mankeren heeft opgemerkt), daar het onderscheid maakt tussen door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden en die welke door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd. Wanneer het door de Nederlandse belastingwetgever gemaakte onderscheid niet gebaseerd is op objectief niet vergelijkbare situaties of niet gerechtvaardigd wordt door een toepasselijke dwingende reden van algemeen belang (zie punt 32, in fine), zou deze opmerking alleen al volstaan om de litigieuze bepaling onverenigbaar met artikel 52 te achten: „artikel 52 verbiedt elke, zelfs geringe, discriminatie". [89]

40. Wat verder de vraag betreft, of er al dan niet sprake is van een beperking als bedoeld

87 — Zijn tegenhanger, artikel 73 D, lid 2, verwoordt het op soortgelijke wijze met betrekking tot het kapitaalverkeer: „De bepalingen van dit hoofdstuk doen geen afbreuk aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vestiging welke verenigbaar zijn met dit Verdrag."

88 — Zie punt 17 van conclusie bij zaak Safir.

89 — Arrest Avoir fiscal, punt 21.

in artikel 52, zou het op het eerste gezicht kunnen lijken, dat de uitkerende vennootschappen enkel „indirect" door de litigieuze bepaling worden geraakt: artikel 47b heeft niets van doen met de fiscale regeling van de vennootschappen in enge zin, daar het invloed heeft op de door de aandeelhouders genoten voordelen (de vrijstelling geldt enkel voor de inkomstenbelasting, zie punt 3), nadat over de uit de bedrijfsactiviteit voortvloeiende winsten (die voor de uitkering van de dividenden worden aangewend) reeds vennootschapsbelasting is geheven. Zoals wij hierna zullen zien, moet de fiscale regeling voor de dividenden die afkomstig zijn uit een andere lidstaat — wat betreft *andere* aspecten dan die welke met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag zijn onderzocht — echter wel *invloed hebben op*[90] bepaalde besluiten die op het communautaire grondgebied (dus ook in Nederland) gevestigde vennootschappen moeten nemen met betrekking tot hun hoofd- of nevenvestiging.

41. Het is namelijk mogelijk een hele reeks gevallen te identificeren, waarin de vrijheid van vestiging in meer of mindere mate door een nationale maatregel als artikel 47b wordt beperkt:

a) zoals Verkooijen heeft opgemerkt, wordt een vennootschap met hoofdzetel in een andere lidstaat, die in Nederland een secundaire vestiging[91] wenst op te richten, ervan *weerhouden* om dat in een andere dan de vennootschapsvorm te doen indien zij een beroep wil doen op de kapitaalmarkt van die lidstaat, welk kapitaal zij duidelijk nodig heeft voor het beheer van de onderneming.[92] In wezen leidt de litigieuze bepaling ertoe, een vestiging in de vorm van een dochteronderneming, die juridisch gezien onafhankelijk is van de moedermaatschappij waardoor zij wordt gecontroleerd, te verkiezen boven het alternatief van het filiaal, dat wordt omschreven als een feitelijke eenheid of liever als een simpel afgesplitst deel van de onderneming waardoor een zekere decentralisatie tot stand kan worden gebracht.[93] In het arrest Centros heeft het Hof onlangs bevestigd, dat de vrijheid van vestiging de bevoegdheid omvat voor de vennootschap die in een andere lidstaat een secundaire vestiging wil vestigen, haar activiteit uit te oefenen in de vorm die het best bij haar past[94]: elke belemmering van dit keuzerecht dient derhalve onverenigbaar met artikel 52 te worden verklaard.

90 — Zie punt 16 en de in voetnoot 36 aangehaalde rechtspraak van het Hof.

91 — Artikel 52 garandeert niet alleen de vrijheid van hoofdvestiging: krachtens artikel 52, lid 1, en artikel 58, lid 1, omvat het recht van vestiging voor de vennootschappen die volgens het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, het recht in een andere lidstaat via een secundaire vestiging werkzaam te zijn. Zie voor de grond van de zaak arresten van 7 maart 1996, Commissie/Frankrijk (C-334/94, Jurispr. blz. I-1307, punt 19), en 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 21). Zie in algemene zin ook arresten van 20 mei 1992, Ramrath (C-106/91, Jurispr. blz. I-3351, punt 20); Gebhard, punt 24, en 15 februari 1996, Kemmler (C-53/95, Jurispr. blz. I-703, punt 10).

92 — Het recht van vestiging omvat het „beheer van ondernemingen" [zie artikel 52, lid 2, en arrest Gebhard, punt 23: „Deze vrijheid van vestiging omvat (...) de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de *uitoefening* daarvan alsmede de oprichting en het *beheer van ondernemingen...*"; cursivering van mij].

93 — Zie punt 15 van mijn conclusie in zaak Centros.

94 — Zie punten 20-22 van dit arrest, met verwijzingen naar gelijkgestemde arresten. Daaronder noem ik de zaak Avoir fiscal, waarin het Hof verklaarde: „Artikel 52, eerste alinea, tweede zin, biedt de economische subjecten uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de *rechtsvorm* te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past" (punt 22; cursivering van mij).

b) Een in Nederland gevestigde vennootschap waarvan de aandeelhouders (niet noodzakelijkerwijs alle) natuurlijke personen met fiscale woonplaats in Nederland zijn, die een hoofdvestiging in een andere lidstaat wenst op te richten (door de hoofdzetel naar die lidstaat te verplaatsen en aldus de hoedanigheid van vennootschap van de lidstaat van ontvangst te verkrijgen) [95], wordt *ervan weerhouden* om die stap te doen, nu de Nederlandse aandeelhouders automatisch het voordeel van artikel 47b zouden verliezen, zodra de door hen ontvangen dividenden niet meer door een „Nederlandse" vennootschap zouden worden uitgekeerd.

