CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 6 juni 2002 [1]

1. In deze zaak zijn vragen gerezen over de uitlegging van de bepalingen van het EG-Verdrag die enerzijds betrekking hebben op de vrijheid van vestiging (in het bijzonder de artikelen 43 EG, 46 EG en 48 EG) en anderzijds op het vrije kapitaalverkeer (in het bijzonder de artikelen 56 EG en 58 EG).

I — De nationale wettelijke regeling

2. Lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt (wet nationale inkomstenbelasting; hierna: „SIL"), bepaalt in § 3, lid 1, sub h, eerste, tweede, derde en achtste alinea, het volgende:

„De overdracht zonder tegenprestatie van een deelneming waarop de §§ 25-31 van toepassing zijn, aan een Zweedse naamloze vennootschap waarin de overdrager of een van zijn verwanten rechtstreeks of — in andere gevallen dan het in de derde alinea bedoelde — indirect aandelen bezit, wordt behandeld als de overdracht van de deelneming voor een tegenprestatie die overeenkomt met de aankoopprijs. Hetzelfde geldt indien de overdracht plaatsvindt voor een tegenprestatie die zowel onder de marktwaarde als onder de aankoopprijs van de deelneming ligt. Is de marktwaarde lager dan de aankoopprijs, dan wordt de deelneming in vorengenoemde gevallen geacht te zijn overgedragen voor een tegenprestatie die overeenkomt met de marktwaarde.

Is de tegenprestatie niet betaald, dan wordt de totale aankoopprijs van de aandelen van de overdrager en zijn verwant(en) in de vennootschap vermeerderd met een bedrag dat overeenkomt met de prijs die is betaald voor de aankoop van de deelneming of, in het in de eerste alinea, derde volzin, bedoelde geval, met de marktwaarde. Is de tegenprestatie wel betaald, dan wordt de aankoopprijs vermeerderd met het verschil tussen de aankoopprijs respectievelijk de marktwaarde, en de tegenprestatie.

Een overdracht van een deelneming waarop de §§ 25-31 van toepassing zijn, zonder tegenprestatie of voor een tegenprestatie die onder de marktwaarde van de deel-

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

neming ligt, aan een buitenlandse rechtspersoon waarin de overdrager of een van zijn verwanten rechtstreeks of indirect aandelen bezit, wordt behandeld als de overdracht van de deelneming voor een tegenprestatie die overeenkomt met de marktwaarde. Hetzelfde geldt bij overdracht aan een Zweedse naamloze vennootschap waarin zulk een buitenlandse rechtspersoon rechtstreeks of indirect aandelen bezit.

[...]

Een deelneming die ingevolge de eerste of de derde alinea moet worden geacht te zijn overgedragen voor een bepaalde tegenprestatie, wordt voor de toepassing van [...] deze wet geacht voor diezelfde tegenprestatie te zijn verworven door de verwerver."

3. Volgens de verwijzende rechter zijn deze bepalingen in 1998 en 1999 aangenomen om de fiscale behandeling van inbreng (te weten overdracht zonder tegenprestatie of onder de waarde) van met name aandelen in vennootschappen te verduidelijken door middel van een meer gedetailleerde regeling.

4. De hiervóór weergegeven bepalingen houden volgens de verwijzende rechter kort samengevat in, dat het verschil tussen de marktwaarde en de aanschafwaarde als maatstaf van heffing wordt genomen indien de overdracht plaatsvindt aan een buitenlandse rechtspersoon of aan een Zweedse vennootschap waarin een dergelijke buitenlandse rechtspersoon rechtstreeks of indirect een deelneming heeft. Een overdracht aan een Zweedse vennootschap zonder buitenlandse deelneming wordt daarentegen niet onmiddellijk belast. In dat geval wordt het met het verschil overeenkomende bedrag gewoonlijk belast wanneer de overdrager zijn aandelen in de vennootschap die de overgedragen deelneming heeft verworven, vervreemdt. In beginsel wordt de belasting aldus uitgesteld tot de uiteindelijke vervreemding van de aandelen.

