

De samenloop van het kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging: een duidelijke afbakening tussen de vrijheden op het gebied van de fiscale behandeling van dividenden?

184

U. Jaremba* en M. Shahid**

De inhoud van het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU) en het vestigingsrecht (artikel 49 VWEU) kunnen elkaar aanzienlijk overlappen. De kwestie van samenloop van beide vrijheden is tegenwoordig een van de meest relevante aspecten betreffende de regels van de interne markt. Het antwoord op de vraag of er een duidelijke afbakening tussen deze vrijheden bestaat is cruciaal in de context van derdelandensituaties, dat wil zeggen situaties waarin vennootschappen uit derde landen betrokken zijn. In deze bijdrage wordt de kwestie van de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent de samenloop van bovengenoemde vrijheden besproken. We behandelen deze kwestie aan de hand van een analyse van de jurisprudentie van het Hof die betrekking heeft op voornamelijk, maar niet uitsluitend, de kwestie van de fiscale behandeling van dividenden.

maakt het mogelijk dat financiële markten en diensten in Europa geïntegreerd, open en efficiënt zijn en vrij met elkaar kunnen concurreren.³ In de zaak *Casati* concludeerde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof of HvJ) dat de vrijheid van bepaalde kapitaalbewegingen in de praktijk een voorwaarde vormt om de andere door het Verdrag gewaarborgde vrijheden, met name het recht van vestiging, doeltreffend te kunnen uitoefenen.⁴ De vrijheid van vestiging – de tweede vrijheid die centraal staat in deze bijdrage – verbiedt beperkingen van de vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat.⁵ Ook zijn alle beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen in een andere lidstaat verboden.

In het arrest *Skatteverket* concludeerde advocaat-generaal Kokott dat de werkingssferen van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal elkaar in zoverre kunnen overlappen dat de investering van kapitaal ook dienstig kan zijn voor de vestiging in een andere lidstaat, bijvoorbeeld door middel van nevenvestigingen of dochterven-

1. Inleiding

Het vrij verkeer van kapitaal,¹ één van de vier vrijheden van de interne markt, verbiedt beperkingen van het vrije kapitaal- en betalingsverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen.² De vrijheid

* Dr. Urszula Jaremba, LL.M., MA is universitair docent Europees recht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

** Mr. Masuma Shahid LL.M. is wetenschappelijk docent Europees en Internationaal recht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Het vrij verkeer van kapitaal is gebaseerd op artikel 63-66 VWEU (voormalig artikel 56-60 EG-Verdrag). Daarnaast is ook artikel 75 VWEU betreffende bevestiging van tegoeden relevant voor het kapitaalverkeer.

2 Overigens heeft dit verbod rechtstreekse werking. In het *Casati*-arrest oordeelde het Hof van Justitie nog dat artikel 63 van het Verdrag geen rechtstreekse werking had, zie HvJ EG 11 november 1981, 203/80 (*Strafgeding tegen Guerrino Casati*), r.o. 19. In de jaren negentig verklaarde het Hof dat het vrij verkeer van kapitaal wel rechtstreekse werking heeft, zie arrest HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94 (*L.E. Sanz de Lera, R. Díaz Jiménez, F. Kapanoglu*), r.o. 43.

3 Commission staff working document. Capital movements and investments in the EU. Commission services' paper on market monitoring, Brussel, SWD(2012)6 final, p. 1.

4 Zie het arrest *Casati*, r.o. 8.

5 De vrijheid van vestiging is geregeld in artikel 49 VWEU e.v. Ook met betrekking tot deze vrijheid is bepaald dat deze rechtstreekse werking heeft, zie HvJ EG 21 juni 1974, 2/74 (*Reyners*).

nootschappen.⁶ Een groot aantal directe investeringen, zoals de oprichting van nieuwe en uitbreiding van bestaande filialen of ondernemingen of de deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven zijn aangemerkt als kapitaalverkeer.⁷ Tegelijkertijd kunnen deze vormen van kapitaalverkeer aangemerkt worden als vestiging.⁸ Vooral op het gebied van het deelnemen in vennootschappen en directe investeringen kunnen de inhoud van het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging elkaar aanzienlijk overlappen.⁹ Dit probleem is sterk aanwezig op het gebied van directe belastingen, meer specifiek op het gebied van de fiscale behandeling van dividenden.¹⁰

Men kan verschillende situaties bedenken waarin een nationale maatregel tegelijkertijd invloed op het vrij kapitaalverkeer, de vrijheid van vestiging en andere vrijheden heeft.¹¹ Aangezien het vrij verkeer van kapitaal de enige vrijheid is die ook tussen lidstaten en derde landen van toepassing is, is het van belang te weten waar de grenzen van deze vrijheid liggen. In situaties waarbij derde landen betrokken zijn, kan het in de praktijk vaak onduidelijk zijn of een bepaalde partij wel of geen bescherming van het Unierecht geniet. Al naargelang de vrijheid verschilt namelijk ook de mate van bescherming. Soms kunnen partijen een poging wagen om de regels betreffende het vestigingsrecht, dat zich niet tot derde landen uitstrekt, te omzeilen en een beroep te doen op het vrij kapitaalverkeer om alsnog rechtsbescherming onder EU-recht te verkrijgen.¹² Aangezien het VWEU geen regels betreffende de prioriteit van een van de bovengenoemde vrijheden voorschrijft, is het van belang om te weten hoe het Hof in zijn jurisprudentie bepaalt of een nationale regeling in geding aan de Verdragsbepalingen betreffende het

vrije verkeer van kapitaal getoetst moet worden dan wel aan de vrijheid van vestiging. Duidelijkheid omtrent de afbakening van de samenloop van deze twee vrijheden is niet alleen van groot belang voor derdelandensituaties (extracommunautaire situaties), dat wil zeggen situaties waarin vennootschappen uit derde landen betrokken zijn,¹³ maar het is ook noodzakelijk voor het efficiënt functioneren van de interne markt en voor het voeren van een gezond financieel beleid door de lidstaten. Ondanks de voornoemde problemen lijkt de jurisprudentie van het Hof op bepaalde punten niettemin dubbelzinnig te zijn en voorziet het niet altijd in een duidelijke uitleg omtrent eventueel voorrang van bepaalde vrijheden.¹⁴ De (meeste) recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof lijken af te wijken van de interpretatie die het Hof in de jaren ervoor heeft gegeven. Daarnaast is er ook nog het probleem dat Europese jurisprudentie door verschillende nationale rechters anders wordt geïnterpreteerd.¹⁵ Dit leidt vervolgens tot situaties van rechtsonzekerheid waarin belastingbetalers geen helder antwoord hebben op de vraag aan welke vrijheid een nationale maatregel getoetst zou moeten worden.¹⁶ Verschillende auteurs hebben uiteenlopende opvattingen over deze kwestie.¹⁷ Daar komt nog bij dat het vrij verkeer van kapitaal wat minder aandacht lijkt te krijgen van academische onderzoekers en juristen die bij Europeesrechtelijke vraagstukken betrokken zijn omdat deze zich meestal op andere vrijheden van de interne markt, zoals het vrij verkeer van diensten of personen, concentreren. Dit in tegenstelling tot fiscaal juristen die wel aandacht voor deze kwestie hebben, mede door de consequenties hiervan voor de fiscaliteit.¹⁸ Alles bij elkaar genomen is dit voor ons de reden om het onderwerp betreffende de (onduidelijke) afbakening tussen het vrij verkeer van ka-

6 Zie conclusie van A-G J. Kokott in HvJ EG 19 januari 2006, C-265/04 (*Margaretha Bouanich*), punt 71.

7 Zie Bijlage I van Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (*PbEG* 1988, L 178/5).

8 Dit probleem is al eerder door Usher geconstateerd waarbij duidelijk werd dat een aantal aspecten van de definities van de vrijheden elkaar overlappen. Zie J.A. Usher, 'The Evolution of the Free Movement of Capital', *Fordham International Law Journal* 2007, p. 1533-1570. Op p. 1539 heeft Usher het over '(...) a problem which continues to be of relevance is that several of these definitions overlap with other "freedoms": thus "direct investments" includes "establishment and extension of branches or new undertakings belonging solely to the person providing the capital," which clearly also constitutes the exercise of freedom of establishment, and it may be suggested that the operation of current and deposit accounts, and loans, credits and sureties all involve the provision of services, to give a few examples.'