c) Artikel 47b speelt volgens mij ook een rol bij fusies waarbij een in Nederland gevestigde vennootschap betrokken is, waarvan de aandeelhouders aldaar wonende natuurlijke personen zijn. Immers net zoals in het geval sub b verliezen die aandeelhouders het in de litigieuze bepaling bedoelde voordeel i) in het geval van een fusie door overneming wanneer de overnemende vennootschap geen zetel in Nederland heeft, en ii) in het geval van een echte fusie, wanneer de daaruit voortvloeiende nieuw opgerichte vennootschap geen zetel in Nederland heeft. [96] In de gevallen sub i en ii zijn immers de door Nederlandse belastingplichtigen ontvangen dividenden de dag na de hiervoor omschreven verrichtingen niet meer afkomstig van een in Nederland gevestigde vennootschap.

42. De hier als voorbeeld genoemde aspecten hebben specifiek betrekking op artikel 52. In de gevallen sub a, b en c, houdt de uitoefening van de vrijheid van vestiging, die door de litigieuze bepaling wordt belemmerd (dan wel ontmoedigd of beïnvloed), immers verband met de keuzes van het beheer van een onderneming in de vorm van een vennootschap (respectievelijk de vorm van de decentralisatie van de activiteiten, localisatie van de hoofdzetel, fusie met andere ondernemingen), waarbij (althans rechtstreeks) geen kapitaalbeweging te pas komt in de zin van artikel 67 en van de richtlijn, zoals die door Verkooijen bij het verwerven van de aandelen Petrofina is verricht.

43. Met betrekking tot de gestelde geringe uitwerking die artikel 47b volgens de interveniërende regeringen op de vrijheid van vestiging zou hebben, wijs ik erop, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof artikel 52 „elke belemmering van deze vrijheden, hoe gering ook, verbiedt" (zie punt 17, in fine). [97]

44. Gesteld dat de litigieuze bepaling onder bepaalde aspecten onverenigbaar is met artikel 52, moet thans worden nagegaan,

95 — Zie a contrario, arrest van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483, punten 24 en 25), waarin het Hof besliste, dat „de artikelen 52 en 58 van het [EG] Verdrag *niet* aldus [kunnen] worden uitgelegd, dat zij *naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen* het recht geven, hun centrale bestuurszetel en hun hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen *met behoud van* hun hoedanigheid van vennootschap van de lidstaat naar wiens recht zij is opgericht" (cursivering van mij).

96 — Dit houdt in de „verplaatsing" van de statutaire zetel naar een andere lidstaat (zie geval sub b), alsmede een andere strategie met betrekking tot de localisatie van het *beheer van de onderneming*.

97 — Uit het rapport Ruding volgt overigens, dat voor 48 % van de ondernemingen in de Gemeenschap de fiscale aspecten bijna altijd van fundamenteel belang zijn, waarmee zij bij hun besluit met betrekking tot de plaats van een productie-eenheid rekening houden (zie hoofdstuk 10, afdeling II, wat betreft de invloed van de fiscale verschillen tussen lidstaten); dit percentage bedraagt echter 38 % bij de opening van een verkooppunt, 41 % voor een inrichting voor onderzoek en ontwikkeling, 57 % voor een coördinatiecentrum en 78 % voor een financieel centrum.

of zij gerechtvaardigd, geschikt ter bereiking van het door de wetgever nagestreefde doel en evenredig is. Ondanks de uiteenlopende aspecten in verband waarmee artikel 47b in strijd kan worden geacht met de verdragsbepalingen die de vrijheid van vestiging moeten beschermen, ben ik van mening, dat — wat betreft de vaststelling en het bestaan van een rechtvaardigingsgrond, alsmede het geschikte en evenredige karakter van de betrokken nationale maatregel — de reeds tijdens de behandeling van de eerste prejudiciële vraag geformuleerde opmerkingen ook in dit verband gelden (zie punten 19-29): de litigieuze bepaling blijft dezelfde (binnen dezelfde fiscale regeling) en het feit dat zij niet gelijkelijk van toepassing is ook wat betreft het aspect van de uitoefening van de vrije vestiging, leidt tot de reeds omschreven gevolgen (zie punt 23) met betrekking tot de vaststelling van de mogelijke rechtvaardigingsgronden.

45. Samengevat ben ik van mening, dat een nationale maatregel als de litigieuze bepaling in meer dan een opzicht onverenigbaar is met artikel 52 EG-Verdrag, maar dat zij in beginsel gerechtvaardigd moet worden geacht door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel van de betrokken lidstaat te waarborgen.

C — *De eerste en de tweede prejudiciële vraag: een allesomvattende benadering*

46. Het onderzoek van de eerste twee prejudiciële vragen heeft zich tot nu toe toegespitst op de gegevens die duidelijk uit de processtukken naar voren komen. Mijns inziens is het thans gewenst, te rade te gaan met andere elementen die mij voor een juiste beantwoording van de vragen relevant lijken: de clausules in de tussen België en Nederland (dus de lidstaten waar respectievelijk Petrofina is gevestigd en waarvan de dividenden van het hoofdgeding afkomstig zijn, en waar Verkooijen woont) gesloten bilaterale overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing [98], en wel om de volgende redenen. Het feit dat die overeenkomst nauwelijks wordt genoemd in de verwijzingsbeschikking noch in de bij het Hof ingediende opmerkingen [99], zou toch meteen aanleiding kunnen geven om te oordelen, dat het verzoek van de Hoge Raad om een prejudiciële beslissing slecht is gesteld: immers door geen gewag te maken van de overeenkomst (ware het alleen maar om het belang ervan voor deze zaak uit te sluiten), lijkt de verwijzingsbeschikking het rechtskader waarbinnen de vragen moeten worden geplaatst, niet voldoende nauwkeurig af te bakenen. Voor het overige, zoals advocaat-generaal Léger in zijn conclusie bij het arrest Wielockx [100] terecht heeft opgemerkt, „(...) [maken] overeenkomsten tegen dubbele belastingheffing (...) deel uit (...) van het nationale belastingrecht", en moet daarmee dus in elk geval rekening worden gehouden bij een volledig overzicht van rechtszaken op het gebied van het belastingrecht die door een grensoverschrijdend element worden gekenmerkt.