5. Voorts wordt in de voorbereidende stukken van de SIL voor het onderscheid in fiscaal opzicht tussen de inbreng in in Zweden belastingplichtige vennootschappen en de inbreng in niet in Zweden belastingplichtige vennootschappen, als reden aangevoerd het risico dat de belastinggrondslag aan de Zweedse belastingheffing zou worden onttrokken. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de eigenaar van een naamloze vennootschap vóór zijn vertrek naar het buitenland zijn aandelen in de vennootschap onder de waarde overdraagt aan een buitenlandse vennootschap waarvan hij eveneens eigenaar is. Oorspronkelijk had de regeling van § 3, lid 1, sub h, derde alinea, SIL uitsluitend betrekking op overdrachten aan een buitenlandse rechtspersoon. Tijdens de verdere voorbereiding van de wet heeft men echter gemeend dat zich ook een vorm van belastingontwijking kon voordoen wanneer de eigenaar zijn aandelen in een vennootschap overdraagt aan een Zweedse dochterven-

nootschap van de buitenlandse vennootschap waarvan hij eigenaar is. De wetgeving is daarom aldus gewijzigd dat zij zowel betrekking heeft op overdrachten aan buitenlandse rechtspersonen waarin de overdrager of een van zijn verwanten rechtstreeks of indirect een deelneming heeft, als op overdrachten aan Zweedse rechtspersonen waarin deze buitenlandse rechtspersonen rechtstreeks of indirect een deelneming hebben.

6. De verwijzende rechter merkt ten slotte op, dat met ingang van het belastingjaar 2002 (inkomsten van 2001) de SIL wordt vervangen door inkomstskattelagen (1999:1229). In deze wet staan bepalingen met dezelfde inhoud als die van de SIL welke in de onderhavige zaak relevant zijn.

II — De feiten in het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

7. X en Y, natuurlijke personen van Zweedse nationaliteit, hebben Skatterättsnämnden (commissie voor fiscale vraagstukken) verzocht om een prealabel advies over de toepassing van de bepalingen inzake de overdracht van aandelen, neergelegd in § 3, lid 1, sub h, SIL.

8. Met het Zweedse systeem van prealabele adviezen op belastinggebied wordt beoogd de particulier een advies te verstrekken over de wijze waarop een bepaalde kwestie, die voor hem een zeker belang heeft, in het kader van de belastingheffing moet worden beoordeeld.

9. In de onderhavige zaak betreft het prealabele advies de fiscale gevolgen van de door X en Y voorgenomen overdracht van hun aandelen in X AB, een Zweedse vennootschap, aan Z AB, een eveneens Zweedse vennootschap, die zelf een dochter is van Y SA, een Belgische vennootschap.

10. X AB is de moedervennootschap van een concern dat thans voor gelijke delen in handen is van X en Y, alsmede van een vennootschap naar Maltees recht. In laatstgenoemde vennootschap bezitten X en Y geen deelneming. Y SA is eveneens een moedervennootschap die in handen is van de huidige eigenaren van X AB. X en Y achtten het in het kader van een reorganisatie van het concern opportuun om enkele activiteiten onder te brengen bij Y SA.

11. In hun verzoek stellen X en Y met name de vraag of het verschil in fiscale gevolgen naargelang de aandelen worden overgedragen aan een Zweedse onderneming zonder buitenlandse aandeelhouder [artikel 3, lid 1, sub h, eerste alinea, SIL] of aan een Zweedse onderneming met buitenlandse aandeelhouders [artikel 3, lid 1, sub h, derde alinea, tweede volzin, SIL] kan worden gehandhaafd gelet op de bepalingen van de tussen België en Zweden gesloten overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting en de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer.

12. In het prealabel advies van 27 september 1999 heeft Skatterätsnämnden verklaard dat de overdracht van de aandelen van X AB behandeld moest worden als een overdracht voor een tegenprestatie die overeenkomt met hun marktwaarde, en dat X en Y dus belast moesten worden voor een winst die overeenkomt met het verschil tussen de waarde van die aandelen op de markt en de aanschafprijs.

13. Voorts heeft Skatterätsnämnden geoordeeld dat de vrijheid van vestiging niet in het geding is en dat, wat het vrije verkeer van kapitaal betreft, de uitzondering van artikel 58, lid 1, sub a, EG van toepassing is.

14. X en Y hebben tegen deze beslissing beroep ingesteld bij Regeringsrätten (de hoogste administratieve rechter) en deze met name verzocht te verklaren dat de overdracht moest worden belast op basis van de voorgenomen overdrachtprijs.

15. Voor Regeringsrätten hebben X en Y in hoofdzaak gesteld dat de afwijkende, veel minder gunstige fiscale behandeling van de Zweedse vennootschappen waarin de overdrager een deelneming heeft via een buitenlandse rechtspersoon waarin hij ook aandelen bezit, een duidelijke belemmering is van het vrije kapitaalverkeer (artikel 56 EG) en van de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG).