9 Uit artikel 65 lid 2 VWEU volgt dat de bepalingen betreffende het vrij verkeer van kapitaal geen afbreuk doen aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vestiging welke verenigbaar zijn met de Verdragen. Zie in dit verband ook artikel 49 paragraaf 2 VWEU.

10 HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08 (*Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*), r.o. 33.

11 In HvJ EG 30 januari 2007, C-150/04 (*Commissie van de Europese Gemeenschappen/Koninkrijk Denemarken*) stonden de vrije dienstverrichting, het vrij verkeer van werknemers, het vrij verkeer van kapitaal alsmede de vrijheid van vestiging op het spel. Voor het probleem van onduidelijke afbakening tussen het vrij verkeer van diensten en kapitaal, zie J.C.M. van der Beek, 'Onduidelijke afbakening tussen het vrij verkeer van kapitaal en van diensten', *NtER* 2007, p. 29-32.

12 S.J. Reusink, *Het non-discriminatiebeginsel en derde landen*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13.

13 Volgens Fase: 'De vraag naar de rangorde tussen de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging is van groot belang in derdelandensituaties. Binnen EU-verband zal het niet steeds veel uitmaken en betreft het veelal een academische discussie, aangezien alle vrijheden hetzelfde doel hebben (een interne markt) en alle vrijheden in EU-verband discriminerende en belemmerende maatregelen verbieden (...) in derdelandenverhouding daarentegen maakt het wel degelijk uit vast te stellen of toetsing aan de vrijheid van vestiging in de weg staat aan toetsing aan de bepaling betreffende vrijheid van kapitaalverkeer.' A.A. Fase, 'Het rangordevraagstuk in derdelandenverhouding', *WFR* 2008, p. 687.

14 Zoals waargenomen door Flynn: 'The dividing line between capital and other freedoms, most notably as regards establishment and services, is probably the greatest point of difficulty in any analysis of the jurisprudence in this field.', zie L. Flynn, 'Coming of age: the free movement of capital case-law 1992-2002', *CML Rev.* 2002, p. 804. A. Hindelang beweert dat: 'The debate on the doctrinal relationship of the two freedoms is one of the most controversial disputes in EC law', zie A. Hindelang, *The free movement of capital and foreign direct investment. The scope of protection in EU law*, Oxford/New York: Oxford University Press 2009, p. 81.

15 Zie S. Hemels e.a., 'Freedom of establishment or free movement of capital: is there an order of priority? Conflicting visions of national courts and the ECJ', *EC Tax Review* 2010, p. 19-31.

16 *Ibid.*

17 Zie C. Kuijpers, *De rangorde tussen de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal*, Rotterdam: Europese Fiscale Studies 2012, p. 2.

18 S.J.C. Hemels & J.W. Rompen, 'Vestiging of kapitaalverkeer: welke vrijheid heeft prioriteit?', *WFR* 2010, p. 1058-1068; P.J.J.M. Peeters, 'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?', *WFR* 2007, p. 777; B.J. Kiekbeld, 'Kapitaalverkeer versus vestigingsverkeer', *NtFR* 2009, p. 47; A. Cordenwener, G.W. Kofler & C.P. Schindler, 'Free movement of capital, third country relationships and national law: an

pitaal en de vrijheid van vestiging in deze bijdrage te analyseren.

Wij beginnen de bijdrage met een overzicht van de ietwat ingewikkelde verhouding tussen de voornoemde vrijheden. We behandelen deze kwestie aan de hand van een analyse van de door ons gekozen arresten van het Hof waarin de kwestie van samenloop van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging centraal staat. De gekozen arresten hebben betrekking op pure intra-EU-situaties (intracommunautaire situaties) waarin geen derde landen betrokken zijn evenals op situaties waarin juist personen of vennootschappen uit derde landen centraal staan en ze hebben vooral, maar niet uitsluitend, betrekking op de kwestie van de fiscale behandeling van dividenden. Voordat we de verhouding tussen de vermelde vrijheden bespreken, gaan we kort op de inhoud van beide vrijheden in. Ten slotte zullen wij op basis van onze analyse enkele conclusies trekken die ons inziens van belang zouden kunnen zijn voor het Hof, de nationale rechters en de nationale wetgevers die de uniformiteit en het *effet utile* van de rechtsorde van de Europese Unie dienen te garanderen.

2. Het vrij verkeer van kapitaal

Het vrij verkeer van kapitaal, gebaseerd op artikel 63-66 VWEU, werd als de laatste van de vier grote vrijheden geliberaliseerd. De originele bepalingen betreffende het vrij verkeer van kapitaal in het Verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap waren beperkt in vergelijking tot de andere vrijheden.¹⁹ Een van de redenen hiervoor werd door het Hof in de zaak *Casati* gegeven:

emerging issue before the ECJ', *European Taxation* 2007, p. 107-119; M.G.H. van der Kroon, 'Het Baarscriterium krijgt invulling', *WFR* 2010, p. 229; E. Nijkeuter, 'Samenloop van art. 43 EG en art. 56 EG. Is er sprake van een rangorde tussen Europeesrechtelijke verdragsvrijheden?', *WFR* 2006, p. 249; Fase 2008, p. 687.

- 19 Het vrije verkeer van kapitaal (en de regels omtrent deze vrijheid) is derhalve de enige vrijheid die een opmerkelijke evolutie is ondergegaan, zie Usher 2007, p. 1533.
- 20 Zie het arrest *Casati*, r.o. 9 e.v.
- 21 De richtlijn zorgde ervoor dat belemmeringen m.b.t. het kapitaalverkeer tussen de lidstaten werden opgeheven. Zie Richtlijn 88/361/EEG. Zie ook r.o. 17 van het arrest HvJ EG 23 februari 1993, gevoegde zaken C-358/93 en C-416/93 (*A. Bordessa e.a.*). Voor een volledige bespreking van het proces omtrent de liberalisering van het kapitaalverkeer, zie Usher 2007.
- 22 Het Verdrag van Maastricht heeft artikel 67-73 EEG-Verdrag vervangen met artikel 73B-73G EG-Verdrag. Het Verdrag van Amsterdam heeft artikel 73B lid 1 ondergebracht onder artikel 56 lid 1 EG.
- 23 HvJ EG 16 maart 1999, C-222/97 (*Trummer en Mayer*), r.o. 21. Zie ook HvJ EG 23 februari 2006, C-513/03 (*Erven van M.E.A. van Hilten-van der Heijden*), r.o. 39.
- 24 Zie het arrest *Trummer en Mayer*, r.o. 21.
- 25 Voor de volledige lijst in Bijlage I van Richtlijn 88/361/EEG.
- 26 Voor de lijst van jurisprudentie betreffende de reikwijdte van het begrip 'kapitaalverkeer', zie bijvoorbeeld G. Moens, J. Trone, *Commercial law of the European Union. Ius Gentium: comparative perspectives on law and justice*, Dordrecht/Heidelberg: Springer 2010, p. 133-134. Zie ook Hindelang 2009, p. 48-57 en M. O'Brien, 'Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues', *British Tax Review* 2008, p. 636-645.
- 27 Een voorbeeld hiervan is de uitspraak HvJ EG 28 september 2006, gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04 (*Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Koninkrijk der Nederlanden (Golden Shares)*), r.o. 19.
- 28 Het Verdrag geeft geen reden waarom het vrij verkeer van kapitaal uitgebreid is tot derde landen. Zoals beargumenteerd door A-G Y. Bot in zijn conclusies van HvJ EG 11 september 2007, C-101/05 (*Skatteverket/A*), punt 69: 'In de betrekkingen met derde landen zou het niet gaan om de verwezenlijking van de interne markt, maar om het waarborgen van de geloofwaardigheid van de gemeenschappelijke eenheidsmunt op de wereldwijde financiële markten en het handhaven, in de lidstaten, van financiële centra op wereldschaal.' Snell schrijft dat: 'The extension makes sense for a number of reasons. First, the free movement of capital between Member States would in any event undermine capital controls towards third countries, as investors would simply enter (or exit) the EU via the most liberal jurisdiction to access (or leave) the target state. Secondly, the credibility of the single currency is bolstered by the liberalization. In particular, overseas investments in euros are facilitated by a legal regime that guarantees the free repatriation of those investments without capital export controls. Thirdly, it can be argued that the *erga omnes* effect contributes to the principle of an open market economy expressed in Article 119 TFEU, although from this perspective it is not clear why the extension was limited to just capital among the four freedoms', zie J. Snell, 'Free movement of capital: evolution as a non-linear process', in: P. Craig & G. de Búrca (red.), *The evolution of EU law*, Oxford/New York: Oxford University Press 2011, p. 564.

