

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

# **De Wet uitstel van betaling exitheffingen: EU-proof?**

Naam: Daan Versloot  
Studentnummer: 306223  
Begeleider: Mr. D.E. van Sprundel  
Rotterdam: 19 december 2013

## Voorwoord

Voor u ligt mijn Masterthesis, geschreven ter afronding van de studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit van Rotterdam. De afgelopen jaren heb ik de studie met veel interesse gevolgd en nu dit project is volbracht, komen de studiejaren werkelijk aan een einde. De scriptie is voor mij - mede dankzij de omvang - een uiterst waardevol en leerzaam traject gebleken.

Alvorens in oktober 2012 een begin was gemaakt aan het schrijven van de scriptie, moest gezocht worden naar een interessant en relevant onderwerp. Na enige tijd zoeken kwamen de exitheffingen in de winstsfeer om de hoek kijken. De vraag bleef echter: waar zal zich het onderzoek op gaan richten? Uiteindelijk bleek het toenmalige wetsvoorstel; `uitstel van betaling exitheffingen`, voor een Europeesrechtelijk discussie te zorgen waardoor mijn interesse definitief was gewekt. Met name de ontwikkelingen die de jurisprudentie en de wetgeving van diverse lidstaten ten aanzien van de exitheffingen de afgelopen jaren hebben doorgemaakt, maakten dit tot een zeer actueel en levendig onderwerp.

Langs deze weg wil ik graag mijn begeleider Dick van Sprundel bedanken voor zijn altijd positieve en kritische opmerkingen. Daarnaast bedank ik mijn ouders en van mijn broers en zussen die altijd voor mij klaar hebben gestaan. Het schrijven van mijn scriptie gedurende een periode in het vakantiehuisje van mijn opa was eveneens zeer fijn. Mijn dank gaat hiervoor uit naar mijn opa Jan Zandbergen. Tot slot mogen mijn collega-fiscalisten niet worden vergeten, die mij - dankzij de vele discussies - tot nieuwe inzichten hebben geleid.

Daan Versloot

Leiden, december 2013

|   |    |
|---|----|
| Lijst van afkortingen .....   | 5  |
| Hoofdstuk 1: Inleiding.....   | 6  |
| 1.1    Inleiding.....   | 6  |
| 1.2    Probleemstelling .....   | 7  |
| 1.3    Opbouw.....  | 8  |
| 1.4    Afbakening .....   | 8  |
| Hoofdstuk 2: De Exitheffing .....   | 10 |
| 2.1    Inleiding.....   | 10 |
| 2.2    Artikel 15c Wet Vpb 1969.....  | 10 |
| 2.2.1    De geschiedenis van de exitheffing .....   | 10 |
| 2.2.2    De werking van de exitheffing .....  | 13 |
| 2.2.3    Het doel van de exitheffing .....  | 15 |
| 2.3    Conclusie .....  | 17 |
| Hoofdstuk 3: Toegang tot de vrijheid van vestiging en het vennootschapsrecht.....               | 19 |
| 3.1    Inleiding.....   | 19 |
| 3.2    Waarom de vrijheid van vestiging toepassing vindt; rangorde van de vrijheden.....        | 19 |
| 3.2.1    Toegang verkrijgen tot de vrijheid van vestiging .....                                 | 21 |
| 3.2.2    De personele en territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging .....         | 22 |
| 3.2.3    De materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging .....                         | 23 |
| 3.3    De zetelverplaatsing.....  | 26 |
| 3.3.1    Fiscale zetelverplaatsing versus de vennootschapsrechtelijke zetelverplaatsing .....   | 27 |
| 3.4    Vennootschapsrecht en de implicaties voor de toegang tot de vrijheid van vestiging ..... | 28 |
| 3.4.1    Daily Mail (1988).....   | 29 |
| 3.4.2    Relevante arresten die volgde op Daily Mail (1999 – 2005).....                         | 33 |
| 3.4.3    Cartesio (2008).....   | 34 |
| 3.4.4    Arrest Vale (2012).....  | 37 |
| 3.5    Conclusie .....  | 41 |
| Hoofdstuk 4: De ontwikkeling van de positieve integratie omtrent de exitheffing .....           | 44 |
| 4.1    Inleiding.....   | 44 |
| 4.2    De Europese Commissie .....  | 45 |
| 4.2.1    Mededelingen van de Europese Commissie .....   | 45 |
| 4.3    Wat vooraf ging aan de Mededeling exitheffingen.....                                     | 47 |

|  |   |     |
|--|---|-----|
| 4.3.1  | Het arrest De Lasteyrie du Saillant .....                                 | 47  |
| 4.3.2  | De zaak N .....   | 51  |
| 4.4  | Inhoud van de Mededeling exithellingen .....                              | 53  |
| 4.4.1  | Gevolgen voor particulieren en vennootschappen .....                      | 54  |
| 4.4.2  | Het gebrek aan coördinatie en de aangereikte oplossingen .....            | 56  |
| 4.5  | De Resolutie van de Raad van Ministers .....                              | 59  |
| 4.6  | Gestarte infractieprocedures door de Commissie inzake exithellingen ..... | 60  |
| 4.7  | Conclusie .....   | 62  |
| Hoofdstuk 5: Het arrest National Grid Indus.....                                       |   | 64  |
| 5.1  | Inleiding.....  | 64  |
| 5.2  | National Grid Indus: inleiding en relevante feiten.....                   | 64  |
| 5.2.1  | National Grid Indus: Hof Amsterdam en prejudiciële vragen .....           | 65  |
| 5.2.2  | National Grid Indus besproken – HvJ heeft arrest gewezen.....             | 67  |
| 5.3  | National Grid Indus nader beschouwd.....                                  | 73  |
| 5.3.1  | Het evenredigheidsbeginsel en de evenwichtigheidstoets .....              | 74  |
| 5.3.2  | Analyse en kritiek op de belangrijkste overwegingen .....                 | 76  |
| 5.3.3  | National Grid Indus en aandacht besteed aan relevante terreinen .....     | 79  |
| 5.4  | De nieuwe inzichten die de recente jurisprudentie heeft veroorzaakt.....  | 87  |
| 5.4.1  | Commissie vs. Spanje (particulieren) – juli 2012.....                     | 87  |
| 5.4.2  | Commissie vs. Portugal – zomer 2012.....                                  | 88  |
| 5.4.3  | Arrest Arcade Drilling AS - oktober 2012.....                             | 91  |
| 5.4.4  | Commissie vs. Nederland – januari 2013 .....                              | 94  |
| 5.4.5  | Commissie vs. Spanje (rechtspersonen) – april 2013 .....                  | 95  |
| 5.4.6  | Commissie vs. Denemarken – juli 2013.....                                 | 95  |
| 5.4.7  | Overige infractieprocedures en toekomstverwachtingen.....                 | 95  |
| 5.5  | Conclusie .....   | 96  |
| Hoofdstuk 6: De Wet uitstel van betaling exithellingen getoetst aan het EU-recht ..... |   | 99  |
| 6.1  | Inleiding.....  | 99  |
| 6.2  | De Nederlandse implementatie van National Grid Indus.....                 | 100 |
| 6.2.1  | Het beleidsbesluit inzake exithellingen.....                              | 100 |
| 6.2.2  | Van besluit tot Wetsvoorstel.....   | 101 |
| 6.2.3  | De Wet uitstel van betaling exithellingen .....                           | 102 |
| 6.2.4  | Inhoud van de Wet besproken .....   | 103 |
| 6.3  | Voldoet de Wet uitstel van betaling exithellingen aan het EU-recht? ..... | 107 |

|                              |  |     |
|------------------------------|--|-----|
| 6.3.1                        | Het beslisschema .....   | 108 |
| 6.3.2                        | EU-rechtelijke discussie en op belangrijke onderdelen ingaan .....       | 109 |
| 6.3.3                        | Conclusie: voldoet de Wet aan het EU-recht? .....                        | 118 |
| 6.3.4                        | Nadere opmerkingen .....   | 121 |
| 6.4                          | Voorgestelde wijzigingen van de Wet en andere oplossingsrichtingen ..... | 123 |
| 6.4.1                        | De Wet wijzigen: wat is het doel? .....                                  | 123 |
| 6.4.2                        | Voorgestelde wijzigingen die de Wet meer EU-proof zullen maken .....     | 124 |
| 6.4.3                        | Oplossingsrichtingen van andere lidstaten .....                          | 126 |
| 6.4.4                        | Onderneemt het kabinet nog actie?.....                                   | 132 |
| 6.4.5                        | De voordelen voor Nederland en Europa door een gewijzigde Wet.....       | 133 |
| 6.5                          | Conclusie: .....   | 133 |
| Hoofdstuk 7: Conclusie ..... |  | 138 |
| 7.1                          | Inleiding.....   | 138 |
| 7.2                          | Samenvatting en conclusie.....   | 139 |
| 7.3                          | Afsluiting .....   | 144 |
| Appendix .....               |  | 145 |
| Literatuurlijst.....         |  | 152 |

## Lijst van afkortingen

|              |   |
|--------------|---|
| A-G          | Advocaat-generaal   |
| Art.         | Artikel   |
| AWR          | Algemene Wet inzake Rijksbelastingen                      |
| BNB          | Beslissingen in belastingzaken                            |
| BRK          | Belastingregeling van het Koninkrijk                      |
| BvdB 2001    | Besluit voorkoming dubbele Belasting 2001                 |
| BW           | Burgerlijk Wetboek  |
| EER          | Europese Economische Ruimte                               |
| EU           | Europese Unie   |
| FED          | Fiscaal weekblad FED                                      |
| HR           | Hoge Raad der Nederlanden                                 |
| HvJ          | Hof van Justitie van de Europese Unie                     |
| IW'90        | Invorderingswet 1990                                      |
| IBFD         | International Bureau of Fiscal Documentation              |
| MBB          | Maandblad Belasting beschouwingen                         |
| NTFR         | Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht                      |
| NTFR-B       | Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen        |
| Nr.          | Nummer  |
| OESO         | Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling |
| Rb           | Rechtbank   |
| Stb.         | Staatsblad  |
| Stcrt.       | Staatscourant   |
| TFO          | Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht                     |
| Uitv.besl.   | Uitvoeringsbesluit  |
| Uitv.reg.    | Uitvoeringsregeling                                       |
| V-N          | Vakstudie Nieuws  |
| Wet IB 1964  | Wet op de inkomstenbelasting 1964                         |
| Wet IB 2001  | Wet inkomstenbelasting 2001                               |
| Wet Vpb 1969 | Wet op de vennootschapsbelasting 1969                     |
| WFR          | Weekblad voor Fiscaal Recht                               |

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Inleiding

De Europese Unie heeft zich over de afgelopen decennia sterk ontwikkeld. In de jaren na de oprichting groeide de EU in omvang door de toetreding van meer lidstaten en door de uitbreiding van haar zeggenschap.<sup>1</sup> Met de groei is gestreefd naar een gemeenschappelijke interne markt. Dit heeft tot gevolg gehad dat het vrije verkeer van personen, arbeid, goederen, diensten en kapitaal een verworven recht is geworden. In het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) zijn deze rechten (vrije verkeersbepalingen) gecodificeerd in het Europese recht.

De vrije verkeersbepalingen leiden geregeld tot rechtszaken tussen burgers (lees ook: ondernemingen) en EU-lidstaten, die in sommige gevallen door het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) dienen te worden beslecht.<sup>2</sup> Een vrije verkeersbepaling die de afgelopen jaren sterk onder de aandacht is geweest, is de bepaling ten aanzien van het vrije verkeer van personen, namelijk de vrijheid van vestiging. Onder 'personen' dient niet alleen te worden verstaan de natuurlijke persoon, maar ook de rechtspersoon (bijv. kapitaalvennootschappen). Inzake de vrijheid van vestiging is in het VwEU neergelegd, dat lidstaten geen belemmeringen mogen opleggen als bijvoorbeeld een kapitaalvennootschap (anders: vennootschap)<sup>3</sup> besluit zich in een andere EU-lidstaat te vestigen. Een bepaling binnen de nationale wetgeving van lidstaten waar lange tijd onduidelijkheid over bestond of deze al dan niet in strijd is met de vrijheid van vestiging, is de exitheffingbepaling in de winstsfeer. Een exitheffing houdt kortgezegd in, dat zodra een kapitaalvennootschap wordt verplaatst naar het buitenland, er afgerekend dient te worden over de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst. Het arrest Daily Mail<sup>4</sup> had de aanzet gegeven voor de discussie of exitheffingbepalingen in de winstsfeer – zo ook de exitheffingbepalingen die bestaan in de Nederlandse wetgeving –<sup>5</sup> in strijd zijn met de vrijheid van vestiging voor vennootschappen. Na dit arrest zijn er andere zaken voorgelegd aan het HvJ met betrekking tot de exitheffingbepalingen, met als gevolg dat de discussie in een stroomversnelling is geraakt.<sup>6</sup> Daarnaast heeft de Europese Commissie (hierna: Commissie) in 2006 een Mededeling<sup>7</sup> gepubliceerd waarin is onderzocht hoe de nationale wetgeving van lidstaten inzake exitheffingen in overeenstemming kunnen worden gebracht met de vereisten van het EU-recht. De toen bestaande jurisprudentie van het HvJ is als leidraad gebruikt voor de inhoud van de Mededeling. Blijkbaar ontevreden met de gemaakte vorderingen, zijn een aantal lidstaten door de Commissie voor het HvJ gedaagd.<sup>8</sup> De exitheffingbepalingen van onder andere Nederland, Denemarken en Spanje, werden als te belemmerend beschouwd en voldeden naar de opvatting van de Commissie niet aan de vrijheid van vestiging. De gestartte procedures tegen België, Finland en Zweden zijn inmiddels ingetrokken en het HvJ hoeft zich daarover niet meer te buigen.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Het Verdrag van Maastricht in 1993 vormde het begin van de Europese Unie.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld de arresten HvJ EG 14 februari 1995, nr. C-279/93 (Schumacker) en HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes).

<sup>3</sup> Doorgaans wordt om praktische redenen het woord vennootschap gebruikt in plaats van kapitaalvennootschap.

<sup>4</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (Daily Mail).

<sup>5</sup> De exitheffingbepalingen van Nederland zijn opgenomen in de artikelen 3.60 en 3.61 Wet inkomstenbelasting 2001 en de artikelen 15c en 15d Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

<sup>6</sup> Onder andere HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie) en HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N).

<sup>7</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief.

<sup>8</sup> Dit waren België, Denemarken, Finland, Ierland, Nederland, Noorwegen, Portugal, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden.

<sup>9</sup> De procedures zijn ingetrokken omdat België, Finland en Zweden haar exitheffingbepalingen zodanig hebben aangepast dat deze niet meer in strijd zouden zijn met de vrijheid van vestiging. De Europese Commissie poogde derhalve door negatieve integratie, wel voortgang te maken.

Ten aanzien van de EU-rechtelijke houdbaarheid van een exithetfing volgde op 29 november 2011 een doorbraak. Op die datum heeft het HvJ arrest gewezen in de zaak National Grid Indus<sup>10</sup>, waarin belangrijke overwegingen zijn gedaan die de belastingplichtige een hoop helderheid hebben verschaft.<sup>11</sup> Zo is nu duidelijk geworden dat een exithetfingbepaling, waarbij de belasting onmiddellijk wordt geïnd bij emigratie zonder de mogelijkheid tot uitstel, onevenredig uitpakt voor de belastingplichtige.<sup>12</sup> Op basis van dit arrest moet de belastingplichtige een mogelijkheid krijgen voor het uitstel van betaling. Wel mogen de lidstaten bepaalde voorwaarden en zekerheden stellen aan het verleende uitstel.

Met name door het arrest National Grid Indus en mede door de infractieprocedure tegen Nederland is in december 2011 - voorlopend op nieuwe wetgeving - een besluit<sup>13</sup> uitgevaardigd. Daarin wordt de invordering van een exithetfing bij een kapitaalvennootschap onder voorwaarden uitgesteld.<sup>14</sup> In mei 2012 is vervolgens het Wetsvoorstel; `uitstel van betaling exithetfingen`, bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>15</sup> Het wetsvoorstel is op 7 mei 2013 aangenomen door de Eerste Kamer en werkt terug tot en met 29 november 2011 (datum arrest National Grid Indus).<sup>16</sup>

## 1.2 Probleemstelling

In deze scriptie wordt onderzocht of de exithetfing in de winstsfeer - door de invoering van de Wet uitstel van betaling exithetfingen - in overeenstemming is gebracht met het EU-recht en in het bijzonder met de vrijheid van vestiging. De toegang tot deze bepaling voor vennootschappen speelt hierbij een belangrijke rol, omdat alleen dan de toetsing aan de vrijheid van vestiging kan plaatsvinden. Verder wordt tevens de positieve en de negatieve integratie ter zake van exithetfingen van de afgelopen jaren in beeld gebracht.<sup>17</sup> Voor wat betreft de positieve integratie draait het met name om de Mededeling van de Commissie en de Resolutie van de Raad van Ministers<sup>18</sup>; beiden zullen worden behandeld en bekeken zal worden wat het belang van deze stukken heden ten dage nog is. Voor wat betreft de negatieve integratie draait het voornamelijk om het arrest National Grid Indus, waarop de Wet uitstel van betaling exithetfingen in grote mate op is gebaseerd. Andere relevante jurisprudentie inzake de exithetfingen zal ook aan bod komen. Tot slot wordt de stand van de infractieprocedure tegen Nederland – evenals de procedures tegen de andere lidstaten – tegen het licht gehouden. Naar aanleiding van het voorgaande ben ik tot de volgende probleemstelling gekomen:

*Is de Nederlandse implementatie van de gevolgen van het arrest National Grid Indus – de Wet uitstel van betaling exithetfingen – nu volledig in overeenstemming met Europees recht ('EU-proof')?*

---

<sup>10</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus); de zaak is aan het HvJ voorgelegd nadat het Gerechtshof van Amsterdam op 15 juli 2010 drie prejudiciële vragen had gesteld. De zaak wordt in Hoofdstuk 5 uitgebreid besproken.

<sup>11</sup> Daarnaast heeft het overheden ook een hoop helderheid verschaft. In het arrest worden concrete punten genoemd hoe de exithetfingbepalingen - ondanks dat er sprake is van een belemmering - moeten worden ingericht om proportioneel gerechtvaardigd te voldoen aan de vrijheid van vestiging.

<sup>12</sup> In het arrest is beslist dat de onmiddellijke invordering van de emigratieheffing in strijd met Europees recht is en daarvoor moet dan ook een uitstelmogelijkheid worden verleend.

<sup>13</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M.

<sup>14</sup> In Hoofdstuk 2 wordt uitgebreid ingegaan op de belastingheffing die plaatsvindt ingeval een kapitaalvennootschap ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten.

<sup>15</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 1, 2 en 3.

<sup>16</sup> Kamerstukken I, vergaderingen 2012/13, 33262 nr. 5 (7 stemmingen, 7 mei 2013) en Koninklijk Besluit van 29 mei 2013, Stb. 2013, 183.

<sup>17</sup> De ontwikkeling van de exithetfing in Europees verband vallen in twee gedachten uiteen: positieve integratie en negatieve integratie. De positieve integratie wordt verdeeld in de primaire bron (VEU en VwEU), de secundaire bron (verordeningen, richtlijnen en beschikkingen) en als derde bron 'soft law'; hetgeen aanbevelingen, Mededelingen en gedragscodes bevat. Onder negatieve integratie worden de veranderingen veroorzaakt door de arresten die het HvJ gewezen heeft, verstaan.

<sup>18</sup> Naast de Mededeling is er door de Raad van de Europese Unie een Resolutie gepubliceerd betreffende de coördinatie inzake exithetfingen. Zie Ecofin 2 dec 2008, nr. 16412/08, NTFR 2008/2503.



Om tot een zo volledig mogelijke beantwoording van de probleemstelling te komen, doorloop ik in deze scriptie de volgende deelvragen, waarbij elke deelvraag een hoofdstuk representeert:

- Hoe heeft de exitheffing zich ontwikkeld en wat is het doel van de exitheffing? (Hoofdstuk 2)
- Wanneer heeft een kapitaalvennootschap toegang tot de vrijheid van vestiging? (Hoofdstuk 3)
- Hoe heeft de positieve integratie zich op het terrein van de exitheffingen ontwikkeld en in het bijzonder wat voor beleid heeft de Commissie vanaf 2006 gevoerd? (Hoofdstuk 4)
- Hoe heeft het HvJ in de zaak National Grid Indus geoordeeld, hetgeen bepalend is geweest voor de uiteindelijke Wet uitstel van betaling exitheffingen? Heeft de recente jurisprudentie daartoe nog nieuwe inzichten veroorzaakt? (Hoofdstuk 5)
- Welke belangrijke punten zijn neergelegd in de Wet uitstel van betaling exitheffingen en is deze Wet in overeenstemming met het EU-recht? Ongeacht het antwoord op de eerste vraag, welke verbeteringen zouden in de Wet geïmplementeerd kunnen worden? (Hoofdstuk 6)

### 1.3 Opbouw

In Hoofdstuk 2 wordt begonnen met een introductie van de exitheffingen in de winst sfeer binnen de Nederlandse wetgeving. Vervolgens wordt in Hoofdstuk 3 gezocht naar een antwoord op de vraag wanneer een kapitaalvennootschap toegang verkrijgt tot de vrijheid van vestiging. Daarnaast wordt onderzocht of een kapitaalvennootschap, die geconfronteerd wordt met een exitheffing ingevolge artikel 15c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969), een beroep kan doen op de vrijheid van vestiging. In Hoofdstuk 4 staat de positieve integratie ter zake van exitheffingen centraal, waarbij met name de standpunten van de Commissie worden behandeld. Hoofdstuk 5 staat in het teken van het arrest National Grid Indus. De overwegingen die het HvJ in dat arrest heeft gedaan, zullen nauwgezet worden besproken en beoordeeld. Dit is relevant, omdat de Wet uitstel van betaling exitheffingen in grote mate gebaseerd is op National Grid Indus. Verder wordt de meer recente jurisprudentie (2012 – 2013) behandeld en welke gevolgen deze met zich brengen. De laatste deelvraag komt in Hoofdstuk 6 aan bod. In dit hoofdstuk staat de Wet uitstel van betaling exitheffingen centraal. Ook volgt de EU-rechtelijke toetsing, waarbij de Wet uitstel van betaling exitheffingen eerst op onderdelen wordt getoetst en naderhand in zijn totaliteit wordt beoordeeld.<sup>19</sup> Als blijkt dat de Wet niet in overeenstemming is met het EU-recht, worden beknopt wijzigingen voorgesteld en andere oplossingsrichtingen onderzocht die geïmplementeerd kunnen worden. Deze scriptie wordt in Hoofdstuk 7 afgesloten met een samenvatting en een conclusie. Tevens wordt er een antwoord gegeven op de probleemstelling.