16. In die omstandigheden heeft Regeringsrätten besloten het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„ Verzetten de artikelen 43 EG, 46 EG, 48 EG, 56 EG en 58 EG in een situatie als die in de onderhavige zaak zich tegen de toepassing van een wettelijke regeling van een lidstaat — zoals de Zweedse regeling op dit gebied —, volgens welke een kapitaalinbreng door overdracht van aandelen onder de waarde, wanneer het kapitaal wordt ingebracht in een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon waarin de overdrager rechtstreeks of indirect een deelneming bezit, dan wel in een nationale naamloze vennootschap waarin deze rechtspersoon een deelneming bezit, ongunstiger wordt belast dan indien er geen sprake is van buitenlandse eigendom?"

III — Analyse

De ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag

17. De Commissie merkt op dat de onderhavige zaak slechts een hypothetisch geval betreft, daar de door X en Y voorgenomen overdracht, die zij aan de overheid hebben

voorgelegd, nog niet heeft plaatsgevonden. Zij voegt daaraan echter toe dat, omdat er een geding aanhangig is voor de verwijzende rechter en het Hof over voldoende gegevens beschikt om een prejudiciële beslissing te geven, de gestelde vraag beantwoord dient te worden.

18. Ik deel die zienswijze.

19. Het Hof heeft namelijk al in een vergelijkbaar geval [2] de gelegenheid gehad te beslissen hoe de in het hoofdgeding gevolgde prealabele adviesprocedure beoordeeld dient te worden, gelet op de criteria die zijn vastgesteld door de rechtspraak betreffende de voorwaarden voor de toepassing van artikel 234 EG, en het heeft vastgesteld dat het feit dat de door verzoekers in het hoofdgeding voorgenomen overdracht nog niet had plaatsgevonden, niet uitsloot dat er een reëel geschil voor de nationale rechter was.

20. Volgens mij dient in casu dezelfde redenering te worden gevolgd. Aan het Hof wordt geenszins een hypothetisch geschil voorgelegd, maar het wordt verzocht de communautaire rechtsregels uit te leggen die toegepast moeten worden op een reëel geschil, en uit het dossier blijkt dat het voldoende informatie heeft om op de hem gestelde vraag een nuttig antwoord te geven.

Het bestaan van een beperking op de vrijheid van vestiging

21. Volgens Riksskatteverket valt de onderhavige zaak niet onder de door het Verdrag verleende fundamentele vrijheden, omdat het in casu gaat om een interne situatie van een lidstaat. Hij haalt in dat verband het arrest Werner [3] aan. Het onderhavige geval betreft namelijk een wijziging in de structuur van de deelnemingen in een economische activiteit in Zweden, die na deze wijziging nog steeds in dat land zou worden uitgeoefend.

22. Opgemerkt dient evenwel te worden, dat dit argument niet volstaat om in casu de regels van het Verdrag buiten toepassing te laten. Er volgt namelijk duidelijk uit de beschikking van de verwijzende rechter, dat de belastingheffing over de voorgenomen transactie afhangt van het feit dat er ten aanzien van Zweden een externe component is, namelijk dat de moedermaatschappij van de overnemende vennootschap, dan wel haar aandeelhouders, in een andere lidstaat zijn gevestigd. Het is derhalve duidelijk dat het hoofdgeding niet kan worden geacht een puur interne situatie in Zweden te betreffen.

23. Toch blijft het nodig te verduidelijken in hoeverre de voorschriften van het Verdrag door de betrokken nationale bepaling geraakt worden. Uit de verwijzingsbeschik-

2 — Arrest van 18 november 1999, X en Y (C-200/98, Jurispr. blz. I-8261, punten 15-23).

3 — Arrest van 26 januari 1993 (C-112/91, Jurispr. blz. I-429).

king volgt, dat deze bepaling voorziet in het fiscale regime voor de overdracht van activa aan een vennootschap waarin de vervreemder rechtstreeks of indirect aandelen bezit.

24. De uit een dergelijke transactie eventueel gerealiseerde meerwaarde wordt onmiddellijk belast, wanneer de overnemende vennootschap een buitenlandse rechtspersoon is of een Zweedse naamloze vennootschap waarin die buitenlandse rechtspersoon rechtstreeks of indirect een deelneming heeft.

25. De belasting wordt daarentegen uitgesteld, wanneer de overnemende vennootschap een Zweedse naamloze vennootschap is die niet zo'n buitenlandse rechtspersoon onder haar aandeelhouders telt. Dit uitstel levert de overdrager duidelijk financieel voordeel op.

26. Het staat derhalve buiten kijf, dat een overdracht aan een Zweedse naamloze vennootschap bij verder gelijke omstandigheden fiscaal gunstiger wordt behandeld dan een overdracht aan een niet-Zweedse vennootschap of een Zweedse vennootschap met buitenlandse aandeelhouders.

