

61998C0251

Conclusie van advocaat-generaal Alber van 14 oktober 1999. - C. Baars tegen Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem. - Verzoek om een prejudiciële beslissing: Gerechtshof 's-Gravenhage - Nederland. - Vrijheid van vestiging - Vermogen belegd in aandelen van in lidstaat van heffing gevestigde vennootschappen - Vrijstelling van vermogensbelasting - Vermogen belegd in aandelen van in andere lidstaat gevestigde vennootschappen - Geen vrijstelling. - Zaak C-251/98.

Jurisprudentie 2000 bladzijde I-02787

Conclusie van de advocaat generaal

A - Inleiding

1. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage verzoekt het Hof om uitlegging van de artikelen 6 en 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 12 EG en 43 EG) en van de artikelen 73 B en 73 D EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 56 EG en 58 EG), in verband met een bepaling in de Nederlandse wetgeving inzake de vermogensbelasting op grond waarvan een aanmerkelijk belang in een vennootschap tot op zekere hoogte van vermogensbelasting is vrijgesteld indien de vennootschap in Nederland is gevestigd.

2. Verzoeker in het hoofdgeding (hierna: verzoeker") heeft de Nederlandse nationaliteit en woont in Nederland. Hij is de enige aandeelhouder van de in Dublin (Ierland) gevestigde vennootschap Ballyard Foods Limited (hierna: Ballyard") die zich in Ierland bezighoudt met de productie van kaas. Omdat verzoeker de enige aandeelhouder is, wenste hij in het kader van zijn belastingaanslag in Nederland aanspraak te maken op een ondernemingsvrijstelling.

3. Voor de vermogensbelasting over 1994 deed verzoeker aangifte van een vermogen op 1 januari 1994 van 2 650 600 NLG. De waarde van zijn belang in Ballyard bedroeg op 1 januari 1994 749 800 NLG. Verzoeker verzocht met betrekking tot zijn aandelen in Ballyard op zijn in Nederland te belasten vermogen een ondernemingsvrijstelling van 442 400 NLG in mindering te brengen, conform de in punt 4 infra beschreven berekeningswijze. Daarbij beriep hij zich op artikel 7, leden 2 en 3, van de Nederlandse Wet op de vermogensbelasting 1964.

4. Artikel 7, lid 2, van de Wet op de vermogensbelasting bepaalt, dat ten aanzien van belastingplichtigen voor wiens rekening een of meer ondernemingen worden gedreven, van het in die onderneming(en) belegde vermogen bij de vaststelling van het belastbare vermogen buiten aanmerking blijft:

a) indien dat vermogen niet meer beloopt dan 135 000 NLG: 100 %;

b) indien dat vermogen meer beloopt dan 135 000 NLG: 135 000 NLG, vermeerderd met 50 % van het vermogen dat dit bedrag te boven gaat, met dien verstande dat niet meer dan 1 541 000 NLG buiten beschouwing wordt gelaten.

5. Artikel 7, lid 3, van de Wet op de vermogensbelasting bepaalt, dat voor zover het vermogen belegd in een of meer ondernemingen als bedoeld in het tweede lid, minder beloopt dan 2 947 000 NLG dan wel ingeval geen onderneming voor rekening van de belastingplichtige wordt gedreven, het tweede lid overeenkomstige toepassing vindt en daartoe als in een onderneming belegd vermogen wordt aangemerkt het vermogen dat betrekking heeft op (sub c) aandelen die voor de belastingplichtige behoren tot een aanmerkelijk belang in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in een in Nederland gevestigde vennootschap, niet zijnde een beleggingsinstelling in de zin van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting.

6. De Nederlandse belastingdienst weigerde de ondernemingsvrijstelling te verlenen en legde een aanslag op naar een vermogen van 2 650 000 NLG. Tegen dit besluit tekende verzoeker eerst bezwaar en vervolgens beroep aan.

7. De Nederlandse regering geeft als toelichting, dat de betwiste regeling is ingevoerd ter bescherming van het vermogen van kleine vennootschappen waarvan de aandelen in wezen door één natuurlijke persoon worden gehouden. Een dergelijke situatie zou namelijk tot dubbele belastingheffing leiden, en wel op grond van de wetgeving inzake de vennootschapsbelasting en uit hoofde van de door de directeur/eigenaar verschuldigde vermogensbelasting. Aangezien het kapitaal van de vennootschap in dergelijke gevallen tevens het vermogen van de eigenaar vormt en het niet mogelijk is beide vermogens te scheiden, moet de ondernemingsvrijstelling voorkomen dat hetzelfde vermogen tweemaal wordt belast. Ten aanzien van in het buitenland gevestigde vennootschappen bestaat vanuit deze optiek geen grond voor de ondernemingsvrijstelling, omdat die vennootschappen in Nederland alleen onder de vermogensbelasting van de eigenaar, en niet tevens onder de vennootschapsbelasting vallen. Er zou dus a priori geen sprake kunnen zijn van dubbele belastingheffing door de Nederlandse fiscus.

8. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage stelt het Hof de navolgende prejudiciële vragen:

1) Dienen de artikelen 6 en/of 52 van het EG-verdrag aldus te worden uitgelegd, dat een beperking voortvloeiend uit een bepaling in de wetgeving op de vermogensbelasting van een lidstaat die in aandelen in een onderneming belegd vermogen - indien die aandelen behoren tot een aanmerkelijk belang - vrijstelt van vermogensbelasting bij de aandeelhouder, maar die vrijstelling beperkt tot aandelen van in die lidstaat gevestigde vennootschappen, met die artikelen onverenigbaar is?

2) Indien vraag 1 ontkennend moet worden beantwoord, dienen de artikelen 73 B en 73 D van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd, dat een beperkende bepaling als in vraag 1 bedoeld, daarmee onverenigbaar is?"

9. In deze procedure hebben de Nederlandse regering en de Commissie opmerkingen ingediend. Daarop zal later in de beoordeling nader worden ingaan.

B - Standpuntbepaling

I De concurrerende toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal

10. Tussen de twee vragen van de verwijzende rechter lijkt een voorwaardelijk verband te bestaan. De eerste vraag betreft de verenigbaarheid van de nationale regeling met de communautaire voorschriften inzake de vrijheid van vestiging, waarna, afhankelijk van de beantwoording van de eerste vraag, de tweede vraag wordt gesteld. Mocht de nationale regeling

verenigbaar met de voorschriften inzake de vrijheid van vestiging worden geacht, dan wenst de verwijzende rechter te vernemen, of zij ook verenigbaar is met de voorschriften inzake het vrije kapitaalverkeer.

11. De Nederlandse regering en de Commissie nemen in hun opmerkingen ten aanzien van de toepasselijke gemeenschapsrechtelijke bepalingen een verschillend standpunt in.

De Nederlandse regering acht artikel 52 EG-Verdrag, waarin de vrijheid van vestiging is geregeld, in casu niet van toepassing. Het bezit van aandelen in een onderneming valt haars inziens alleen onder de voorschriften inzake het kapitaalverkeer. Dit zou tevens blijken uit artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag, waarin uitdrukkelijk een voorbehoud wordt gemaakt ten aanzien van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer.

De Commissie is daarentegen van mening, dat een aanmerkelijk belang in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap primair onder de vrijheid van vestiging valt in de zin van artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag. Het voorbehoud ten aanzien van de bepalingen betreffende het kapitaalverkeer, dat ook in artikel 61, tweede alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 51, tweede alinea, EG) in het hoofdstuk inzake het vrij verrichten van diensten voorkomt, had enkel betrekking op de overgangstijd tot aan de volledige totstandbrenging van het vrije verkeer van kapitaal en heeft derhalve inmiddels geen betekenis meer.

Beoordeling

12. De vrijheid van vestiging omvat volgens artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag de oprichting en het beheer van ondernemingen, in het bijzonder van vennootschappen in de zin van artikel 58 EG-Verdrag (thans artikel 48 EG). Deze activiteiten kunnen daarom als zodanig niet reeds van de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging uitgesloten worden geacht en enkel onder de bepalingen inzake het kapitaalverkeer vallen.

13. Tussen de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het hoofdstuk inzake het kapitaalverkeer bestaat een nauwe samenhang. Dat blijkt reeds uit het wederkerige voorbehoud in artikel 73 D, lid 2, en artikel 52, tweede alinea, EG. Dit betekent evenwel niet, dat een gedraging slechts uit hoofde van één van beide fundamentele vrijheden kan worden beschermd. Indien enig verband met het kapitaalverkeer reeds de toepassing van het hoofdstuk inzake de vrijheid van vestiging zou uitsluiten, zou deze fundamentele vrijheid haar praktische betekenis verliezen, aangezien de vestiging in een andere lidstaat in de regel gepaard gaat met de overmaking van kapitaal.

14. De bepalingen inzake de fundamentele vrijheden regelen de vrijheid van een gedraging vanuit een bepaalde economische invalshoek. Eén enkele gedraging kan echter vanuit verschillende invalshoeken bescherming verdienen en daarom tegelijkertijd onder meer dan één fundamentele vrijheid vallen.

15. Het Hof is in zijn rechtspraak tot dusver uitgegaan van parallelle toepasbaarheid van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer enerzijds en de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging anderzijds. Aan deze rechtspraak ligt de premisse ten grondslag, dat de bepalingen inzake het kapitaalverkeer de parallelle toepassing van andere fundamentele vrijheden enkel uitsluiten in situaties waarin sprake is van maatregelen die specifiek de kapitaalstromen reguleren. Worden de kapitaalstromen evenwel indirect geraakt doordat de verrichting van een economische activiteit in een andere lidstaat wordt bemoeilijkt, dan is in elk geval ook de voor de desbetreffende activiteit geldende fundamentele vrijheid van toepassing.