98 — Overeenkomst gesloten te Brussel op 19 oktober 1970 (zie *Belgisch Staatsblad* van 25 september 1971, nr. 187, blz. 11096); hierna „overeenkomst".

99 — Zie echter wat te lezen staat in punt 14 van de opmerkingen van de Nederlandse regering, waar wordt gesproken van „belastingverdragen".

100 — Punt 54 van de conclusie.

47. Het Hof moet volgens mij ter vervulling van de uit artikel 177 voortvloeiende verplichtingen tot samenwerking tussen de rechterlijke instanties, toch rekening houden met elk relevant element waarvan het kennis heeft, teneinde een voor de verwijzende rechter nuttig antwoord te geven. In dit verband wijs ik erop, dat het Hof in het verleden herhaaldelijk meer of minder uitvoerig op die overeenkomsten is ingegaan, hoewel zij in de aan hem voorgelegde prejudiciële vragen *niet* aan de orde waren gesteld. [101] In ons geval is het derhalve noodzakelijk (of althans wenselijk) om niet voorbij te gaan [102] aan bepalingen van een bilaterale overeenkomst als die tussen België en Nederland, die het Hof reeds aan een nader onderzoek [103] heeft kunnen onderwerpen en die clausules bevat die specifiek en rechtstreeks betrekking hebben op de onderhavige zaak. [104]

48. Nog steeds ter inleiding merk ik ten slotte op, dat het Hof reeds de gelegenheid heeft gehad op prejudiciële vragen te beslissen met een ambivalent dictum, teneinde rekening te houden met alle alternatieven die met betrekking tot het mogelijke juridische referentiekader bestaan. In het arrest Naranjo Arjona e.a. [105] heeft het Hof bij de uitlegging van het gemeenschapsrecht allereerst verwezen naar de door de verwijzende rechter vermelde nationale bepalingen (punten 15-24 en dictum), en daarna een (door de Commissie genoemd doch niet in de verwijzingsbeschikking vermeld)

101 — Zie arresten Wielockx, dictum en punten 24-27, en Bachmann, punt 26, in een zaak waarin absoluut geen sprake was van internationale overeenkomsten noch in de argumenten van de interveniënten voor het Hof noch in de conclusie van advocaat-generaal Mischo (zie punt 25 van de onderhavige conclusie voor een beschrijving van de zaak).
Volgens V. Petrella (Il principio di non discriminazione nell'imposizione del reddito transnazionale. Analisi del principio nel contesto comunitario, doctoraal thesis, Università degli studi „Federico II", Napels, 1999, hoofdstuk IV, afdeling 5), „[wanneer de samenhang van het belastingstelsel wordt begrepen] als een instandhouding van het macro-economisch evenwicht dat aan elk belastingstelsel ten grondslag ligt (...), is de uitspraak in de zaak Bachmann discutabel, voor zover daarin niet de regeling van de overeenkomsten wordt onderzocht, daar het niet van belang is dat een macro-economisch evenwicht wordt bereikt door de in het verdrag [ter vermijding van dubbele belastingheffing] neergelegde regeling, ook al is het op bilateraal niveau. De tussen België en Duitsland gesloten overeenkomst verdeelt namelijk de fiscale bevoegdheid van de twee staten, door aan Duitsland een exclusieve bevoegdheid toe te kennen om over de aan in Duitsland wonende belastingplichtigen uitbetaalde verzekeringsbedragen op het tijdstip van uitbetaling belasting te heffen, ongeacht de plaats waar de premies werden betaald en los van de daarvoor voorziene regeling" (volgens de uitlegging door de auteur van punt 26 van het arrest, verklaarde het Hof in wezen in arrest Bachmann het sluiten van bilaterale overeenkomsten irrelevant, die zien op de regeling die toe te passen is op verzekeringscontracten — zoals die van die zaak — met een grensoverschrijdend element, op grond dat zij als bilaterale overeenkomsten niet eenvormig alle binnen de Gemeenschappen verrichte transacties kunnen regelen). In dezelfde zin zie B. Knobbe-Keuk, Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions — Ban and Justification, in *EC Tax Review*, 1994, blz. 74, inzonderheid blz. 80. Daarna heeft de rechtspraak van het Hof in arrest Wielockx een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt wat betreft het aan de bilaterale belastingoverkomsten toe te kennen belang voor een juiste oplossing van de aan het Hof voorgelegde problemen: „In de zaak Wielockx wijst het Hof op de anomalie [van het in Bachmann ingenomen standpunt] en stelt het, door de in Bachmann getrokken conclusie om te draaien, dat de samenhang van het belastingstelsel moet worden getoetst binnen het *algemene* belastingstelsel van een staat, waaronder ook de in de bilaterale verdragen vastgestelde regeling" (Petrella, ibidem; cursivering van mij).
Zie ook arrest Royal Bank of Scotland (punt 31), waarin het tussen Griekenland en het Verenigd Koninkrijk (de twee bij het hoofdgeding betrokken lidstaten) gesloten verdrag ter vermijding van dubbele belastingheffing, ook al had de Franse regering het genoemd, niet aan de orde was gesteld in de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag, daar de verwijzende rechter twijfel opperde omtrent de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht *uitsluitend* met betrekking tot het nationale recht (zie punt 17), en ook niet in de beschrijving van het rechtskader in het rapport ter terechtzitting van rechterrapporteur Wathelet.