'(...) het kapitaal is evenwel ook nauw verbonden met het economisch en monetair beleid van de lidstaten. In het huidige stadium is het niet uitgesloten dat de volledige vrijheid van iedere kapitaalbeweging het economisch beleid van een of andere lidstaat in gevaar, of zijn betalingsbalans uit haar evenwicht kan brengen, waardoor de goede werking van de gemeenschappelijke markt zou worden geschaad.'²⁰

Derhalve vond pas in 1988 met Richtlijn 88/361 de liberalisatie van het vrij verkeer van kapitaal tussen de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap plaats.²¹ Een volledige liberalisatie van het kapitaalverkeer kwam met het EU-Verdrag van Maastricht dat de bepalingen betreffende het vrij verkeer van kapitaal herzag.²² De Verdragen geven geen definities van de begrippen kapitaal- en betalingsverkeer. In de zaak *Trummer en Mayer* heeft het Hof aangegeven dat deze in Bijlage I van Richtlijn 88/361 dienen te worden gevonden.²³ Echter, die lijst heeft alleen een indicatieve waarde en is niet uitputtend.²⁴ Bij kapitaalverkeer gaat het onder andere om grensoverschrijdende directe investeringen, beleggingen in onroerende goederen, verrichtingen betreffende effecten die op de kapitaalmarkt worden verhandeld, verrichtingen betreffende rechten van deelneming in instelling voor collectieve belegging en financiële leningen en kredieten.²⁵ De jurisprudentie van het Hof betreffende activiteiten die onder het begrip 'kapitaalverkeer' vallen, is omvangrijk.²⁶ In het algemeen kan geconcludeerd worden dat de reikwijdte van het vrij verkeer van kapitaal zeer breed is.²⁷ Omdat het vrij kapitaalverkeer de enige vrijheid is die zich ook tot derde landen uitstrekt, maakt dit de reikwijdte nog groter.²⁸

De vrijheid is onderworpen aan bepaalde beperkingen die zijn vastgelegd in artikel 64 en 65 VWEU. Volgens artikel 64 lid 1 VWEU kunnen de lidstaten beperkende wetgeving die op 31 december 1993 bestond, blijven toepassen.²⁹ Deze *standstill-clausule* heeft betrekking op het kapitaalverkeer in situaties van directe investeringen naar of uit derde landen.³⁰ Volgens artikel 64 lid 2 VWEU mogen het Europees Parlement en de Raad maatregelen volgens de gewone wetgevingsprocedure vaststellen die betrekking hebben op het vrij verkeer van kapitaal naar of uit derde landen. Deze maatregelen kunnen betrekking hebben op directe investeringen, inclusief investeringen in onroerende goederen, vestiging, het verrichten van financiële diensten en de toelating van waardepapieren tot kapitaalmarkten.³¹ Uit artikel 65 VWEU volgt dat lidstaten het recht hebben om nationale belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maakt tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd. Anders gezegd, lidstaten mogen, in beginsel, onderscheid maken tussen binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen en binnenlands en buitenlands inkomen. Bovendien hebben lidstaten het recht om alle nodige maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn om overtredingen van de nationale wetgeving op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen te voorkomen (artikel 65 lid 1 onderdeel b). Echter, op grond van lid 3 van dat artikel mag het maken van een dergelijk onderscheid geen verkapte beperking van het kapitaal- en betalingsverkeer of willekeurige discriminatie opleveren.

3. De vrijheid van vestiging

Vanaf artikel 49 e.v. VWEU kunnen de algemene regels met betrekking tot de vrijheid van vestiging gevonden worden.³² Het begrip ‘vestiging’ in de zin van het Verdrag is zeer ruim. Artikel 49 VWEU schrijft voor dat het vestigingsrecht de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan omvat alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen (met name vennootschappen). De vrijheid is hiermee niet alleen van toepassing op onderdanen van de Unie (individueel), maar ook op vennootschappen die naar het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging in een lidstaat hebben.³³ Volgens het Hof houdt vestiging in ‘dat daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat’.³⁴ Hiermee wordt een zekere mate van duurzaamheid verondersteld. Dit staat in tegenstelling tot het vrij verkeer van diensten dat eerder een tijdelijk karakter heeft.³⁵ Bovendien moet er in geval van vestiging sprake zijn van de uitoefening van een daadwerkelijke economische activiteit.³⁶

Artikel 49 VWEU verbiedt beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Dit verbod heeft ook betrekking op beperkingen ten aanzien van ondernemingen of vennootschappen. Hieronder kunnen ook fiscale maatregelen vallen indien deze de vestigingsvrijheid kunnen belemmeren.³⁷ Denk bijvoorbeeld aan gevallen van verhoogde belastingdruk door extra (fiscale) belemmeringen.³⁸ De vrijheid van vestiging voor ondernemingen of vennootschappen kan onderverdeeld worden in twee vormen. Ten eerste het recht om ondernemingen en vennootschappen op te richten en te beheren (primaire vestiging). Ten tweede de opheffing van alle beperkingen voor het oprichten van agentschappen, filialen of dochter-

29 Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat met betrekking tot het temporele criterium van artikel 64 lid 1 VWEU een nationale maatregel die na een bepaalde datum is vastgesteld, niet automatisch is uitgesloten van deze uitzondering. De uitzondering geldt immers ook voor bepalingen die op de voornaamste punten identiek zijn aan de vroegere wetgeving of die alleen een belemmering voor de uitoefening van de Unierechten en vrijheden in de vroegere regelgeving verminderen of opheffen. Een nationale wettelijke regeling die op een andere hoofdgedachte berust dan de vorige en nieuwe procedures invoert, kan niet worden gelijkgesteld met de wetgeving die bestaat op het door de betrokken Uniehandeling bepaalde tijdstip. Zie HvJ EG 12 december 2006, C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*), r.o. 192 en HvJ EU 10 april 2014, C-190/12 (*Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*), r.o. 48.