16. In de zaak *Bachmann* heeft het Hof uitgemaakt, dat beperkingen die indirect uit de beperking van andere fundamentele vrijheden voortvloeien, niet onder de bepalingen inzake het kapitaalverkeer vallen.

17. In zijn arrest in de zaak *Svensson en Gustavsson* achtte het Hof een bepaling die de kredietverlening door bepaalde banken verbiedt zowel in strijd met artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) als met artikel 67 EG-Verdrag (ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam).

18. In het arrest van 9 juli 1997 in de zaak *Parodi* werd een parallelle toepasbaarheid van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en het kapitaalverkeer aangenomen. Het Hof legde de betrokken verdragsbepalingen aldus uit, dat in geval van beperking van het met het vrij verrichten van diensten verband houdende kapitaalverkeer het hoofdstuk inzake de diensten slechts *dán* niet van toepassing is, indien het om een beperking van het vrij verkeer van het desbetreffende kapitaal gaat, die verenigbaar is met het gemeenschapsrecht".

19. In zijn conclusie van 23 september 1997 in de zaak *Safir* gaf advocaat-generaal Tesauro in overweging, de grens tussen het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van dienstverrichting te trekken aan hand van het criterium, of een nationale maatregel rechtstreeks de overmaking van kapitaal onmogelijk maakt of bemoeilijkt; in die zaak beschouwde hij de vrijheid van kapitaalverkeer als een bijzondere regeling ten opzichte van de vrijheid van dienstverlening.

20. Advocaat-generaal Mischo heeft in zijn conclusie van 14 mei 1998 in de zaak *Ambry* voor een soortgelijk afbakeningscriterium gekozen. Hij achtte de bepalingen inzake het kapitaalverkeer niet van toepassing op een regeling die voorschreef dat bepaalde garanties alleen bij kredietinstellingen in eigen land konden worden verkregen, omdat geen belemmering van het geldverkeer tussen de lidstaten in het leven werd geroepen. Ook het Hof heeft in zijn arrest de regeling in strijd met de vrijheid van dienstverrichting verklaard en onbeslist gelaten of een dergelijke regeling tevens in strijd is met artikel 73 B van het Verdrag".

21. In het arrest van 1 juni 1999 in de zaak *Konle*, waarin het ging om een Oostenrijkse bepaling die de verkrijging van grond door buitenlanders bemoeilijkt, achtte het Hof zowel de vrijheid van vestiging als de bepalingen inzake het kapitaalverkeer van toepassing. Het heeft de bepaling ten slotte echter als strijdig met artikel 73 B EG-Verdrag aangemerkt en is daarom niet op de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging ingegaan. Advocaat-generaal La Pergola meende daarentegen, dat sprake was van strijdigheid met de vrijheid van vestiging en vond het daarom niet nodig een standpunt in te nemen ter zake van het kapitaalverkeer. Zowel in het arrest als in de conclusie wordt evenwel van een parallelle toepasbaarheid van beide fundamentele vrijheden uitgegaan.

22. Dat de bepalingen inzake het kapitaalverkeer de toepassing van andere fundamentele vrijheden in principe zouden uitsluiten - zoals de Nederlandse regering in casu lijkt te veronderstellen - valt niet te rijmen met de zojuist geschetste rechtspraak. In de zaken *Svensson en Gustavsson*, *Parodi*, *Ambry* en *Konle* achtte het Hof immers de parallelle toepassing van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer en andere fundamentele vrijheden mogelijk. Bovendien ging het in de zaak *Konle* juist om de in casu van belang zijnde verhouding tussen het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.

23. Voor deze rechtspraak pleiten overtuigende argumenten. In de Verdragen van Rome hadden aanvankelijk alleen het vrij verkeer van goederen, het vrij verkeer van werknemers en de vrijheid van dienstverrichting volledig gestalte gekregen. De vrijheid van kapitaalverkeer daarentegen moest aanvankelijk via het secundaire recht tot stand worden gebracht en is pas bij het Verdrag van Maastricht als volwaardige fundamentele vrijheid in het EG-Verdrag opgenomen. Zou men net als de Nederlandse regering een ruime interpretatie van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer

voorstaan, die zou doorwerken tot op aanvankelijk door andere fundamentele vrijheden beschermde gebieden en deze zou verdringen, dan zou de invoering van het vrije kapitaalverkeer een beperking van de andere fundamentele vrijheden tot gevolg hebben, daar het voorbehoud ter zake van de beperking van het kapitaalverkeer tevens op de andere fundamentele vrijheden transposeerbaar zou moeten worden geacht. Doch een dergelijke beperking van de reeds bestaande en rechtstreeks toepasselijke fundamentele vrijheden als gevolg van de invoering van een vrij kapitaalverkeer als fundamentele vrijheid kan stellig niet de bedoeling zijn. Het dient veeleer zo te zijn, dat aan de reeds bestaande fundamentele vrijheden nog een vrijheid wordt toegevoegd en dat de kring van beschermde grensoverschrijdende economische activiteiten wordt verruimd.

