

|

61998C0035

Conclusie van advocaat-generaal La Pergola van 24 juni 1999. - Staatssecretaris van Financiën tegen B.G.M. Verkooijen. - Verzoek om een prejudiciële beslissing: Hoge Raad - Nederland. - Vrij verkeer van kapitaal - Directe belastingheffing van dividend op aandelen - Vrijstelling - Beperking tot dividend op aandelen van op nationaal grondgebied gevestigde vennootschappen. - Zaak C-35/98.

Jurisprudentie 2000 bladzijde I-04071

Conclusie van de advocaat generaal

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 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?"

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." 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 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 voorzag 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". Artikel 1, lid 1, van de Wet op de dividendbelasting 1965 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 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". 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.

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. Blijkens de stukken werd op dit dividend Belgische bronbelasting 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.

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 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.

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".

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, dat zij uiteindelijk in 1990 heeft ingetrokken. De Commissie gaf als reden voor de intrekking van het voorstel op, dat die bepalingen zowel gezien de algemene opvatting waaruit zij voort kwamen, als gezien de uitvoeringsbepalingen 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.

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

2) Heeft de eventuele belemmering betrekking op het kapitaalverkeer?

11. Met een beroep op het arrest Bachmann 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". Met andere woorden: artikel 67 komt alleen in het spel wanneer overmaking van vermogenswaarden geen betaling in het kader van goederen- of dienstenverkeer vormt. 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 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 arrest Veronica, 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.

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" vermeld, maar de ontvangst van dividenden heeft als noodzakelijke voorwaarde de deelneming in ondernemingen" of de verwerving van effecten", die wel degelijk kapitaalbewegingen in de zin van artikel 67 zijn. 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, of de voorwaarde daarvoor vormt. Het Hof heeft voorts al enige tijd verklaard, dat het begrip beperking van kapitaalbewegingen in ruime zin moet worden opgevat. 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 neergelegde beginsel bevestigt" en het om zo te zeggen constitutionaliseert".

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.

Zoals de Commissie 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 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.

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. 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 die een component van die vrijheid vormt.

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. 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. 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. Deze rechtspraak kan mijns inziens op dezelfde lijn worden gesteld als die inzake het vrije goederenverkeer, 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" is. Soortgelijke rechtspraak van het Hof had betrekking op het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten: 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 belemmering van deze vrijheden, hoe gering ook, verboden."

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. 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. In het arrest Svensson en Gustavsson 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 verstrekke, 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 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.

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.

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 - 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 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. 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". Bovendien moet een nationale maatregel die deze doelstelling tot voorbeeld neemt en waardoor tegelijkertijd het vrije verkeer wordt belemmerd, zonder meer als beschermend worden 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. 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. 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 en ICI bijvoorbeeld onderzocht het Hof en verklaarde het onverenigbaar met het Verdrag niet gelijkelijk toe te passen nationale maatregelen (van fiscale aard in arrest ICI), 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. 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 niet kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling die in beginsel onverenigbaar is met de artikelen 52 en 59 EG-Verdrag, 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. 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.

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, 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. 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. 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 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 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".

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, hebben de in de verwijzingsbeschikking genoemde dividendbelasting en inkomstenbelasting immers economisch gezien gevolgen voor de belastingplichtige zelf (de dividendgerechtigde). Daarentegen hadden in het 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: de leningnemers en de financiële instellingen. 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.

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.

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. In dat verband 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 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, 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.

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 bepalingen 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. 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. 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, dan wel indien zij niet gelijkelijk van toepassing zijn, door dwingende redenen van algemeen belang worden gerechtvaardigd.

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

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, 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 opzichte 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 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", 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. 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".

40. Wat verder de vraag betreft, of er al dan niet sprake is van een beperking als bedoeld 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 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 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. 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. 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: elke belemmering van dit keuzerecht dient derhalve onverenigbaar met artikel 52 te worden verklaard.

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), 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. 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).

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

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. In ons geval is het derhalve noodzakelijk (of althans wenselijk) om niet voorbij te gaan aan bepalingen van een bilaterale overeenkomst als die tussen België en Nederland, die het Hof reeds aan een nader onderzoek heeft kunnen onderwerpen en die clausules bevat die specifiek en rechtstreeks betrekking hebben op de onderhavige zaak.

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. 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) 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 juist achtte. 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) uit het door de OESO 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 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. 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 overschrijden. Bovendien verplicht Nederland zich bij artikel 24 van de overeenkomst 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. 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 juist 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 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 niet-toepassing 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. 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.

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 gezien 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." 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. 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 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.

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, 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. 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 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."