30 Voor beperkingen in Bulgarije, Estland en Hongarije geldt als datum 31 december 1999, zie artikel 64 lid 1 VWEU.

31 In afwijking van artikel 64 lid 2 VWEU, kan alleen de Raad volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, met eenparigheid van stemmen en na raadpleging van het Europees Parlement, maatregelen vaststellen die in het recht van de Unie een achteruitgang op het gebied van de liberalisering van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen vormen.

32 Het vrij verkeer van vestiging is tezamen met de vrijheid van werknemers onderdeel van het vrij verkeer van personen.

33 Zie artikel 54 VWEU.

34 HvJ EG 25 juli 1991, C-221/89 (*The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. en anderen*), r.o. 20.

35 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (*Reinhard Gebhard*), r.o. 27.

36 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 september 2006, C-386/04 (*Centro di Musicalogica Walter Stauffer*). De vraag was of de bepalingen inzake het recht van vestiging, het vrij verrichten van diensten en/of het vrije kapitaalverkeer zich er tegen verzetten dat Duitsland de inkomsten uit verhuur van stichtingen van algemeen nut vrijstelt van vennootschapsbelasting wanneer deze stichtingen in Duitsland zijn gevestigd, echter diezelfde vrijstelling voor gelijksoortige inkomsten weigert toe te kennen aan een privaatrechtelijke stichting van algemeen nut, op grond van het feit dat deze stichting is gevestigd in een andere lidstaat en in het binnenland slechts beperkt belastingplichtig is. Het Hof was van mening dat de vrijheid van vestiging van toepassing is in gevallen waarin een permanente aanwezigheid in de lidstaat van ontvangst verzekerd is en, in het geval van verwerving en bezit van onroerende goederen, deze goederen actief worden beheerd (lees: sprake is van een economische activiteit). Dat was in casu niet het geval. Het Hof beredeneert dat zowel de eigendom als de exploitatie van onroerende goederen onder het vrije kapitaalverkeer valt.

37 F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 301.

38 HvJ EG 13 maart 2007, C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), r.o. 38.

ondernemingen³⁹ door onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd (secundaire vestiging).

De toegestane beperkingen van de vrijheid van vestiging zijn te vinden in artikel 51 en 52 VWEU. Op grond van artikel 51 VWEU kan er in geval van uitoefening van openbaar gezag geen beroep worden gedaan op de vestigingsvrijheid. Artikel 52 VWEU biedt mogelijkheden om de vrijheid uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid te beperken. Daarnaast zijn ook objectief gerechtvaardigde beperkingen mogelijk, mits zij zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.⁴⁰

Uit het VWEU blijkt verder dat de toegestane beperkingen onder de vrijheid van vestiging niet kunnen worden omzeild door de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer te gebruiken.⁴¹ Dit zien we terug in artikel 65 lid 2 VWEU.⁴² De reden dat dit expliciet in het Verdrag is vastgelegd, is omdat het vrij kapitaalverkeer nauw verbonden is met andere vrijheden. Zoals in de 'Inleiding' besproken is, vormt de vrijheid van bepaalde kapitaalbewegingen in de praktijk een voorwaarde om de andere vrijheden, met name het recht van vestiging, doeltreffend te kunnen uitoefenen.⁴³ Hierdoor en omdat beide vrijheden ruime definities hebben, is er in de praktijk vaak sprake van overlap en samenloop in de toepassing van de verschillende vrijheden. De volgende paragraaf gaat dieper op dit onderwerp in.

4. Rangorde, volgorde, voorrang of ondergeschiktheid tussen Verdragsvrijheden?

Situaties van samenloop van twee of meer vrijheden waarin het onduidelijk is welke vrijheid er in het specifieke geval van toepassing is, komen vaker voor in het EU-recht. De vraag is dan of er een enkele vrijheid van toepassing is of dat er een afbakeningsprobleem is ten aanzien van verschillende vrijheden waarvan het niet duidelijk is of er een rangorde, volgorde of voorrang met be-

trekking tot die vrijheden bestaat of dat er sprake is van een situatie waarbij één vrijheid ondergeschikt is aan de andere. Uit de Verdragen blijkt niet of er een rangorde tussen de vrijheden bestaat; wel zou men daaruit een eventuele volgorde kunnen afleiden. Artikel 57 VWEU betreffende het vrij verkeer van diensten maakt namelijk duidelijk dat de bepalingen m.b.t. het dienstenverkeer van toepassing zijn voor zover de regels betreffende de andere vrijheden niet van toepassing zijn. In het arrest *Gebhard* werd duidelijk dat de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer en de bepalingen betreffende het recht van vestiging elkaar uitsluiten.⁴⁴ In dit opzicht moet derhalve eerst worden gekeken of een van de andere fundamentele vrijheden van toepassing is voordat er aan het vrij verkeer van diensten kan worden getoetst. Echter kunnen we hiermee niet concluderen dat er ook een rangorde tussen de vrijheid van dienstverrichting en de andere vrijheden bestaat.⁴⁵ Het Hof beoordeelt concrete zaken en beslist op basis van de feiten en omstandigheden van de zaak welke van de vrijheden van toepassing is of voorrang boven een andere vrijheid geniet.⁴⁶ Een voorbeeld hiervan is het arrest *Fidium Finanz AG* waarin zowel de vrijheid van dienstverrichting als de vrijheid van kapitaalverkeer verband met elkaar hielden. Volgens het Hof moest er worden onderzocht 'in hoeverre de uitoefening van deze fundamentele vrijheden wordt belemmerd en of, in de omstandigheden van het hoofdgeding, één van die vrijheden voorrang heeft boven de ander'.⁴⁷ In dit arrest was het Hof van oordeel dat het vrij verkeer van diensten voorrang boven de vrijheid van kapitaalverkeer had en dat de beperkende werking van de nationale regel in casu voor de vrijheid van het kapitaalverkeer alleen een onvermijdelijk gevolg van de beperking van het verrichten van diensten was.⁴⁸

In het *Omega*-arrest werd duidelijk dat één vrijheid volledig secundair aan de andere kan zijn, ondanks het feit dat de nationale maatregel tegelijkertijd twee vrijheden aan het beperken is. In een dergelijk geval zal het Hof de maatregel slechts aan één van die twee vrijheden toetsen aangezien de andere ondergeschikt is.⁴⁹ In *Omega* was de vrijheid van dienstverrichting in de ogen van het Hof belangrijker dan het vrij verkeer van goederen. Indien het volstrekt niet duidelijk is welke vrijheid hoofdzakelijk wordt aangetast doordat de maatregel

39 HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97 (*Centros*), r.o. 19-22.

40 Zie het arrest *Gebhard*, r.o. 35-37.

41 Amtenbrink & Vedder 2013, p. 314.

42 In artikel 65 lid 2 VWEU wordt aangegeven dat de bepalingen van het hoofdstuk inzake het vrije kapitaalverkeer geen afbreuk doen aan de toepasbaarheid van de beperkingen inzake het recht van vestiging.

43 Zie het arrest *Casati*, r.o. 8.

44 Zie het arrest *Gebhard*, r.o. 22. Dit geldt overigens ook voor het vrij verkeer van werknemers; zie r.o. 20.

45 Zie HvJ EG 3 oktober 2006, C-452/04 (*Fidium Finanz AG*), r.o. 32-33.

46 Zie E. Nijkeuter, 'Samenloop van art. 43 EG en art. 56 EG', *WFR* 2005, p. 249.

47 Zie het arrest *Fidium Finanz AG*, r.o. 34.

48 Zie het arrest *Fidium Finanz AG*, r.o. 49. Een ander voorbeeld is de zaak *Burmanjer*, zie HvJ EG 26 mei 2005, C-20/03 (*Strafzaak tegen Marcel Burmanjer e.a.*). Het Hof was van mening dat het vrij verkeer van goederen belangrijker was dan het vrij verkeer van diensten. Derhalve werd alleen aan de regels inzake het vrij goederenverkeer getoetst.