27. Volgens de Nederlandse regering is de vrijheid van vestiging van X en Y in België in het hoofdgeding slechts aan de orde, voorzover hun deelneming in het kapitaal van de betrokken Belgische moedervennootschap hun een zodanige invloed op de besluiten van die vennootschap verleent dat zij de activiteiten daarvan kunnen bepalen in de zin van de rechtspraak van het Hof. [4]

28. Ik deel dit standpunt. Uit de rechtspraak [5] volgt namelijk, dat de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging ook van toepassing zijn op nationale voorschriften die marktdeelnemers van de betrokken lidstaat ervan kunnen weerhouden zich in een andere lidstaat te gaan vestigen. De litigieuze nationale bepaling kan nu juist investeerders als X en Y ervan weerhouden om van hun recht van vestiging in een andere lidstaat gebruik te maken door een deelneming *van aanzienlijke omvang* te verwerven in aldaar gevestigde vennootschappen, daar de regeling voor overdrachten aan die vennootschappen ongunstiger is dan de regeling die van toepassing is op in Zweden gevestigde vennootschappen die geen buitenlandse aandeelhouders hebben.

29. Toch is dat niet de enige beperking voor de vrijheid van vestiging, waarop in dit geval kan worden gewezen. Met de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA dient te worden benadrukt dat de litigieuze nationale maatregel ook een beperking kan zijn van het recht van vestiging in Zweden van een buitenlandse vennootschap zoals de in het hoofd-

4 — Arrest van 13 april 2000, Baars (C-251/98, Jurispr. blz. I-2787).

5 — Arrest van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483).

geding betrokken Belgische vennootschap. Haar vrijheid om in Zweden te investeren, zich aldaar te vestigen en, zoals in casu, zich in verschillende lidstaten, waaronder Zweden, te organiseren, wordt beperkt omdat zij in Zweden niet op dezelfde wijze als een Zweedse vennootschap die niet zo'n buitenlandse vennootschap onder haar aandeelhouders heeft, voordeel kan hebben van overdrachten zoals de litigieuze.

30. In dat verband voert de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA ook terecht aan, dat het litigieuze verschil in behandeling buitenlandse vennootschappen ervan kan weerhouden een tweede vestiging in Zweden op te zetten.

31. Verder heeft het Hof al beslist dat een verschil in behandeling met betrekking tot het ogenblik waarop de belasting opeisbaar wordt, naargelang de betrokken vennootschappen al dan niet gevestigd zijn in een lidstaat, een beperking is van de vrijheid van vestiging. [6]

32. Blijkens het voorgaande hebben wij in casu te maken met zo'n beperking.

Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging

33. Alleen Riksskatteverket en, in mindere mate, de Nederlandse regering zijn van mening dat de litigieuze nationale bepaling gerechtvaardigd kan worden.

34. Eerstgenoemde voert aan, dat het voordeel dat de Zweedse vennootschappen genieten, namelijk de uitgestelde belastingheffing over de overdracht, geplaatst dient te worden in de context van de regeling voor de belasting van de meerwaarde. De toekenning van het voordeel veronderstelt namelijk, dat het kapitaal waarover de belastingheffing aldus wordt uitgesteld, in Zweden belastbaar blijft. Als de overdracht rechtstreeks of indirect geschiedt aan een buitenlandse vennootschap, dan zal een latere overdracht van diezelfde aandelen door die vennootschap niet in Zweden belast kunnen worden. Dat zou verklaren waarom de buitenlandse vennootschappen worden uitgesloten van het voordeel van de uitgestelde belastingheffing.

35. Riksskatteverket meent dat het verschil in behandeling met name steun vindt in de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel en de doeltreffendheid van de fiscale controle te verzekeren en verwijst, evenals de Nederlandse regering, in het bijzonder naar het arrest Bachmann. [7] Een lidstaat zou in beginsel mogen verwachten dat latente inkomsten vroeg of laat belast-

6 — Arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727).

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

baar worden in het land waar zij zijn ontstaan. Het zou hier gaan om de bescherming van zijn belastinggrondslag en de zorg voor een doeltreffende fiscale controle, overwegingen die de beperking van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen.

36. De Nederlandse regering voegt hieraan toe, dat de onderhavige zaak in wezen vergelijkbaar is met die welke aan de orde was in het reeds aangehaalde arrest Bachmann. Beide zaken hebben namelijk betrekking op een tijdelijke „vrijstelling" die door een latere belastingheffing wordt gecompenseerd. In de zaak Bachmann deed de „vrijstelling" zich voor in de vorm van een aftrek van premies, waarmee de latere heffing over de uitkeringen overeenstemde. Wanneer deze heffing niet gewaarborgd was, werd de „vrijstelling" niet toegekend.