### 1.4 Afbakening

De focus binnen deze scriptie komt te liggen op de exitheffing in de winst sfeer en in hoeverre deze voldoet aan de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU). Hoewel exitheffingen ook in andere belastingwetten bestaan, worden slechts de exitheffingen in de Wet Vpb 1969 behandeld. Dit zijn art. 15c en 15d Wet Vpb 1969. Een belangrijke opmerking is wel dat de conclusies die met betrekking tot deze artikelen worden getrokken ook van toepassing kunnen zijn op de exitheffingen in de andere belastingwetten, zoals in de inkomstenbelasting.

---

<sup>19</sup> Aan de hand van de zogeheten *beslisboom* of *beslisschema* kan worden beoordeeld of een maatregel van een lidstaat in overeenstemming met het EU-recht is. Hierover volgt meer uitleg in Hoofdstuk 6 (par. 6.3.1).

Verder is het belangrijk om te vermelden dat alleen de Nederlandse exitheffingen uitgebreid worden besproken. Zoals eerder is aangegeven heeft de Commissie ook andere lidstaten voor het HvJ gedaagd inzake de exitheffingen. Het zal daarom interessant zijn om deze te bekijken en te achterhalen welke aspecten als belemmerend worden gekenmerkt. Daarnaast worden de oplossingsrichtingen van de andere lidstaten kort bekeken; wellicht dat Nederland hier inspiratie uit kan halen en lering kan trekken. Oplossingen die gelegen zijn op bilateraal of Europees niveau worden niet verder onderzocht.

Tot slot dient te worden opgemerkt dat een exitheffing die in werking treedt bij een grensoverschrijdende fusie, splitsing of reorganisatie niet wordt behandeld.

# Hoofdstuk 2: De Exitheffing

## 2.1 Inleiding

De exitheffingen in de Nederlandse Wet zijn neergelegd in de artikelen 15c en 15d van de Wet Vpb 1969 en de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). Ik richt mij voornamelijk op kapitaalvennootschappen die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatsen en daarom zal artikel 15c Wet Vpb 1969 - zoals hieronder wordt toegelicht - in de hoofdregel van toepassing zijn.<sup>20</sup> De deelvraag die hier centraal staat is: *Hoe heeft de exitheffing zich ontwikkeld en wat is het doel van de exitheffing?* In dit hoofdstuk zal eerst artikel 15c Wet Vpb 1969 geformuleerd worden. Daarna zal een korte geschiedenis volgen, de werking van het artikel worden besproken en het doel van de exitheffing nader bestudeerd worden. Ten slotte zal een conclusie getrokken worden met daarin een antwoord op de deelvraag.

## 2.2 Artikel 15c Wet Vpb 1969

Alvorens toe te komen aan de geschiedenis van artikel 15c Wet Vpb 1969, volgt nu de letterlijke tekst van artikel 15c, eerste lid Wet Vpb 1969 zoals die vandaag de dag in de wet staat: *Indien een belastingplichtige voor de toepassing van deze wet of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dan wel de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland, worden de bestanddelen van zijn vermogen waarvan de voordelen dientengevolge niet meer begrepen worden in de belastbare winst, op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van het hiervoor bedoelde inwonerschap geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.*<sup>21</sup>

Om te voorkomen dat de in Nederland opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst Nederland onbelast verlaat, is art. 15c Wet Vpb 1969 in het leven geroepen. Hierover volgt meer later in dit hoofdstuk waar het doel van de regeling wordt besproken.

### 2.2.1 De geschiedenis van de exitheffing

De exitheffing in de winstfeer was niet altijd opgedeeld in vier verschillende artikelen. Voor het jaar 2001 was de exitheffing in art. 16 Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB 1964) vastgelegd.<sup>22</sup> Dit artikel werkte ook voor de vennootschapsbelasting door middel van de schakelbepaling art. 8 Wet Vpb 1969. Het artikel werkte als een `vangnetbepaling`. Dat wil zeggen dat de winstbestanddelen die door middel van geen enkele andere wet `gevangen` werd, wel onder art. 16 Wet IB 1964 geschaard kon worden. Het artikel werd dan ook ruim geformuleerd: *Voordelen uit onderneming welke niet reeds op de voet van de artikelen 9 tot en met 15 in aanmerking zijn genomen, worden gerekend tot de winst van het kalenderjaar waarin degene voor wiens rekening de onderneming gedreven wordt, ophoudt uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten. Voor de toepassing van artikel 11a worden alsdan de bedrijfsmiddelen geacht aan de onderneming te zijn onttrokken.*<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Artikel 15d Wet Vpb 1969 is bij staking van toepassing en bijvoorbeeld in het geval dat een vennootschap op enig moment na het verplaatsen van de feitelijke leiding naar het buitenland ook vermogensbestanddelen daarheen gaat verplaatsen (een partiële of gehele afrekening naderhand).

<sup>21</sup> Op art. 15c, tweede lid Wet Vpb 1969 wordt niet ingegaan, daar het een specifieke situatie betreffende de emigratie van een fiscale eenheid omvat.

<sup>22</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 27627 nr. 3, blz. 116 - 117.

<sup>23</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1958/59, 5380 nr. 2, blz. 3.

Dit artikel trad dus in werking in alle gevallen wanneer een belastingplichtige ophield *`uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten`*. Het artikel zag daarmee toe op meerdere gebeurtenissen waaronder die van art. 15c Wet Vpb 1969: een in Nederland gevestigd lichaam dat zijn werkelijke leiding en (een deel van) zijn activiteiten verplaatst naar het buitenland.<sup>24</sup> De eindafrekening gold voor zowel naar Nederlands recht opgerichte lichamen als voor naar buitenlands recht opgerichte lichamen.

Ten tijde van het bestaan van art. 16 Wet IB 1964 waren er op vele vlakken regelmatig discussies betreffende deze bepaling. Zo bestond er discussie over de definitie van het begrip *`onderneming`*.<sup>25</sup> Duidde het gebruik van die term op een materiële-ondernemingseis of omvatte het ook de beleggingsvennootschappen? De aanleiding van de verwarring was art. 2, vijfde lid Wet Vpb 1969 waarbij vermeld wordt dat lichamen geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen. Nu door deze fictie vaststaat dat de onderneming gedreven wordt *`met behulp van het gehele vermogen`*, is de reikwijdte van het begrip onderneming in de vennootschapsbelasting van groot belang. Feitelijk volgt uit art. 2, vijfde lid Wet Vpb 1969, dat alle vermogensbestanddelen als ondernemingsactiviteiten worden aangemerkt, of dit nu in werkelijkheid beleggingen of materiële ondernemingsactiviteiten zijn.<sup>26</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest op 15 november 2000, een eind gemaakt aan deze onduidelijkheid.<sup>27</sup> De Hoge Raad sprak uit dat een beperking van de eindafrekening tot alleen vennootschappen die een materiële onderneming drijven in strijd was met doel en strekking van art. 16 Wet IB 1964. Beleggingsvennootschappen vielen zodoende ook onder de reikwijdte van art. 16 Wet IB 1964 en konden daarmee een eindafrekening tegemoet zien, wanneer zij ophielden met het genieten van belastbare winst in Nederland.

Vervolgens bestond er ook discussie over het feit dat voor lichamen die naar Nederlands recht zijn opgericht, de belastingplicht niet eindigde bij de verplaatsing van de werkelijke leiding naar het buitenland.<sup>28</sup> Dit volgde uit art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969, waarbij een lichaam die naar Nederlands recht is opgericht altijd geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Hierdoor bestond een *`dualresidentvennootschap`*.<sup>29</sup> Op grond van de Nederlandse wet wordt dus alsnog in Nederland belastbare winst uit onderneming genoten en zodoende treedt art. 16 Wet IB 1964 niet in werking. Dat vervolgens de heffing in Nederland op basis van het belastingverdrag niet geëffectueerd kon worden, deed hier geen afbreuk aan. Ook aan deze discussie is een einde gemaakt door de Hoge Raad op 27 augustus 1997.<sup>30</sup> Betreffende de betekenis van *`in Nederland belastbare winst`*, werd niet de belastbaarheid op grond van de Nederlandse wet maatgevend geacht, maar de belastbaarheid op grond van de onderlinge toepasselijke belastingverdragen. Hierdoor werd dus duidelijk dat afrekening diende plaats te vinden, indien de activiteiten (tezamen met de feitelijke leiding) van het naar Nederlands recht opgerichte lichaam naar het buitenland werd verplaatst.

Tot slot is – tot zeer recent - discussie blijven bestaan over de werking van art. 16 Wet IB 1964 ingeval er in Nederland slechts deels opgehouden wordt met het genieten van belastbare winst. Uit de letterlijke tekst van de wet valt namelijk niet op te maken of een zogenaamde *`partiële eindafrekening`* ook tot art. 16 Wet IB 1964 behoorde. Het betrof de situatie waarbij een naar Nederlands recht opgericht lichaam zijn werkelijke leiding naar het buitenland overbracht, maar tegelijkertijd niet geheel ophield in Nederland belastbare winst uit een onderneming te genieten. Waarschijnlijk was het de bedoeling dat art. 16 Wet IB 1964 in werking trad voor het gedeelte van

<sup>24</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1958/59, 5380 nr. 3, blz. 38.

<sup>25</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 2.

<sup>26</sup> Zie J.W. Bellingwout, *`Zetelverplaatsing van rechtspersonen`*, Deventer: Kluwer 1996, blz. 254.

<sup>27</sup> HR 15 november 2000, nr. 35.694, BNB 2001/61.

<sup>28</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 2.

<sup>29</sup> De situatie dat beide landen de bv of nv als inwoner aanmerken.

<sup>30</sup> HR 27 augustus 1997, nr. 32.333, BNB 1998/50.

vermogensbestanddelen die mee waren genomen naar het buitenland. Dit volgde echter niet uit de letterlijke wettelijke bepaling. Op hetzelfde moment werd de bevoegdheid tot (onbepaalde) belastingheffing, waarbij de locatie van de werkelijke leiding van doorslaggevend betekenis is, verlegd naar het buitenland op basis van de belastingverdragen.<sup>31</sup> Hier was dus ook sprake van een belastinglek dat op zijn minst van een tijdelijke aard zou zijn.<sup>32</sup> De Staatssecretaris van Financiën heeft zich in de discussie gemengd door het besluit van 22 januari 1996.<sup>33</sup> In het besluit toont hij zich als een voorstander van de partiële eindafrekeningsverplichting.<sup>34</sup> Rechtbank Haarlem vindt een partiële eindafrekening ook toelaatbaar.<sup>35</sup> De Rechtbank deed uitspraak naar aanleiding van een casus waarbij belanghebbende haar zetel met ingang van 1 juni 2000 van Nederland naar Malta verplaatste. De activa bestond uit een verhuurd bedrijfspand en een effectenportefeuille met een stille reserve van f. 1.702.112. Na de zetelverplaatsing zou de heffing over de effectenportefeuille aan Malta worden toegewezen en zou het verhuurde bedrijfspand nog steeds in Nederland in de heffing worden betrokken. De belastinginspecteur zag aanleiding om de stille reserve in de effectenportefeuille op basis van art. 16 Wet IB 1964 in de heffing te betrekken. Rechtbank Haarlem zag bij deze casus voldoende aanknopingspunten om de doel en strekking van het artikel zwaarder te laten wegen dan de letterlijke tekst en zo vond een partiële eindafrekening plaats. Inmiddels hebben zowel Hof Amsterdam als de Hoge Raad de uitspraak van de Rechtbank bevestigd, geheel in overeenstemming met het advies van de advocaat-generaal.<sup>36</sup>

Zoals uit het voorgaande blijkt, hebben de discussies ten aanzien van de exitheffing toen veelal te maken gehad met de precieze reikwijdte van art. 16 Wet IB 1964 en in mindere mate met de eventuele strijdigheid daarvan met het EU-recht.<sup>37</sup> Dit bleek ook uit de kamerstukken ten tijde van de invoering van de Wet IB 2001, waarbij door de wetgever met betrekking tot de exitheffing slechts gesproken werd over de mogelijke belastingontwijking en het mogelijk blijven maken om de belastingplichtige aan te slaan voor de volle winsten bij emigratie.<sup>38</sup> Die strijdigheid van de exitheffing met het EU-recht kwam in 1988 wel bij de zaak *Daily Mail*<sup>39</sup> aan bod, hoewel hier de vennootschapsrechtelijke aspecten meer centraal stonden. Na een lange rustperiode, kwam vanaf 1999 (*Centros*, *Überseering*, *Sevic*) de civiele jurisprudentie weer op gang en vanaf 2004 kwamen eindelijk de 'echte' fiscale jurisprudentie uit. Hierbij speelden onder andere de arresten *De Lasteyrie du Saillant* (2004), *N* (2006) en *National Grid Indus* (2011) een belangrijke rol. In elk van die arresten werd tevens een beroep op de vrijheid van vestiging gedaan.<sup>40</sup> De Mededeling uit 2006 van de Commissie en de Resolutie van de Raad van Ministers (2008) hebben eveneens een belangrijke rol gespeeld, daar zij de positieve integratie in kaart hebben gebracht.<sup>41</sup>

Om de toenmalige discussies weg te nemen, meer duidelijkheid te creëren en art. 16 Wet IB 1964 specifiek in te richten heeft de wetgever besloten om het artikel vanaf 1 januari 2001, bij invoering van de Wet IB 2001, op te splitsen in vier verschillende artikelen.<sup>42</sup> Twee artikelen zijn neergelegd in de vennootschapsbelasting; art. 15c en

<sup>31</sup> Zie art. 4, derde lid OESO-Modelverdrag.

<sup>32</sup> Het belastinglek zou blijven bestaan tot op het moment dat in Nederland geheel wordt opgehouden belastbare winst uit onderneming te genieten en daardoor art. 16 Wet IB 1964 alsnog in werking treedt.

<sup>33</sup> Besluit van 22 januari 1996, nr. DG096/0691, V-N 1996/754.

<sup>34</sup> De Staatssecretaris: *Met een beroep op doel en strekking van art. 16 Wet IB 1964 zal bij de zetelverplaatsing waarbij een gedeelte van de onderneming in Nederland achterblijft partiële eindafrekening plaatsvinden.*

<sup>35</sup> Rb Haarlem 13 oktober 2010, nr. 09/01232, NTFR 2011/208.

<sup>36</sup> Partiële afrekening is toegestaan. Zie HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, V-N 2013/12.18.

<sup>37</sup> Echter zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26727 nr. 7, blz. 102: Bij beantwoording op de vraag van leden van de VVD-fractie werd de strijdigheid met het EU-recht kort maar krachtig verworpen.

<sup>38</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 26727 nr. 3, blz. 116 – 118.

<sup>39</sup> In deze zaak betrof het een Engelse vennootschap die (schijnbaar) zonder de toestemming van het Ministerie van Financiën haar werkelijke zetel niet kon verplaatsen. Een fiscale sanctie volgde indien de zetel toch werd verplaatst.

<sup>40</sup> Voor een uitgebreide behandeling (inclusief de vindplaatsen) van deze arresten, alsmede de Mededeling, de infractieprocedure tegen Nederland en de resolutie wordt verwezen naar de hoofdstukken 3, 4 en 5.

<sup>41</sup> Zoals in de volgende hoofdstukken echter zal blijken, zijn de meeste en grootste stappen als gevolg van de negatieve integratie gezet.

<sup>42</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 26728 nr. 3, blz. 55.

15d Wet Vpb 1969. De twee overige artikelen hebben betrekking op IB-ondernemers en zijn opgenomen in art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001. De artikelen in de vennootschapsbelasting die van toepassing zijn op Vpb-plichtige rechtspersonen, zijn in hoofdlijnen gelijk aan de artikelen in de inkomstenbelasting.<sup>43</sup> In art. 15c Wet Vpb 1969 en art. 3.60 Wet IB 2001 zijn de exithetfingbepalingen neergelegd en art. 15d Wet Vpb 1969 en art. 3.61 Wet IB 2001 zijn van toepassing ingeval er sprake is van een staking of een partiële of gehele afrekening naderhand. De exithetfing in art. 15c Wet Vpb 1969 luidde in 2001 als volgt: *‘Indien een belastingplichtige die feitelijk in Nederland is gevestigd bestanddelen van zijn vermogen, een zelfstandig gedeelte van een onderneming daaronder begrepen, vanuit Nederland overbrengt naar een door hem gedreven onderneming buiten Nederland en de werkelijke leiding van de belastingplichtige gelijktijdig of daarna niet meer in Nederland plaatsvindt waardoor de belastingplichtige voor de toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dan wel de Belastingregeling voor het Koninkrijk, niet meer wordt aangemerkt als inwoner, worden die bestanddelen voor zover deze nog behoren tot het vermogen van de belastingplichtige, op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van de hiervoor bedoelde inwonerschap geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer.’*<sup>44</sup>

Hoewel het artikel een stuk langer is gemaakt, zijn nog steeds niet alle discussiepunten weggenomen. In de literatuur vroeg onder andere *Bellingwout* zich af hoe het begrip ‘onderneming’ in de bepaling gelezen moest worden.<sup>45</sup> Evenals voorheen kon uit de letterlijke wettekst niet worden opgemaakt dat naast de materiële ondernemingsactiviteiten ook beleggingsactiviteiten onder de bepaling vielen. Daarnaast ziet de letterlijke tekst van art. 15d Wet Vpb 1969 (overigens tot op heden) niet toe op een partiële afrekening na verplaatsing van de werkelijke zetel.<sup>46</sup> In 2002 heeft de wetgever de discussie omtrent het begrip onderneming willen wegnemen en art. 15c Wet Vpb 1969 geherformuleerd. Hier volgt nogmaals art. 15c Wet Vpb 1969 die sindsdien onveranderd is gebleven: *‘Indien een belastingplichtige voor de toepassing van deze wet of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dan wel de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland, worden de bestanddelen van zijn vermogen waarvan de voordelen dientengevolge niet meer begrepen worden in de belastbare winst, op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van het hiervoor bedoelde inwonerschap geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.’*

De wetgever merkte op dat: *‘In de voorgestelde tekst (...) is duidelijker tot uitdrukking gebracht dat ook stille reserves in beleggingen onder het bereik daarvan vallen.’*<sup>47</sup> De herformulering was een succes want sindsdien werkt de regeling uit zoals de wetgever het heeft beoogd en weet de belastingplichtige waar die aan toe is.

### 2.2.2 De werking van de exithetfing

In deze paragraaf wordt de werking van art. 15c Wet Vpb 1969 besproken. Het artikel bestaat uit twee voorwaarden alsmede een fictie die in werking treedt wanneer aan de twee voorwaarden wordt voldaan. Aan de eerste voorwaarde is voldaan indien een belastingplichtige niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland. Of een belastingplichtige wel of niet wordt aangemerkt als een inwoner is gebaseerd op de toepassing van de wet, een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, de Belastingregeling voor het Koninkrijk of de Belastingregeling

---

<sup>43</sup> In dit onderzoek zal ik dus slechts beperkt naar de inkomstenbelasting kijken en alleen voor zover mij dit helpt in de beantwoording van de probleemstelling. In dit kader merk ik wel op dat in art. 3.60 Wet IB 2001 geen verwijzing naar een verdrag wordt gemaakt.

<sup>44</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 26728 nr. 2, blz. 29.

<sup>45</sup> J.W. Bellingwout, *‘Zetelverplaatsing in beweging (I), Eindafrekening anno 2001’*, WFR 2001/6424, onderdeel 7 – 7.5.

<sup>46</sup> In de praktijk wordt de partiële afrekening van art. 15d Wet Vpb 1969 wel toegepast.

<sup>47</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2001/02, 28034 nr. 3, blz. 11- 12.

voor het land Nederland. De tweede voorwaarde houdt in dat de voordelen van de bestanddelen van het vermogen niet meer begrepen worden in de belastbare winst. Met andere woorden als alle bestanddelen van het vermogen nog steeds in Nederland zijn belast, is niet voldaan aan de tweede voorwaarde en treedt art. 15c Wet Vpb 1969 niet in werking ongeacht of de belastingplichtige een inwoner van Nederland is of niet.<sup>48</sup>

Wanneer wel aan de twee voorwaarden is voldaan treedt een fictie in werking. De voordelen van de bestanddelen van het vermogen die niet meer begrepen worden in de belastbare winst worden onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van het inwonerschap geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Hieruit volgt dat de totale opgebouwde stille reserves, de vrijval van fiscale reserves en goodwill belast worden; met andere woorden het verschil tussen de boekwaarde van de balansposten en de waarde in het economische verkeer van de onderneming. Het heffingsmoment van art. 15c Wet Vpb 1969 is het tijdstip dat onmiddellijk voorafgaat aan het eindigen van het inwonerschap. Op dat moment wordt de `balans` opgemaakt en het belastbare bedrag berekend.

Het is ook belangrijk te begrijpen over welke bestanddelen precies afgerekend moet worden. Dit zijn zowel de eerder overgebrachte vermogensbestanddelen als de vermogensbestanddelen die gelijk met het einde van het inwonerschap aan het bereik van de Nederlandse heffing ontsnappen.<sup>49</sup> Bovendien moet ook afgerekend worden over de vermogensbestanddelen die naar een ander verdragsland of een ander deel van het Koninkrijk zijn verplaatst dan het land waar de feitelijke leiding heen verplaatst is. Tot slot kan het geval voorkomen dat er afgerekend wordt over vermogensbestanddelen die in zijn geheel niet zijn overgedragen, maar waarover het heffingsrecht is vervallen na de beëindiging van het inwonerschap.<sup>50</sup> In tegenstelling tot de afrekeningsmomenten, kan het ook voorkomen dat bij de verplaatsing van de werkelijke leiding geen afrekening plaatsvindt. Een voorbeeld hiervan is als de gehele onderneming in Nederland blijft. Het lichaam blijft belastingplichtig met betrekking tot de Nederlandse onderneming. Nederland verliest zijn onbeperkte heffingsrecht, maar kan heffen over alle vermogensbestanddelen die toerekenbaar zijn aan de onderneming.<sup>51</sup>

Vervolgens is er een cruciaal onderscheid te maken tussen naar Nederlands recht opgerichte lichamen en naar buitenlands recht opgerichte lichamen.<sup>52</sup> Voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen geldt namelijk art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 (hierna: vestigingsplaatsfictie), waarin staat dat zij altijd geacht worden in Nederland te zijn gevestigd. Wanneer een naar Nederlands recht opgericht lichaam zijn werkelijke leiding verplaatst naar een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft of waarop de Belastingregeling voor het Koninkrijk van toepassing is, wordt in de regel<sup>53</sup> op grond van de tie-breaker<sup>54</sup> de Nederlandse belastingheffing beperkt en kan de vestigingsplaatsfictie dit niet verhinderen. Nederland kan slechts nog heffen over bijvoorbeeld in Nederland gelegen onroerend goed<sup>55</sup> of een vaste inrichting. Wanneer een naar Nederlands recht opgericht lichaam zijn werkelijke leiding verplaatst naar een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten, blijft het lichaam door de vestigingsplaatsfictie volledig belastingplichtig in Nederland over alle vermogensbestanddelen. In deze situatie is er namelijk geen sprake van een belastingverdrag die het Nederlandse heffingsrecht kan beperken.<sup>56</sup> Wanneer een lichaam opgericht is naar buitenlands recht dan vindt de vestigingsplaatsfictie echter geen toepassing

---

<sup>48</sup> Het eindigen van het inwonerschap zal veelal het gevolg zijn door het verplaatsen van de werkelijke leiding naar het buitenland, maar andere oorzaken kunnen ook van toepassing zijn.