49 Voorwaarde was wel dat beide vrijheden met elkaar verband hielden, zie HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega*), r.o. 26. Zie ook de arresten HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*), r.o. 22, HvJ EG 22 januari 2002, C-390/99 (*Canal Satellite Digital*), r.o. 31, HvJ EG 25 maart 2004, C-71/02 (*Kamer*), r.o. 46, *Burmanjer e.a.*, r.o. 35, en *Fidium Finanz*, r.o. 34. Dit is het geval wanneer de gevolgen die de nationale regeling voor de uitoefening van een fundamentele vrijheid heeft, slechts het onvermijdelijke gevolg vormen van de beperking van een andere, door deze regeling primair aangetaste fundamentele vrijheid.

rechtstreeks in beide vrijheden ingrijpt, dan kunnen beide vrijheden op dezelfde wijze van toepassing zijn.⁵⁰ In de context van intra-EU-situaties zal het niet uitmaken welke van de vrijheden uiteindelijk van toepassing is. Zoals waargenomen door Amtenbrink en Vedder, groeien de vier vrijheden alsmaar meer naar elkaar toe.⁵¹ Alle vrijheden hebben immers hetzelfde doel: alle discriminerende en belemmerende maatregelen van de lidstaten verbieden. Het schema op basis waarvan het Hof beslist of de nationale maatregel aldus wel of niet een belemmering van een van de vrijheden vormt, is voor alle vrijheden praktisch hetzelfde,⁵² met uitzondering van de *Keck*-doctrine die uitsluitend op het vrij verkeer van goederen van toepassing is.⁵³ Echter, in de context van derdelandensituaties maakt het wel uit welke van de vrijheden uiteindelijk van toepassing is. Bescherming kan namelijk alleen worden genoten indien deze situaties onder het vrij verkeer van kapitaal vallen. Precies om die reden is het cruciaal om te weten waaraan getoetst moet worden om te kijken welke van de vrijheden van toepassing is.

5. Samenloop van het kapitaalverkeer en het vestigingsrecht: analyse van de jurisprudentie van het Hof

5.1. Eerste arresten van het Hof

De jurisprudentie van het Hof betreffende de samenloop van de regels betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal heeft een aanzienlijke evolutie ondergaan. In oudere arresten is het Hof vaak van een parallelle toepasbaarheid van beide vrijheden uitgegaan. Een voorbeeld daarvan is het arrest *Konle*⁵⁴ waarin het om een Oostenrijkse wettelijke regeling ging die de eigendomsverkrijging van grond door buitenlanders belemmerde. Het Hof was hier van mening dat zowel de vrijheid van vestiging als de bepalingen inzake het kapitaalverkeer van toepassing kunnen zijn.⁵⁵ Uiteindelijk was de conclusie dat de nationale bepaling strijdig was met de regels omtrent het vrije kapitaalverkeer en dat de verenigbaarheid van de nationale regeling in kwestie met

de vrijheid van vestiging niet meer hoefde te worden getoetst.⁵⁶ Op gelijke manier gaf het Hof prioriteit aan de regels betreffende de vrijheid van vestiging in de zaak *X AB en Y AB*.⁵⁷ De nationale regel werd aan de regels inzake het vestigingsrecht getoetst.⁵⁸ Omdat er sprake was van een niet-toelaatbare belemmering, was het niet noodzakelijk om de regeling ook aan de bepalingen inzake het kapitaalverkeer te toetsen.⁵⁹ De keuzes die het Hof in de bovengenoemde arresten maakt, lijken vrij willekeurig te zijn. In zijn latere rechtspraak introduceert het Hof de regels van 'de beslissende invloed' en van 'het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie' die wat meer duidelijkheid verschaffen. Beide regels worden hieronder besproken.

5.2. Latere rechtspraak: 'beslissende-invloed'-regel

In het arrest *Baars*⁶⁰ heeft het Hof de 'beslissende-invloed'-regel geïntroduceerd.⁶¹ Baars was woonachtig in Nederland en bezat alle aandelen (100%-deelneming) in Ballyard Foods Limited, een vennootschap die naar Iers recht in Dublin was gevestigd. In 1994 deed Baars voor een bedrag van f 2 650 600 aangifte voor de vermogensbelasting; hieronder vielen ook zijn aandelen in Ballyard met een waarde van f 749 800. Met een beroep op de ondernemingsvrijstelling die gebaseerd was op de Nederlandse Wet op de vermogensbelasting, verzocht Baars de Belastingdienst zijn belastbaar vermogen ten aanzien van zijn aandelen in Ballyard te verminderen. De ondernemingsvrijstelling werd geweigerd omdat Ballyard niet in Nederland was gevestigd. Baars stelt hierop beroep bij de rechter in en voert onder meer aan dat de beperking van de ondernemingsvrijstelling tot aandelen van alleen in Nederland gevestigde vennootschappen in strijd met de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal is. Het Hof beredeneert dat de vrijheid van vestiging de oprichting en het beheer van vennootschappen in de ene lidstaat door een onderdaan van een andere lidstaat omvat. Vervolgens concludeert het Hof dat er sprake is van uitoefening van het recht van vestiging wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan

50 A-G V. Trstenjak in HvJ EU 19 juli 2012, C-31/11 (*Marianne Scheunemann*). Zie ook de arresten HvJ EG 24 mei 2007, C-157/05 (*Holböck*), r.o. 24 en HvJ EU 11 november 2010, C-543/08 (*Europese Commissie/Portugese Republiek*), r.o. 43.

51 Amtenbrink & Vedder 2013, p. 314.

52 Zie het arrest *Gebhard*, r.o. 37: 'Het is evenwel vaste rechtspraak van het Hof, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.'

53 Zie HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (*Strafzaak tegen Bernard Keck en Daniel Mithouard*).

54 HvJ EG 1 juni 1999, C-302/97 (*Klaus Konle*).

55 Arrest *Konle*, r.o. 22.

56 Arrest *Konle*, r.o. 55. A-G A.M. La Pergola meende echter dat sprake was van strijdigheid met de vrijheid van vestiging en vond het derhalve 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, zie conclusie van A-G A.M. La Pergola van 23 februari 1999 in de zaak *Konle*.

57 Zie HvJ EG 18 november 1998, C-200/98 (*X AB en Y AB*).

58 Arrest *X AB en Y AB*, r.o. 29.

59 Arrest *X AB en Y AB*, p. 30: 'Gelet op het voorgaande behoeft niet te worden onderzocht, of de verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer zich verzetten tegen een wettelijke regeling als in het hoofdgeding aan de orde is.'