102 — Ditmaal niet zozeer om de gegrondheid te onderzoeken van een rechtvaardigingsgrond (de samenhang van het belastingstelsel) van een niet gelijkelijk toe te passen maatregel (zie arresten Bachmann en Wielockx, waarin, zoals ik in de tekst heb opgemerkt, het Hof niet dezelfde opvatting heeft gevolgd), als wel te beslissen, zoals we hierna beter zullen zien (zie punten 52-56), of een nationale wettelijke regeling al dan niet niet gelijkelijk van toepassing is, dan wel of zij een belemmering van een fundamentele vrijheid vormt.

103 — Zie arrest Wielockx, punten 24 en 25, en punt 54 en voetnoot 41 van de conclusie van advocaat-generaal Léger.

104 — Zie arrest Avoir fiscal, punt 26, waarin het Hof het argument van de Franse regering — die zich ter rechtvaardiging van de betrokken nationale maatregel beriep op de overeenkomsten ter vermijding van dubbele belastingheffing — afwees op grond dat deze overeenkomsten *geen* betrekking hadden op de in die zaak onderzochte gevallen.

105 — Arrest van 9 oktober 1997, Naranjo Arjona e.a., (C-31/96—C-33/96, Jurispr. blz. I-5501).

internationaal verdrag in zijn onderzoek betrokken, voor het geval dit verdrag in concreto „inderdaad" relevant bleek te zijn (punten 25-29 en dictum). In die zaak preciseerde het Hof dat het „aan de verwijzende rechter [staat] om te onderzoeken of de toepassing van dit verdrag inderdaad [relevant is]" (punt 29), waarna het in het dictum aangaf wat het antwoord op de door de verwijzende rechter gestelde vragen moest zijn, zowel voor het geval dat alleen het nationale recht van de betrokken lidstaat van toepassing was, als voor het geval dat de nationale rechter een beslissing op grond van het internationale verdrag juister achtte. [106] Om voornoemde redenen verlangt het voor de Hoge Raad aanhangige hoofdgeding volgens mij eveneens, dat behalve de in het verwijzingsarrest vermelde nationale bepalingen, subsidair ook aandacht wordt besteed aan een wettelijk kader waarvan de overeenkomst deel uitmaakt.

1) De Belgisch-Nederlandse overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing

49. Ik onderbreek mijn relaas nu even voor een onderzoek van de overeenkomst, zij het enkel wat de invloed daarvan op het onderhavig geding betreft. De door mij geformuleerde overwegingen kunnen evenwel van belang zijn voor andere gevallen dan dat waaruit de onderhavige prejudiciële vraag voortkomt, omdat hetgeen inzake „grensoverschrijdende" dividenden tussen België en Nederland werd bepaald, letterlijk is overgenomen (zoals nagenoeg alle soortgelijke overeenkomsten tussen de lidstaten van de Gemeenschap [107]) uit het door de OESO [108] opgestelde modelverdrag tot het vermijden van dubbele belasting. Mijn conclusie, die uitsluitend gebaseerd is op de bepalingen van Nederlands recht, blijft overigens ongewijzigd in het niet hypothetische [109] geval dat in de nationale wettelijke regeling geen fiscale overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing is opgenomen met bepalingen zoals die waarop ik nu zal ingaan.

50. In artikel 10, lid 1, van de overeenkomst wordt het basisbeginsel geformuleerd, volgens hetwelk de overeenkomstsluitende staat waar de aandeelhouder woont, belasting mag heffen over de dividenden die uit de andere overeenkomstsluitende staat afkomstig zijn. [110] Volgens artikel 10, lid 2, van de overeenkomst mag ook de staat waaruit de dividenden afkomstig zijn (waarin dus de vennootschap die ze betaalt, gevestigd is), ze belasten (doorgaans met een bronheffing, die na de belasting op de winsten van de vennootschappen komt), doch die belasting mag een bepaald percentage niet overschrij-

106 — Het dictum van arrest Naranjo Arjona e.a. geeft in hoofdzaak mijn conclusie weer, waarin ik ook had aangegeven welke twee (alternatieve) antwoorden mijns inziens op de prejudiciële vragen moesten worden gegeven.

107 — Zie arrest van 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punt 24).

108 — Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

109 — Nog in 1992 had het rapport Ruding (reeds aangehaald) een reeks gevallen geïdentificeerd waarin lidstaten onderling geen bilaterale overeenkomsten ter vermijding van dubbele belastingheffing hadden gesloten (zie hoofdstukken 3 en 10, afdeling III, met betrekking tot de fiscale overeenkomsten).