<sup>49</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 3.2.

<sup>50</sup> Nergens in het wetsartikel is vermeld dat de vermogensbestanddelen ook daadwerkelijk moeten worden zijn overgedragen.

<sup>51</sup> Art. 7, eerste lid OESO-Modelverdrag; een vaste inrichting (in Nederland).

<sup>52</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 3.2.

<sup>53</sup> In deze scriptie wordt het OESO-modelverdrag als uitgangspunt genomen, tenzij expliciet wordt vermeld dat dit anders is.

<sup>54</sup> De tie-breaker houdt hier in dat de woonplaats van dualresidentvennootschappen aan één land wordt toegewezen.

<sup>55</sup> Op basis van art. 6 OESO-Modelverdrag is onroerend goed belastbaar in het land waar het gelegen is.

<sup>56</sup> Omdat het lichaam inwoner van Nederland blijft, treedt art. 15c Wet Vpb 1969 niet in werking. Ter voorkoming van dubbele belasting is de belastingplichtige aangewezen op het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

en verliest het lichaam altijd inwonerschap ingeval de werkelijke leiding vanuit Nederland verplaatst wordt naar het buitenland.

Indien art. 15c Wet Vpb 1969 in werking treedt worden in beginsel de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winsten onmiddellijk belast. Dit kan voor de belastingplichtige die zijn onderneming tezamen met de feitelijke leiding verplaatst naar het buitenland liquiditeitsproblemen opleveren. Er is sprake van een afwijkende en ongelijke behandeling omdat een vergelijkbare binnenlandse verplaatsing van een onderneming niet geconfronteerd wordt met een (exit)heffing. Hiervoor is – zoals besproken in Hoofdstuk 1 – reeds een besluit uitgevaardigd waarin een uitstel­mogelijkheid is opgenomen voor ondernemingen in verband met de invordering van de exitheffing.<sup>57</sup>

Volgend op het uitgevaardigde besluit van december 2011, werd in mei 2012 het Wetsvoorstel uitstel van betaling exitheffingen bij de Tweede Kamer ingediend, dat vervolgens in mei 2013 definitief een Wet werd doordat de Eerste Kamer met het voorstel heeft ingestemd. Daar het wetsvoorstel inmiddels is aangenomen behoort het uitstel van betaling ter zake van exitheffingen definitief tot de mogelijkheden voor ondernemingen en hiermee kunnen zij (enige) liquiditeitsproblemen (deels) vermijden.<sup>58</sup> In Hoofdstuk 6 zal nader op de Wet uitstel van betaling exitheffingen worden ingegaan en onderzocht worden in hoeverre deze Wet in lijn is met Europees recht. Duidelijk zal worden dat aan het uitstel verplichtingen zijn verbonden, die voor ondernemingen ook belemmerend kunnen zijn.

### 2.2.3 Het doel van de exitheffing

Voordat besproken wordt in hoeverre art. 15c Wet Vpb 1969 (hierna: exitheffing) in strijd is met de vrijheid van vestiging en in hoeverre de Wet uitstel van betaling exitheffingen hieromtrent soelaas biedt,<sup>59</sup> is het belangrijk eerst te begrijpen wat het doel van de exitheffing is. Feit is dat wanneer een in Nederland gevestigd lichaam zijn feitelijke leiding (met inbegrip van vermogensbestanddelen) verplaatst naar het buitenland Nederland haar belastingclaim op de vennootschap dreigt te verliezen. Zoals eerder aan bod kwam zal namelijk de onbeperkte belastingheffing op basis van de tie-breaker toegewezen worden aan het land waar de feitelijke leiding gevestigd is. Nederland wil de mogelijkheid hebben om niet alleen de jaarlijkse winsten te belasten, maar ook voorkomen dat de opgebouwde stille reserves, fiscale reserves en goodwill aan de belastingheffing ontsnappen.<sup>60</sup> Op basis van het territorialiteitsbeginsel<sup>61</sup> heeft een land tevens het recht (en de plicht) om baten en lasten die op hun territorium zijn opgekomen, te belasten. Het belangrijkste doel van de exitheffing is zodoende om de in Nederland opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst aan de heffing te onderwerpen.<sup>62</sup> Er wordt gestreefd naar de belasting van de totaalwinst, welke in beginsel in het geding is bij de emigratie van een vennootschap. De exitheffing slaagt in deze opzet door de balans op te maken en te heffen op het moment dat onmiddellijk voorafgaat aan het ophouden van het inwonerschap. Uit een efficiëntieoogpunt zal een land op dat moment ook graag het belastbare bedrag vaststellen en invorderen omdat de vermogensbestanddelen nadien vaak niet of moeilijk te volgen zijn.<sup>63</sup> Wanneer gebruik wordt gemaakt van de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuld­vorderingen die lidstaten tot hun beschikking

---

<sup>57</sup> Voor de exitheffingen die zijn geheven voor 29 november 2011, bestaat (helaas) geen uitstel­mogelijkheid. Dat is in feite ook een strijdigheid met het EU-recht.

<sup>58</sup> Bij het van kracht worden van de Wet uitstel van betaling exitheffingen zal de uitstel­mogelijkheid in art. 25a IW'90 neergelegd zijn.

<sup>59</sup> Dit wordt uitgebreid behandeld in Hoofdstuk 5 en 6.

<sup>60</sup> De jaarlijkse winsten worden opgevat op basis van het goedkoopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB 2001).

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 41.

<sup>62</sup> Deze opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winsten bestaan uit stille reserves, fiscale reserves en goodwill.

<sup>63</sup> Zie het standpunt daaromtrent van enkele lidstaten: HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 78.



hebben, zal dat argument echter aan overtuigingskracht verliezen.<sup>64</sup> Dit zal in Hoofdstuk 4 en 5 uitgebreider aan bod komen.

Het doel waarnaar Nederland streeft, namelijk het belasten van de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst, kan – nogmaals - worden gedwarsboomd door de EU doordat dit in beginsel in strijd met het EU-recht is. Een vennootschap die de feitelijke leiding over de grens verplaatst wordt aangeslagen, waarbij tot voor kort geen mogelijkheid geboden werd die voorzag in het uitstel van de invordering.<sup>65</sup> De vraag is of de wijzigingen die de Wet uitstel van betaling exithellingen heeft geboden, voldoende EU-proof zijn als het gaat om de huidige exithelling in combinatie met het uitstel van de invordering. De infractieprocedure tegen Nederland is afgerond, maar sommigen verwachten een nieuwe infractieprocedure. In deze procedure zal het HvJ dan het oordeel vellen of en in hoeverre de wijzigingen die de Wet heeft geboden, toereikend zijn.<sup>66</sup>

De rechtvaardiging voor de exithelling die doorgaans wordt gegeven, is dat Nederland slechts de baten en lasten die in Nederland zijn opgekomen, wil belasten. Een belangrijk probleem is echter dat wanneer het buitenland geen step up<sup>67</sup> verleend, de vennootschap een dubbele heffing tegemoet kan zien. Dit kan echter worden verantwoord met de reden dat het Nederlandse systeem een coherent systeem is, waarbij bij binnenkomst en vertrek de balans tegen de waarde in het economische verkeer wordt gewaardeerd. Een dubbele belasting is daarom slechts het gevolg van de uitwerking van de verschillende belastingsystemen (dispariteiten) van lidstaten die niet discrimineren op basis van inwonerschap of nationaliteit. Niettemin moeten de lidstaten streven naar de voorkoming van dubbele belastingheffing of gebrek aan belastingheffing. Een van de maatregelen die lidstaten kunnen nemen, is dat elke lidstaat (evenals Nederland) bij binnenkomst en vertrek de onderneming waardeert tegen de waarde in het economische verkeer.

De vraag is of bij de formulering van de exithellingbepaling de wetgever ook andere doelen voor ogen heeft gehad dan het belasten van baten en lasten die in Nederland zijn opgekomen. Is het zo dat de wetgever de bepaling opnam om daarmee te voorkomen dat vennootschappen (massaal) emigreren om zo de belastingheffing op de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst te ontwijken? Dit kan voor een vennootschap die op de korte termijn winst gaat realiseren, leiden tot een aanzienlijk lagere belastingheffing (te meer) indien de lidstaat van ontvangst een step up verleend. De wetgever heeft bij de invoering van de oude exithellingbepaling (art. 16 Wet IB 1964) het volgende interessante commentaar geleverd:

*‘Zodra echter de mogelijkheid ontstaat, dat de in de onderneming geaccumuleerde verborgen winsten ook in de toekomst aan de belastingheffing ontsnappen, moet krachtens bovenbedoeld beginsel ten aanzien van deze winsten een fiscale afrekening plaats hebben. Dit ogenblik van afrekening zal onder meer zijn aangebroken, (...) wanneer niet langer vaststaat, dat hij voor de winsten of voor de volle winsten in de toekomst zal kunnen worden aangeslagen, zoals het geval kan zijn wanneer hij zich metterwoon in het buitenland vestigt of zijn onderneming daarheen verplaatst. (...) Voor andere gevallen zijn echter speciale wettelijke bepalingen onvermijdelijk.’<sup>68</sup>*

De wetgever geeft aan dat een onderneming voor de volle winsten moet kunnen worden aangeslagen. Ook ingeval hij zich verplaatst naar het buitenland, waar de wetgever een speciale wettelijke bepaling (art. 16 Wet IB 1964)

---

<sup>64</sup> Richtlijn 2010/24/EU, Raad van 16 maart 2010. De Richtlijn biedt de lidstaten hulp met betrekking tot het vergaren van inlichtingen en het daadwerkelijk invorderen van schuldvorderingen (die onder andere zien op belastingen) van belastingplichtigen die zich reeds verplaatst hebben naar een andere lidstaat.

<sup>65</sup> Een vennootschap die over de grens wil opereren wordt slechter behandeld (belemmerd) dan een vennootschap die de feitelijke leiding van zijn onderneming binnen Nederland verplaatst.

<sup>66</sup> Zie ook D.E. van Sprundel, *‘Een nieuwe inbreukprocedure komt tot bloei!’*, De Aanslag, april 2013.

<sup>67</sup> De balans van de immigrerende vennootschap wordt gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer.

<sup>68</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1958/59, 5380 nr. 3, blz. 37.

voor nodig acht. Uit dit commentaar komt niet naar voren dat misbruik, door het emigreren van een vennootschap louter ten behoeve van belastingdoeleinden, het hoofddoel is geweest bij de invoering van de exitheffingbepaling. Wel kan vermeld worden dat de totstandkoming van de exitheffing automatisch ook heeft voorzien in de voorkoming van (eventueel) misbruik.

Bij de invoering van de Wet IB 2001, waar de discussie met betrekking tot de exitheffingbepalingen oplaaide, speelde echter zowel misbruik (belastingontwijking) als het belasten van de baten en lasten die in Nederland zijn opgekomen een rol: *‘Een belangrijke doelstelling van de belastingherziening is het belastingstelsel zodanig aan te passen dat stabiele opbrengsten worden verkregen. In dat kader is het noodzakelijk de mogelijkheden die het huidige stelsel biedt voor belastingontwijking zoveel mogelijk tegen te gaan. Belastingontwijking kan op veel manieren voorkomen, onder meer in de vorm van fiscale emigratie (...)’*

*‘Het betreft hier in feite winst die valt toe te rekenen aan de periode dat de vermogensbestanddelen tot de Nederlandse onderneming behoorden. Indien de mogelijkheid zou ontbreken om deze winst in de heffing te betrekken, zou de belastinggrondslag kunnen worden uitgehold.’<sup>69</sup>*

Hier worden dus twee redenen naar voren gebracht: Enerzijds moet de exitheffing voorzien in het belasten van de totaalwinst en anderzijds moet misbruik worden voorkomen die in dit geval plaats kan vinden door middel van fiscale emigratie. Deze manier van belastingontwijking kan uiteindelijk leiden tot (in mindere of meerdere mate) de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag.

## 2.3 Conclusie

De deelvraag die centraal stond in dit hoofdstuk was: *hoe heeft de exitheffing zich ontwikkeld en wat is het doel van de exitheffing?*

In dit hoofdstuk werd eerst de geschiedenis van de exitheffing behandeld. Hierbij kwam de werking van de oude exitheffingbepaling (art. 16 Wet IB 1964) naar voren, waaruit bleek dat er vele discussies speelden met betrekking tot de letterlijke wettekst van het wetsartikel. Veelal kreeg de doel en strekking van het wetsartikel voorrang op de letterlijke interpretatie van de wettekst. Wat hiernaast opviel was dat in tegenstelling tot het recente verleden, de toenmalige discussies meer te maken hadden met de precieze reikwijdte van de bepaling en niet zozeer of de bepaling wel in overeenstemming was met het EU-recht. Uiteindelijk heeft dit ertoe geleid dat bij de invoering van de Wet IB 2001 besloten werd tot de opsplitsing van de exitheffing in vier verschillende wetsartikelen. Bij de herformulering van de wet is uiteindelijk met succes meer duidelijkheid aan de belastingplichtige gegeven.

Vervolgens werd de werking van de huidige exitheffingbepaling besproken. Hierbij wordt wanneer art. 15c Wet Vpb 1969 in werking treedt: *‘De voordelen van de bestanddelen van het vermogen die niet meer begrepen worden in de belastbare winst worden onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van het inwonerschap geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.’* Sinds de invoering van de Wet uitstel van betaling exitheffingen, is er wetgeving van kracht geworden die door middel van de Invorderingswet 1990 erin voorziet om de belastingplichtige uitstel van betaling te verlenen. Dit zal tot op heden alleen worden verleend indien aan enkele – nader te behandelen - voorwaarden wordt voldaan.

Bij het doel van de exitheffing kwam tot slot naar voren dat de wetgever wil heffen over de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst die aan Nederland toerekenbaar is. Daarnaast wil de wetgever voorkomen dat

---

<sup>69</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 26727 nr. 3, blz. 19 en 116.

belastingontwijking plaatsvindt door middel van fiscale emigratie. De huidige exitheffing in de vorm van art. 15c Wet Vpb 1969 voorziet hierin. Mijns inziens is dit tevens een doel waarnaar gestreefd moet worden. Tegelijkertijd mogen er voor vennootschappen die toegang hebben tot de vrijheid van vestiging en zich grensoverschrijdend willen verplaatsen geen belemmeringen worden opgeworpen die niet te rechtvaardigen zijn. De Wet uitstel van betaling exitheffingen lijkt wat dat betreft een stap in de goede richting, in die zin dat het uitstel van betaling liquiditeitsproblemen kan voorkomen. De optimale uitkomst is tot slot dat enerzijds het doel van de exitheffing wordt behaald en anderzijds het EU-recht geëerbiedigd wordt.

# Hoofdstuk 3: Toegang tot de vrijheid van vestiging en het vennootschapsrecht

## 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal uitgelegd worden aan welke voorwaarden vennootschappen moeten voldoen om toegang te krijgen tot de vrijheid van vestiging.<sup>70</sup> Zonder deze toegang kunnen vennootschappen die - bij de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat - tegen een exithetfing aanlopen zich in geen geval op het EU-recht beroepen en kunnen eventuele belemmeringen door lidstaten zonder meer opgeworpen worden.<sup>71</sup> Daarnaast zal ook het vennootschapsrecht<sup>72</sup> aan bod komen omdat dit implicaties kan hebben voor de EU-rechtelijke toelaatbaarheid van de exithetfingbepalingen. Tot slot worden de civielrechtelijke arresten Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic, Daily Mail, Cartesio en Vale behandeld.<sup>73</sup> Hierbij wordt met name op de laatste drie arresten uitgebreid ingegaan. Het HvJ verschaft daarin meer duidelijkheid met betrekking tot de toegang tot de vrijheid van vestiging bij zetelverplaatsing. De deelvraag die hier centraal staat en voorafgaat aan de vraag of strijdigheid met het EU-recht plaatsheeft,<sup>74</sup> is dan ook: *wanneer heeft een vennootschap toegang tot de vrijheid van vestiging?*

## 3.2 Waarom de vrijheid van vestiging toepassing vindt; rangorde van de vrijheden

De vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal zijn twee van de verdragsvrijheden die in het VwEU zijn opgenomen.<sup>75</sup> De eerstgenoemde vrijheid speelt in deze scriptie een cruciale rol, zodoende zal blijken uit de arresten die verderop behandeld zullen worden. Straks zal verder worden ingegaan op de vraag wanneer een vennootschap de toegang tot de vrijheid van vestiging verkrijgt. Eerst zal nader worden stil gestaan bij de vraag waarom de vrijheid van vestiging in beginsel van toepassing is bij een zetelverplaatsing (met inbegrip van een exithetfing) en niet de vrijheid van kapitaal. Bovendien, bestaat er een rangorde tussen de verschillende vrijheden en zo ja hoe werkt deze rangorde (ongeveer) uit?<sup>76</sup>

Het belang om te achterhalen of de vrijheid van vestiging dan wel de vrijheid van kapitaal van toepassing is, is niet zozeer in EU of EER situaties<sup>77</sup> gelegen. Wanneer dan namelijk één (of meerdere) van de vrijheden van toepassing is (of zijn) en het HvJ oordeelt dat een bepaalde nationale regeling strijdig is, zal de lidstaat – ongeacht welke vrijheid in het geding is – de strijdigheid met het EU-recht moeten oplossen. Dit kan echter wel van belang zijn in derde land situaties.<sup>78</sup> De vrijheid van vestiging strekt zich territoriaal uit tot de economische activiteiten die in de landen van de EU (en EER) plaatsvinden. De vrijheid van kapitaal houdt een verbod in ten aanzien van alle

<sup>70</sup> Uit de jurisprudentie blijkt dat aan de vrijheid van vestiging getoetst moet worden. In par. 3.2 wordt kort op deze kwestie ingegaan.

<sup>71</sup> Zie ook HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), r.o. 109. Dit komt tevens aan bod in par.3.4 waar het arrest besproken wordt.

<sup>72</sup> Het vennootschapsrecht is het geheel van regels die de werking van vennootschappen bepaalt.

<sup>73</sup> Voor de vindplaatsen van deze arresten wordt verwezen naar par. 3.4 waar deze arresten worden behandeld.

<sup>74</sup> De vraag of er toegang tot de vrijheid van vestiging is, is tevens de eerste stap uit de zogeheten beslisboom ofwel beslisschema. In Hoofdstuk 6 ( par. 6.3.1) komt het beslisschema uitgebreider aan bod.

<sup>75</sup> De vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU) en de vrijheid van kapitaal (art. 63 VwEU).

<sup>76</sup> Er wordt hier op de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal ingegaan aangezien met name die vrijheden overlap kunnen vertonen. De andere vrijheden worden buiten beschouwing gelaten.

<sup>77</sup> De Europese Economische Ruimte (EER).

<sup>78</sup> Derde landen zijn in dit geval landen die niet in de EU of EER zijn gelegen.

bepkeringen op het kapitaal- en betalingsverkeer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten *en derde landen*.<sup>79</sup> Een essentieel onderscheid tussen de twee vrijheden is dan ook dat de vrijheid van kapitaal een ruimere territoriale werkingssfeer bezit, daar zij derdelandwerking heeft.

De verhouding (of rangorde) tussen de verschillende verdragsvrijheden is vrij complex. Dit is evenwel zo tussen de vrijheid van vestiging en vrijheid en de vrijheid van kapitaal omdat tussen die twee vrijheden overlap plaatsvindt. Het HvJ past in sommige zaken de twee vrijheden tegelijkertijd toe (paralellei-toets), in andere zaken sluit de toepassing van de ene vrijheid de andere vrijheid uit (exclusiviteitstoets)<sup>80</sup> en in andere zaken bekijkt het HvJ welke vrijheid door de van toepassing zijnde maatregel het meest wordt geraakt (causaliteitstoets).<sup>81</sup> In respectievelijk artikel 49 en artikel 65, tweede lid van het VwEU wordt de samenloop van het recht op vrije vestiging en de vrijheid van kapitaal (schijnbaar) uitgesloten: *‘de vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende kapitaal (...)’* en *‘de bepalingen van dit hoofdstuk doen geen afbreuk aan de toepasbaarheid van beperkingen inzake het recht van vestiging welke verenigbaar zijn met dit Verdrag’*.<sup>82</sup>

In de zaak Baars heeft advocaat-generaal Alber in zijn conclusie aandacht besteed aan de overlap tussen de vrijheid van vestiging en kapitaal.<sup>83</sup> Hij past de genoemde causaliteitstoets toe. Bij het bepalen van welke vrijheid van toepassing is, moet worden gekeken naar de invloed die een nationale bepaling (gelet op de werking alsmede de doel en strekking) op het vrije verkeer heeft en niet zozeer naar de onderliggende feiten van de betreffende casus.<sup>84</sup> Geconcludeerd werd dat beoordeeld moet worden welke vrijheid rechtstreeks wordt aangetast. De vrijheid die rechtstreeks wordt aangetast, zal van toepassing zijn. Als dit evenwel tot een indirecte belemmering leidt voor een andere vrijheid vindt laatstgenoemde vrijheid geen toepassing. Zal het geval voorkomen dat beide vrijheden rechtstreeks worden aangetast, dan zullen beide vrijheden van toepassing zijn. Het HvJ spreekt in het Baars-arrest vervolgens niet over een ‘rechtstreekse aantasting’, maar legt op de grond van de feiten een materieel criterium aan.<sup>85</sup> Er is sprake van de vrijheid van vestiging wanneer een onderdaan van een lidstaat een zodanige invloed verkrijgt in het kapitaal van een vennootschap, waardoor zij feitelijk een beslissende invloed heeft en de activiteiten van de vennootschap kan bepalen.<sup>86</sup>

In de recente jurisprudentie - waarbij het HvJ voor de tweede keer het arrest ‘Test Claimants in the FII Group Litigation (II)’ heeft gewezen<sup>87</sup> - worden nieuwe inzichten verkregen met betrekking tot de samenloop van de vrijheid van vestiging en vrijheid van kapitaal. Het HvJ is in dat arrest ‘om’ gegaan.<sup>88</sup> In verband met derde land situaties werd daar een andere benadering gehanteerd dan tot dan toe bekend was. Het voornaamste nieuwe inzicht dat werd verkregen zag op het feit dat het HvJ de vrijheid van kapitaal ook van toepassing verklaarde ingeval belastbare voordelen uit meerderheidsbelangen werden genoten.<sup>89</sup> Dit is het geval wanneer de belastingwetgeving generiek van aard is. Advocaat-generaal Wattel heeft naar aanleiding hiervan drie soorten wetgevingen onderscheiden:<sup>90</sup> i) wetgeving die alleen ziet op controlerende belangen (alleen het recht op vrije vestiging is van

<sup>79</sup> Daarnaast zijn in de artikelen 64, 65, 66 en 75 VwEU een aantal uitzonderingen op dit verbod opgenomen.