37. In de onderhavige zaak komt aan de (tijdelijke) vrijstelling een einde op het moment dat de aandelen van de belastingplichtige in de overnemende vennootschap later vervreemd worden, en de op het moment van de overdracht vrijgestelde meerwaarde belast wordt.

38. Volgens de Nederlandse regering was, in geval van een overdracht aan een in het buitenland gevestigde vennootschap of aan een Zweedse vennootschap waarvan de aandelen in handen zijn van zo'n buitenlandse vennootschap, die latere heffing echter niet gewaarborgd en moest de tijdelijke vrijstelling dus niet worden toegekend. De belastingvordering was slechts verzekerd zolang de overdrager in Zweden bleef wonen en hij daar over zijn wereldwijde inkomen werd belast. Dat zou echter niet meer het geval zijn wanneer hij Zweden zou verlaten. De buitenlandse belastingschuld zou zich namelijk niet uitstrekken tot de voordelen die uit aandelen van een in het buitenland gevestigde vennootschap zijn verkregen.

39. Er is dus een rechtstreeks verband tussen de tijdelijke vrijstelling en de latere belastingheffing. Het gaat om dezelfde belasting, geheven bij dezelfde belastingplichtige, alleen op een later moment. Dit verband zou echter verdwijnen ingeval de belastingplichtige naar het buitenland vertrekt. De samenhang van het stelsel zou dus vereisen dat een lidstaat maatregelen, zoals bijvoorbeeld de litigieuze beperking, kan nemen om dat risico te ondervangen.

40. De Nederlandse regering beroept zich verder op het arrest Safir[8] om te onderstrepen dat het Zweedse belastingstelsel beoogt een fiscale leemte te voorkomen door te verzekeren dat de belasting over de tijdens de periode van fiscale vestiging ontstane meerwaarde van aandelen in alle gevallen wordt geheven.

41. Omdat het verschil in behandeling door de betrokken nationale bepaling gerechtvaardigd kan zijn op grond van de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal, met name artikel 58, leden 1 en 2, voert Riksskatteverket verder

8 — Arrest van 28 april 1998 (C-118/96, Jurispr. blz. I-1897).

nog aan, dat ingevolge de laatste volzin van artikel 43, tweede alinea, EG deze nationale bepaling ook niet kan worden aangemerkt als onrechtmatig uit hoofde van artikel 43 EG.

42. Wat te denken van deze verschillende argumenten?

43. Wat betreft het argument, dat beperkingen van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kunnen worden door de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije kapitaalverkeer, moet worden vastgesteld dat het in strijd is met de rechtspraak van het Hof.

44. Uit deze rechtspraak [9] volgt namelijk, dat in gevallen waarin aan het Hof een vraag is gesteld over de verenigbaarheid van een nationale bepaling zowel met de verdragsbepalingen betreffende het recht van vestiging als met die betreffende het kapitaalverkeer, het Hof van oordeel was, dat wanneer er een schending van het recht van vestiging was vastgesteld, het niet meer nodig was de litigieuze nationale bepalingen te onderzoeken in het licht van de artikelen betreffende het kapitaalverkeer. Hieruit volgt impliciet, maar wel dwingend, dat het Hof de mogelijkheid dat de litigieuze nationale bepalingen verenigbaar waren met het vrije kapitaalverkeer, niet relevant heeft geacht. Die verenigbaarheid had dus de schending van het recht van vestiging niet kunnen rechtvaardigen.

45. Ik stem ook niet in met de argumenten, gebaseerd op de noodzaak om het wegvallen van de belastinggrondslag tegen te gaan of te voorkomen dat er een fiscale leemte ontstaat. Uit vaste rechtspraak volgt namelijk, dat dergelijke overwegingen van economische aard niet kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een beperking van een fundamentele vrijheid van het gemeenschapsrecht, zoals de vrijheid van vestiging.

46. Zo heeft het Hof in verschillende arresten [10] expliciet vastgesteld dat „vermindering van de belastinginkomsten [...] niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel strijdig is met een fundamentele vrijheid". [11]

47. Wat betreft de mogelijkheid om de betrokken discriminaties te rechtvaardigen op grond van de bestrijding van belastingfraude dan wel op grond van misbruik van de door het gemeenschapsrecht verleende vrijheden, dient het volgende te worden opgemerkt.

48. Benadrukt moet worden dat, anders dan de zojuist onderzochte argumenten, de bestrijding van belastingfraude en de noodzaak van een doeltreffende fiscale controle wel degelijk dwingende redenen van algemeen belang zijn, die in beginsel beperkingen van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen.

9 — Zie met name de reeds aangehaalde arresten X en Y, punt 30; Baars, punt 42, en Metallgesellschaft e.a., punt 75.