24. Aan de andere kant lijken de artikelen 73 D, lid 2, en 52, tweede alinea, EG-Verdrag ervoor te pleiten, de parallelle toepasbaarheid in bepaalde gevallen te beperken. Artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag kan slechts aldus worden gelezen, dat een beperking van het kapitaalverkeer niet reeds als zodanig in strijd is met de vrijheid van vestiging. Een nationale maatregel die rechtstreeks slechts betrekking heeft op de overmaking van kapitaal en niet op de vestiging in een andere staat, valt zelfs niet onder de vrijheid van vestiging, wanneer het bemoeilijken van het overmaken van kapitaal indirect een belemmering voor de vestiging in een andere staat oplevert. Artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag maakt door middel van een verwijzing duidelijk, dat de overmaking van kapitaal niet reeds onder de vrijheid van vestiging valt, omdat zij voor een vestiging van belang is.

25. Omgekeerd blijkt uit artikel 73 D, lid 2, dat een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van vestiging in het licht van die fundamentele vrijheid moet worden beoordeeld, zodat niet subsidiair de bepalingen inzake het kapitaalverkeer toepassing kunnen vinden. Deze beperking geldt enkel voor het recht van vestiging. Ten aanzien van de concurrerende toepasbaarheid van de vrijheid van kapitaalverkeer en andere fundamentele vrijheden bevat artikel 73 D, lid 2, echter geen beperking. Dit verklaart de toepassing van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer in de zaken *Svensson en Gustavsson en Ambry*, waarin sprake was van een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van dienstverrichting.

26. De bovenstaande overwegingen inzake het concurreren van de vrijheid van kapitaalverkeer met de vrijheid van vestiging kunnen als volgt worden samengevat:

1. Is er sprake van een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van kapitaalverkeer die slechts indirect tot een belemmering van het recht van vestiging leidt, dan zijn daarop alleen de bepalingen inzake het kapitaalverkeer van toepassing.

2. Is er sprake van een rechtstreekse aantasting van de vrijheid van vestiging die wegens de belemmering van het recht van vestiging indirect tot een vermindering van de kapitaalstromen tussen de lidstaten leidt, dan zijn daarop alleen de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing.

27. Nu moeten nog de situaties worden geclassificeerd waarin een nationale maatregel niet alleen rechtstreeks de kapitaalstromen belemmert, maar ook rechtstreeks de vrijheid van vestiging betreft. Van een dergelijke situatie was sprake in de zaak *Konle*, waarin het ging om de verkrijging van grond in een andere lidstaat om aldaar te gaan wonen.

28. De verkrijging van bouwgrond is een noodzakelijk complement van de vestiging en daarmee een vorm van uitoefening van deze fundamentele vrijheid. Deze uitoefening nu werd door de Oostenrijkse regeling verboden. Er was dus sprake van een rechtstreekse beperking van het recht van vestiging.

29. Daartegenover staat, dat de verkrijging van grond altijd een kapitaalbelegging impliceert en dus bescherming geniet uit hoofde van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer, ongeacht het

doel van de verkrijging. Het Oostenrijkse verbod betrof bijgevolg tevens de uitoefening van een door de bepalingen inzake het kapitaalverkeer gegarandeerd recht en leverde dan ook een rechtstreekse aantasting van deze fundamentele vrijheid op.

30. Het Hof achtte ten slotte terecht zowel de bepalingen inzake de vrijheid van kapitaalverkeer als de vrijheid van vestiging van toepassing. Ten aanzien van het concurreren van beide vrijheden kan dus een derde regel worden geformuleerd:

3. Is er sprake van een rechtstreekse aantasting van zowel de vrijheid van kapitaalverkeer als het recht van vestiging, dan zijn beide fundamentele vrijheden van toepassing en moet de nationale maatregel aan beider vereisten voldoen.