<sup>80</sup> In het verleden heeft de Hoge Raad de exclusiviteitstoets gebruikt. In gevallen waarin er feitelijk sprake was van een beslissende invloed werd alleen de vrijheid van vestiging toegepast (ongeacht de doel en strekking van de betreffende maatregel). Zie HR 26 september 2008, nr. 43 338, BNB 2009/23.

<sup>81</sup> Zie D.M. Weber, *‘Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)’*, online geraadpleegd, onderdeel E.B.R. 5.0.4.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Conclusie A-G Alber 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars)

<sup>84</sup> Zie D.M. Weber, *‘Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)’*, online geraadpleegd, onderdeel E.B.R. 5.0.4.

<sup>85</sup> HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars)

<sup>86</sup> Zie HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars), r.o. 22 en 26 en HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering), r.o. 77.

<sup>87</sup> HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (Test Claimants).

<sup>88</sup> Zie HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (Test Claimants), BNB 2013/28, Noot: Wattel, punten 2 en 3.

<sup>89</sup> Zie E. Nijkeuter en M.F. de Wilde Kluwer, *‘Met de kennis van nu... (deel 1)’*, WFR 2013/138, eerste alinea.

<sup>90</sup> Zie HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (Test Claimants), BNB 2013/28, r.o. 90 – 98 en Noot: Wattel, punt 13.

toepassing); ii) wetgeving die uitsluitend ziet op beleggingspakketen (vrije verkeer van kapitaal is van toepassing); iii) generieke wetgeving (vrije verkeer van kapitaal of het recht van vrije vestiging is van toepassing). Bij de generieke wetgeving zijn de feiten dan van belang.<sup>91</sup> De generieke wetgeving kan nu - ongeacht of er sprake is van een beslissende invloed – mogelijk aan de vrijheid van kapitaal worden getoetst. In het genoemde arrest gebeurde dit ook en werd de vrijheid van kapitaal door de derdelandwerking van toepassing verklaard en niet de vrijheid van vestiging. Dit nieuwe inzicht zal er mogelijk toe leiden dat tal van bepalingen in de EU alsnog aan de vrijheid van kapitaal zullen worden getoetst.<sup>92</sup>

Hoewel een heel boekwerk besteed kan worden aan de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal en in welke gevallen zij elkaar overlappen, zal de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding (al dan niet inclusief vermogensbestanddelen) door het HvJ waarschijnlijk alleen getoetst worden aan de vrijheid van vestiging. Het gaat hier immers om de *verplaatsing* van de vestigingsplaats van de feitelijke leiding, al dan niet met medeneming van vermogensbestanddelen. Ik ben van opvatting dat hier de eerder besproken causaliteitstoets kan worden toegepast en beoordeeld moet worden welke vrijheid rechtstreeks wordt aangetast. Aangezien de exitheffing hier wordt opgelegd doordat de vestigingsplaats wordt veranderd, belemmert de exitheffing daarmee rechtstreeks het recht op vrije vestiging. De vrijheid van kapitaal wordt hier hoogstens indirect belemmerd: doordat het moeizamer gaat om een grensoverschrijdende vestiging te realiseren, zullen potentiële investeringen in het land van vestiging wellicht achterwege blijven.

Stel dat wanneer een vennootschap de feitelijke leiding verplaatst naar een derde land en de vrijheid van kapitaal wel van toepassing zou zijn, betekent dit mogelijkserwijs dat de lidstaten in die situaties ter zake van exitheffingen ook uitstel van belastinginvordering moeten gaan verlenen. Tot op heden zien de wijzigingen die de lidstaten hebben ingevoerd omtrent het uitstel alleen op EU (en EER) situaties.<sup>93</sup> Zou in de toekomst blijken dat de vrijheid van kapitaal toch van toepassing is op zetelverplaatsingen en fiscaal-gerelateerde wetgeving daaraan, dan zou de huidige wetgeving ten aanzien van derde landen toch niet één-op-één te hoeven worden overgenomen. Het HvJ zal alsdan overwegen dat de lidstaten ruimere rechtvaardigingsmogelijkheden hebben die aangedragen kunnen worden voor een onmiddellijke invordering dan wel stringente voorwaarden die verbonden kunnen worden aan het uitstel. De moeilijkheid van de invordering en het risico op belastingontwijking – wanneer een vennootschap zich gaat vestigen in een derde land – zal waarschijnlijk dan als een rechtvaardiging worden aangedragen.

Nu bevestigd is dat de vrijheid van vestiging van toepassing is, zal in het volgende onderdeel beschreven worden wanneer een vennootschap de toegang tot de vrijheid van vestiging heeft.

### 3.2.1 Toegang verkrijgen tot de vrijheid van vestiging

In deze paragraaf zal dieper op de vrijheid van vestiging worden ingegaan omdat de precieze reikwijdte van deze vrijheid van belang is. Of een vennootschap toegang verkrijgt tot de vrijheid van vestiging moet bepaald worden of zij zich binnen de personele, territoriale en materiële werkingssfeer bevindt.<sup>94</sup> Bij de vraag of het vrije verkeer van toepassing is, moet overigens slechts naar de objectieve omstandigheden worden gekeken. Pas nadat toegang is

---

<sup>91</sup> Zie E. Nijkeuter en M.F. de Wilde Kluwer, *Met de kennis van nu... (deel 1)*, WFR 2013/138, onderdeel 2.3.

<sup>92</sup> Een uitzondering inzake de toetsing van bepalingen aan de vrijheid van kapitaal ten aanzien van derde landen betreft de standstillbepaling (art. 64 VwEU). Bepalingen die voor 1 januari 1994 (ongewijzigd) in de wetgeving zijn opgenomen die toezien op directe investeringen, worden ongemoeid gelaten door de vrijheid van kapitaal.

<sup>93</sup> De exacte wijzigingen die Nederland (en enkele andere lidstaten) naar aanleiding van de jurisprudentie inzake exitheffingen heeft geboden, worden behandeld in Hoofdstuk 6.

<sup>94</sup> Zie ook F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar*, Deventer: Kluwer 2011, Hoofdstuk 4 en C. Barnard, *The substantive law of the EU: the Four Freedoms*, New York: Oxford University press 2010, blz 226 – 232, waarbij deze drie werkingssferen als bepalend worden geacht.

verkregen tot een van de vrijheden, zal naar eventueel misbruik of belastingontwijking worden gekeken.<sup>95</sup> Bij de beoordeling van misbruik of belastingontwijking zijn zowel de objectieve als subjectieve omstandigheden (de reden waarom van het vrije verkeer gebruik is gemaakt) van belang.<sup>96</sup> Eerst volgt een paragraaf waar de personele en territoriale werkingssfeer aan bod komt, daarna volgt de materiële werkingssfeer.

### 3.2.2 De personele en territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging

De bepalingen ten behoeve van de toegang tot de vrijheid van vestiging zijn neergelegd in de artikelen 49 tot en met 54 van het VwEU, waarbij art. 49 VwEU het hoofdartikel vormt en daarvan de eerste alinea als volgt luidt:

*‘In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.’*

Met deze zin is meteen de reikwijdte van de territoriale werkingssfeer weergegeven. De vrijheid van vestiging strekt zich uit tot het grondgebied van de EU.<sup>97</sup> De kern van de bepaling komt in de eerste zin naar voren: *‘In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.’*<sup>98</sup> Met de term onderdanen wordt bedoeld op zowel natuurlijke personen als (in de regel) vennootschappen die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten.<sup>99</sup> Daarnaast is vermeld dat bij een grensoverschrijdende vestiging geen beperking mag optreden. Met andere woorden moeten onderdanen de mogelijkheid hebben om zich te vestigen in een andere lidstaat zonder daarbij belemmerd te worden.<sup>100</sup> Het verbod heeft eveneens betrekking op *‘de beperking betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.’* Hiermee wordt bedoeld dat een vennootschap de mogelijkheid moet hebben om zijn onderneming uit te breiden in een andere lidstaat dan waar de vennootschap reeds gestart was met ondernemen. Dit heet het secundaire vestigingsrecht. Het primaire vestigingsrecht<sup>101</sup> doelt op de situatie wanneer een onderdaan nog geen onderneming is gestart, maar besluit een onderneming op te richten in een andere lidstaat dan waar hij of zij woonachtig is. Ook kan het de situatie betreffen waarin een natuurlijke persoon of een vennootschap samen met zijn hele onderneming emigreert. Dat het voor vennootschappen betreffende de vrijheid van vestiging mogelijk is gelijk te worden gesteld met natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten, volgt uit de eerste zin van art. 54 VwEU:

*‘De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.’*

Vennootschappen kunnen op basis van deze bepaling ook een beroep doen op het vestigingsrecht. In dit kader omschrijft art. 54 VwEU juncto art. 49 VwEU de personele werkingssfeer van de bepalingen betreffende de

<sup>95</sup> Zie ook de arresten HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering) en HvJ EG 30 december 2003, nr. C-167/01 (Inspire Art).

<sup>96</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panchar en D.M. Weber, *‘Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)’*, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.0.2.A.

<sup>97</sup> De territoriale werkingssfeer van de vrijheid van vestiging is hierbij van beperktere omvang dan die van de vrijheid van kapitaalverkeer doordat het niet in verband met derde landen van toepassing is.

<sup>98</sup> De verdragsvrijheden gelden eveneens voor de drie landen die wel tot de Europese Economische Ruimte behoren, maar geen lid zijn van de EU, namelijk: IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

<sup>99</sup> Art. 54 VwEU regelt de gelijkstelling van vennootschappen met natuurlijke personen; hierover straks meer.

<sup>100</sup> Met een belemmering wordt bedoeld dat een inwoner niet bevoordeeld mag worden ten opzichte van een buitenlander. Hierbij mogen geen belemmeringen worden opgeworpen door zowel de emigratiestaat als de immigratiestaat.

<sup>101</sup> D.M. Weber, *‘Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden’*, Deventer: Kluwer 2003, onderdeel 2.2.5.a.

vrijheid van vestiging met betrekking tot vennootschappen.<sup>102</sup> Uit het artikel volgt dat de vennootschappen aan twee voorwaarden moeten voldoen om toegang te verkrijgen tot de vrijheid van vestiging. Ten eerste moet een vennootschap op worden gericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en als tweede moet de statutaire zetel ófwel het hoofdbestuur ófwel de hoofdvestiging binnen de EU gevestigd zijn. De vraag die opgeworpen kan worden, is wat precies onder een `vennootschap` moet worden verstaan? De eerste zin van art. 54 VwEU vermeldt dat vennootschappen `in overeenstemming met de nationale wetgeving op worden gericht`. Hiermee wordt met betrekking tot de rechten die ontleend kunnen worden aan een vennootschap dus aangesloten aan het nationale recht van lidstaten.<sup>103</sup> Meer duidelijkheid wordt echter in de tweede zin van art. 54 VwEU gegeven:

*`Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.`*

In deze zin wordt onder andere verwezen naar vennootschappen naar burgerlijk recht. Hier kan uit worden opgemaakt dat de kapitaalvennootschappen uit Nederland, die onder de wetten van het Burgerlijk Wetboek 2 vallen, hierin zijn begrepen. Bovendien kan uit de laatste zinsnede; `en de overige rechtspersonen`, opgemaakt worden dat min of meer alle rechtspersonen als vennootschap worden aangemerkt met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.<sup>104</sup>

Terugkomend op de tweede voorwaarde die de vestigingscriteria voorschreef. Met het hoofdbestuur (ook wel de feitelijke leiding genoemd) wordt bedoeld op de plaats waar de vennootschappelijke organen de voor de activiteiten van de vennootschap wezenlijke beslissingen treffen.<sup>105</sup> Vervolgens is de hoofdvestiging de plaats waar zich het zwaartepunt van de economische, industriële of commerciële bedrijvigheid van de vennootschap bevindt.<sup>106</sup> Wanneer een vennootschap opgericht is in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat kan toegang worden verkregen tot de vrijheid van vestiging zolang aan één van de drie vestigingscriteria voldaan is.

### 3.2.3 De materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging

Nu in de vorige paragraaf een groot gedeelte van de vrijheid van vestiging is doorlopen en de personele alsmede de territoriale werkingssfeer is besproken, resteert er nog een belangrijk factor die van doorslaggevende betekenis kan zijn voor wat betreft de toegang tot de vrijheid van vestiging, namelijk: de materiële werkingssfeer. Een vennootschap moet aan twee voorwaarden voldoen om binnen de materiële werkingssfeer te vallen.<sup>107</sup> Ten eerste moet er sprake zijn van een grensoverschrijdende activiteit en daarnaast zal er sprake moeten zijn van een economische activiteit. De eerste voorwaarde is in art. 49 VwEU duidelijk geformuleerd: `op het grondgebied van een andere lidstaat.` Bij de tweede voorwaarde ligt het wat gecompliceerder. Binnen de vrijheid van vestiging is sprake van een economische activiteit wanneer er een `vestiging` aanwezig is. Niet alle vennootschappen kunnen als vestiging aangemerkt worden en een duidelijke definitie is niet gegeven. De vraag is dus wanneer hieraan voldaan is en waar de eventuele scheidslijn met vennootschappen die geen economische activiteiten ontplooiën, ongeveer is komen te liggen.

<sup>102</sup> D.M. Weber, `Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden`, Deventer: Kluwer 2003, onderdeel 2.2.5.a.

<sup>103</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panham en D.M. Weber, `Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)`, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.0.2.B.

<sup>104</sup> D.M. Weber, `Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden`, Deventer: Kluwer 2003, onderdeel 2.2.5.b.

<sup>105</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panham en D.M. Weber, `Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)`, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.0.2.B.

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> Zie ook F. Emmerink, `De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar`, Deventer: Kluwer 2011, blz. 35.



Hoewel een glasheldere definitie van het vestigingsbegrip niet gegeven is, heeft het HvJ in enkele arresten overwegingen gedaan over het vestigingsbegrip die meer duidelijkheid hebben gegeven. Dit kwam onder andere in de arresten Gebhard<sup>108</sup> en Factortame II<sup>109</sup> naar voren. In het arrest Gebhard werd het vestigingsbegrip ruim opgevat en vermeldt dat *(...) een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen.*<sup>110</sup> In deze rechtsoverweging worden de begrippen duurzaam, economisch leven en het halen van voordeel bepalend geacht om aan het vestigingsbegrip te voldoen. Er moet dus sprake zijn van een deelname die in een andere lidstaat meer dan een geringe tijd plaatsheeft en waarbij tegelijkertijd deel wordt genomen aan het economisch leven. Daarnaast moeten er voordelen uit kunnen worden gehaald; met andere woorden moet er een bepaalde vergoeding plaatsvinden. Bovendien wordt als voordeel genoemd, welke blijkbaar voortvloeit uit het zich grensoverschrijdend vestigen, dat economische en sociale vervlechting plaatsvindt.

In het arrest Factortame II werd vervolgens een meer specifieke invulling van het vestigingsbegrip gegeven. Om aan het vestigingsbegrip te voldoen is vereist dat *...daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat.*<sup>111</sup> Uit deze rechtsoverweging van het arrest kunnen vier voorwaarden worden opgemaakt waaraan cumulatief dient te worden voldaan en waar hierna kort op wordt ingegaan:

1. de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit;
2. door middel van een duurzame vestiging;
3. voor onbepaalde tijd;
4. in een andere lidstaat.

**ad 1)** Het HvJ spreekt in de eerste voorwaarde van de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit. Uit de ontwikkelde rechtspraak met betrekking tot het werknemersverkeer volgt dat marginale en bijkomstige activiteiten (kunstmatigheidsstoets en substancetoets)<sup>112</sup> niet onder het begrip economische activiteiten vallen.<sup>113</sup> Het moet daarentegen gaan om reële en daadwerkelijke economische activiteiten. Daarnaast wordt een economische activiteit omschreven als *alle activiteiten die, met of zonder winstoogmerk, direct of indirect, in geld of natura, al dan niet evenredig, worden vergoed.*<sup>114</sup> Het is steeds moeilijk te bepalen of er sprake is van een economische activiteit in specifieke situaties. Hoewel hier in de jurisprudentie het een en ander over te vinden is, zijn de specifieke situaties niet geheel uitgekristalliseerd.

<sup>108</sup> HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard)

<sup>109</sup> HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-221/89 (Factortame II)

<sup>110</sup> HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard), r.o. 25. Zie ook HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 53.

<sup>111</sup> HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-221/89 (Factortame II), r.o. 20.

<sup>112</sup> Zie de arresten Levin en Raulin: HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (Levin) en HvJ EG 26 februari 1992, nr. C-357/89 (Raulin).

<sup>113</sup> Het HvJ heeft verklaard dat het werknemersverkeer en de vrijheid van vestiging op dezelfde beginselen zijn gebaseerd en daarmee is het hier ook van toepassing. Zie ook D.M. Weber, *Belastingontwikking en de EG-verdragsvrijheden*, Deventer: Kluwer 2003, 2.2.5.c.

<sup>114</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panham en D.M. Weber, *Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.0.2.B.b

Duidelijk is wel dat bij de vraag of het vrije verkeer van toepassing is alleen naar objectieve omstandigheden moet worden gekeken.<sup>115</sup>

- ad 2)** Om aan de tweede voorwaarde te voldoen moet sprake zijn van een `duurzame` vestiging. Dit houdt in dat er voldaan moet zijn aan een bepaalde inrichting van activiteiten. Denk hierbij aan een bepaalde eenheid, infrastructuur, kantoor en aanwezigheid van personeel. Deze zaken moeten ruim worden uitgelegd. Belangrijk is tot slot dat het woord duurzaam hier niet op een zekere tijdseenheid wijst.
- ad 3)** De derde voorwaarde houdt in dat de duurzame vestiging voor een onbepaalde tijd moet opereren. Tijdens het uitoefenen van activiteiten mag het einde hiervan dan ook niet te voorzien zijn.<sup>116</sup> Dit om een onderscheid te maken tussen het recht op de vrijheid van vestiging en het vrije werknemersverkeer. Vervolgens heeft het HvJ in het Gebhard-arrest duidelijk gemaakt dat niet alleen naar de duur van een activiteit moet worden gekeken, maar ook naar de `frequentie, periodiciteit en de continuïteit ervan`.<sup>117</sup>
- ad 4)** Tot slot vermeldt de vierde voorwaarde dat de duurzame vestiging zich in een andere lidstaat moet plaatsvinden. Er moet sprake zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit. Vervolgens wordt niet geëist van een onderdaan dat zij al een economische activiteit in eigen lidstaat heeft verricht, voordat zij begint aan een grensoverschrijdende economische activiteit.<sup>118</sup> Dit omvat dus zowel de primaire vestiging als de secundaire vestiging.

De punten uit het Factortame II-arrest lijken in eerste instantie een hoop duidelijkheid te verschaffen in verband met de vrijheid van vestiging. Toch is de scheidslijn met wat wel of niet als de uitoefening van een economische activiteit kan worden aangemerkt, moeilijk te trekken. Dit blijkt naar aanleiding van het arrest Cadbury Schweppes.<sup>119</sup> In Cadbury Schweppes stond de vrijheid van vestiging ook centraal. In de casus was sprake van een Engelse vennootschap genaamd Cadbury Schweppes. Cadbury Schweppes had dochterondernemingen in Ierland. Feit was dat het Verenigd Koninkrijk op basis van de CFC-wetgeving bij de moederverenootschap belasting ging bijheffen, omdat de dochterondernemingen in Ierland voor minder dan 75% van het Engelse tarief belast werden. Cadbury Schweppes accepteerde dit niet en de zaak kwam uiteindelijk voor het HvJ. Het arrest van het HvJ kwam er op neer dat de CFC-wetgeving alleen toegepast mocht worden (gerechtvaardigd is) ingeval er sprake was van een volstrekt kunstmatige constructie. Dit kan onder meer het geval zijn met een schijnvennootschap of een brievenbusmaatschappij.<sup>120</sup>

In casu was wel toegang tot de vrijheid van vestiging en werd het fiscale misbruik als rechtvaardiging aangedragen voor de CFC-wetgeving van het Verenigd Koninkrijk. Dit is niet in lijn met wat hiervoor besproken is aan de hand van arrest Factortame II. Wanneer er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie kan immers niet worden voldaan aan de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit en heeft de vennootschap geen toegang tot de vrijheid van vestiging. De vennootschap valt met andere woorden niet binnen de materiële werkingsfeer.

Ik ben het met Wattel eens dat de beperking(en) en de eventuele rechtvaardiging(en) van de CFC-wetgeving vragen zijn die hier niet aan bod hoeven te komen.<sup>121</sup> Vennootschappen die volstrekt kunstmatig zijn zouden naar aanleiding van de voorwaarden als geformuleerd in het arrest Factortame II geen toegang tot de vrijheid van

<sup>115</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Pancham en D.M. Weber, `Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)`, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.1.6.B.a.

<sup>116</sup> HvJ EG 5 oktober 1988, nr. 196/87 (Steymann), r.o. 16.

<sup>117</sup> HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard), r.o. 27.

<sup>118</sup> Zie HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (Centros).

<sup>119</sup> HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes).

<sup>120</sup> HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 68.

<sup>121</sup> HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes), BNB 2007/54: Noot Wattel.

vestiging moeten krijgen. Het Verenigd Koninkrijk kan in deze situatie dan ook gewoon bijheffen met behulp van de CFC-wetgeving.<sup>122</sup>

Duidelijk is dat bepaald moet worden of een vennootschap zich binnen de personele, territoriale en materiële werkingssfeer bevindt. Indien dat het geval is kan een vennootschap zich op de vrijheid van vestiging beroepen en zich daarmee bij het HvJ tegen een eventuele exitheffing verweren. Hoewel de toegang tot de vrijheid van vestiging tot zoverre duidelijk uiteengezet is, kunnen vennootschapsrechtelijke aspecten bij zetelverplaatsing van vennootschappen implicaties hebben voor de toegang tot de vrijheid van vestiging. Dit is gelegen in de personele werkingssfeer. Hier wordt in paragraaf 3.4, na een uiteenzetting van het verschil tussen de verplaatsing van de statutaire en werkelijke zetel, op ingegaan.

### 3.3 De zetelverplaatsing

Zoals *Bellingwout* schreef<sup>123</sup> valt de *problematiek van zetelverplaatsing grotendeels samen met de vraag welke consequenties zetelverplaatsing heeft voor het op rechtspersoon toepasselijk recht*. De vraag welk recht van toepassing is op rechtspersonen (en daarmee de vennootschappen in dit onderzoek) vindt zijn plaats in het internationaal rechtspersonenrecht. Het internationaal rechtspersonenrecht bevat vervolgens regels aan de hand waarvan duidelijk wordt welk nationaal vennootschapsrecht op een rechtspersoon van toepassing is.<sup>124</sup>

Zoals uit art. 54 VwEU volgt - dat vennootschappen in overeenstemming met de wetgeving van hun lidstaat worden opgericht - heeft er nog geen Europese harmonisatie plaatsgevonden en zijn de lidstaten dus autonoom voor wat betreft de wetgeving van het eigen vennootschapsrecht.<sup>125</sup> Regels ten aanzien van de vrijheid van vestiging bieden in beginsel geen oplossingen met betrekking tot de verplaatsing van vennootschappen,<sup>126</sup> maar zoals onder andere zal blijken uit de arresten *Cartesio* en *Vale*, moet het gemeenschapsrecht wel geëerbiedigd worden. Feit is dat lidstaten tot op heden zelf de oprichtings- en werkingsvoorwaarden vastleggen voor wat betreft het *leven en dood* van de naar nationaal recht opgerichte vennootschappen.<sup>127</sup> De voorwaarden kunnen echter alsnog in strijd zijn met de vrijheid van vestiging als een vennootschapsrecht van een bepaald land als discriminerend wordt gekenmerkt en hier geen rechtvaardiging voor is.