10 — Arrest Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 59, en in diezelfde zin arrest van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, Jurispr. blz. I-4695, punt 28).

11 — Arrest van 6 juni 2000, Verkooyen (C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 59).

49. Uit vaste rechtspraak [12] blijkt echter dat de litigieuze bepaling alleen gerechtvaardigd kan worden, wanneer zij niet alleen geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken, doch ook de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende fundamentele vrijheden niet verder beperkt dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

50. Volgens mij is dit proportionaliteitsvereiste echter in casu niet nageleefd. De litigieuze nationale bepaling, die iedere transactie die voor Zweden een externe component bevat, ongunstig behandelt, komt namelijk, zoals de Commissie overigens opmerkt, erop neer dat er een vermoeden van fraude of misbruik bestaat, zodra bij een transactie een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap is betrokken, of zelfs maar een Zweedse vennootschap die een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon als aandeelhouder heeft.

51. Zo'n situatie is in strijd met 's Hofs vaste rechtspraak, volgens welke de autoriteiten van een lidstaat niet van het bestaan van fraude dan wel misbruik kunnen uitgaan op grond van het enkele feit, dat een marktdeelnemer gebruik maakt van een uit het Verdrag voortvloeiende vrijheid. [13]

52. De door Riksskatteverket geformuleerde opmerkingen aangaande het bestaan van een poging tot fraude, wekken trouwens enige verbazing. Het valt namelijk niet in te zien, hoe het enkele feit dat X en Y gebruik maakten van de prealabele adviesprocedure, zou duiden op een bedoeling zich aan de belasting te onttrekken. Dat is te meer het geval daar zo'n advies juist tot doel heeft dat de belastingplichtige van tevoren de fiscale gevolgen van de door hem voorgenomen handeling kan inschatten.

53. In elk geval is het de taak van de nationale rechter, die deze kwestie in zijn verwijzingsbeschikking echter geenszins aanstipt, om, voorzover nodig, daarover te beslissen.

54. Uit de ter terechtzitting door de Zweedse regering zelf verstrekte uitleg blijkt dat de bepaling beoogt te voorkomen dat Zweden, wanneer degene die de aandelen vervreemdt naar het buitenland vertrekt, de belastingheffing over de meerwaarde misloopt. De bepaling is, gelet op die doelstelling, dus duidelijk onevenredig.

55. Het voordeel van de uitgestelde belastingheffing wordt ook geweigerd wanneer de vervreemder niet verhuist, en zelfs wanneer de overnemende vennootschap Zweeds is. Het voordeel kan dus ook worden geweigerd in een geval waarin zowel de cedent als de cessionaris in Zweden is gebleven en de belastingdienst zich dus zowel tot de een als tot de ander

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 15 mei 1997, Futura Participations en Singer (C-250/95, Jurispr. blz. I-2471, punt 26).

13 — Arresten van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 27), en Metallgesellschaft e.a., reeds aangehaald, punt 57.

kan wenden om de belasting betaald te krijgen. Het valt immers niet in te zien, hoe het feit dat de overnemende Zweedse vennootschap een of meer in een andere lidstaat gevestigde aandeelhouders heeft, de Zweedse autoriteiten kan beletten om die vennootschap als belastingplichtige voor de betrokken belasting te beschouwen.

56. De onevenredigheid blijkt dus duidelijk in een geval als het onderhavige, waarin zowel de cedent als de cessionaris in Zweden woont, maar zij is er volgens mij ook wanneer de overnemende vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd.

57. Dat geval stemt weliswaar niet overeen met de feiten van het hoofdgeding, doch het valt ook onder de nationale bepaling waarover een vraag wordt gesteld door de verwijzende rechter, wiens taak het is zowel over de noodzaak als over de relevantie van de gestelde vraag te oordelen.

58. Dienaangaande heb ik het volgende op te merken.

59. Benadrukt moet worden, dat zelfs in het geval dat de overnemende vennootschap in een andere lidstaat is gevestigd, het door de Zweedse regering aangevoerde probleem van de belastinginning zich slechts voordoet wanneer de overdrager uit Zweden vertrekt. Een met het evenredigheidsbeginsel in overeenstemming zijnde bepaling zou alleen betrekking moeten hebben op de personen die het nationaal grondgebied daadwerkelijk verlaten, bijvoorbeeld, zoals de Commissie uiteenzet, door een systeem van waarborgsommen waardoor verzekerd wordt dat de belasting niet wordt ontdoken.

60. Zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA terecht opmerkt, maakt het voor de betrokken Zweedse wettelijke regeling verder geen verschil, in hoeverre de overnemende vennootschap in haar staat van vestiging fiscaal wordt belast, en evenmin of de overdrager de enige aandeelhouder, de meerderheids- of de minderheidsaandeelhouder van de buitenlandse overnemende vennootschap is.