110 — Artikel 10, lid 1, van de overeenkomst (waarvan de inhoud evenals die van lid 2 overeenkomt met die van artikel 10 van het modelverdrag van de OESO): „Dividenden betaald door een lichaam dat inwoner is van een overeenkomstsluitende staat aan een inwoner van de andere overeenkomstsluitende staat, mogen in die andere staat worden belast."

den.[111] Bovendien verplicht Nederland zich bij artikel 24 van de overeenkomst[112] een *belastingvermindering* te verlenen ter vermijding van de dubbele belasting van de dividenden die de belastingplichtige die aandeelhouder van een in België gevestigde vennootschap is, heeft ontvangen, en zulks indien en voor zover op die dividenden in België reeds de bronbelasting van artikel 10, lid 2, van de overeenkomst is ingehouden.[113] In wezen voorziet de overeenkomst, die betrekking heeft op het geval van de Nederlandse belastingplichtige, gerechtigde tot de door een Belgische vennootschap uitgekeerde dividenden, in een in de praktijk wijd verspreide methode niet om de gevolgen van de dubbele belastingheffing te *verzachten* doch eerder om ze te *vermijden*.

51. Gelet op het *geheel* van de toepasselijke bepalingen — de nationale en, zoals gezegd, de verdragsbepalingen — kenmerkt het Nederlandse belastingstelsel zich dus, door te voorzien in de opheffing of althans in de verzachting van de gevolgen van de dubbele belastingheffing zowel voor de zuiver „nationale" als voor de „grensoverschrijdende" situaties, door een samenhang van de behandeling van verschillende gevallen. Nederland komt door middel van de belastingvermindering op de door een Belgische vennootschap uitgekeerde dividenden tot een resultaat dat mij doeltreffender lijkt dan het resultaat dat — voor de door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden — wordt verkregen door middel van de toekenning van de *gedeeltelijke* vrijstelling van artikel 47b. Zoals ik zojuist heb opgemerkt, is het namelijk in het geval van „grensoverschrijdende" dividenden juister te spreken van de *opheffing* van de dubbele belastingheffing dan van de *verzachting* ervan.

2) Het kapitaalverkeer

52. Gelet op het voorgaande wil ik nu ingaan op de feiten van de eerste prejudiciële vraag. Laten we het geval nemen van een Nederlandse belastingplichtige die zoals Verkooijen in aandelen van een in

111 — Artikel 10, lid 2, van de overeenkomst luidt: „Deze dividenden mogen echter ook in de staat waarvan de vennootschap die de dividenden betaalt inwoner is, overeenkomstig de wetgeving van die staat worden belast, maar de aldus geheven belasting mag niet hoger zijn dan: 1° 5 percent van het brutobedrag van de dividenden, indien de genieter van de dividenden een vennootschap op aandelen is die onmiddellijk ten minste 25 percent bezit van het kapitaal van de vennootschap die de dividenden betaalt; 2° 15 percent van het brutobedrag van de dividenden in de andere gevallen." Bovendien hebben volgens het laatste gedeelte van deze bepaling deze maxima geen betrekking op de vennootschapsbelasting die *van de vennootschap* wordt geheven terzake van de winsten waaruit de dividenden worden betaald. Hoewel de overeenkomst voor de overeenkomstsluitende staten de wederzijdse verplichting bevat — in het geval van dividenden waartoe een inwoner van de andere staat gerechtigd is — een dividendbelasting van niet meer dan 15 % toe te passen, stelt Verkooijen, dat op de door hem ontvangen dividenden in België reeds een bronbelasting van 25 % was ingehouden.

112 — Dat overeenkomt met artikel 23 van het modelverdrag van de OESO.

113 — Artikel 24, lid 1, van de overeenkomst bepaalt: „Met betrekking tot inwoners van Nederland wordt dubbele belasting op de volgende wijze vermeden:
1° Nederland is bevoegd bij het heffen van belasting van zijn inwoners in de grondslag waarnaar de belasting wordt geheven, de bestanddelen van het inkomen of het vermogen te begrijpen die overeenkomstig de bepalingen van deze Overeenkomst in België mogen worden belast;
(...)
3° Nederland verleent voorts een vermindering op de aldus berekende belasting voor die bestanddelen van het inkomen welke volgens de artikelen 10, paragraaf 2, (...) in België mogen worden belast en in de onder 1° bedoelde grondslag zijn begrepen. Het bedrag van deze vermindering is het laagste van de volgende bedragen:
a) het bedrag dat gelijk is aan de in België geheven belasting;
b) het bedrag van de Nederlandse belasting dat tot het overeenkomstig het bepaalde onder 1° berekende belastingbedrag in dezelfde verhouding staat, als het bedrag van de genoemde bestanddelen van het inkomen staat tot het bedrag van het inkomen dat de onder 1° bedoelde grondslag vormt."
Met betrekking tot België bepaalt artikel 24, lid 2, — in het algemeen — dat de inkomsten van de eigen belastingplichtigen waarover in Nederland belasting is geheven, van belasting moeten worden vrijgesteld. „Vrijstelling" en „belastingvermindering" zijn de twee in artikel 23 van het modelverdrag van de OESO genoemde basismethodes ter vermijding van de dubbele belastingheffing.
Uit de processtukken kan niet worden opgemaakt, of de Nederlandse belastingdienst — in de zin van artikel 24, lid 1, van de overeenkomst — op de door Petrofina aan Verkooijen uitgekeerde dividenden de belastingvermindering heeft toegepast met betrekking tot de in België met de bronheffing geïnde dividendbelasting, dan wel of Verkooijen ooit om toepassing van die vermindering heeft verzocht om de dubbele belastingheffing te vermijden.