Doordat lidstaten zelf de voorwaarden voor wat betreft het leven en dood van vennootschappen in de hand hebben, kunnen er in een grensoverschrijdende context complicaties optreden. Indien een vennootschap bij zetelverplaatsing haar aanknoping verliest met het nationale vennootschapsrecht, valt zij op dat moment (door het verlies van rechtspersoonlijkheid) mogelijk niet meer binnen de personele werkingssfeer en zodoende gaat haar toegang tot de vrijheid van vestiging verloren.

---

<sup>122</sup> De uitkomst van het arrest – dat CFC-wetgeving mag plaatsvinden ingeval er sprake is van een dochtervennootschap in Ierland die volstrekt kunstmatig is – wordt evenwel bereikt als er wel toegang tot de vrijheid van vestiging is. Bij weigering van de toegang tot de vrijheid van vestiging wordt, behalve dat de weigering mijns inziens terecht is, echter een hoop discussie bespaard met betrekking tot het aandraagen van een rechtvaardiging.

<sup>123</sup> J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996, blz. 9.

<sup>124</sup> *Idem*.

<sup>125</sup> Op basis van het toenmalige artikel 220 van het EEG-verdrag moet er wel gestreefd worden naar het sluiten van overeenkomsten die het onder meer mogelijk maken voor vennootschappen om hun rechtspersoonlijkheid te behouden bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel.

<sup>126</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 23.

<sup>127</sup> Zie ook HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 19. In arrest *Cartesio* worden deze rechtsoverwegingen herhaald: zie HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 104 – 106.

### 3.3.1 Fiscale zetelverplaatsing versus de vennootschapsrechtelijke zetelverplaatsing

Voordat we verder in gaan op het vennootschapsrecht en de implicaties die dat kan hebben met betrekking tot de toegang tot de vrijheid van vestiging is het eerst belangrijk het onderscheid te maken tussen enerzijds een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing en anderzijds een verplaatsing van de werkelijke zetel (hierna: feitelijke leiding) naar het buitenland.<sup>128</sup> Voorts zal blijken dat op het gebied van het internationale rechtspersonenrecht twee hoofdstromingen te onderscheiden zijn, namelijk: *het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel*.

Bij de verplaatsing van de statutaire zetel naar het buitenland wordt door de rechtspersoon in beginsel afscheid genomen van de jurisdictie van haar oprichtingsland en daarmee van de daarvan verkregen rechtsvorm. De verplaatsing van de feitelijke leiding van een naar Nederlands recht opgerichte bv of nv naar het buitenland heeft behoudens fiscale consequenties in beginsel geen vennootschapsrechtelijke consequenties voor wat betreft haar oprichtings- en bestaans-eisen naar Nederlands recht. De statutaire zetel blijft gevestigd in NL en juridisch gezien blijven zij onderworpen aan het Nederlandse vennootschapsrecht. Dit is een direct gevolg van het door Nederland gehanteerde **incorporatiestelsel**,<sup>129</sup> wat inhoudt dat naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen in beginsel gedurende hun gehele levensduur onderworpen blijven aan het Nederlandse vennootschapsrecht.<sup>130</sup> Bij grensoverschrijdende situaties in Europese context kunnen echter problemen ontstaan bij de verplaatsing van de feitelijke leiding.<sup>131</sup> De verplaatsing van de één (feitelijke leiding) heeft mogelijk gevolgen op de ander (statutaire zetel) en omgekeerd. Problemen worden veroorzaakt door de eerder genoemde verschillende vennootschapsrechten in Europa die elke lidstaat eigen is.

Zo is het dat de verplaatsing van de feitelijke leiding vanuit Nederlands oogpunt alleen fiscale consequenties heeft, maar dat sommige andere landen daar ook juridische consequenties aan verbinden. Dit vertaalt zich in het feit dat de verplaatsing van de feitelijke leiding naar zo'n land voor de bv of nv leidt tot onderwerping aan het vennootschapsrecht van dat land.<sup>132</sup> Landen waarbij de feitelijke leiding in hetzelfde land gevestigd moet zijn als de statutaire zetel (en omgekeerd) hanteren het zogenaamde **werkelijke zetelstelsel**.<sup>133</sup> Bij dat stelsel zullen vennootschappen die hun feitelijke leiding verplaatsen naar het buitenland in beginsel geconfronteerd worden met de ontbinding en vereffening van de vennootschap en heroprichting in het nieuwe vestigingsland.<sup>134</sup> Hiermee wordt duidelijk dat een fiscaal motief (de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het buitenland op basis van fiscale redenen) ook vennootschapsrechtelijk gevolgen kan hebben en in de laatste situatie leidt het zelfs tot ontbinding en vereffening welke ook gevolgen heeft voor de mogelijke toegang tot het EU-recht.<sup>135</sup> Indien voor vennootschappen de toegang tot het EU-recht wordt verhinderd, kunnen lidstaten op hun beurt weer ongestoord fiscale belemmeringen opwerpen.

De verschillende stelsels kunnen bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat als een Nederlandse nv of bv zijn feitelijke leiding verplaatst naar België, België de vennootschap gaat zien als een binnenlandse vennootschap die moet voldoen aan de rechtsvorm en inrichting welke het Belgische vennootschapsrecht voorschrijft. In dit voorbeeld

<sup>128</sup> J.W. Bellingwout en M. Koerts, *'Cartesio, drie jaar later...'*, WFR 2012/12, onderdeel 2.

<sup>129</sup> De hantering van het incorporatiestelsel door Nederland volgt impliciet ook uit art. 1.10, tweede lid BW.

<sup>130</sup> Zie art. 2 Wet conflictenrecht corporaties.

<sup>131</sup> Een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing van naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen is tot op heden beperkt mogelijk.

<sup>132</sup> J.W. Bellingwout, *'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail'*, WFR 2009/217, onderdeel 2.

<sup>133</sup> België, Frankrijk, Hongarije en Luxemburg zijn enkele voorbeelden van lidstaten die het werkelijke zetelstelsel hanteren.

<sup>134</sup> Het vennootschapsrecht beschermt onder meer de belangen van crediteuren, minderheidsaandeelhouders en werknemers. De ontbinding en vereffening van een vennootschap kan voor die partijen bescherming bieden.

<sup>135</sup> Meer hierover in de eerstvolgende paragraaf.

heeft de Nederlandse bv of nv dan een dubbele vennootschapsrechtelijke nationaliteit<sup>136</sup> en moet zij zich onderwerpen aan het vennootschapsrecht van beide landen. Wanneer de omgekeerde situatie plaatsvindt, namelijk de verplaatsing van de feitelijke leiding naar Nederland, zal dat uiteraard leiden tot onderwerping aan de binnenlandse (Nederlandse) belastingplicht.<sup>137</sup> Echter vanuit Nederlands oogpunt leidt dit niet tot onderwerping aan het Nederlandse vennootschapsrecht; er hoeft dan ook geen omzetting naar een Nederlandse rechtsvorm plaats te vinden.<sup>138</sup>

Hoewel er twee hoofdstelsels te onderscheiden zijn - namelijk het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel - blijven hiernaast eveneens belangrijke verschillen bestaan omtrent het vennootschapsrecht van de lidstaten. De fiscale gevolgen en de mogelijke toegang tot het EU-recht bij de grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing of de verplaatsing van de feitelijke leiding moet daarom ook per geval uitgezocht worden.<sup>139</sup> Extra complicaties kunnen optreden doordat bepaalde lidstaten al dan niet een step-up onderkennen bij inkomende vennootschappen.<sup>140</sup> Meer duidelijkheid zal in de volgende paragraaf volgen, waar een aantal relevante arresten uitgebreid besproken worden.

*Nota Bene:* Voor de grofweg vier verschillende mogelijke combinaties van zetelverplaatsingen en de consequenties daarvan voor de lidstaat van vertrek en de lidstaat van ontvangst, wordt verwezen naar de **Appendix**.<sup>141</sup>

### 3.4 Vennootschapsrecht en de implicaties voor de toegang tot de vrijheid van vestiging

In dit onderdeel zal het in kaart brengen - althans in grote lijnen - van de implicaties die het vennootschapsrecht in de grensoverschrijdende context kan hebben met betrekking tot de vrijheid van vestiging geschieden. Dit gebeurt aan de hand van de relevante arresten: *Daily Mail*, *Überseering*, *Centros*, *Inspire Art*, *Sevic*, *Cartesio* en *Vale*. Bij het doornemen van de arresten is het belangrijk om te onthouden dat het vennootschapsrecht (grofweg) in de hiervoor besproken twee hoofdstelsels – het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel - kan worden ingedeeld.<sup>142</sup> De oorzaak van de implicaties ligt ten slotte in het feit dat er wat betreft het vennootschapsrecht gebrek aan Europese harmonisatie is.

Uit de hierna behandelde arresten blijkt dat de vrijheid van vestiging bij de verplaatsing van de werkelijke zetel in beginsel een beperkte rol speelt. Het gevolg daarvan is dat exitheffingen veelal niet aan de vrijheid van vestiging getoetst kunnen worden. Sommige auteurs<sup>143</sup> betogen zelfs dat een exitheffing helemaal buiten de vrijheid van vestiging valt. Het komt regelmatig voorbij lidstaten met het werkelijke zetelstelsel, dat bij zetelverplaatsing in de lidstaat zelf ontbinding en vereffening van de vennootschap plaatsvindt en heroprichting in de lidstaat van vestiging. Op dat moment verliest een vennootschap de toegang tot de vrijheid van vestiging doordat zij niet meer

---

<sup>136</sup> Zie ook J.W. Bellingwout, *‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’*, WFR 2009/217, onderdeel 5.2. Hoewel op basis van onder andere de arresten *Überseering*, *Cartesio* en *Vale* de stelling kan worden ingenomen dat de vennootschap zich één van de vennootschappelijke nationaliteiten kan afschudden.

<sup>137</sup> Indien op grond van art. 4 AWR beoordeeld wordt dat de vennootschap in Nederland gevestigd is.

<sup>138</sup> J.W. Bellingwout en M. Koerts, *‘Cartesio, drie jaar later...’*, WFR 2012/12, onderdeel 2.

<sup>139</sup> Zie J.W. Bellingwout, *‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’*, WFR 2009/217, onderdelen 3 – 5 waar vele mogelijke combinaties van zetelverplaatsingen besproken worden en de belemmeringen worden doorgenomen.

<sup>140</sup> Voor de kwestie of lidstaten al dan niet een step-up onderkennen en de fiscale gevolgen ervan, wordt verwezen naar de Hoofdstukken 4 en 5.

<sup>141</sup> De Appendix is achterin de scriptie te vinden.

<sup>142</sup> Hoewel op te delen in grofweg twee hoofdstelsels, verschillen de rechtsgevolgen bij de verplaatsing van de feitelijke leiding, met name op fiscaal gebied, van lidstaat tot lidstaat. Zie HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o 20.

<sup>143</sup> Zie bijvoorbeeld het artikel van H.P.A.M. van Arendonk, *‘Cartesio en exitheffingen: zijn we dichterbij een oplossing?’*, MBB 2009/11.

binnen de personele werkingssfeer valt. Exitheffingen die op dat moment toepassing vinden, kunnen (ook al zijn zij belemmerend) zonder meer opgelegd worden.<sup>144</sup>

### 3.4.1 Daily Mail (1988)

Hier volgt een korte uiteenzetting van het arrest Daily Mail:

*‘In het Daily Mail-arrest was sprake van een Engelse vennootschap, die haar bestuurszetel wilde verplaatsen van Engeland naar Nederland. Achtergrond hiervan was, dat de vennootschap na vestiging in Nederland bij zetelverplaatsing aanwezige vermogenswinst op aandelen onbelast kon incasseren. Zetelverplaatsing naar het buitenland was alleen toegestaan na toestemming van het Ministerie van Financiën. Deze toestemming werd niet verleend.’<sup>145 146</sup>*

Indien alsnog besloten werd de werkelijke zetel te verplaatsen, zou er sprake zijn van een misdrijf. De vennootschap liep dan kans op een fiscale sanctie in de vorm van een boete van drie keer de verschuldigde belasting.<sup>147</sup> Stel nu dat de fiscale sanctie bij zetelverplaatsing niet in werking zou treden dan zou slechts de vermogenswinst die na de verplaatsing van de werkelijke zetel was ontstaan belast worden, en wel in Nederland. De vermogenswinst die in het Verenigd Koninkrijk reeds was opgekomen maar nog niet belast was, ontsnapt dan voorgoed aan de (Britse) belastingheffing.<sup>148</sup> Vermoedelijk om dit verlies aan belastinginkomsten te voorkomen, heeft het Verenigd Koninkrijk de fiscale sanctie in het leven geroepen.

Het Britse High Court of Justice heeft naar aanleiding van deze zaak vier prejudiciële vragen gesteld waarvan de eerste het meest van belang is:

*‘Staan de art. 52 en 58 EEG-verdrag eraan in de weg, dat een lidstaat een rechtspersoon met centrale bestuurszetel in die staat verbiedt, die bestuurszetel zonder voorafgaande toestemming naar een andere lidstaat te verplaatsen, indien:*

- a) de betaling van belasting over reeds gemaakte winst kan worden ontweken, en/of*
- b) door die verplaatsing belasting kan worden ontweken die verschuldigd zou kunnen worden indien de vennootschap haar bestuurszetel in die lidstaat behield?’<sup>149</sup>*

Het HvJ richt zich voornamelijk op de vraag of de bepalingen van de vrijheid van vestiging een vennootschap het recht verlenen om haar werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat, waarbij de regels van het nationale vennootschapsrecht die dit kunnen verbieden, overruled zouden worden.<sup>150</sup> Het HvJ komt door het eindoordeel overigens niet toe aan de genoemde opsomming (punten a en b), waarbij twee argumenten in verband met (fiscaal) misbruik naar voren worden gebracht die een verplaatsingsverbod eventueel zou kunnen rechtvaardigen. Hierna worden de belangrijkste rechtsoverwegingen doorgenomen.

<sup>144</sup> Een direct nadeel verbonden met het proces van ontbinding en heropricting zijn de (administratieve) kosten.

<sup>145</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 8.2.1.

<sup>146</sup> Dat de vermogenswinst in Nederland onbelast geïncasseerd zou worden, is te danken aan de step-up.

<sup>147</sup> D.M. Weber, *‘Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden’*, Deventer: Kluwer 2003, onderdeel 2.2.5.h.

<sup>148</sup> Zonder de fiscale sanctie vindt een gebrek aan belastingheffing plaats, welke lidstaten in beginsel door te sluiten overeenkomsten zouden moeten verhinderen.

<sup>149</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (Daily Mail), r.o. 9. Art. 52 en 58 EEG-verdrag zijn heden ten dage neergelegd in respectievelijk art. 49 en 54 VwEU.

<sup>150</sup> De Commissie is van mening dat ingeval een verplaatsing van de werkelijke zetel naar nationaal recht (geheel) mogelijk is, dat het recht om die zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen een door de vrijheid van vestiging beschermd recht is.

In rechtsoverweging 19 wijst het HvJ op het feit dat vennootschappen slechts bestaan krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.<sup>151</sup> Voorts geeft het HvJ aan dat de wettelijke regelingen in de EU van lidstaat tot lidstaat verschillen en dat het EEG-verdrag hiermee rekening houdt door in art. 58 EEG-verdrag (huidig art. 54 VwEU) te verwijzen naar de betreffende nationale regelgeving.<sup>152</sup> Daarnaast wordt het werkelijke zetelstelsel en het incorporatiestelsel geschetst. Er wordt echter niet blind gestaard naar de twee hoofdstelsels want het HvJ vermeldt ten slotte dat: *‘(...) Volgens de wetgeving van andere lidstaten kunnen vennootschappen hun hoofdbestuur naar het buitenland verplaatsen, maar in sommige landen zoals het Verenigd Koninkrijk dat recht een bepaalde beperkingen onderworpen, terwijl de rechtsgevolgen van een verplaatsing, met name op fiscaal gebied, van lidstaat tot lidstaat verschillen.’*<sup>153</sup>

In beginsel eist het incorporatiestelsel bij verplaatsing van de werkelijke zetel niet (zoals het werkelijke zetelstelsel) de ontbinding en vereffening van een vennootschap, maar het recht om de werkelijke zetel grensoverschrijdend te verplaatsen kan dus wel gebonden zijn aan *‘bepaalde beperkingen’*. Zie ook de laatste zin van rechtsoverweging 18, waarin mijns inziens de bepaalde beperkingen (in dit geval van het Verenigd Koninkrijk) door het HvJ weergegeven worden: *‘(...) De toestemming van het Ministerie van Financien is enkel vereist wanneer de vennootschap haar centrale bestuurszetel wenst te verplaatsen met behoud van haar rechtspersoonlijkheid en haar hoedanigheid van vennootschap naar Brits recht.’*<sup>154</sup>

Hoewel het Verenigd Koninkrijk in beginsel het incorporatiestelsel hanteert, kan het grensoverschrijdend verplaatsen van de werkelijke zetel dus wel aan beperkingen onderhevig zijn. Het HvJ<sup>155</sup> vermeldt dat de vennootschap rechtspersoonlijkheid en haar hoedanigheid van vennootschap naar Brits recht verliest indien geen toestemming is verkregen van het Britse Ministerie van Financien. Volgens *Weber* is het feit dat de rechtspersoonlijkheid verloren zou kunnen gaan ingeval er geen toestemming is verkregen van het Ministerie van Financien echter onjuist. Uit het Britse incorporatiestelsel volgt dat de rechtspersoonlijkheid niet verloren gaat bij de verplaatsing van de werkelijke zetel. Het Britse Ministerie van Financien kon dit ook niet eisen. Het risico dat de vennootschap wel loopt wanneer geen toestemming is verleend, is de eerder besproken boete.<sup>156</sup>

Het HvJ ging ervan uit dat de systematiek van het Britse vennootschapsrecht trekken van het werkelijke zetelstelsel vertoonde. De redenatie die het HvJ naar alle waarschijnlijkheid volgde is dat de fiscale sanctie werd opgelegd op het moment dat de Britse vennootschap door het verlies aan rechtspersoonlijkheid niet meer binnen de personele werkings sfeer viel, waarbij de exitheffing dus niet aan het recht op vrije vestiging getoetst kon worden.<sup>157</sup> In realiteit echter, was er voor *Daily Mail* geen gevaar op het verlies van rechtspersoonlijkheid. Bij de verplaatsing van de werkelijke zetel zou de rechtspersoonlijkheid behouden blijven en het nationale vennootschapsrecht van de lidstaat van oprichting van toepassing blijven.<sup>158</sup> Zodoende zou *Daily Mail* de mogelijkheid moeten hebben gehad om ten aanzien van de exitheffing een beroep te doen op de vrijheid van vestiging.<sup>159</sup>

<sup>151</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 19.

<sup>152</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 21.

<sup>153</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 20.

<sup>154</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 18. Mijns inziens valt de fiscale sanctie ook onder het weergegeven begrip: *‘bepaalde beperkingen’*.

<sup>155</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (*Daily Mail*), r.o. 18.

<sup>156</sup> Zie ook *Wattel* in BNB 2005/234 (commentaar) *Wattel* geeft ook aan dat *Daily Mail* in werkelijkheid de werkelijke zetel kon verplaatsen zonder verlies aan rechtspersoonlijkheid. Het enige wat zij riskeerde waren de fiscale sancties.

<sup>157</sup> Daarmee zou het Verenigd Koninkrijk (opzettelijk of niet) de fiscale sanctie zo geconstrueerd hebben, dat de sanctie (aldus het HvJ) buiten de reikwijdte van het vrije vestigingsverkeer viel. Dit is dan ook de reden dat de vraag of de fiscale sanctie EU-proof is, in *Daily Mail* afwezig blijft.

<sup>158</sup> Zie ook de auteurs van R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panham en D.M. Weber, *‘Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)’*, Deventer: Kluwer 2011/12, onderdeel 5.0.3. De auteurs zijn van mening dat het

Hoewel het lijkt dat het HvJ de Britse wetgeving, dan wel een deel van de feiten in het geding verkeerd geïnterpreteerd heeft, neemt dit niet weg dat het oordeel van het HvJ leidend is. De overige lidstaten die het incorporatiestelsel hanteren, hebben dan in beginsel ook de mogelijkheid om een toestemmingsvereiste<sup>160</sup> als voorwaarde te construeren voor het behoud van rechtspersoonlijkheid bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel.<sup>161</sup> Zo hebben lidstaten die het incorporatiestelsel hanteren, naast lidstaten die het werkelijke zetelstelsel hanteren (waarbij vennootschappen in de regel ophouden te bestaan), ook de ‘mogelijkheid’ om de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen te ontnemen en daarmee de gelegenheid voor vennootschappen om zich te beroepen op de vrijheid van vestiging bij een exithetfing, weg te nemen.<sup>162</sup>

Dit is – nogmaals – mogelijk omdat lidstaten tot op heden over hun eigen vennootschapsrecht beschikken en daarmee beslissen over het ‘leven en dood’ van een vennootschap, ook na zetelverplaatsing. De vraag is nu of het wel gewenst is dat lidstaten het ‘leven’ van een vennootschap kunnen ontnemen bij zetelverplaatsing en zo een exithetfing kunnen opleggen, zonder geconfronteerd te worden met de vrijheid van vestiging. Dit is een vraag die later nog zal terugkomen. Na de zaak Daily Mail zijn er ‘gelukkig’ nog meer relevante arresten geweest. Dan zal blijken dat Daily Mail aan belang inboet en de vrijheid van vestiging bij zetelverplaatsing een grotere rol zal spelen dan voorheen werd gedacht. In het volgende onderdeel wordt aandacht besteed aan de concrete conclusies van het arrest en volgen nadere beschouwingen.

#### 3.4.1.1 Daily Mail: conclusies en nadere beschouwingen

Tot slot worden in drie opeenvolgende rechtsoverwegingen,<sup>163</sup> conclusies getrokken:

1) *‘Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat het Verdrag de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknopng en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten moet worden vastgesteld.’*

Hier komt duidelijk naar voren dat de verplaatsing van de statutaire zetel of de werkelijke zetel vraagstukken zijn die gelegen zijn in nationale wettelijke regelingen en waarvoor de vrijheid van vestiging geen oplossing biedt (met andere woorden de vrijheid van vestiging vindt in beginsel geen toepassing). De indruk wordt tevens gewekt dat lidstaten ook autonoom zijn over de fiscale gevolgen die van toepassing kunnen zijn bij een zetelverplaatsing. Er wordt wel opgemerkt dat er gestreefd moet worden naar overeenkomsten waarbij lidstaten in samenwerking kunnen treden, om de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel en werkelijke zetel (onbelemmerd) mogelijk te maken. Naar aanleiding van de arresten Cartesio en Vale zal blijken dat het recht van vestiging wel degelijk (deel)oplossingen biedt met betrekking tot zetelverplaatsing.