II. De toepasbaarheid van de geformuleerde beginselen op de onderhavige zaak

1. De eerste vraag

31. Met zijn eerste vraag wenst het Gerechtshof te vernemen, of de beperking van de ondernemingsvrijstelling tot in Nederland gevestigde ondernemingen verenigbaar is met de artikelen 6 en 52 EG-Verdrag.

a) De werkingssfeer van de vrijheid van vestiging

32. Bij de thans in geding zijnde regeling gaat het enkel om een aanmerkelijk belang in een buitenlandse onderneming. Waarom alleen een aanmerkelijk belang in aanmerking wordt genomen, wordt duidelijk wanneer men de regeling in de nationale context beziet. Primair komt de vrijstelling de eigenaar van een onderneming ten goede. Een aandeelhouder wordt als zodanig pas gelijkgesteld met de eigenaar van een onderneming wanneer hij een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap die de onderneming drijft, dat hem tevens een zekere invloed op de ondernemingsbesluiten verzekert. Gelet op de ratio en het doel gaat het bij deze regeling dus niet in het algemeen om het beleggen van kapitaal met het oog op rendement, doch specifiek om de ondernemersactiviteit als zodanig. De weigering het fiscale voordeel toe te kennen is rechtstreeks van invloed op het recht om in een andere staat een onderneming in de vorm van een vennootschap op aandelen op te richten. Derhalve is overeenkomstig de hierboven voorgestelde afbakeningsregels in casu in ieder geval de vrijheid van vestiging van toepassing.

33. De grens tussen de loutere belegging van kapitaal in de vorm van aandelen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap en de vestiging in die lidstaat zou men daar kunnen trekken, waar de aandeelhouder niet langer streeft naar winst uit de inbreng van kapitaal ter ondersteuning van een door anderen bepaalde ondernemersactiviteit, doch zelf als ondernemer actief wordt. Een dergelijke ondernemersactiviteit veronderstelt dat de aandeelhouder, afgezien van zijn stemrecht, in zoverre aan de vennootschap deelneemt, dat hij een wezenlijke invloed heeft op haar ondernemingsbesluiten. Een en ander moet worden beoordeeld aan de hand van het vennootschapsrecht van de staat waarin de onderneming is gevestigd.

34. In dit geval levert de afbakening geen problemen op. Aangezien het in casu de eigendom van alle aandelen betreft, is onmiskenbaar sprake van vestiging. De eigenaar van alle aandelen in een vennootschap kan over haar activiteiten beslissen zonder rekening te hoeven houden met medegerechtigden. Het enige verschil ten opzichte van een eigenaar van een eenmanszaak is de gekozen rechtsvorm; voor het overige kan hij de ondernemersactiviteiten van de vennootschap leiden gelijk de eigenaar van een eenmanszaak.

b) Beperking van de vrijheid van vestiging

35. De vrijheid van vestiging omvat mede beroepsactiviteiten anders dan in loondienst in een andere lidstaat. Hiertoe behoort in het bijzonder het recht aldaar een onderneming op te richten en

te beheren. Daarbij is niet relevant, of de onderneming een eenmanszaak of een vennootschap is, zoals blijkt uit artikel 52, tweede alinea, EG-Verdrag.

36. De vrijheid van vestiging biedt volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen bescherming tegen beperkingen van de zijde van de beoogde lidstaat van vestiging, maar ook tegen restricties vanuit de lidstaat van herkomst.

37. De vermogensbelasting is in de Gemeenschap weliswaar niet geharmoniseerd, zodat de lidstaten op dit punt nog altijd de uitsluitende bevoegdheid toekomt. De lidstaten behoren deze bevoegdheid echter zo uit te oefenen, dat zij niet in strijd met het gemeenschapsrecht handelen. Zij mogen in het bijzonder geen belastingen heffen die de uitoefening van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden belemmeren.

38. De weigering om een aandeelhouder die een aanmerkelijk belang in een in een andere lidstaat dan Nederland gevestigde onderneming bezit, bij zijn aangifte voor de vermogensbelasting de ondernemingsvrijstelling toe te kennen, kan het ontplooiën van ondernemingsactiviteiten in andere lidstaten minder aantrekkelijk maken en daardoor belemmeren. Dit levert een objectieve ongelijke behandeling van de ondernemer of aandeelhouder op, naargelang in welke lidstaat de onderneming is gevestigd.

c) Rechtvaardiging

39. Gelet op het discriminatoire karakter van de beschreven regeling, kan deze alleen op grond van de artikelen 55 en 56 EG-Verdrag (thans artikel 45 EG en, na wijziging, artikel 46 EG) of op grond van dwingende vereisten worden gerechtvaardigd. De toelichting van de Nederlandse regering, dat met de vrijstelling in het kader van de vermogensbelasting wordt beoogd te voorkomen dat dezelfde vermogensbestanddelen tweemaal door de Nederlandse fiscus zouden worden belast - in de vorm van vennootschapsbelasting en via de vermogensbelasting - kan deze ongelijke behandeling niet rechtvaardigen. De weigering de ondernemingsvrijstelling toe te kennen voor in het buitenland gevestigde vennootschappen hangt immers niet af van de vraag, of de betrokken staat van vestiging vennootschapsbelasting kent. De Nederlandse regeling maakt de dubbele belastingheffing dus op discriminatoire wijze alleen ongedaan ten aanzien van het kapitaal van binnenlandse vennootschappen. Wil men de vermogensbelasting op een aanmerkelijk belang in een vennootschap verminderen omdat de vennootschap reeds belasting verschuldigd is, dan mag dit niet afhangen van de vraag, of de vennootschapsbelasting in Nederland dan wel in een andere staat wordt geheven.