60 Zie HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*).

61 'Definite influence' in het Engels, en 'influence certaine' of 'influence déterminante' in het Frans.

bepalen.⁶² Hieruit kan worden afgeleid dat er sprake is van beslissende invloed als de aandeelhouder een dusdanige invloed op de besluiten van de vennootschap heeft dat hij de activiteiten ervan kan bepalen. In een dergelijk geval zijn de regels van het vestigingsrecht en niet de regels betreffende het vrij verkeer van kapitaal van toepassing. Dit wordt door het Hof later nogmaals in het arrest *Überseering BV*, maar ook in andere arresten bevestigd.⁶³ Volgens verschillende auteurs zijn er geen duidelijk regels over wat onder het begrip ‘beslissende invloed’ moet worden verstaan.⁶⁴ De discussie is dat het gaat om grote ondernemingsrechtelijke beslissingen die niet genomen zouden kunnen worden zonder de betreffende aandeelhouder.⁶⁵ Het Hof stelt dat de nationale rechter dient te bepalen of er sprake is van een beslissende invloed in het aanhangige geding.⁶⁶ Uit *Baars* volgt dat er sprake is van een beslissende invloed bij een 100%-aandelenbelang.⁶⁷ In latere arresten heeft het Hof nader bepaald in welke situaties met een ander percentage aandelen er ook sprake is van een beslissende invloed en daarmee de toepasselijkheid van de vrijheid van vestiging. In het arrest *Test Claimants* achtte het Hof dat ook in situaties van een 75%-aandelenbelang de vrijheid van vestiging van toepassing kan zijn.⁶⁸ In het arrest *Holböck* bezit de aandeelhouder – woonachtig in Oostenrijk – twee derde (66,66%) belang in de in Zwitserland gevestigde CBS Conmeth Business Systems AG.⁶⁹ In de arresten *Cadbury Schweppes* en *Burda* achtte het Hof respectievelijk een aandelenbelang van meer dan 50% en precies 50% voldoende om een zodanige invloed op de besluiten van de

vennootschap te verlenen dat de activiteiten ervan bepaald kunnen worden.⁷⁰ De conclusies die het Hof in deze arresten trekt, zijn weinig verrassend. Andere arresten zorgen voor wat meer verwarring. In de zaak *Truck Center SA* blijkt dat het hebben van een 48%-aandelenbelang in beginsel ook in aanmerking komt voor het hebben van een beslissende invloed op de beslissingen en de activiteiten van een vennootschap.⁷¹ In het arrest *Lasertec* ging het Hof nog een stapje verder. Het ging hier om een nationale regeling die van toepassing was in situaties van een belang van meer dan 25%. Ondanks het geringere belang vond het Hof gezien de geest van de Duitse regeling dat ook hier sprake was van een beslissende invloed op de betrokken vennootschap.⁷² Samenvattend kan er uit de jurisprudentie van het Hof geconcludeerd worden dat er van een beslissende invloed sprake kan zijn niet alleen in situaties van meerderheidsdeelnemingen (de zogenaamde non-‘portfolio-investeringen’), maar ook in situaties van minderheidsdeelnemingen (minder dan 50%-aandelenbelangen).⁷³ Deze interpretatie van de ‘beslissende-involed’-regel is soms bekritiseerd door academici en fiscaal juristen.⁷⁴

In het arrest *SGI* introduceert het Hof een verdere nuancering. Uit dit arrest volgt dat participaties van 65 en 34% in het kapitaal van een vennootschap in beginsel ook een beslissende invloed in de zin van het *Baars*-arrest kunnen verlenen. Het Hof voegt hier echter aan toe dat het bestaan van bestuurlijke banden tussen de vennootschappen een rol kan spelen bij de beoordeling van een beslissende invloed.⁷⁵ Uit verschillende arresten blijkt

62 Arrest *Baars*, r.o. 22.

63 HvJ EG 5 november 2002, 208/00 (*Überseering BV*), r.o. 77: ‘Er zij overigens aan herinnerd dat de verwerving, door een of meerdere natuurlijke personen met verblijfplaats in een lidstaat, van aandelen van een in een andere lidstaat opgerichte en gevestigde vennootschap, in beginsel binnen de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer valt, zolang deze deelneming aan deze natuurlijke personen geen zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat zij de activiteiten ervan kunnen bepalen. Indien echter alle aandelen van een vennootschap met statutaire zetel in een andere lidstaat worden verworven en deze deelneming een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat de betrokkenen de activiteiten ervan kunnen bepalen, zijn de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging van toepassing.’ Zie ook HvJ EG 12 september 2006, 196/04 (*Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas Ltd*), r.o. 31 en HvJ EG 21 november 2002, 436/00 (*X en Y/Riksskatteverket*), r.o. 37.

64 Zie Fase 2008, p. 687.

65 Zoals waargenomen door Hindelang (2009, p. 85): ‘(...) the decisive test for finding ‘definite influence’ is whether major or important entrepreneurial decisions (eg, influence on the composition of the management body) – (...) – cannot be reached without the approval of the respective stockholder. In this regard, the number of voting rights or stocks has an indicative but not conclusive value.’

66 Zie arrest *X en Y/Riksskatteverket*, r.o. 37 en HvJ EG 4 juni 2009, gevoegde zaken C-439/07 en C-499/07 (*Belgische Staat/KBC Bank NV en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV/Belgische Staat*), r.o. 71 en HvJ EU 15 september 2011, C-310/09 (*Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique/Accor SA*), r.o. 37.

67 Dit is later bevestigd in HvJ EG 7 september 2006, C-470/04 (*N/Inspecteur van de Belastingdienst Oost-kantoor Almelo*), r.o. 27: ‘Een gemeenschaps-onderdaan die in een lidstaat woont en die in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap een deelneming houdt die hem een zodanige invloed op de besluiten van die vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen – hetgeen altijd het geval is wanneer hij 100% van de aandeelhoudersrechten bezit – kan derhalve onder de vrijheid van vestiging vallen.’ In deze zaak stonden de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van personen centraal. Zie ook HvJ EG 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services BVBA en Co*), r.o. 32: ‘(...) alle aandelen van Columbus rechtstreeks of indirect in handen zijn van de leden van eenzelfde familie. Betrokkenen streven dezelfde belangen na, nemen in onderlinge overeenstemming via eenzelfde vertegenwoordiger in de algemene vergadering van deze vennootschap besluiten die de vennootschap betreffen en bepalen de activiteiten ervan.’

68 Zie arrest *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, r.o. 32-33.

69 Zie arrest *Holböck*.

70 Zie *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, r.o. 32 en HvJ EG 26 juni 2008, C-284/06 (*Finanzamt Hamburg-Am Tierpark/Burda GmbH*), r.o. 70: ‘Blijkens de verwijzingsbeslissing is Burda, die op Duits grondgebied is gevestigd, voor 50% in handen van een niet-ingezeten vennootschap, namelijk RCS. Een dergelijke deelneming van RCS in het maatschappelijk kapitaal van Burda geeft eerstgenoemde in beginsel het recht om een bepaalde en beslissende invloed op de activiteit van haar dochtermaatschappij uit te oefenen (...).’

71 HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Belgische Staat-SPF Finances/Truck Center SA*), r.o. 28 en 29.

72 HvJ EG 10 mei 2007, C-492/04 (*Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH*), r.o. 22.

73 Zie Fase 2008, p. 687.

74 Zie bijvoorbeeld M.G.H. van der Kroon 2010; S. Hemels e.a. 2010; S.J.C. Hemels, J.W. Rompen & W.F.E.M. Egelie, ‘Deelneming en de samenloop tussen art. 43 EG en art. 56 EG: hoe zit het nu?’, *NTRF* 2007, p. 1374.

75 HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (*Société de Gestion Industrielle SA (SGI)*), r.o. 34-35. In r.o. 35 van het arrest concludeert het Hof: ‘Dergelijke deelnemingen kunnen in beginsel een “beslissende invloed” in de zin van de uit het arrest *Baars* (...) verlenen aan SGI op de besluiten en de ac-

dat een 10%-participatie niet voldoende is om aan te nemen dat diegene een beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de vennootschap.⁷⁶ Omdat de jurisprudentie op dit gebied geen eenduidigheid leek te geven, ontwikkelde het Hof enkele jaren na de introductie van de Baars-regel een andere toetsing, ditmaal gebaseerd op het voorwerp van de nationale wettelijke regeling in kwestie. Wij bespreken deze toetsing in de paragraaf hierna.