61. Het is echter duidelijk, dat de waarschijnlijkheid en zelfs de mogelijkheid van fraude dan wel van een schijnconstructie in beslissende mate van die overwegingen afhangt. Een evenredige bepaling zou daarmee dus rekening moeten houden.

62. Dientengevolge kan de litigieuze bepaling, vanwege haar onevenredig karakter, niet worden beschouwd als gerechtvaardigd door de vereisten van de fiscale controle.

63. Nog te onderzoeken blijft het argument dat gebaseerd is op de noodzaak om de samenhang van het Zweedse belastingstelsel te verzekeren.

64. Dienaangaande deel ik de scepsis van de Commissie voor wat betreft de relevantie van dit begrip in het onderhavige geval. Moeilijk valt namelijk in te zien hoe een bepaling die onderscheid maakt tussen cessionarissen naargelang hun plaats van vestiging of die van hun aandeelhouders, op grond dat men zich tegen het risico van een vertrek van de cedent moet indekken, geacht kan worden noodzakelijk te zijn voor de samenhang van de regeling.

65. Daarom moet worden vastgesteld dat dit begrip in casu eigenlijk lijkt samen te vallen met de door mij hierboven behandelde vereisten van de fiscale controle.

66. Daarbij is er een groot verschil tussen het geval dat aan de orde is in het hoofdgeding en de door het Koninkrijk der Nederlanden en Riksskatteverket aangehaalde zaak Bachmann. In deze laatste zaak was het namelijk waarschijnlijk dat de begunstigde van de verzekeringsuitkering het nationaal grondgebied zou verlaten, waardoor er ook tussen dat gebied en de uitvoering van het verzekeringscontract geen enkele band meer zou bestaan, daar de verzekeringsinstelling in een andere lidstaat was gevestigd. Zoals Riksskatteverket in een ander verband zelf opmerkt, wordt de bij de transactie betrokken economische activiteit in het onderhavige geval daarentegen nog steeds in Zweden uitgeoefend, met welks grondgebied de ingebrachte deelneming, namelijk aandelen in een Zweedse vennootschap, verbonden blijft.

67. Hieruit volgt dat, anders dan in het geval was in de zaak Bachmann, de begunstigde van de cessie nooit helemaal aan de Zweedse belasting ontkomt in gevallen als die waarop de litigieuze nationale bepaling betrekking heeft, daar de overnemende vennootschap, ook al is zij in het buitenland gevestigd, aandelen heeft in een Zweedse vennootschap. Dit geldt te meer, wanneer, zoals in het bij de verwijzende rechter aanhangig gemaakte geding, de overnemende vennootschap Zweeds is.

68. In de zaak Bachmann voorzag een nationale wettelijke bepaling, waaraan door het Hof bijzonder belang is gehecht, bovendien uitdrukkelijk erin dat de door de verzekeringsinstelling uitgekeerde bedragen niet belast zouden worden in geval van niet-aftrekbaarheid van de premies. Een equivalente bepaling, die het voordeel van de uitgestelde betaling van de belasting uitdrukkelijk beperkt tot gevallen waarin vaststaat dat die belasting later zal worden geïnd, ontbreekt in de onderhavige zaak.

69. Ook dient te worden gewezen op de rechtspraak van het Hof, volgens welke de samenhang van het belastingstelsel niet noodzakelijkerwijs in een zuiver nationale context verzekerd behoeft te worden. Er dient namelijk ook rekening gehouden te worden met eventuele verdragen ter voor-

koming van dubbele belastingheffing. [14] Uit de voor het Hof ter terechtzitting naar voren gebrachte informatie blijkt, dat het tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk Zweden gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, dat in werking is getreden op 24 februari 1993, van belang kan zijn in die zin, dat daarbij de belastingheffing over de meerwaarde wordt verdeeld tussen beide verdragsluitende staten. Het is overigens waarschijnlijk dat hetzelfde het geval is bij andere soortgelijke verdragen die tussen het Koninkrijk Zweden en andere landen bestaan.

70. Gelet op de werking van die verdragen, waardoor in beginsel kan worden voorkomen dat ten gevolge van een verhuizing geen staat meer bevoegd is om over de meerwaarde belasting te heffen, is het dientengevolge twijfelachtig dat de litigieuze nationale bepaling kan worden ingeroepen als waarborg voor de samenhang van het belastingstelsel.