2) *‘Onder deze omstandigheden kunnen de art. 52 en 58 EEG-Verdrag niet aldus worden uitgelegd, dat zij naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen het recht geven, hun centrale bestuurszetel en*

---

erop leek dat het HvJ in de zaak Daily Mail van een civielrechtelijke (of statutaire) zetelverplaatsing uitging in plaats van de verplaatsing van de werkelijke zetel. Als dat het geval was, is het verlies van de rechtspersoonlijkheid een gegeven.

<sup>159</sup> Op grond van art. 54 VwEU juncto art. 49 VwEU.

<sup>160</sup> Slechts indien afgerekend is over de opgekomen maar nog niet gerealiseerde winst wordt de verplaatsing van de werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid toegestaan.

<sup>161</sup> Zie ook de interpretatie van Wattel die uit Daily Mail opmaakte dat lidstaten met het incorporatiestelsel niet binnen de vrijheid van vestiging vallen en bij vertrek kan dus ook een fiscale afrekening als voorwaarde kan worden gesteld om de rechtspersoonlijkheid te behouden. P.J. Wattel, *‘Exit exithetfing?’*, Nederlands juristenblad 2009/11.

<sup>162</sup> Dit volgt – nogmaals - uit r.o. 20 waarin het HvJ betreffende het incorporatiestel oordeelt dat: *‘het recht aan bepaalde beperkingen onderworpen kan zijn.’*

<sup>163</sup> HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (Daily Mail), r.o. 23 – 25.



*hun hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat.*`

Hier is sprake van een algemene opmerking gericht op lidstaten die het werkelijke zetelstelsel hanteren. Hierbij wordt gewezen op het feit dat de vrijheid van vestiging niet kan worden ingeroepen door vennootschappen die eisen dat bij de verplaatsing van de werkelijke zetel het recht van de voormalige lidstaat van toepassing blijft.<sup>164</sup> Dit punt speelt tevens een belangrijke rol in het arrest Cartesio dat verderop wordt besproken.

3) *`Op het eerste onderdeel van de eerste vraag moet mitsdien worden beantwoord, dat de art. 52 en 58 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat zij bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht aan een vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en in die lidstaat haar statutaire zetel heeft, niet het recht geven haar centrale bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen.*`

Hier wordt in het kort gezegd dat de huidige bepalingen van de vrijheid van vestiging (1988) niet het recht verlenen aan vennootschappen om `onbelemmerd` hun werkelijke zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat. De verplaatsingen van de statutaire of werkelijke zetel zijn aangelegenheden die de lidstaten zelf bepalen. Kortom een nationale wet die het verplaatsen van de werkelijke zetel (deels) belemmerd, moet gevolgd worden.

Het HvJ concentreerde zich in dit arrest voornamelijk op de vennootschapsrechtelijke aspecten bij zetelverplaatsing en gaat niet specifiek in op de Britse fiscale sanctie of exitheffingen in het algemeen. Alleen in r.o. 20 werd geconstateerd dat de *‘...rechtsgevolgen, met name op fiscaal gebied, van lidstaat tot lidstaat verschillen`*. Behalve de constatering dat de fiscale consequenties van zetelverplaatsingen in elke lidstaat verschillend zijn, wordt verder geen aandacht besteedt aan de vraag of een exitheffing in overeenstemming is met EU-recht en/of hoe deze dan wel vormgegeven zou moeten zijn.

Naar aanleiding van Daily Mail werd een tijdlang geconcludeerd dat zetelverplaatsingen en daaraan gekoppelde exitheffingen, aangelegenheden zijn die nationaal geregeld worden en waarbij de vrijheid van vestiging geen of nagenoeg geen plaats heeft.<sup>165</sup> De verkeerde zienswijze die hier echter – begrijpelijkerwijs - gehanteerd werd, is dat exitheffingen automatisch buiten de vrijheid van vestiging geplaatst werden. De koppeling die hier weleens vergeten wordt, is dat eerst zetelverplaatsing plaatsvindt, daarna volgt mogelijkerwijs de doorbreking van de aanknoping met het nationale vennootschapsrecht (wat het verlies van rechtspersoonlijkheid tot gevolg heeft) en tot slot wordt er een exitheffing opgelegd. Hierbij is al dan niet het verlies van de rechtspersoonlijkheid de bepalende factor of een exitheffing getoetst kan worden aan de vrijheid van vestiging.

Het is juist om te stellen dat een zetelverplaatsing in beginsel een nationale aangelegenheid is, maar dat de exitheffing ook immuun is voor de vrijheid van vestiging, is niet per definitie juist. De exitheffing is slechts `immuun` voor de vrijheid van vestiging wanneer een vennootschap op het moment van zetelverplaatsing niet meer binnen de personele werkingssfeer valt (door het verlies van rechtspersoonlijkheid) en op datzelfde moment een exitheffing wordt opgelegd.<sup>166</sup> Dit is wellicht vaak het geval, maar niet altijd. De vennootschap zal een beroep

---

<sup>164</sup> Met andere woorden kunnen de vennootschappen met een beroep op de vrijheid van vestiging het incorporatiestelsel niet afdwingen.

<sup>165</sup> Om Bellingwouts uitspraak - (in een veel later stadium gedaan) die hij naar aanleiding van het arrest Cartesio had gedaan, - om te draaien: *`Nu de oprichting en ontbinding van vennootschappen immuun voor de vrijheid van vestiging blijken te zijn, kan hieruit afgeleid worden dat de exitheffingbepalingen ook immuun zijn voor de toetsing daaraan.`* Zie J.W. Bellingwout, *`Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail`*, WFR 2009/217, onderdeel 8.

<sup>166</sup> Immuun zijn is hier echter niet het juiste woord. De vennootschap kan bij zetelverplaatsing in de regel simpelweg geen beroep doen op de vrijheid van vestiging.

kunnen doen op de vrijheid van vestiging wanneer het toepasselijk vennootschapsrecht bij zetelverplaatsing ononderbroken van toepassing blijft. Zoals eerder besproken, is bij lidstaten met het werkelijke zetelstelsel ontbinding en vereffening inherent aan het stelsel, maar is bij incorporatielidstaten dit alleen het geval als het recht aan dusdanige beperkingen onderworpen is waardoor bij zetelverplaatsing de rechtspersoonlijkheid verloren gaat.

Tot zoverre kan geconcludeerd worden dat Nederland - net als het Verenigd Koninkrijk - het incorporatiestelsel hanteert, waarbij dat recht echter niet aan beperkingen onderworpen is. De exitheffing – art. 15c Wet Vpb 1969 – kan in beginsel (wanneer opgelegd aan vennootschappen die hun werkelijke zetel verplaatsen vanuit Nederland naar een andere lidstaat) dan ook wel getoetst worden aan de vrijheid van vestiging.<sup>167</sup>

### 3.4.2 Relevante arresten die volgden op Daily Mail (1999 – 2005)

Het is belangrijk om de ontwikkelingen wat betreft het vennootschapsrecht verder door te nemen. Ruim tien jaar na de zaak Daily Mail, verschenen de arresten Centros (1999), Überseering (2001), Inspire Art (2003) en Sevic (2005). Hierbij werden nadere inzichten verworven met betrekking tot de reikwijdte van de vrijheid van vestiging. Meer in het bijzonder werd in het arrest Überseering meer duidelijkheid gegeven omtrent de eisen die de lidstaat van vestiging aan de zetelverplaatsing mag stellen. Daarnaast werden enkele relevante overwegingen van het Daily Mail-arrest in Überseering bevestigd.

In Überseering<sup>168</sup> ging het om een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap waarbij de feitelijke leiding naar Duitsland werd verplaatst.<sup>169</sup> Na de verplaatsing was er sprake van een vordering tot schadevergoeding, waarna Überseering zich tot de Duitse rechter wendde. De rechter verklaarde het beroep niet ontvankelijk, omdat de naar Nederlands recht opgerichte vennootschap geen rechtsbevoegdheid had in Duitsland. Überseering liet het er niet bij zitten en ging in hoger beroep. Uiteindelijk kwam de zaak voor het HvJ. Het HvJ oordeelde dat het te ver gaat als Duitsland als algemene eis stelt dat buitenlandse EG-vennootschappen die de werkelijke zetel verplaatsen naar Duitsland, ontbonden moeten worden en heropgericht dienen te worden in Duitsland. Deze eis wordt door het HvJ bestempeld als te vergaand en daarmee is niet voldaan aan de nodige proportionaliteit. Duitsland moest dan ook op basis van de vrijheid van vestiging de rechtsbevoegdheid van Überseering erkennen. Deze zaak laat zien dat, in tegenstelling tot voordien gedacht werd, lidstaten niet de volledige vrijheid hebben over hun nationale vennootschapsrecht; in ieder geval wat betreft de toepassing daarvan op inkomende vennootschappen. Vaststaat dat de lidstaat van ontvangst – in het bijzonder een lidstaat die het werkelijke zetelstelsel hanteert – de zetelverplaatsing niet op een dergelijk vergaande wijze mag belemmeren. Vennootschappen kunnen met een beroep op de vrijheid van vestiging dit succesvol tegengaan.

Hiernaast is het interessant dat enkele relevante overwegingen uit het Daily Mail-arrest worden bevestigd. Het HvJ oordeelde namelijk in Überseering dat: *„Aldus beperkte het Hof zich tot de vaststelling dat de mogelijkheid, voor een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht, om haar statutaire of werkelijke zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen zonder haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de lidstaat van oprichting te verliezen, alsmede, in voorkomend geval, de voorwaarden van deze verplaatsing, worden bepaald door de nationale wetgeving overeenkomstig welke de betrokken vennootschap is opgericht. Bijgevolg, aldus het Hof, kan een lidstaat beperkingen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een volgens zijn wettelijke*

<sup>167</sup> De exitheffing werd echter pas vele jaren later getoetst aan de vrijheid van vestiging. Zie het arrest HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland) hetgeen in Hoofdstuk 5 wordt behandeld.

<sup>168</sup> Zie HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering). De lidstaat van vertrek stond in het arrest Daily Mail centraal. In de zaak Überseering staat de lidstaat van vestiging centraal. Zie ook NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 8.2.1.

<sup>169</sup> Nota Bene: Nederland hanteert het incorporatiestelsel en Duitsland het werkelijke zetelstelsel.

*regeling opgerichte vennootschap naar een andere staat en met behoud van haar rechtspersoonlijkheid volgens het recht van de staat van oprichting.*<sup>170</sup>

Nog steeds is de nationale wetgeving van de lidstaat van oprichting bij zetelverplaatsing leidend. Zij bepaalt immers de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn zodat een vennootschap met behoud van rechtspersoonlijkheid haar werkelijke zetel naar het buitenland kan overbrengen. Wel heeft de zaak *Überseering* bekend gemaakt dat de lidstaat van ontvangst de zetelverplaatsing niet op een dergelijke (algemene) wijze kan belemmeren.

Naast *Überseering* waren eveneens *Centros*, *Inspire Art* en *Sevic* arresten waar de toepassing van het vennootschapsrecht bij inkomende vennootschappen getoetst werd aan de vrijheid van vestiging. Deze arresten zijn voor dit onderzoek van belang en de geïnteresseerden worden verwezen naar de Appendix.

In de volgende onderdelen zal het HvJ in de arresten *Cartesio* en *Vale* meer duidelijkheid verschaffen met betrekking tot de vraag in hoeverre lidstaten hun eigen nationale vennootschapsrecht kunnen vastleggen. Uit de ontwikkelingen van de jurisprudentie zal blijken dat vennootschappen bij zetelverplaatsingen in toenemende mate hun rechtspersoonlijkheid kunnen behouden en daarmee de toegang tot de vrijheid van vestiging open is. Pas wanneer toegang tot de vrijheid van vestiging is verkregen, zal de vraag plaatsvinden of de exithoofding een belemmering vormt betreffende de uitoefening van de vrijheid van vestiging.

### 3.4.3 *Cartesio* (2008)

De situatie in het arrest *Cartesio* kan als volgt kort worden geschetst:

*‘Cartesio – een commanditaire vennootschap opgericht naar Hongaars recht – wenst haar werkelijke zetel te verplaatsen van Hongarije naar Italië. Daartoe dient zij een verzoek in bij de handelsrechtbank. Dit verzoek wordt afgewezen omdat het geldende Hongaarse recht niet toestaat om haar zetel naar het buitenland te verplaatsen, maar daarbij wel haar hoedanigheid te behouden van vennootschap naar Hongaars recht. Hongarije hanteert namelijk de leer van de werkelijke zetel. Verplaatsing van de zetel naar een ander land betekent dat de vennootschap eerst ophoudt te bestaan en vervolgens opnieuw wordt opgericht volgens het recht van het land waarin zij zich wenst te vestigen. In hoger beroep heeft de rechter aan het HvJ EG onder meer gevraagd of de relevante Hongaarse regelgeving verenigbaar is met art. 43 en 48 EG-verdrag (reeds art. 49 & 54 VwEU)*<sup>171</sup>

De vraag die hier gesteld wordt, is of de leer van de werkelijke zetel in strijd met de vrijheid van vestiging is. *Cartesio* wil namelijk graag haar hoedanigheid behouden van vennootschap naar Hongaars recht bij de verplaatsing van de werkelijke zetel naar Italië. In feite is zij dus in beroep gegaan omdat zij van mening is dat Hongarije het incorporatiestelsel op haar van toepassing moet laten zijn.<sup>172</sup> Het HvJ maakt duidelijk dat een dergelijke verplaatsing vanuit Hongarije naar een ander land zou vereisen: *‘Dat de vennootschap eerst ophoudt te bestaan en vervolgens opnieuw wordt opgericht overeenkomstig het recht van het land op wiens grondgebied zij haar nieuwe zetel wenst te vestigen.*<sup>173</sup>

<sup>170</sup> HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (*Überseering*), r.o. 70.

<sup>171</sup> NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969, par. 8.2.2. Zie ook: HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 99.

<sup>172</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 100 – 102. Zie ook J.W. Bellingwout, *‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’*, WFR 2009/217, onderdeel 6.2.

<sup>173</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 103.

Daarna herinnert het HvJ de lezers aan het arrest Daily Mail (r.o. 19 - 23) en dat de daarin gemaakte conclusies nog steeds gelden: *‘(...) op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepaalt.’*<sup>174</sup>

Voorts wordt gewezen op het feit dat de lidstaten elk over hun eigen vennootschapsrecht beschikken en daarmee onder andere de vereiste aanknopng (ook bij zetelverplaatsing) met het nationale grondgebied bepalen. Herhaald wordt tevens dat het vennootschapsrecht in de EU in twee hoofdstelsels kan worden ingedeeld; het werkelijke zetelstelsel en het incorporatiestelsel.<sup>175</sup> In rechtsoverweging 108 tot slot, wordt nogmaals een belangrijk punt uit het Daily Mail-arrest herhaald: *‘(...), beschouwt het EEG-verdrag de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot zowel de aanknopng die vereist is voor de onder deze wettelijke regelingen vallende vennootschappen, als de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, als een moeilijkheid waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden, doch die in toekomstige wetgeving of overeenkomsten nog moet worden opgelost’*<sup>176</sup>

Twintig jaren zijn verstreken sinds het Daily Mail-arrest. Alle belangrijke overwegingen uit Daily Mail worden tot zover gezien bevestigd: het recht van vestiging biedt in beginsel geen oplossingen voor vennootschappen in lidstaten die (vennootschappelijk) belemmerd worden bij zetelverplaatsing en nog steeds wordt verwezen naar toekomstige wetgeving of overeenkomsten die deze kwesties zouden moeten oplossen. De vraag is dan ook of er nog nieuwe ontwikkelingen aankomen wat betreft de zetelverplaatsing, in het bijzonder in verband met de lidstaat van oorsprong. Zullen grensoverschrijdende zetelverplaatsingen immuun voor de vrijheid van vestiging blijven of wordt deze immuniteit losgelaten? In de rechtsoverwegingen 110 tot en met 113, die verderop aan bod komen, zal het HvJ hierover een hoop duidelijkheid verschaffen.

Het HvJ maakt nog een belangrijke kanttekening waarin vermeld wordt dat pas als wanneer aan de personele werkingssfeer voldaan is, toe wordt gekomen aan de toetsing van een belemmering aan de vrijheid van vestiging.<sup>177</sup> Omdat in art. 54 VwEU wordt aangesloten bij de nationale wettelijke regelingen, hebben die regelingen dus een cruciale invloed op het feit of een vennootschap wel of niet binnen de personele werkingssfeer zal vallen.<sup>178</sup>

### 3.4.3.1 Cartesio: conclusies en nadere beschouwingen

In de rechtsoverwegingen 110 tot en met 113 verrast Cartesio en werden nieuwe inzichten verkregen met betrekking tot de grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen de EU:<sup>179</sup>

*‘110. Een lidstaat mag dus zowel de aanknopng omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat, en uit dien hoofde het recht van vestiging heeft, als de aanknopng die vereist is om deze hoedanigheid naderhand te kunnen handhaven. Deze bevoegdheid omvat de mogelijkheid voor deze lidstaat om een onder zijn nationale recht vallende vennootschap*

<sup>174</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), r.o. 104 – 107 (Verwijst naar Daily Mail en herhaalt drie punten). Daarnaast wordt in punt 107 arrest Überseering aangehaald en vermeldt dat de drie genoemde punten daarin ook bevestigd zijn.

<sup>175</sup> Bovendien kan het incorporatiestelsel in sommige landen aan bepaalde beperkingen onderworpen zijn en verschillen de rechtsgevolgen van een verplaatsing van lidstaat tot lidstaat.

<sup>176</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), r.o. 108.

<sup>177</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), r.o. 109.

<sup>178</sup> Ter herinnering: pas als een vennootschap binnen de personele, territoriale en materiële werkingssfeer valt, wordt toegang verkregen tot de vrijheid van vestiging en kan daaraan toetsing plaatsvinden. Het is belangrijk te onthouden dat de toegang dus op één of meerdere vlakken kan stranden.

<sup>179</sup> HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), r.o. 110 – 113.

*niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel naar het grondgebied van die lidstaat, en aldus de aanknopng die in het nationale recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt.*

Een lidstaat mag de aanknopng van een vennootschap omschrijven. Dit recht vervalt niet bij zetelverplaatsing en de mogelijkheid bestaat dat de aanknopng bij verplaatsing verbroken wordt in het nationale recht van de lidstaat van oprichting. Dit punt omschrijft het gevolg dat doorgaans inherent is aan landen met werkelijke zetelstelsels en daarmee tevens het land in kwestie: Hongarije.

*111. Een dergelijk geval van verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het recht waaronder zij valt, moet echter worden onderscheiden van het geval van de verplaatsing van een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap naar een andere lidstaat met verandering van het toepasselijke nationale recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat waar zij naartoe is verplaatst.*

Het HvJ geeft hier het verschil aan tussen lidstaten met het incorporatiestelsel en lidstaten waarbij bij de verplaatsing van de werkelijke zetel het nationaal toepasselijk recht van de lidstaat van ontvangst van toepassing wordt en waarbij tegelijkertijd omzetting plaatsvindt in een vennootschapsvorm naar het recht van de lidstaat van ontvangst.

*112. In dit laatste geval kan de in punt 110 van het onderhavige arrest genoemde bevoegdheid, die beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging impliceert, er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat.*

Hier komt de voor vele verrassende conclusie van het arrest *Cartesio* naar voren waar de belastingplichtigen een lange tijd op hebben moeten wachten. Dit punt heeft een doorbraak gebracht welke in de afgelopen jaren veelvuldig bediscussieerd werd in de literatuur.<sup>180</sup> Het HvJ oordeelt kort maar krachtig dat door de ontbinding en liquidatie van een vennootschap te vereisen, de vennootschap belet wordt om zich om te vormen in een vennootschap naar het nationaal recht van de lidstaat van ontvangst. De nationale wetgeving wat betreft de oprichting en ontbinding van vennootschappen blijken, anders dan het arrest *Daily Mail* deed vermoeden, niet geheel immuun voor de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. De lidstaat van oprichting mag dan ook geen belemmering opwerpen (al dan niet door ontbinding en liquidatie) welke de uitwerking hebben dat een vennootschap belet wordt om zich om te vormen in een vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst, doch uitsluitend voorzover het recht<sup>181</sup> van de lidstaat van ontvangst dit toestaat. Hier is dus sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging welke verboden is, tenzij een rechtvaardiging naar voren gebracht kan worden.<sup>182</sup>

Er wordt hier dus niet een statutaire grensoverschrijdende zetelverplaatsing of iets dergelijks toegezegd. Slechts wanneer het inreisrecht van een lidstaat de mogelijkheid biedt tot omvorming van een buitenlandse vennootschap

<sup>180</sup> Zie onder andere de artikelen van J.W. Bellingwout, *'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail'*, WFR 2009/217, P.J. Wattel, *'Exit exitheffing?'*, Nederlands juristenblad 2009/11, H.P.A.M. van Arendonk, *'Cartesio en exitheffingen: zijn we dichterbij een oplossing?'*, MBB 2009/11 en J.D. Pronk, *'Hongaarse regeling bij zetelverplaatsing niet in strijd met vestigingsvrijheid'*, NTFR 2009/46 (commentaar).

<sup>181</sup> Dit recht wordt in de literatuur ook wel aangeduid als het inreisrecht.