40. Er is een niet-discriminerende regeling tot vermijding van dubbele belasting denkbaar, en wel door de ondernemingsvrijstelling aldus te regelen, dat de toekenning ervan wel afhangt van een in de staat van vestiging door de vennootschap verschuldigde belasting, doch niet van de vraag in welke lidstaat deze belasting wordt betaald. Aangezien het doel van de wetgever dus door middel van een niet-discriminerende regeling kon worden bereikt, kan de in geding zijnde regeling niet worden gerechtvaardigd.

41. De omstandigheid dat de door de vennootschap verschuldigde belasting niet aan de Nederlandse fiscus ten goede komt, kan deze Nederlandse regeling in haar huidige vorm evenmin rechtvaardigen, aangezien een eventuele vermindering van de belastinginkomsten niet tot de in artikel 56 EG-Verdrag genoemde gronden behoort en ook niet als een dwingende reden van algemeen belang kan worden aangemerkt.

d) Het algemene discriminatieverbod

42. Met betrekking tot het in de eerste vraag bedoelde in artikel 6 EG-Verdrag neergelegde algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit wijst de Commissie terecht op het uitdrukkelijk subsidiaire karakter daarvan ten opzichte van de bijzondere bepalingen van het

Verdrag. Het algemene discriminatieverbod is volgens vaste rechtspraak van het Hof slechts van toepassing in gevallen waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet. Voor toepassing van het algemene discriminatieverbod is in casu derhalve geen plaats.

43. Het Hof dient de eerste vraag derhalve aldus te beantwoorden:

Artikel 52 EG-Verdrag verzet zich tegen een bepaling in de wetgeving op de vermogensbelasting van een lidstaat die de verlening van een vrijstelling voor een aanmerkelijk belang in een vennootschap beperkt tot aandelen van in die lidstaat gevestigde vennootschappen.

2. De tweede vraag

44. Het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag stelt de verwijzende rechter reeds in staat de zaak af te doen. Gelet op bovenstaand standpunt kan de tweede vraag onbeantwoord blijven, aangezien deze enkel wordt gesteld voor het geval de eerste vraag ontkennend mocht worden beantwoord. Voor het geval het Hof dit standpunt niet overneemt en toch uitsluitend de bepalingen inzake het kapitaalverkeer relevant acht, wordt subsidiair de tweede vraag behandeld.

a) De werkingssfeer van de bepalingen inzake het kapitaalverkeer

45. De Nederlandse regering acht in dit geval alleen de bepalingen inzake het kapitaalverkeer van toepassing, doch stelt zich op het standpunt, dat de ondernemingsvrijstelling de kapitaalstromen niet belemmert. Investerings van ingezetenen van Nederland in buitenlandse vennootschappen worden niet belemmerd en niet als zodanig aan een bijzondere heffing onderworpen.

46. De Commissie is van mening, dat de litigieuze regeling in strijd is met de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en heeft daarom slechts subsidiair een standpunt bepaald ten aanzien van de tweede vraag.

Ter terechtzitting heeft de Commissie de uitleggingscriteria uiteengezet die vanuit haar optiek toepassing zouden moeten vinden. In de eerste plaats wordt met het Verdrag van Maastricht gestreefd naar vooruitgang op het gebied van het vrije kapitaalverkeer. Aanvaarding van het Nederlandse standpunt betekent echter een achteruitgang. In de tweede plaats dient men tot een samenhangende uitlegging te komen van de afzonderlijke hoofdstukken van het Verdrag. Aldus dient tussen de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging een onderlinge samenhang tot stand te worden gebracht. Wanneer een bepaling onverenigbaar met de vrijheid van vestiging wordt geacht, kan zij in de regel ook niet verenigbaar zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer. Aangezien het in casu, strikt genomen, niet gaat om de verenigbaarheid van een nationale fiscale bepaling met de vrijheid van kapitaalverkeer in enge zin, is de vraagstelling dezelfde als ten aanzien van de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging.

Het betoog van de Nederlandse regering ter rechtvaardiging van het omstreden fiscale voordeel had uitsluitend betrekking op de situatie in Nederland en ging volledig voorbij aan de omstandigheid, dat van vennootschappen in het buitenland ook belasting wordt geheven. Artikel 73 D, lid 1, sub a, staat de lidstaten weliswaar toe, twee soorten fiscale bepalingen vast te stellen, doch enkel voor zover daarbij tevens in aanmerking wordt genomen, dat de situaties niet dezelfde zijn. Wanneer de specifieke omstandigheden worden miskend, is sprake van willekeurige discriminatie.