België gevestigde vennootschap heeft belegd, waardoor hij recht heeft op de belastingvermindering van artikel 24, lid 1, van de overeenkomst. Wat gebeurt er, wanneer die belastingplichtige eveneens aanspraak maakt op de vrijstelling van artikel 47b? Hoewel hij zijn aanspraak grondt op het beginsel van gelijke behandeling van het in verschillende gebieden belegde kapitaal, wil hij in feite niet alleen gunstiger worden behandeld dan de fiscaal ingezetene van Nederland die in Nederlandse aandelen heeft geïnvesteerd, maar hij wil zich ook, hoewel hij hypothetisch recht heeft op de toepassing van de bij de overeenkomst vastgestelde belastingvermindering (die op zich de gevolgen van de dubbele belastingheffing *reeds vermijdt*), goeddeels, althans voor een belastbaar inkomen van 2 000 HFL, aan de inkomstenbelasting *onttrekken*. Een dergelijk resultaat strookt enerzijds niet met de doelstellingen van het Verdrag (en van de richtlijn), anderzijds heeft het — onterecht — invloed op de fiscale bevoegdheid van de betrokken lidstaat. De communautaire bepalingen inzake het kapitaalverkeer beogen niet dat kapitaalverkeer te stimuleren, doch elke belemmering daarvan op te heffen, door de lidstaten te verplichten de communautaire situatie *niet ongunstiger* te behandelen dan de zuiver nationale situatie. We hebben hier te maken met een lidstaat die reeds een overeenkomst heeft gesloten en in het nationale recht in werking heeft doen treden, die de dubbele belasting van de „grensoverschrijdende" dividenden kan vermijden en die stellig geen beperkingen stelt aan het vrije kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de richtlijn (of artikel 73 B). Ik zie niet in hoe het gemeenschapsrecht die lidstaat kan verplichten, op die dividenden *ook* dezelfde fiscale behandeling toe te passen als op de „nationale" dividenden. Een dergelijke verplichting zou neerkomen op een echt afstand doen van belastingopbrengsten; dit zou louter eenzijdig zijn, of liever gezegd niet gerechtvaardigd door wederzijdse verplichtingen van een andere staat. Ik zeg dus bij voorbaat, dat de nationale regeling mijns inziens vrij van kritiek is, omdat zij *in haar geheel* wordt gekenmerkt door een samenhang die zich niet beperkt tot het louter nationale vlak. Dit is een belangrijk punt dat twee nadere verklaringen verdient.

53. Allereerst wil ik met voorgaande opmerkingen mij niet beroepen op een samenhang die het uit de nationale maatregel voortvloeiende *nadeel* (dus de niettoepassing op de belastingplichtige van een bepaalde belastingvrijstelling) zou compenseren met een *voordeel* van andere aard in een *andere* dan de betrokken lidstaat: volgens de rechtspraak van het Hof zou een aldus opgevatte samenhang geen geldige rechtvaardigingsgrond van de belastingheffing zijn.[114] De onderhavige zaak ligt anders. De grensoverschrijdende en de nationale investeringen worden in verschillende wettelijke bepalingen van de nationale wetgever geregeld, sommige uit hoofde van het verdragsrecht en andere zelfstandig uit hoofde van het nationale recht. Deze zaak wordt gekenmerkt door de samenhang tussen de belastingvoordelen en -nadelen als bedoeld in de rechtsorde, als geheel, van *dezelfde* lidstaat. Nederland kent aan de uit België afkomstige dividenden niet de vrijstelling van artikel 47b toe, omdat in Nederland voor deze dividenden altijd de belastingvermindering geldt overeenkomstig artikel 24, lid 1, van de overeenkomst.

114 — Zie voetnoot 72, in fine.

54. De toekenning door Nederland van een belastingvermindering die overeenkomt met de in België ingehouden bronbelasting, heeft geen negatieve uitwerking op de samenhang van het betrokken belastingstelsel. Zo bezien wordt de fiscale samenhang namelijk niet meer verzekerd op het niveau van het belastingstelsel zelf, noch op basis van een rechtstreeks verband tussen de vrijstelling van de heffing van inkomstenbelasting en de heffing van belasting op de dividenden, maar door middel van een macroeconomische verevening van andere aard, op internationaal niveau om precies te zijn, die het resultaat is van de bilaterale regeling van de belangen van de overeenkomstsluitende staten zoals in de overeenkomst is bepaald: „De fiscale samenhang (...) bevindt zich op een ander niveau, te weten dat van de wederkerigheid van de in de verdragsluitende staten toepasselijke voorschriften." [115] Ofschoon de verplichting tot toepassing van de belastingvermindering voor de door de andere overeenkomstsluitende staat ingehouden bronbelasting de belastingopbrengst van Nederland beperkt (artikel 24, lid 1, van de overeenkomst), mag deze staat tegelijkertijd een bronbelasting inhouden op de door Nederlandse vennootschappen aan een in België wonende aandeelhouder uitgekeerde dividenden (artikel 10, lid 2, van de overeenkomst).

55. Gelet hierop kan ik — met inaanmerkingneming van alle relevante bepalingen van het betrokken recht, ook die welke uit voornoemde bilaterale overeenkomst voortvloeien, — beter begrijpen, hoe de litigieuze bepaling in het hoofdgeding kan worden aangemerkt. Ik zei al, dat artikel 47b een belemmering van het kapitaalverkeer vormt in strijd met artikel 1, lid 1, van de richtlijn. Die conclusie berust echter uitsluitend op de nationale bepalingen die de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest aan het Hof heeft genoemd en partijen in de onderhavige procedure hebben besproken. Indien echter de bepalingen van de overeenkomst in aanmerking worden genomen, die *speciaal* betrekking lijken te hebben op de situatie waarin Verkooijen verkeert, is de nationale bepaling die de vrijstelling van artikel 47b enkel voorbehoudt aan de door Nederlandse vennootschappen uitgekeerde dividenden, naar de opvatting van het gemeenschapsrecht geen maatregel meer die de Nederlandse belastingplichtige kan afschrikken zijn kapitaal in België te beleggen. Voor degene die in aandelen van in dat land gevestigde vennootschappen investeert, voorziet de Nederlandse belastingwetgeving in haar geheel genomen immers in een nog doeltreffender oplossing dan die welke (10 jaar na sluiting van de overeenkomst) voor de „nationale" situatie is ingevoerd; het gemeenschapsrecht verbiedt niet zuiver interne aangelegenheden minder gunstig te behandelen. [116] De Nederlandse belastingplichtige die zijn kapitaal wenst te investeren in aandelen om in het genot te komen van de desbetreffende dividenden, kan dus kiezen tussen een investering in aandelen van in België gevestigde vennootschappen (waarvoor de overeenkomst hem de zogenoemde fiscale neutraliteit waarborgt waardoor dubbele belastingheffing