<sup>182</sup> Zie ook HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 113.

naar een nationale vennootschap (met inbegrip van oprichtingseisen en dergelijke), dan mag de lidstaat van vertrek dit niet op enige wijze - waaronder het vereisen van een ontbinding en liquidatie - verhinderen.<sup>183</sup> Wat zijn de gevolgen van dit arrest wat betreft het internationale rechtspersonenrecht en meer in het bijzonder voor de toegang tot de vrijheid van vestiging in verband met de exitheffingbepalingen? Wanneer een omzetting bij zetelverplaatsing is toegestaan, wordt de rechtspersoonlijkheid tijdens de omzetting door de vennootschap behouden en blijft zij binnen de personele werkingssfeer vallen.<sup>184</sup> Een exitheffing die gepaard gaat bij de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat, kan zodoende getoetst worden aan de vrijheid van vestiging. Daarnaast blijkt de gangbare opvatting die Daily Mail geschept had ten behoeve van zetelverplaatsingen die in zijn totaliteit geheel immuun voor de bepalingen van de vrijheid van vestiging zouden zijn, niet juist.<sup>185</sup> Zo stelt Bellingwout dat doordat de oprichting en ontbinding van vennootschappen niet meer immuun zijn voor de vrijheid van vestiging, hieruit afgeleid kan worden dat de exitheffingbepalingen ook niet immuun zijn voor de toetsing daaraan.<sup>186</sup> De zienswijze dat de exitheffingbepalingen niet immuun zijn voor de vrijheid van vestiging volg ik en de twijfel die hieromtrent bestond is sinds het arrest Cartesio definitief weggenomen.<sup>187</sup>

Hoewel naar aanleiding van dit arrest op te maken is dat de toetsbaarheid van de exitheffingen aan het Europees recht is vergroot, blijkt dus ook dat dit afhankelijk is van de lidstaat van ontvangst. Biedt het inreisrecht van de lidstaat van ontvangst de mogelijkheid tot omzetting naar een nationale vennootschap? Indien dit niet zo is, kan bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding alsnog een tijdelijk verlies van rechtspersoonlijkheid plaatsvinden door het proces van ontbinding en heroprichting. Ik ben van opvatting dat uiteindelijk zowel de lidstaat van oorsprong als de lidstaat van ontvangst verantwoordelijk zijn voor een vloeiende zetelverplaatsing, waarbij voorkomen moet worden dat de toegang tot de vrijheid van vestiging tijdelijk doorbroken wordt. Op dit terrein moeten de komende jaren de lidstaten dan ook echt stappen gaan zetten. Volgens Bellingwout<sup>188</sup> worden omzettingen inmiddels door een aantal lidstaten toegestaan<sup>189</sup> en maken enkele lidstaten grensoverschrijdende zetelverplaatsingen mogelijk, al dan niet met aanvullende voorwaarden.<sup>190</sup>

#### 3.4.4 Arrest Vale (2012)

Het laatste relevante arrest van de reeks civielrechtelijke jurisprudentie is het arrest Vale. Arrest Vale is in zekere zin het spiegelbeeld van Cartesio. Het tot op heden meest recente arrest die de reikwijdte van de vrijheid van vestiging op dit gebied verder heeft blootgelegd. Het HvJ heeft op 12 juli 2012 arrest Vale<sup>191</sup> gewezen en reeds volgt een korte uiteenzetting van de situatie in het geding:

*‘Een naar Italiaans recht opgerichte vennootschap genaamd Vale Construzioni Srl heeft in 2006 haar zetel verplaatst naar Hongarije, en vervolgens – met behoud van rechtspersoonlijkheid – de rechtsvorm aangenomen van een Kft naar Hongaars recht onder wijziging van haar naam in Vale Építési Kft. Vervolgens werd de*

---

<sup>183</sup> Het betreffende stelsel is niet in strijd met de vrijheid van vestiging, doch slechts de materieelrechtelijke gevolgen van de wisseling van het toepasselijk recht bij zetelverplaatsing die als te belemmerend worden gekenmerkt.

<sup>184</sup> Een Nederlandse rechtspersoon kan zich op basis van art. 2:18 BW met behoud van rechtspersoonlijkheid omzetten in een andere Nederlandse rechtsvorm.

<sup>185</sup> Het in de literatuur breed gedragen idee dat beperkingen van de lidstaat van oorsprong (met inbegrip van een eventuele exitheffing) in zijn geheel niet aan de vrijheid van vestiging kon worden getoetst, is sinds het arrest Cartesio van tafel.

<sup>186</sup> J.W. Bellingwout, *‘Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail’*, WFR 2009/217, onderdeel 8.

<sup>187</sup> Mijns inziens waren de exitheffingen, zoals betoogd bij de behandeling van het arrest Daily Mail, geenszins immuun voor de vrijheid van vestiging. Vennootschappen vielen op het moment van de exitheffing echter vaak buiten de personele werkingssfeer waardoor de toegang tot de vrijheid van vestiging (doorgaans) werd verhinderd.

<sup>188</sup> J.W. Bellingwout en M. Koerts, *‘Cartesio, drie jaar later...’*, WFR 2012/12, onderdeel 3.4.

<sup>189</sup> Omzettingen worden onder andere door België, Cyprus, Italië, Luxemburg, Malta en Spanje toegestaan.

<sup>190</sup> Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen onder andere door Frankrijk, Griekenland, Ierland, Portugal, Roemenië en Tsjechië.

<sup>191</sup> HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale).

*inschrijving in het Hongaarse register geweigerd vanwege het feit dat Hongaars recht niet voorziet in een dergelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing/omzetting. Italië lijkt een dergelijke grensoverschrijdende zetelverplaatsing/omzetting wel te aanvaarden, op voorwaarde dat het inreisland dit eveneens doet. Hongaars recht voorziet echter wel in een binnenlandse omzetting.*<sup>192</sup>

De Hongaarse rechter had naar aanleiding van deze casus prejudiciële vragen gesteld. Dit waren een viertal vragen. De eerste twee daarvan richtten zich voornamelijk op de vraag of het in overeenstemming met de vrijheid van vestiging is dat Hongarije omzettingen van vennootschappen alleen in interne situaties toestaat en niet grensoverschrijdend?<sup>193</sup>

Bij de inhoudelijke bespreking begint het HvJ met de constatering dat *...heeft geoordeeld dat omzettingen van vennootschappen in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.*<sup>194</sup> Duidelijk wordt gemaakt dat (grensoverschrijdende) omzettingen in beginsel onder de vrijheid van vestiging vallen doordat het als een economische activiteit gekenmerkt wordt. Vervolgens wordt vermeld dat, door het ontbreken van een eenduidig aanknopingscriterium in de EU, het antwoord of de vrijheid van vestiging van toepassing is enkel gevonden kan worden in het nationaal toepasselijk recht.<sup>195</sup>

In rechtsoverweging 30 vervolgt het HvJ met: *Overeenkomstig deze vaste rechtspraak zij erop gewezen dat de eventuele verplichting krachtens de artikelen 49 en 54 VwEU om een grensoverschrijdende omzetting toe te staan, niet afdoet aan de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde mogelijkheid voor de lidstaat van ontvangst en de vaststelling door deze lidstaat van de voorschriften voor de oprichting en de werking van de uit een grensoverschrijdende omzetting ontstane vennootschap.*<sup>196</sup>

Hoewel een grensoverschrijdende omzetting krachtens de vrijheid van vestiging in beginsel verplicht mogelijk zou moeten zijn, bepaalt de lidstaat van ontvangst nog steeds de voorschriften voor de oprichting en werking van de ontstane vennootschap.<sup>197</sup> Daarnaast vermeldt het HvJ dat de uitdrukking *voor zover diens recht dit toestaat* welke in het arrest *Cartesio* naar voren kwam, niet inhoudt dat de lidstaat van ontvangst zich immuun waant in verband met de vrijheid van vestiging. Dit betekent slechts dat *(...) zij de eenvoudige overweging weerspiegelt dat een op grond van een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving, die aldus de oprichting van de vennootschap "toestaat", indien is voldaan aan de uit dien hoofde gestelde voorwaarden.*<sup>198</sup> In rechtsoverweging 33 wordt vastgesteld dat een regeling van een lidstaat die alleen binnenlandse omzettingen toestaat binnen de werkingssfeer van de artikelen 49 tot en met 54 VwEU valt.<sup>199</sup>

#### 3.4.4.1 Arrest Vale: Conclusies en nadere beschouwingen

Vanaf rechtsoverweging 34 wordt het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging en een eventuele rechtvaardiging daarvan ten aanzien van deze situatie in beschouwing genomen. Het HvJ benadrukt dat er sprake moet zijn van de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit en dat vennootschap *Vale Építés* in

<sup>192</sup> J.W. Bellingwout en M. Koerts, *'Cartesio, drie jaar later...'*, WFR 2012/12, onderdeel 3.5. Voor een uitgebreidere uiteenzetting verwijs ik naar HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 9 – 15.

<sup>193</sup> HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 16.

<sup>194</sup> Idem, r.o. 24.

<sup>195</sup> De vraag of een vennootschap onder de personele werkingssfeer valt. HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 28 – 29.

<sup>196</sup> HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 30.

<sup>197</sup> Voor zover deze niet specifiek de grensoverschrijdende vennootschap belemmerd.

<sup>198</sup> HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 32.

<sup>199</sup> Idem, r.o. 33.

onderhavig arrest naar alle waarschijnlijkheid ook daadwerkelijk de bedoeling heeft om zich in Hongarije te vestigen.<sup>200</sup>

Het HvJ trekt daarna meteen een belangrijke conclusie: *‘Geeoordeeld dient te worden dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling, aangezien zij enkel voorziet in de omzetting van een vennootschap die reeds in de betrokken lidstaat is gevestigd, een verschil in behandeling van vennootschappen schept naargelang het een binnenlandse of een grensoverschrijdende omzetting betreft, die vennootschappen die in andere lidstaten zijn gevestigd ervan kan weerhouden om de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging uit te oefenen en bijgevolg een beperking in de zin van de artikelen 49 en 54 VwEU vormt.’*<sup>201</sup>

Wanneer een omzetting mogelijk is, maar deze beperkt wordt tot alleen binnenlandse omzettingen, weerhoudt dit vennootschappen ervan om de vrijheid van vestiging uit te oefenen en is mutandis mutandis in strijd met de vrijheid van vestiging, tenzij hiervoor een rechtvaardiging gevonden kan worden.

Een eventuele rechtvaardiging kan zich niet op het argument beroepen dat er in de EU geen gemeenschappelijke regels bestaan met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen en dat het ontbreken hiervan mag leiden tot het niet toepassen van de vrijheid van vestiging. Een andere rechtvaardiging die zich richt op de bescherming van de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers zou wellicht hier van toepassing kunnen zijn, echter Hongarije weigert grensoverschrijdende omzettingen in het algemeen, wat inhoudt dat weigering ook plaatsvindt indien geen enkel belang wordt geschaad. De nodige proportionaliteit mist hier zijn toepassing en de weigering van een grensoverschrijdende omzetting gaat verder dan wat noodzakelijk is geacht.<sup>202</sup>

Zodoende wordt op de eerste twee vragen geantwoord dat een nationale omzettingsregeling niet beperkt mag worden tot slechts binnenlandse situaties. Een omzetting moet dan op een algemene wijze voor zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties worden toegestaan.<sup>203</sup>

Voorts hebben de derde en vierde prejudiciële vragen onder andere betrekking op de voorschriften en ontvangen documenten die gepaard gaan bij een omzetting. Moeten de bepalingen van het nationale recht die bij een binnenlandse omzetting gebruikelijk zijn ook bij een grensoverschrijdende omzetting worden toegepast? Dit heeft betrekking omtrent de regelingen ten aanzien van de oprichting en werking van de vennootschap, zoals het opstellen van een balans en inventaris van de activa. Meer in het bijzonder wenst de verwijzende rechter te vernemen of de lidstaat van ontvangst de vermelding rechtsvoorgangster mag weigeren, terwijl dit bij nationale aangelegenheden niet wordt geweigerd. Tot slot in hoeverre moet de lidstaat van ontvangst bij inschrijving rekening houden met de documenten van de lidstaat van oorsprong?<sup>204</sup>

Het HvJ geeft nogmaals ter herinnering aan<sup>205</sup> dat door gebrek aan specifieke regels voor grensoverschrijdende omzettingen, het nationale recht van de lidstaat van oorsprong en ontvangst als bepalend wordt geacht.<sup>206</sup> Een vennootschap bestaat enkel krachtens de nationale wetgeving en daardoor kunnen de eisen die Hongarije stelt omtrent de omzetting, in principe niet ter discussie gesteld worden, zolang er geen materieelrechtelijke belemmeringen plaatsvinden. Duidelijk is wel dat de toepassing van deze nationale bepalingen niet aan elke toetsing van de vrijheid van vestiging kunnen ontsnappen. Er wordt dan ook gezegd dat de grensoverschrijdende

---

<sup>200</sup> Idem, r.o. 34 en 35.

<sup>201</sup> Idem, r.o. 36.

<sup>202</sup> Zie ook HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale), r.o. 37 – 40.

<sup>203</sup> Idem, r.o. 41.

<sup>204</sup> Idem, r.o. 42.

<sup>205</sup> Idem, r.o. 43 – 47 en 49 – 52.

<sup>206</sup> De uitvoering van de omzetting is dan ook afhankelijk van de toepassing van het nationale recht.



aangelegenheid niet ongunstiger behandeld mag worden dan soortgelijke nationale situaties en de uitoefening hiervan mag tevens niet onnodig moeilijk gemaakt worden. Dit wordt respectievelijk het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel genoemd.<sup>207</sup>

In de laatste reeks rechtsoverwegingen komt concreet naar voren tot hoever het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel in deze situatie reiken.<sup>208</sup> In de eerste plaats kan wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel, een strikte economische en juridische continuïteit tussen de rechtsvoorgangster en rechtsopvolger geëist worden.<sup>209</sup> Als de lidstaat van ontvangst weigert om bij de grensoverschrijdende omzetting de vermelding van de rechtsvoorgangster in het handelsregister te noteren, handelt zij echter wel in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel. De vermelding hiervan kan - aldus het HvJ - met name nuttig zijn om de schuldeisers van de omgezette vennootschap op de hoogte te brengen. Om aan het doeltreffendheidsbeginsel te voldoen, wordt concreet vermeld dat de lidstaat van ontvangst gegevens kan (en moet) opvragen van de lidstaat van oorsprong die nodig zijn voor een naar behoren omzetting. De lidstaat van ontvangst bepaalt welke gegevens worden opgevraagd. Uit deze gegevens moet ook blijken dat aan de gestelde voorwaarden van de lidstaat van oorsprong voldaan is. De autoriteiten van de lidstaat van ontvangst moeten naar behoren rekening houden met de van lidstaat van oorsprong afkomstige documenten. De weigering tot inzage hiervan is ten slotte niet acceptabel.

Welke belangrijke onduidelijkheden heeft het arrest Vale weggenomen en wat zijn de gevolgen voor Nederland met betrekking tot zetelverplaatsingen? Ten eerste is de onduidelijkheid omtrent de uitspraak 'voor zover diens recht dit toestaat' welke in *Cartesio* was gedaan, weggenomen. Het inreisrecht waarover werd gesproken houdt niet in dat een grensoverschrijdende omzetting alleen mogelijk is wanneer het grensoverschrijdende aspect specifiek is vastgelegd door de lidstaat van ontvangst. Wanneer de lidstaat van ontvangst een binnenlandse omzetting mogelijk maakt, moet zij ook een inboundomzetting toestaan.<sup>210</sup> Kortom, omzettingen vallen binnen de vrijheid van vestiging en materieelrechtelijke belemmeringen mogen door zowel de lidstaat van oorsprong als de lidstaat van ontvangst dan ook niet worden opgeworpen.<sup>211</sup>

De gevolgen hiervan voor Nederland zijn duidelijk. Nederland kent binnenlandse omzettingen en moet dus ook inboundomzettingen toestaan.<sup>212</sup> Een belgische bvba kan zich op arrest Vale beroepen wanneer zij haar zetel verplaatst naar Nederland en zich, zonder verlies van rechtspersoonlijkheid, omvormen in een bv. Voor een bv die haar zetel verplaatst naar het buitenland worden omzettingen nog gebruikelijker dan gedacht. Vermoedelijk maken veel lidstaten een binnenlandse omzetting mogelijk en hierdoor moeten zij ook een inboundomzetting toestaan. Voorheen was het in beginsel onmogelijk om als Nederlandse bv statutair de zetel te verplaatsen. Heden ten dage wordt dit steeds gebruikelijker en er hoeft voor de bv dan ook geen ontbinding en daarna heroprichting in de lidstaat van ontvangst plaats te vinden. In de regel zal een zetelverplaatsing mogelijk worden door omzetting waarbij de rechtspersoonlijkheid wordt behouden.<sup>213</sup> In tegenstelling tot voorheen werd gedacht, houdt dit in dat aan de personele werkingssfeer is voldaan en de toegang tot de vrijheid van vestiging in die gevallen bij een

<sup>207</sup> HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (*Vale*), r.o. 48.

<sup>208</sup> *Idem*, r.o. 53 – 62.

<sup>209</sup> Net zoals dit in een binnenlandse situatie gebruikelijk is.

<sup>210</sup> Zie ook H. Koster, 'Bedrijfsjuridische berichten, *Vale en grensoverschrijdende omzetting*', Bb 2012/62, onderdeel 4: commentaar.

<sup>211</sup> Nagenoeg alle lidstaten moeten een grensoverschrijdende (inbound en outbound) omzetting mogelijk maken. De wet dient dan in veel lidstaten te worden aangepast. Alleen lidstaten die ook geen nationale omzetting kennen, hoeven tot op heden geen inboundomzetting toe te staan. Zij moeten wel in een outboundomzetting voorzien voorzover de lidstaat van ontvangst een omzettingsregeling kent.

<sup>212</sup> Zie art. 2:18 BW.

<sup>213</sup> Volgens Bellingwout zijn statutaire zetelverplaatsingen/omzettingen nu al gebruikelijk in Nederland. Wetgeving die hierin voorziet, is echter nog niet ingevoerd. J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later...', WFR 2012/12, onderdeel 3.6.1.

zetelverplaatsing of omzetting gehandhaafd blijft. Dit is ook het geval bij de verplaatsing van de feitelijke leiding van een bv naar een land die het werkelijke zetelstelsel hanteert. Voorheen was ofwel een dubbele vennootschapsrechtelijke nationaliteit de gebruikelijke consequentie dan wel dat de lidstaat van ontvangst ontbinding en heropricting eiste, waarbij de rechtspersoonlijkheid verloren ging. Nu zou op basis van Überseering, Cartesio en arrest Vale een grensoverschrijdende omzetting naar een lidstaat met het werkelijke zetelstelsel doorgaans onbelemmerd moeten verlopen. De conclusie kan getrokken worden dat de toegang tot de vrijheid van vestiging bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap sinds Überseering, Cartesio en arrest Vale verruimt is en in de regel behouden blijft. Een eventuele exitheffing die gepaard gaat bij zetelverplaatsing zou dan ook aan de vrijheid van vestiging getoetst kunnen worden.

Niet alle aspecten met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen zijn uitgekristalliseerd. Dit komt natuurlijk door het gebrek aan Europese harmonisatie. De uitvoering van de verschillende nationale wetten zijn tot op heden leidend bij een omzetting. De Europese Unie heeft dan ook baat bij een nieuwe richtlijn die de onduidelijkheden (en dispariteiten) hieromtrent kunnen wegnemen. De onduidelijkheden hebben betrekking op onder andere de exact te volgen procedure, bescherming van minderheidsaandeelhouders en de rechten van schuldeisers.<sup>214</sup> Tot slot dient vermeld te worden dat het Europese parlement op 14 juni 2012 een resolutie heeft aangenomen betreffende het Europese ondernemingsrecht.<sup>215</sup> Hierin wordt onder meer aan de Commissie verzocht dat: *‘... it submit a legislative proposal laying down measures designed to facilitate cross-border mobility for companies within the EU’*.<sup>216</sup> De zogeheten ‘Veertiende Richtlijn’ – ook genoemd in de resolutie - zou op termijn eveneens geïmplementeerd kunnen worden.<sup>217</sup> Hiernaast is ook Nederlandse wetgeving in de maak om de wetten aan te passen op de jurisprudentie van de afgelopen jaren.<sup>218</sup> Zodoende worden op beide niveaus stappen gezet.<sup>219</sup>

### 3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de toegang tot de vrijheid van vestiging centraal. Zonder deze toegang kan de exitheffing niet getoetst worden aan de vrijheid van vestiging en kan Nederland deze heffing dan ook in alle vrijheid toepassen. De deelvraag van dit hoofdstuk luidde dan ook: *‘Wanneer heeft een vennootschap toegang tot de vrijheid van vestiging?’*

Hierbij kwam aan het licht dat, voor een vennootschap om toegang te krijgen tot de vrijheid van vestiging, zij moet vallen binnen de personele, territoriale en materiële werkingssfeer. In de eerste plaats valt een vennootschap binnen de territoriale werkingssfeer wanneer zij gevestigd is op het grondgebied van de EU. Dit omvat tevens zowel de primaire als secundaire vestiging. Vervolgens valt een vennootschap binnen de personele werkingssfeer wanneer voldaan is aan art. 54 VwEU juncto art. 49 VwEU. Dit houdt in dat een vennootschap opgericht moet zijn op de

<sup>214</sup> H. Schutte-Veenstra, *‘Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex. Art. 49 en 54 VwEU’*, Ondernemingsrecht 2012/111, Noot: onderdeel 6.

<sup>215</sup> Zie de *‘Resolutie van het Europees Parlement van 14 juni 2012 over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht’*, 2012/2669(RSP).

<sup>216</sup> H. Koster, *‘Bedrijfsjuridische berichten, Vale en grensoverschrijdende omzetting’*, Bb 2012/62, onderdeel 4: commentaar.

<sup>217</sup> Zie de *‘Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen’*, 2011/2046(INI). De resolutie gaat gepaard met een uitgebreide uitleg en tal van aanbevelingen om ervoor te zorgen dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsingen binnen de EU tot minder administratieve, sociale en fiscale kosten zullen leiden.

<sup>218</sup> De Commissie vennootschapsrecht heeft een voorstel tot wet geïnitieerd omtrent de mogelijkheden van een grensoverschrijdende omzetting (inbound en outbound). Zie ook G.C.F. van Gelder, *‘de grensoverschrijdende omzetting: fiscaal nu beter geregeld?’*, WFR 2013/6991, onderdeel 1 e.v.

<sup>219</sup> H. Schutte-Veenstra, *‘Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex. Art. 49 en 54 VwEU’*, Ondernemingsrecht 2012/111, Noot: onderdeel 6. Hierin geeft Schutte-Veenstra overigens aan dat de totstandkoming van een richtlijn (op hoofdlijnen) aansluiting zou kunnen zoeken bij Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusies.

wijze die in overeenstemming is met de nationale wetgeving en daarnaast moet aan één van de drie vestigingscriteria worden voldaan. Tot slot valt een vennootschap binnen de materiële werkingssfeer wanneer sprake is van een grensoverschrijdende en economische activiteit. Er is doorgaans sprake van een economische activiteit wanneer vastgesteld wordt dat *‘een daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat heeft plaatsgevonden’*. Indien een vennootschap op enig moment niet meer binnen alle drie de werkingssferen valt, gaat de toegang tot de vrijheid van vestiging verloren.

Na de verschillende werkingssferen te hebben besproken, werd nader ingegaan op het internationale rechtspersonenrecht. Omdat iedere lidstaat zijn nationale vennootschapsrecht hanteert, bepalen lidstaten zelf de aanknopng, ook na zetelverplaatsing. Het vennootschapsrecht in de EU is vervolgens grofweg op te delen in twee hoofdstromingen, te weten: het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel. Bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding vanuit een werkelijke zeteland volgt doorgaans dat de vennootschap ophoudt te bestaan en vindt heroprchtng plaats in de nieuwe lidstaat van vestiging. Wanneer de feitelijke leiding vanuit een incorporatieland wordt verplaatst naar het buitenland, blijft het oprichtingsrecht in beginsel van toepassing en hoeft in beginsel geen ontbinding en liquidatie plaats te vinden. Een uitzondering ten aanzien van het incorporatiestelsel is te noemen ingeval aanvullende voorwaarden van toepassing zijn als vermeld bij de behandeling van het arrest Daily Mail, waarbij de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap kan worden afgenomen tenzij de belasting over de opgekomen maar nog niet gerealiseerde winst wordt betaald. Een essentieel vennootschapsrechtelijk verschil tussen de lidstaten is dan ook ofwel de verplaatsing van de werkelijke zetel met of zonder behoud van recht plaatsvindt. Het gebrek aan harmonisatie in de EU op het gebied van het vennootschapsrecht zorgen voor complicaties. Bij de ontbinding en liquidatie van een vennootschap wordt namelijk de aanknopng met het nationale vennootschapsrecht doorbroken en valt de vennootschap (op dat moment) niet meer binnen de personele werkingssfeer. Overheden kunnen op dat moment *‘ongestraft’* een exitheffing opleggen omdat er geen toetsing aan de vrijheid van vestiging plaatsvindt.