Beoordeling

47. De in geding zijnde ondernemingsvrijstelling kan indirect effect hebben op de kapitaalstromen tussen de lidstaten, voor zover zij uitsluitend voor in Nederland opererende ondernemers geldt en daarmee investeringen in een buiten Nederland gevestigde onderneming minder aantrekkelijk maakt dan investeringen in een binnenlandse onderneming. Het kapitaalverkeer wordt echter niet

rechtstreeks geraakt, aangezien dat als zodanig niet wordt belemmerd. Niet de overmaking van kapitaal naar een andere staat wordt minder aantrekkelijk, maar het gebruik ervan.

48. Zoals gezegd, kan een nationale maatregel onder verschillende fundamentele vrijheden vallen. Dat de vrijheid van vestiging op het onderhavige geval van toepassing is, staat er dus niet aan in de weg, dat tegelijkertijd de bepalingen inzake het kapitaalverkeer toepassing vinden.

49. De verkrijging van aandelen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap valt onder de artikelen 73 A en volgende EG-Verdrag. Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie was richtlijn 88/361 van toepassing. De via het secundaire recht tot stand gebrachte vrijheid van kapitaalverkeer is bij het Unieverdrag in het EG-Verdrag opgenomen. Dit vroegere secundaire recht kan dus nog altijd als maatstaf dienen bij de afbakening van de werkingssfeer van deze fundamentele vrijheid.

50. Anders dan bij de vrijheid van vestiging, is hierbij niet van belang hoeveel aandelen worden verkregen. De bepalingen inzake het kapitaalverkeer beschermen ook de verkrijging of het bezit van álle aandelen in een vennootschap, anders zou de bescherming van de investeerder immers aan kracht inboeten naarmate hij meer aandelen bezit. Is het belang in een vennootschap echter zo groot, dat de investeerder een beslissende invloed op de ondernemingsbesluiten kan uitoefenen, dan gaat de vrijheid van vestiging een rol spelen naast de vrijheid van kapitaalverkeer. Een dergelijke investering voldoet dan immers tevens aan de vereisten van artikel 52, tweede alinea, en geniet dus in twee verschillende opzichten bescherming uit hoofde van het EG-Verdrag.

b) De onverenigbaarheid met de bepalingen inzake het kapitaalverkeer

51. De Nederlandse regering is van mening, dat voor zover de in geding zijnde regeling al een beperking van het kapitaalverkeer mocht opleveren, deze niettemin gerechtvaardigd is op grond van artikel 73 D, lid 1, sub a, en de Verklaring ad artikel 73 D EG-Verdrag, zoals gehecht aan de slotakte van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Daarnaast is geen sprake van discriminatie tussen ingezetenen van Nederland en ingezetenen van andere lidstaten.

52. De Commissie betoogt daarentegen, dat er sprake is van een discriminerende behandeling van investeerders die in vennootschappen in andere lidstaten investeren, aangezien zij uiteindelijk zwaarder worden belast dan investeerders die in een in Nederland gevestigde vennootschap investeren en aanspraak hebben op de omstreden ondernemingsvrijstelling. Deze omstandigheid maakt investeren in het buitenland minder aantrekkelijk dan in eigen land en is in strijd met artikel 1 van richtlijn 88/361 (in casu artikel 73 B EG-Verdrag).

53. De regeling inzake de ondernemingsvrijstelling maakt weliswaar geen onderscheid op grond van de nationaliteit of de woonplaats van de gerechtigden, zoals de Nederlandse regering terecht aanvoert, maar wel op grond van de plaats waar het kapitaal wordt geïnvesteerd. Personen die aan de Nederlandse vermogensbelasting zijn onderworpen en een aanmerkelijk belang in een vennootschap hebben, worden verschillend behandeld. De verlening van de ondernemingsvrijstelling hangt af van de vraag, of de onderneming waarin de betrokkene investeert, in Nederland is gevestigd. De investeerder die in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap investeert, wordt uiteindelijk zwaarder belast dan degene die in een Nederlandse vennootschap investeert.

54. Artikel 67, lid 1, EG-Verdrag verbodt uitdrukkelijk ook discriminatie op grond van de vestigingsplaats. De intrekking van de artikelen 67 tot en met 73 EG-Verdrag bij het Verdrag van Amsterdam moet evenwel niet als een beperking van de werkingssfeer van de vrijheid van kapitaalverkeer worden opgevat. Integendeel, deze bepalingen zijn ingetrokken, omdat zij, gelet op hun inhoud, met de verwezenlijking van het vrije verkeer van kapitaal via het primaire recht in het EG-Verdrag overbodig waren geworden. Zij kunnen echter net als voorheen als maatstaf blijven dienen bij de afbakening van de werkingssfeer van deze fundamentele vrijheid. Bijgevolg

moet worden aangenomen, dat in het kader van het kapitaalverkeer discriminatie op grond van de vestigingsplaats nog altijd verboden is.