5.3. *Latere rechtspraak: voorwerp en doel van de wettelijke regeling*

In het arrest *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* stelde het Hof vast dat nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming van een burger in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, onder de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen.⁷⁷ Op het eerste gezicht lijkt deze overweging op de conclusies van het Hof uit het arrest *Baars*. Bij een meer nauwkeurige lezing blijkt dat het hier niet gaat om de daadwerkelijke (feitelijke) deelneming die een beslissende invloed verschaft, maar om de nationale wettelijke bepalingen in kwestie en dan met name om het voorwerp en doel daarvan. In het latere *Lasertec*-arrest wordt bevestigd dat bij het voorwerp van de betrokken nationale wettelijke regeling te rade moet worden gegaan; hierbij verschaft het Hof enkele toetsingsregels.⁷⁸ Indien de nationale wettelijke regeling in kwestie alleen toepasbaar is in situaties van beslissende invloed, of bedoeld is voor groepsverhoudingen (concentratieverhoudingen), dat wil zeggen verhoudingen binnen een groep van vennootschappen, dan is de vrijheid van vestiging van toepassing.⁷⁹ Indien de nationale wettelijke regeling in kwestie alleen van toepassing is op situaties wanneer er geen sprake van beslissende invloed is, dat wil zeggen situaties met uitsluitend het doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen, dan is het vrij verkeer van kapitaal

van toepassing.⁸⁰ Echter, indien er sprake is van een nationale wettelijke regeling met een generiek toepassingsbereik, dat wil zeggen dat die regeling van toepassing is op alle aandelenbelangen ongeacht of er wel of niet sprake is van beslissende invloed, dan kan zowel de vrijheid van vestiging als het vrij verkeer van kapitaal toegepast worden.⁸¹ Afhankelijk van het voorwerp van de nationale regeling in kwestie en de feiten van een concrete zaak worden dan uiteindelijk de regels m.b.t. de vrijheid van vestiging of het vrij verkeer van kapitaal of beide tegelijk toegepast.⁸² Met de introductie van deze toetsingsregels heeft het Hof wat meer duidelijkheid willen verschaffen omtrent de vraag wanneer aan de ene vrijheid dan wel aan de andere of aan beide getoetst moet worden. In de praktijk had dit echter een averechts effect. Gevolg was dat nationale rechters door onzekerheid de regels op verschillende manieren interpreteerden.⁸³

5.4. *Herdefiniëring van de rechtspraak: arrest C-35/11 (Test Claimants)*

In de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* heeft het Hof een nieuwe methode met bijbehorende criteria voor toetsing ontwikkeld.⁸⁴ Hoewel de conclusies uit dit arrest afwijken van eerdere rechtspraak, is het Hof naar onze mening er toch in geslaagd meer duidelijkheid in zijn rechtspraak te introduceren. In deze zaak was het verzoek voor een prejudiciële procedure ingediend in het kader van de toepassing van het al eerder besproken arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*⁸⁵ en strekte tot verduidelijking van enkele punten uit dat arrest. In casu was de betrokken nationale wetgeving generiek van aard⁸⁶ en oefende de moederonderneming een beslissende invloed uit over een in een derde land gevestigde onderneming die het dividend uitkeerde. De verwijzende rechter vroeg aan het Hof of de moederonderneming zich op de regels m.b.t. het vrij verkeer van kapitaal kon beroepen.⁸⁷ In lijn met de eerdere rechtspraak van het Hof zou men moeten concluderen dat in deze situatie de regels met betrekking tot het vestigingsrecht van toepassing zijn en

tiviteiten van Recydem respectievelijk aan Cobelpin op de besluiten en de activiteiten van SGI. Bovendien bestaan er volgens de verwijzingsbeslissing bestuurlijke banden tussen deze vennootschappen.'

76 Zie arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, r.o. 58. In HvJ EG 22 januari 2009, C-377/07 (*Finanzamt Speyer-Germersheim/STEKO Industriemontage GmbH*), oordeelde het Hof dat een participatie van minder dan 10% onder het vrij verkeer van kapitaal valt, bevestigd in HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12 (*Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda*), r.o. 22.

77 Zie arrest *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, r.o. 31.

78 Zie arrest *Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH*, r.o. 19.

79 *Ibid.* Zie ook arrest *Burda*, r.o. 68: 'Het is vaste rechtspraak dat wanneer een nationale regeling alleen betrekking heeft op de verhoudingen binnen een groep van vennootschappen, zij voornamelijk de vrijheid van vestiging raakt.'

80 Zie arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, r.o. 35-36. Zie ook HvJ EU 21 oktober 2010, C-81/09 (*Idryma Typou AE*), r.o. 48.

81 Arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, r.o. 37. Zie ook HvJ EG 4 juni 2009, gevoegde zaken C-439/07 en C-499/07 (*Belgische Staat/KBC Bank NV en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV/Belgische Staat*), r.o. 69, en het arrest *Burda*, r.o. 71.

82 Arrest *Belgische Staat/KBC Bank NV en Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV/Belgische Staat*, r.o. 71.

83 Zie Hemels e.a. 2010, p. 19-31; E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, 'Met de kennis van nu... (deel I). Over FII 2 en de toepasselijke verkeersvrijheid in derdelandsituaties', *WFR* 2013, p. 138 en E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, 'FII 2 and the Applicable Freedoms of Movement in Third Country Situations', *EC Tax Review* 2013, p. 250 waarin verschillende arresten uit Frankrijk, Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk worden benoemd en besproken.

84 Zie HvJ EU 13 november 2013, C-35/11 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*). Zie ook HvJ EU 11 september 2014, C-47/12 (*Kronos International*), waarin hetzelfde probleem centraal staat.

85 Arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

86 De nationale regeling in kwestie stelt dat de dividend ontvangende vennootschap voor ten minste 10% deelneemt in de uitkerende vennootschap. De Britse wetgeving is derhalve ook van toepassing in situaties waarin geen sprake is van een beslissende invloed.

87 Voor een bespreking van dit arrest, zie E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, 'FII 2 and the Applicable Freedoms of Movement in Third Country Situations', *EC Tax Review* 2013, p. 250.

dat geen beroep kon worden gedaan op de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal. Toch is het Hof in zeer duidelijke en precieze overwegingen tot andere conclusies gekomen. In rechtsoverweging 104 van het arrest geeft het Hof aan dat:

‘(...) het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat een in een lidstaat gevestigde vennootschap die een participatie in een in een derde land gevestigde vennootschap bezit waarmee zij een zodanige invloed op de besluiten van deze vennootschap kan uitoefenen dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, zich op artikel 63 VWEU kan beroepen om te betwisten dat een wettelijke regeling van deze lidstaat betreffende de fiscale behandeling van uit dat derde land afkomstige dividenden die niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij een beslissende invloed op de uitkerende vennootschap uitoefent, verenigbaar is met deze bepaling.’

Aldus volgt dat in situaties waarin sprake is van een generieke nationale maatregel en een feitelijke situatie van een beslissende invloed, de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal ingeroepen en toegepast kunnen worden (mits geen sprake is van misbruik).⁸⁸ In het algemeen kan men zeggen dat voortaan in een context van de fiscale behandeling van dividenden afkomstig uit een derde land enkel het voorwerp van de nationale wettelijke regeling in kwestie dient te worden onderzocht om te beoordelen welke van de twee vrijheden van toepassing is. Wanneer de nationale wettelijke regeling in kwestie zowel op zeggenschapsdeelnemingen als beleggingsdeelnemingen (dat wil zeggen, indien er sprake is van een generieke maatregel) ziet, kan een beroep worden gedaan op het vrij verkeer van kapitaal, ongeacht of het om een feitelijke situatie met of zonder een beslissende invloed gaat.⁸⁹ Naar aanleiding van het arrest *Test Claimants* kan worden geconcludeerd dat er overduidelijk een uitbreiding van de reikwijdte van de regels omtrent het vrij verkeer van kapitaal in situaties met extracommunautaire dimensie heeft plaatsgevonden, mits het om algemeen geldende nationale regelingen gaat en er geen sprake is van misbruik van de regels omtrent het kapitaalverkeer. Wel moet benadrukt worden dat de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal nog steeds niet kunnen worden toegepast op extracommunautaire situaties indien de nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij een beslissende invloed op de uitkerende vennootschap uitoefent. In dat geval blijft de vrijheid van vestiging als enige vrijheid van toepassing

en kan de extracommunautaire situatie geen bescherming van het Unierecht verkrijgen.⁹⁰ Het Hof heeft de regels uit de *Test Claimants*-zaak een paar maanden later in de arresten *Manfred Beker* en *Itelcar* bevestigd, waardoor de conclusie getrokken kan worden dat deze regels voortaan onderdeel van de vaste rechtspraak zullen vormen.⁹¹