115 — Arrest Wielockx, punt 24. Deze wederkerigheid van de verplichtingen wordt door het rapport Ruding onmisbaar geacht om de lidstaten te kunnen verplichten, de door hen aan de „nationale" dividenden toegekende voordelen ook tot de „grensoverschrijdende" dividenden uit te breiden.

116 — Zie bijvoorbeeld arrest van 26 januari 1993, Werner (C-112/91, Jurispr. blz. I-429), waarin het Hof een fiscale regeling die de onderdaan zwaarder belast dan de niet-onderdaan (omgekeerde discriminatie), verenigbaar met het gemeenschapsrecht verklaart. Zie recentelijk arrest Asscher, waarin het Hof praktijken van omgekeerde discriminatie verenigbaar met het gemeenschapsrecht verklaart, op grond dat weliswaar vaststaat dat de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging niet op zuiver interne aangelegenheden kunnen worden toegepast, maar dat een lidstaat ze niet aldus kan uitleggen, dat hij een eigen onderdaan de daarin neergelegde rechten kan ontzeggen wanneer hij zich in een vergelijkbare *positie* bevindt als andere gemeenschapsonderdanen die die rechten genieten (zie punt 32).

volledig wordt vermeden) en een investering in aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen (waarvoor alleen een beperkte tegemoetkoming in de gevolgen van de dubbele belastingheffing geldt). Samenvattend kenmerkt het belastingstelsel van Nederland zich dus door een soort fiscale neutraliteit met betrekking tot investeringen in aandelen van Belgische en Nederlandse vennootschappen. Het overzicht van het wettelijk kader in zijn geheel maakt het volgens mij ook mogelijk het bestaan van het in punt 18 vermelde discriminerende aspect uit te sluiten. Immers, de niet-toepassing van het voordeel van artikel 47b op de dividenden die door in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd, laat zich verklaren door het feit dat daarvoor in het kader van de overeenkomst een speciale regeling bestaat: de twee categorieën van dividenden („nationale" en „grensoverschrijdende") bevinden zich dus niet in een vergelijkbare positie, zodat de twee voordelen die op verschillende situaties betrekking hebben, niet te cumuleren zijn. [117]

117 — Mijn conclusie met betrekking tot de kwalificatie van de litigieuze bepaling vindt steun in die van het rapport Ruding van 1992 (aangehaald in voetnoot 32). Daarin wordt aanbevolen, dat de lidstaten, waarvan de wettelijke regeling een vorm van fiscaal voordeel voorziet voor de dividenden die door in de betrokken lidstaat gevestigde vennootschappen worden uitgedeeld aan degene die aldaar zijn fiscale woonplaats heeft, op basis van wederkerigheid een gelijkwaardig voordeel toekennen voor de door in de andere lidstaat gevestigde vennootschappen uitgekeerde dividenden (zie hoofdstuk 10, afdeling III, met betrekking tot de fiscale regelingen van de vennootschappen). Bij gebreke van een communautaire harmonisatie, aldus het rapport Ruding, zou een dergelijke oplossing het voordeel hebben, elke eventuele verstoring tot een minimum te beperken. In het kader van de bilaterale betrekkingen met België kent Nederland aan de „grensoverschrijdende" dividenden een niet meer gelijkwaardig doch groter voordeel toe dan aan de „nationale" dividenden. Ik voeg hier verder aan toe, dat de clausules van de overeenkomst volledig deel uitmaken van het voorstel van de Commissie voor een maatregel die het vrije kapitaalverkeer minder beperkt: de toekenning van een belastingvermindering aan uit een andere lidstaat afkomstige dividenden (zie punt 29).

3) De vrijheid van vestiging

56. In de punten 36 tot en met 45 heb ik de redenen uiteengezet waarom de litigieuze bepaling volgens mij enkel in het licht van de nationale bepalingen verenigbaar met artikel 52 moet worden geacht. Evenals bij het kapitaalverkeer heb ik naar aanleiding van een onderzoek dat mede voormelde clausules van de overeenkomst omvat, mijn reeds op het gebied van de vrijheid van vestiging getrokken conclusie gewijzigd. Zoals ik heb gezegd, kan door de „samenhang" die het Nederlandse belastingstelsel in zijn geheel genomen kenmerkt, dat stelsel „neutraal" worden verklaard wat betreft het belasten van de dividenden bij de natuurlijke personen die ze ontvangen. Die samenhang of neutraliteit maakt het dus ook met betrekking tot de uitoefening van het recht van vestiging mogelijk, discriminerende aspecten alsmede het bestaan van belemmeringen uit te sluiten. Zoals we hebben gezien, krijgen de „grensoverschrijdende" dividenden overigens een in feite gunstiger behandeling dan de „nationale", waardoor niet alleen het kapitaalverkeer tussen lidstaten, maar ook de uitoefening, althans in een aantal gevallen (zie punt 41, sub b en c), van het recht van vestiging wordt *aangemoedigd*.