71. Hoe dan ook is dat blijkens de rechtspraak alleen het geval, als de betrokken nationale maatregel het proportionaliteitsbeginsel in acht neemt en niet verder gaat dan nodig is om de samenhang van het belastingstelsel te verzekeren. [15] Op grond van de redenen die in verband met de argumentatie aangaande de vereisten van de fiscale controle zijn uiteengezet, ben ik mutatis mutandis van mening dat de betrokken nationale bepaling de vrijheid van vestiging meer beperkt dan gerechtvaardigd is door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven.

72. Derhalve moet ook dit argument ter rechtvaardiging van de betrokken nationale bepaling worden afgewezen.

73. Dientengevolge beperkt deze bepaling ongerechtvaardigd de door het gemeenschapsrecht verleende vrijheid van vestiging.

Het vrije verkeer van kapitaal

74. Gelet op de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof, volgens welke een bepaling die in strijd is met het recht van vestiging niet behoeft te worden onderzocht in het licht van het vrije verkeer van kapitaal, ben ik van mening dat het in casu niet nodig is te antwoorden op de voorgelegde prejudiciële vraag voorzover deze betrekking heeft op de artikelen 56 EG en 58 EG.

75. Alleen ten overvloede zal ik daarom uiteenzetten dat de litigieuze nationale bepaling ook niet geacht kan worden verenigbaar te zijn met het vrije verkeer van kapitaal.

14 — Arresten van 11 augustus 1995, Wielockx (C-80/94, Jurispr. blz. I-2493), en Bachmann, reeds aangehaald, punt 26.

15 — Arrest Bachmann, reeds aangehaald, punt 27.

76. Wij hebben hier ontegenzeggelijk te maken met een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, daar de Zweedse wet een in Zweden gevestigde investeerder kan weerhouden aandelen in te brengen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, daar hem dan het voordeel van de uitgestelde belasting ontgaat, dat hij wel zou verkrijgen in geval van inbreng in een in Zweden gevestigde vennootschap. Verder kan die wettelijke bepaling ook een buitenlandse marktdeelnemer ervan weerhouden in een Zweedse vennootschap te investeren, daar deze vennootschap dan een in een andere lidstaat gevestigde aandeelhouder zou hebben, hetgeen de in Zweden gevestigde investeerders ervan zou kunnen weerhouden daarin kapitaal te brengen.

77. Het gaat daarbij zeker om kapitaalbewegingen in de zin van het gemeenschapsrecht.

78. Riksskatteverket doet tevergeefs een beroep op artikel 58 EG.

79. Er dient namelijk te worden opgemerkt dat ingevolge de aan de slotakte van Maastricht gehechte Verklaring nr. 7 alleen die nationale bepalingen onder artikel 73 D, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 58, lid 1, EG) kunnen vallen, welke eind 1993 bestonden. De litigieuze nationale bepaling dateert echter van nadien.

80. Daarbij bepaalt artikel 58, lid 3, EG in elk geval dat die nationale maatregelen geen middel tot willekeurige discriminatie, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer mogen vormen en dus in overeenstemming dienen te zijn met het proportionaliteitsbeginsel.

81. Om de hierboven uiteengezette redenen blijkt in het onderhavige geval niet te zijn voldaan aan die voorwaarde.

82. Subsidiair dient dus te worden vastgesteld dat de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije kapitaalverkeer in de weg staan aan een wettelijke regeling als die welke in casu aan de orde is.

83. Blijkens het voorgaande moet Regeringsrätten worden geantwoord:

„De artikelen 43 EG tot en met 48 EG verzetten zich, in een situatie als die in de onderhavige zaak, tegen de toepassing van een wettelijke regeling van een lidstaat — zoals de Zweedse regeling op dit gebied —, volgens welke een kapitaalinbreng door

overdracht van aandelen onder de waarde, wanneer het kapitaal wordt ingebracht in een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon waarin de overdrager rechtstreeks of indirect een deelneming bezit, dan wel in een nationale naamloze vennootschap waarin deze rechtspersoon een deelneming bezit, ongunstiger wordt belast dan indien er geen sprake is van buitenlandse eigendom."

IV — Conclusie

84. Op grond van de hierboven uiteengezette redenen wordt het Hof in overweging gegeven voor recht te verklaren:

„De artikelen 43 EG tot en met 48 EG verzetten zich in een situatie als die in de onderhavige zaak tegen de toepassing van een wettelijke regeling van een lidstaat — zoals de Zweedse regeling op dit gebied —, volgens welke een kapitaalinbreng door overdracht van aandelen onder de waarde, wanneer het kapitaal wordt ingebracht in een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon waarin de overdrager rechtstreeks of indirect een deelneming bezit, dan wel in een nationale naamloze vennootschap waarin deze rechtspersoon een deelneming bezit, ongunstiger wordt belast dan indien er geen sprake is van buitenlandse eigendom."