55. De Nederlandse regering tracht de beperking van de ondernemingsvrijstelling tot vennootschappen in eigen land te rechtvaardigen door erop te wijzen, dat deze moet vermijden, dat één vermogen tweemaal wordt belast, namelijk via de door de aandeelhouder verschuldigde vermogensbelasting en via de door de vennootschap verschuldigde belasting. Aangezien van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap geen Nederlandse vennootschapsbelasting wordt geheven, is er geen grond voor verlening van de vrijstelling in het kader van de vermogensbelasting.

56. Dit betoog is niet overtuigend. Een discriminerende beperking, zoals in casu, kan volgens vaste rechtspraak van het Hof enkel wordt gerechtvaardigd door uitzonderingen waarin het Verdrag uitdrukkelijk voorziet.

57. Ook indien men - in weerwil van het voorgaande - de regeling niet discriminerend zou achten, zou zij niet op grond van dwingende redenen van algemeen belang kunnen worden gerechtvaardigd. De ondernemingsvrijstelling wordt eigenaars respectievelijk aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen immers zonder meer geweigerd, ongeacht of de vennootschap in de staat van vestiging wordt belast. De dubbele belasting van dezelfde vermogensbestanddelen wordt dus enkel vermeden, wanneer de vennootschap in Nederland is gevestigd. Dit voordeel ten gunste van in eigen land gevestigde vennootschappen levert nu juist een belemmering op voor investeringen in een andere lidstaat.

58. De verwijzing van de Nederlandse regering naar artikel 73 D, lid 1, sub a, EG-Verdrag, kan evenmin slagen. Deze bepaling laat weliswaar een verschillende fiscale behandeling van investeringen toe op grond van de vestigingsplaats, doch volgens artikel 73 D, lid 3, mogen die maatregelen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaal- en betalingsverkeer. Verschillen zijn dan ook slechts gerechtvaardigd, voor zover zij noodzakelijk zijn voor het behoud van de samenhang van het nationale belastingstelsel.

59. Zoals gezegd, is een verschillende behandeling van binnen- en buitenlandse investeringen niet noodzakelijk ter bereiking van het doel, een dubbele belasting van dezelfde vermogensbestanddelen te vermijden. Andere objectieve gronden voor dit onderscheid heeft de Nederlandse regering niet aangevoerd. De weigering de ondernemingsvrijstelling toe te kennen moet daarom als willekeurige discriminatie worden aangemerkt, die niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 73 D, lid 1, sub a.

60. De juridische betekenis en de draagwijdte van de Verklaring betreffende artikel 73 D EG-Verdrag, die aan de slotakte van het Verdrag betreffende de Europese Unie is gehecht, zijn hiertoe ten slotte niet van belang. Deze verklaring luidt:

De Conferentie bevestigt, dat het recht van de lidstaten om de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving, bedoeld in artikel 73 D, lid 1, onder a), van het Verdrag, toe te passen, alleen van toepassing zal zijn voor wat betreft de bepalingen ter zake die eind 1993 gelden. Deze verklaring geldt evenwel slechts voor het kapitaalverkeer en het betalingsverkeer tussen lidstaten."

De regeling was weliswaar eind 1993 reeds van kracht, zoals de Nederlandse regering stelt, doch de verklaring kan in geen geval als rechtvaardigingsgrond dienen voor een regeling die als willekeurige discriminatie" in de zin van artikel 73 D EG-Verdrag moet worden aangemerkt.

61. Subsidiair, bij ontkennende beantwoording van de eerste vraag, moet derhalve op de tweede vraag worden geantwoord:

De artikelen 73 B en 73 D EG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat een fiscale bepaling van een lidstaat als in de eerste vraag bedoeld, daarmee onverenigbaar is.

C - Conclusie

62. Gelet op het voorgaande wordt het Hof in overweging gegeven, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

1) Artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) verzet zich tegen een bepaling in de wetgeving op de vermogensbelasting van een lidstaat die de verlening van een vrijstelling voor een aanmerkelijk belang in een vennootschap beperkt tot aandelen van in die lidstaat gevestigde vennootschappen."

Subsidiair:

2) De artikelen 73 B en 73 D EG-Verdrag (thans de artikelen 56 en 58 EG) moeten aldus worden uitgelegd, dat een fiscale bepaling van een lidstaat als bovenbedoeld sub 1, daarmee onverenigbaar is."