6. Conclusies

Uit deze bijdrage volgt dat er een aanzienlijke overlap is tussen de inhoud van het vestigingsrecht en het vrij verkeer van kapitaal, vooral als het om de kwestie van directe investeringen gaat. Echter, uit onze analyse blijkt dat de kwestie van samenloop van vrijheden niet beperkt is tot het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging; het is een algemeen probleem omtrent de regels van de interne markt. Onze analyse laat zien dat, in tegenstelling tot wat fiscalisten vaak beargumenteren, de kwestie van samenloop van verschillende vrijheden niet zozeer de *rangorde* tussen vrijheden betreft, maar eerder om een duidelijke afbakening daartussen. Het begrip ‘rangorde’ tussen vrijheden bestaat niet in het Europees recht. Wel gebruikt het Hof het begrip ‘voorrang’ van een bepaalde vrijheid boven een andere vrijheid die eventueel afhankelijk is van de wettelijke en feitelijke achtergrond van de concrete zaak. Echter, vanwege het proces van assimilatie van de vrijheden maakt het in situaties met een intracommunautaire dimensie uiteindelijk niet uit welke vrijheid van toepassing is.⁹² Dit staat in tegenstelling tot derdelandensituaties waar het wel degelijk cruciaal is om te weten of het in casu onder het vrij verkeer van kapitaal dan wel de vrijheid van vestiging valt, vanwege het feit dat in situaties met een extracommunautaire dimensie bescherming uitsluitend genoten kan worden onder de toepasselijkheid van het vrij verkeer van kapitaal. Dit speelt een rol onder andere op het gebied van de fiscale behandeling van dividenden en kan verschillende problemen in de context van derdelandensituaties veroorzaken. Op basis van recente ontwikkelingen in de jurisprudentie (omtrekt de fiscale behandeling van dividenden) kunnen de volgende conclusies betreffende de kwestie van samenloop van beide vrijheden worden getrokken.⁹³ De fiscale behandeling van dividenden kan zowel onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging als onder artikel 63 VWEU betreffende het vrije verkeer van kapitaal vallen. Voor de beantwoording van de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid valt, dient rekening te worden gehouden met het voor-

88 In r.o. 100 van het arrest waarschuwt het Hof dat de verruiming van de regels omtrent het vrij verkeer van kapitaal de mogelijkheid van misbruik van de situatie meebrengt. Het moet om die reden worden vermeden dat de uitlegging van artikel 63 lid 1 VWEU, wat de betrekkingen met derde landen betreft, marktdeelnemers die buiten de territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen, de kans geeft daaruit profijt te halen. Voor kritiek op deze overweging van het Hof, zie E. Nijkeuter & M.F. de Wilde, ‘FII 2 and the Applicable Freedoms of Movement in Third Country Situations’, p. 253-255.

89 Zie ook conclusie van A-G C. Villalón van 7 november 2013 in de lopende zaak *Kronos International* waarin hij de conclusies van het Hof in de zaak *Test Claimants in the FII Group Litigation* bevestigt.

90 Zie conclusie van A-G C. Villalón in de lopende zaak *Kronos International*, punt 58.

91 Zie de arresten *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda*, r.o. 18 en HvJ EU 23 februari 2013, C-168/11 (*Manfred Beker and Christa Beker*), r.o. 30.

92 Amtenbrink & Vedder 2013, p. 314-316.

93 Een overzichtelijke samenvatting van de kwestie van samenloop van beide vrijheden op het gebied van de fiscale behandeling van dividenden kan ook in de recente zaak *Emerging Markets Series* gevonden worden.

werp van de wettelijke regeling in kwestie. Nationale bepalingen die van toepassing zijn op deelnemingen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen (de zogenaamde portfolio-investeringen) worden uitsluitend aan de regels m.b.t. het vrije verkeer van kapitaal getoetst.

Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een onderneming kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt uitsluitend binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging.⁹⁴ Hieruit volgt dat in de context van een extracommunautaire situatie, wanneer uit het voorwerp van de nationale wettelijke regeling in kwestie blijkt dat die uitsluitend van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, geen van de vrijheden ingeroepen kan worden om bescherming te bieden.⁹⁵ Ten slotte kan worden aangenomen dat een nationale regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden uit derde landen die generiek van aard is, aan artikel 63 VWEU getoetst moet worden, ongeacht de omvang van de deelneming die een in een lidstaat gevestigde vennootschap heeft in de in een derde land gevestigde uitkerende vennootschap.

Het antwoord op de door ons in deze bijdrage gestelde vraag of er een duidelijke afbakening tussen het vrij verkeer van kapitaal en het vestigingsrecht bestaat (met name in het kader van extracommunautaire situaties), luidt naar onze mening om die reden dan ook positief. Dit betekent echter niet dat het Hof altijd consistent en consequent in zijn rechtspraak is geweest. Onze analyse laat zien dat in de rechtspraak in de loop der jaren vele pogingen zijn gedaan om duidelijkheid te verschaffen, maar dat deze veelal een averechts effect hebben gehad. Naar

onze mening hebben de recente uitspraken van het Hof een einde gemaakt aan deze zo nu en dan chaotische rechtspraak; hiermee insinueren wij echter niet dat voortaan alle kwesties volledig eenvoudig en duidelijk op te lossen zijn.

De conclusies die uit de rechtspraak van het Hof voortvloeien, geven een signaal aan de nationale wetgever om duidelijke wetgeving vast te stellen. Bij de ontwikkeling van nieuwe wetgeving moet de wetgever een keuze maken tussen specifieke en generieke wetgeving. Bij generieke wetgeving is het van belang om te weten dat de regels betreffende het vrij verkeer van kapitaal ook van toepassing zijn in derdelandensituaties, zelfs als er sprake van een beslissende invloed is. Als de wetgever het niet wenselijk vindt dat de regels betreffende het vrij kapitaalverkeer van toepassing zouden zijn op situaties waarin sprake is van concentratieverhoudingen en zeggenschapsdeelnemingen, dan moet er een duidelijke keuze worden gemaakt voor specifieke regelgeving die uitsluitend van toepassing is op situaties met een beslissende invloed. Ten slotte moet benadrukt worden dat het uiteindelijk aan de nationale rechter is om te beoordelen welke vrijheid van toepassing is in een concrete situatie. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het de taak van de nationale rechter is de aan een geding ten grondslag liggende feiten vast te stellen en daaruit de consequenties te trekken voor de door hem te geven beslissing. Het is om die reden dan ook cruciaal dat de rechtspraak van het Hof duidelijke antwoorden geeft op de vraag omtrent de samenloop van verschillende vrijheden. Chaotische en onduidelijke rechtspraak van het Hof kan ons inziens verstreckende gevolgen hebben voor zowel de autoriteit van het Hof als voor de uniforme toepassing en *effet utile* van het Europees recht en is om die reden dan ook onwenselijk.

94 Arrest *Emerging Markets Series*, r.o. 26.

95 *Ibid.*, p. 27.