D — *De derde prejudiciële vraag*

57. Met de derde en laatste prejudiciële vraag wenst de Hoge Raad te vernemen, of

het voor het antwoord op de eerste twee vragen verschil maakt, of de belegger een werknemer van een dochtermaatschappij van de uitkerende vennootschap is en de aandelen waarop de dividenden worden uitgekeerd, heeft verworven in het kader van een werknemersspaarplan.

58. Over het algemeen zijn de interveniënten in de onderhavige procedure het erover eens de vraag ontkennend te beantwoorden, mede gezien het feit dat artikel 47b niet differentieert naar de soort van belastingplichtige aandeelhouder. In die bepaling wordt inderdaad geen onderscheid gemaakt tussen het geval van de derde-belegger en dat van de werknemer die de aandelen in het kader van een werknemersspaarplan houdt. Onder verwijzing naar de eerste prejudiciële vraag, waarover ik mijn mening heb gegeven, deel ik het standpunt van partijen: het Verdrag en de richtlijn waarborgen de grootst mogelijke vrijheid wat betreft het kapitaalverkeer [118], zonder nadere kwalificatie of onderscheid op grond van de aard of de kenmerken van degene die besluit een dergelijke beweging te verrichten. De betrokken vrijheid dient derhalve aldus te worden verstaan, dat zij aan *eenieder* op *dezelfde* wijze wordt gewaarborgd.

59. Verkooijen plaatst evenwel nog een aantal kanttekeningen, die nader op het voorwerp van de tweede prejudiciële vraag ingaan. In wezen is hij de mening toegedaan, dat de door artikel 47b gestelde beperking aan de gevallen waarin de vrijstelling van toepassing is, de arbeidsmobiliteit van de werknemer in negatieve zin beïnvloedt, doordat geen belastingvrijstelling wordt toegekend voor dividenden op aandelen, die de buitenlandse onderneming, zijn werkgever, heeft uitgekeerd. Daardoor zou het voor een buitenlandse vennootschap moeilijker worden om werknemers in Nederland aan te trekken. De buitenlandse vennootschap zou zich namelijk genoodzaakt zien, een werknemersaandelenplan of werknemersspaarplan op te stellen dat gelijk is aan dat wat enkel een in Nederland gevestigde vennootschap kan bieden, waardoor de kosten waarvoor de buitenlandse vennootschap zich bij vestiging in laatstgenoemd land gesteld zou zien, zouden stijgen. Het is niet mijn bedoeling, voorbij te gaan aan de rechtspraak van het Hof, volgens welke elke, zelfs geringe belemmering van de vrije vestiging onverenigbaar is met artikel 52. [119] Het verband tussen de litigieuze bepaling en de uitoefening van de vrijheid van vestiging in Nederland van vennootschappen met werknemersspaarplannen als die van Petrofina lijkt mij echter te zwak en te indirect om een zelfstandig belang in de zin van artikel 52 te verkrijgen. Wanneer echter mocht blijken, dat dit verband voldoende is om een met de betrokken bepaling strijdige belemmering te vormen, zou die belemmering hoe dan ook niet mijn conclusie met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag kunnen wijzigen, in het bijzonder met betrekking tot het bestaan van een geldige rechtvaardigingsgrond. Bovendien zou een eventuele belemmering

118 — Zie arresten Bordessa, punt 17, en Brugnoni en Ruffinengo, punt 22 (hoewel dat arrest werd gewezen op een tijdstip waarop slechts enkele kapitaalbewegingen waren geliberaliseerd, hebben de overwegingen van het Hof over die kapitaalbewegingen thans een algemene betekenis, aangezien met de richtlijn een volledige liberalisatie tot stand is gebracht).

119 — Zie rechtspraak aangehaald in punt 17, inzonderheid in voetnoot 43.

in elk geval dienen te verdwijnen ingeval het betrokken wettelijk kader in zijn geheel ook bepalingen van een overeenkomst omvat als de artikelen 10 en 24 van de tussen België en Nederland gesloten overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing.

VI — Conclusie

60. Bijgevolg dienen de door de Hoge Raad gestelde vragen mijns inziens te worden beantwoord als volgt:

„1) Artikel 1, lid 1, van richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, en artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) moeten aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan de wettelijke regeling van een lidstaat die de vrijstelling van de heffing van inkomstenbelasting van dividenden op aandelen in vennootschappen afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de vennootschap die de dividenden heeft uitgekeerd, in dezelfde lidstaat is gevestigd, behalve indien de betrokken wettelijke regeling noodzakelijk is om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Het staat in elk geval aan de nationale rechter na te gaan, of die wettelijke regeling verder gaat dan voor het behoud van de samenhang van het belastingstelsel noodzakelijk is.

Wanneer de betrokken lidstaat echter een fiscale overeenkomst ter vermijding van dubbele belastingheffing heeft gesloten met clausules als die van de artikelen 10 en 24 van de op 19 oktober 1970 tussen België en Nederland gesloten overeenkomst, moeten artikel 1, lid 1, van richtlijn 88/361 en

artikel 52 EG-Verdrag enkel wat betreft het kapitaalverkeer en de uitoefening van de vrijheid van vestiging tussen de overeenkomstsluitende lidstaten, aldus worden uitgelegd, dat zij niet in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling als de onderhavige.

2) Het antwoord sub 1 luidt niet anders, wanneer de dividendgerechtigde werknemer is van een dochtermaatschappij en de betrokken aandelen heeft verworven in het kader van een door de moedermaatschappij opgezet werknemersspaarplan."