Het vennootschapsrecht en de mogelijke implicaties daarvan op de vrijheid van vestiging was echter volop in ontwikkeling en dit werd aan de hand van onder andere de arresten Daily Mail, Überseering, Cartesio en Vale besproken. In elk van deze arresten neemt de vrijheid van vestiging een centrale rol in. Na het arrest Daily Mail werd lange tijd aangenomen dat zetelverplaatsingen aangelegenheden zijn waarop de vrijheid van vestiging geen toepassing zou hebben. Exitheffingen werden tezamen met zetelverplaatsingen buiten de vrijheid van vestiging geplaatst, hoewel dit wat betreft de exitheffingen mijns inziens niet het geval was. Na Daily Mail speelde het arrest Überseering een rol, waarbij de overwegingen uit Daily Mail werden bevestigd. Daarnaast werd geoordeeld dat de lidstaat van ontvangst bij zetelverplaatsing het oprichtingsrecht en de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap moet erkennen en de gestelde voorwaarden niet zo ver mogen gaan dat in feite heroprchtng geëist wordt.

Hierna werd in Cartesio - in tegenstelling tot wat voorheen gedacht werd - duidelijk gemaakt dat het gebrek aan harmonisatie voor wat betreft de verschillende vennootschapsrechten in de EU, niet mag inhouden dat de materieelrechtelijke gevolgen van een zetelverplaatsing immuun zijn voor de bepalingen van de vrijheid van vestiging. Meer concreet kwam naar voren dat als de lidstaat van ontvangst een omzettingsregeling (inreisregeling) kent, de lidstaat van vertrek de mogelijkheid tot een grensoverschrijdende omzetting van de vennootschap niet op enige wijze mag verhinderen, bijvoorbeeld door het vereisen van de ontbinding en liquidatie bij vertrek. Geconcludeerd werd dat wanneer een omzetting bij zetelverplaatsing plaatsvindt, de rechtspersoonlijkheid tijdens de omzetting door de vennootschap behouden blijft en zij binnen de personele werkingssfeer blijft vallen. Een

exitheffing die gepaard gaat bij de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat, kan in die situatie getoetst worden aan de vrijheid van vestiging.

In Vale – het laatst besproken arrest – was sprake van de spiegelbeeldige situatie van Cartesio. Hierin werd meer duidelijkheid verkregen voor wat betreft de mogelijkheden voor omzettingen. Zo mag een omzettingsregeling niet beperkt worden tot binnenlandse omzettingen, maar moet deze ook op grensoverschrijdende inkomende vennootschappen toegepast kunnen worden. Hiernaast moet worden voldaan aan het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Dit houdt onder andere in dat de rechtsvoorgangster vermeld moet worden in het handelsregister en dat de gegevens die nodig zijn voor een naar behoren omzetting door beide lidstaten op een behoorlijke wijze aangeleverd moeten worden.

De implicaties die het vennootschapsrecht (bij zetelverplaatsing) van de verschillende lidstaten met betrekking tot de toegang tot de vrijheid van vestiging kan hebben, zijn nog steeds aanwezig maar blijken door de voortschrijdende jurisprudentie over de jaren heen wel af te nemen. Dit komt omdat de vrijheid van vestiging van toepassing is op zetelverplaatsingen en omzettingen en zodoende dienen lidstaten het EU-recht te eerbiedigen. Dit houdt in dat lidstaten geen materieelrechtelijke belemmeringen mogen opwerpen, zoals een omzetting belemmeren door de ontbinding van de vennootschap te eisen of deze omzetting alleen nationaal toe te staan. Lidstaten blijven echter in beginsel autonoom over hun eigen vennootschapsrecht en scenario's zijn te bedenken dat zij vennootschappen de toegang tot de vrijheid van vestiging kunnen ontnemen. Een voorbeeld is het geval wanneer de lidstaat van ontvangst geen omzettingsregeling kent, het de lidstaat vrij staat om bij vertrek als vanouds ontbinding en liquidatie eisen. In dat geval heeft een vennootschap bij zetelverplaatsing niet de toegang tot de vrijheid van vestiging.

Zolang er in de EU verschillende vennootschapsrechtelijke stelsels worden gehanteerd, zullen dispariteiten altijd blijven bestaan en dit komt de interne markt niet ten goeden. Daarom zal de Commissie tezamen met de individuele lidstaten moeten streven naar gemeenschappelijke regels om zetelverplaatsingen in EU-verband duidelijker en efficiënter te maken. Dit kan bijvoorbeeld plaatsvinden door middel van de totstandkoming van een richtlijn. De lidstaten kunnen vooralsnog, indien dit nog niet gedaan is, hun wetgeving aanpassen aan de recente jurisprudentie. Zo zal Nederland op basis van het arrest Vale de wetgeving moeten aanpassen om zo ook een inboundomzetting toe te staan. Het HvJ kan ondertussen doorgaan met het beoordelen van de materieelrechtelijke belemmeringen die lidstaten hebben op dit terrein.

Kortom, de toegang tot de vrijheid van vestiging bij de zetelverplaatsing van een vennootschap wordt in de meeste gevallen behouden. Nederlandse vennootschappen die hun feitelijke leiding verplaatsen naar het buitenland hebben toegang tot de vrijheid van vestiging en de daarmee gepaard gaande exitheffingen kunnen zodoende aan het EU-recht worden getoetst. Hiernaast zouden zij de mogelijkheid moeten hebben om zich om te zetten in een vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst voor zover de laatste een omzettingsregeling kent. Wanneer de omzetting plaatsvindt blijft de rechtspersoonlijkheid behouden en kan de vennootschap zichzelf ontdoen van haar Nederlandse oprichtingsrecht.

# Hoofdstuk 4: De ontwikkeling van de positieve integratie omtrent de exitheffing

## 4.1 Inleiding

In Hoofdstuk 4 en 5 zullen de ontwikkelingen omtrent de exitheffing in Europees verband uitgebreid behandeld worden.<sup>220</sup> Hierbij zal dit hoofdstuk zich eerst en voornamelijk richten op de ontwikkelingen van de positieve integratie in de EU ten aanzien van exitheffingen. Het beleid van de Commissie vanaf 2006 is met name van belang, daar zij de Mededeling exitheffingen in 2006 heeft gepubliceerd. Daarnaast heeft de Raad van Ministers ook haar steentje bijgedragen door twee jaar later een Resolutie uit te brengen. De Commissie heeft vervolgens ook op het gebied van de negatieve integratie een grote invloed gehad door vanaf 2008 een reeks infractieprocedures tegen een veelvoud aan lidstaten te beginnen, teneinde de exitheffingbepalingen van de lidstaten in overeenstemming met het EU-recht te krijgen.

Het beleid van de Commissie is in belangrijke mate gebaseerd op de arresten *De Lasteyrie du Saillant en N*,<sup>221</sup> waarbij de exitheffingen op aanmerkelijk belanghouders van respectievelijk Frankrijk en Nederland aan de vrijheid van vestiging werden getoetst. Verderop zal blijken dat de Commissie de uitkomst van genoemde arresten – waarbij vele lidstaten genoodzaakt waren de exitheffingen ten aanzien van particulieren aan te passen – in grote mate toepasbaar achtte op emigrerende ondernemingen en de overbrenging van activa en passiva. Het is dan ook relevant om eerst te onderzoeken wat de overwegingen in die arresten waren en te bepalen of deze inderdaad wel doorgetrokken kunnen worden naar ondernemingen.

Behalve dat de Commissie probeert om de exitheffingbepalingen van de lidstaten in lijn met het EU-recht te krijgen, besteedt zij ook aandacht aan het gebrek aan coördinatie tussen de directe belastingstelsels van de lidstaten. Hiervoor worden in de Mededelingen oplossingen aangedragen om in de toekomst de heffing van dubbele belasting en non-belasting te vermijden. De Raad van Ministers levert met behulp van de Resolutie eveneens een bijdrage, waarbij oplossingen worden aangedragen om de coördinatie ten aanzien van exitheffingen te verbeteren.

Het arrest *National Grid Indus* en de uitkomst van de diverse infractieprocedures – de negatieve integratie welteverstaan – komen in Hoofdstuk 5 aan bod. Het zal dan blijken dat het beleid van de Commissie, die zich in grote mate baseerde op *De Lasteyrie du Saillant en N*, achterhaald is. Wat dat betreft is het goed dat enkele lidstaten – waaronder Nederland – de exitheffingbepalingen niet direct hebben gewijzigd naar aanleiding van de Mededeling exitheffingen, maar hebben gewacht op duidelijke jurisprudentie van het HvJ voordat zij hun wetgevingen aanpasten.

De deelvraag in dit hoofdstuk luidt: *‘Hoe heeft de positieve integratie zich op het terrein van de exitheffingen ontwikkeld en in het bijzonder wat voor beleid heeft de Commissie vanaf 2006 gevoerd?’*

---

<sup>220</sup> Deze ontwikkelingen vallen in twee gedachten uiteen: positieve integratie en negatieve integratie. De positieve integratie wordt verdeeld in de primaire bron (VEU en VwEU), de secundaire bron (verordeningen, richtlijnen en beschikkingen) en als derde bron ‘soft law’; hetgeen aanbevelingen, Mededelingen en gedragscodes bevat. Onder negatieve integratie worden de veranderingen veroorzaakt door de arresten die het HvJ gewezen heeft, verstaan.

<sup>221</sup> Zie voor de behandeling van deze arresten: par. 4.3.1 en 4.3.2. Ondanks dat de negatieve integratie in Hoofdstuk 5 centraal staat, worden deze arresten toch in dit hoofdstuk besproken omdat de Mededeling exitheffingen er in grote mate op gebaseerd is.

## 4.2 De Europese Commissie

De Europese Commissie is onder andere verantwoordelijk voor het handhaven van het EU-recht<sup>222</sup> en het indienen van wetsvoorstellen waaraan – indien die worden aangenomen – gevolg moet worden gegeven door de lidstaten. De Commissie streeft tevens naar de vervolmaking van de interne markt. Fiscaal gezien zijn zaken als dubbele belasting, non-belasting, dispariteiten, discriminatie en fraude die als gevolg van het grensoverschrijdende economische verkeer kunnen optreden, belemmerend voor de voltooiing van de interne markt. Door middel van de implementatie van wetgeving probeert de Commissie deze belemmeringen weg te nemen en zo de werking van de interne markt te verbeteren.

Nu is het zo dat wetsvoorstellen in verband met de directe belastingen op EU-niveau alleen met unanimiteit kunnen worden aangenomen. De unanimiteitseis<sup>223</sup> geldt tot op heden, ondanks dat pogingen zijn ondernomen om dit ten aanzien van de directe belastingen te veranderen naar een meerderheidsbesluit.<sup>224</sup> De achterliggende reden dat de unanimiteitseis nog steeds van kracht is, is dat lidstaten graag hun soevereiniteit op het gebied van de directe belasting behouden zien blijven. Overheden zijn bang dat, wanneer bevoegdheden hieromtrent uit handen wordt gegeven, zij de greep op hun overheidsfinanciën voor (een deel) kwijtraken.<sup>225</sup>

Hoewel het in het verleden gelukt is om wetgeving ten aanzien van de directe belastingen tot stand te brengen door middel van richtlijnen,<sup>226</sup> is dit in de huidige EU met maar liefst 27 lidstaten een missie die niet snel volbracht zal worden. De Commissie heeft daarom een andere (subtielere) manier gevonden waarop zij wetgeving tot stand kan brengen. Dit gebeurt aan de hand van de publicatie van Mededelingen.

### 4.2.1 Mededelingen van de Europese Commissie

De publicatie van Mededelingen, waarvan er in het afgelopen decennium een groot aantal zijn uitgebracht op tal van terreinen, hoeft niet te gebeuren met unanimiteit. Het is zelfs zo dat binnen de Commissie hierover geen overeenstemming hoeft te bestaan; wanneer een Commissaris van de Commissie een duidelijk beleid wil uiteenzetten ten aanzien van een bepaald beleidsterrein kan hij hiertoe zelf beslissen.<sup>227</sup> Vervolgens zal in de betreffende Mededeling onder andere uiteengezet worden wat de huidige obstakels zijn, waarnaar gestreefd dient te worden en op welke manier(en) dit bereikt kan worden. Hoewel de Commissie graag ziet dat de lidstaten zich schikken naar de doelstellingen als geformuleerd in de Mededeling, behoort de Mededeling tot de zogeheten soft law van de EU en heeft de inhoud daarvan geen directe werking.<sup>228</sup> De Commissie heeft echter wel de mogelijkheid om op basis van art. 258 VwEU een infractieprocedure op te starten indien zij nog steeds van mening is dat een lidstaat de verplichtingen die uit het VwEU voortvloeien niet is nagekomen.<sup>229</sup> Wanneer de lidstaat het advies van de Commissie niet opvolgt, kan de zaak uiteindelijk voor het HvJ worden gebracht. Een lidstaat zal daarom altijd een afweging moeten maken om ofwel de wetgeving tijds aan te passen naar het advies van de Commissie (indien de Commissie niet van haar standpunt zal wijken) dan wel de zaak voor het HvJ te laten komen en haar

---

<sup>222</sup> Het handhaven van het EU-recht gebeurt in samenwerking met het HvJ.

<sup>223</sup> Zie de artikelen 114, tweede lid en 115 VwEU.

<sup>224</sup> P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', TFO 2007/1, onderdeel 1.1.

<sup>225</sup> Met name sinds de economische crisis zijn de overheden van de meeste lidstaten geneigd om zoveel mogelijk bevoegdheden, die te maken hebben met de inkomsten en uitgaven van de staat, te behouden zodat zij zo een zelfstandig begrotingsbeleid kunnen blijven voeren.

<sup>226</sup> De vier belangrijkste EU-richtlijnen ten aanzien van directe belastingen zijn: de moeder-dochterrichtlijn, de fusierichtlijn, de interest- en royaltyrichtlijn en de spaartegoedenrichtlijn.

<sup>227</sup> P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', TFO 2007/1, onderdeel 1.2.

<sup>228</sup> De soft law van de EU bestaat uit Mededelingen, aanbevelingen en gedragscodes.

<sup>229</sup> De Commissie brengt dan een met redenen omkleed advies uit (na de staat de gelegenheid te hebben gegeven om opmerkingen te maken). Wanneer het advies door de lidstaat niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn wordt opgevolgd, wordt de zaak aanhangig gemaakt bij het HvJ.

oordeel af te wachten. Het blijft immers nog maar de vraag of het HvJ de zienswijze van de Commissie zal volgen.<sup>230</sup> Hiermee zijn meteen de nadelen van de Mededelingen aan het licht gekomen; enerzijds zal de Commissie moeten wachten op de goede wil van de lidstaten om het beleid van de Mededeling uit te voeren en anderzijds zal - wanneer de lidstaten geen actie ondernemen - de zaak voor het HvJ (moeten) worden gebracht waarvan de uitkomst op zijn zachts gezegd onzeker is en een geruime tijd in beslag kan nemen.<sup>231</sup> Ondanks dat het lang kan duren voordat het beleid op een bepaald terrein uitgevoerd wordt, zal op termijn wel duidelijkheid komen hoe er gehandeld dient te worden, zodat dit in lijn met EU-recht is.<sup>232</sup>

Zoals reeds besproken heeft de Commissie in 2006 een Mededeling<sup>233</sup> ten aanzien van exitheffingen gepubliceerd. Deze Mededeling was één van de twee Mededelingen<sup>234</sup> die direct zijn voortgevloeid uit een andere Mededeling, die ernaar streeft om de coördinatie en de werking van de (ongeharmoniseerde) directe belastingstelsels te verbeteren.<sup>235</sup> Deze Mededeling (hierna: algemene Mededeling) biedt algemene uitgangspunten, waardoor de problemen die kunnen ontstaan door het grensoverschrijdende economische verkeer verminderd kunnen worden. Dit houdt onder andere in dat door de lidstaten gestreefd moet worden naar de afschaffing van discriminatie en dubbele belastingheffing en daarnaast misbruik en non-taxation moet worden voorkomen. Tot op heden zouden de lidstaten bij de totstandkoming van hun wetten onvoldoende rekening houden met grensoverschrijdende situaties en hierin zou verandering moeten komen. Het doel van de coördinatie is overigens *„niet om de bestaande nationale belastingstelsels door één uniform communautair stelsel te vervangen, maar om deze naadloos met elkaar te laten samenwerken.“*<sup>236</sup> De bedoeling is tot slot dat op basis van de algemene Mededeling, meerdere Mededelingen volgen die de coördinatie en werking van de directe belastingstelsels in de EU op verschillende terreinen zullen verbeteren.

De Mededeling ten aanzien van de exitheffingen is dus één van de Mededelingen die de coördinatie en werking van de directe belastingstelsels moet gaan verbeteren, en wel op het terrein van de exitheffingen. De Mededeling omvat onder andere uiteengezet beleid hoe de nationale regels van de lidstaten inzake exitheffingen in overeenstemming met het EU-recht kunnen worden gebracht. Hiervoor werd de bestaande jurisprudentie als leidraad gebruikt en gecoördineerde oplossingen aangedragen. Er zal een evenwicht moeten worden gevonden, waarbij aan de ene kant de belangen van de interne markt en de belastingplichtigen gewaarborgd worden en aan de andere kant de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten zo min mogelijk wordt aangetast.<sup>237</sup> Nogmaals, belangrijk is om te bedenken dat het HvJ een ander oordeel kan vellen dan de Commissie voor wat betreft het beleid ten aanzien van het in overeenstemming brengen van de exitheffingen in de winstsfeer met het EU-recht. Verderop - in Hoofdstuk 5 - wordt de relevante jurisprudentie van het HvJ doorgenomen en dan zal inderdaad blijken dat het HvJ nadien anders heeft geoordeeld. De Mededeling exitheffingen is, wat betreft de punten waarover het HvJ anders geoordeeld heeft, in zoverre achterhaald. Indien dat nodig is, wordt bij de bespreking van onder andere het National

<sup>230</sup> Een lidstaat kan het oneens met de Commissie zijn en argumenten aandragen voor het HvJ (waarin bijvoorbeeld betoogd wordt dat niet in strijd met het EU-recht wordt gehandeld) om trachten te voorkomen dat het geplande beleid van de Commissie uitgevoerd zal worden. Los van de argumenten van beide partijen, is het uiteraard mogelijk dat het HvJ er EU-rechtelijk een andere zienswijze op nahoudt.

<sup>231</sup> Wanneer het beleid uit de desbetreffende Mededeling niet uitgevoerd wordt, hoeft dit echter niet altijd te leiden tot een infractieprocedure. In de regel streven Mededelingen naar de perfectionering van de interne markt, maar een lidstaat kan echter niet gedwongen worden dit ten uitvoer te brengen indien duidelijk is dat zij niet in strijd met EU-recht handelt.

<sup>232</sup> Zodoende heeft de Commissie het voor elkaar gekregen om haar beleid uit te voeren. Niet door middel van de totstandkoming van EU-wetten, maar doordat de lidstaten ofwel het beleid van de Commissie vrijwillig ten uitvoer hebben gebracht ofwel de rechtspraak van het HvJ de lidstaten ertoe heeft gebracht.

<sup>233</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief.

<sup>234</sup> De andere Mededeling die voortvloeide uit de algemene Mededeling zag op de grensoverschrijdende verliesverrekening. Deze wordt verder buiten beschouwing gelaten.

<sup>235</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief.

<sup>236</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief, onderdeel 1.

<sup>237</sup> Dit uitgangspunt wordt ook wel de uitwerking van de evenwichtigheidsstoets genoemd, hetwelk behandeld wordt in Hoofdstuk 5.

Grid Indus-arrest aandacht besteed aan de vraag waarom het HvJ anders heeft geoordeeld. Ondanks dat het merendeel van de negatieve integratie in een apart hoofdstuk wordt behandeld, zal hieronder toch een deel van de arresten besproken worden en wel de arresten die mede aanleiding gegeven hebben tot de publicatie van de Mededeling en de Resolutie.

### 4.3 Wat vooraf ging aan de Mededeling exithellingen

Alvorens de Mededeling exithellingen inhoudelijk wordt besproken, zullen eerst de arresten De Lasteyrie du Saillant en N worden doorgenomen. De arresten - die respectievelijk in de jaren 2004 en 2006 door het HvJ zijn gewezen - hebben een grote invloed gehad op de punten die in de Mededeling zijn opgeschreven. In beide arresten draait het om een emigrerende particulier met een aanmerkelijk belang die een exithelling tegemoet ziet. De ontwikkelingen ten aanzien van de exithellingen in de winstsfeer en daarbij met name het beleid van de Commissie, kunnen dan ook niet los worden gezien van die twee arresten en daarom worden deze dan ook besproken in de volgende onderdelen.

Het zal overigens menigeen verbazen dat het zo lang geduurd heeft, voordat er een start is gemaakt om het beleid van de lidstaten op het terrein van de exithellingen in de winstsfeer Europeesrechtelijk houdbaar te maken en hiervoor oplossingen aan te dragen. Wellicht dat het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een rol heeft gespeeld.<sup>238</sup> Aangezien dat voor lidstaten een gevoelige issue is en omtrent exithellingen een belangrijke rol speelt, is hier blijkbaar niet met hoog tempo een zaak van gemaakt. Uiteindelijk is hier door de Commissie toch werk van gemaakt en mijns inziens hebben de volgende twee arresten een min of meer directe aanleiding gevormd voor de publicatie van de Mededeling exithellingen.

#### 4.3.1 Het arrest De Lasteyrie du Saillant

Op 11 maart 2004 heeft het HvJ arrest gewezen in de zaak ‘Hughes de Lasteyrie du Saillant’ (hierna: De Lasteyrie).<sup>239</sup> In deze zaak was er sprake van een Franse inwoner die met een aandelenpakket emigreerde naar België. In geschil was of de Franse conserverende aanslag<sup>240</sup>, die bij de emigratie van de aanmerkelijk belanghouder opgelegd werd,<sup>241</sup> in strijd met het EU-recht is en in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Hoewel bij emigratie normaliter gelijk moet worden afgerekend, kon echter onder voorwaarden uitstel van betaling worden verleend. De betaling van de belastingaanslag ten aanzien van de waardevermeerdering kon dan, wanneer voor uitstel werd gekozen, worden uitgesteld tot realisatie. De voorwaarden voor het uitstel bestonden uit het weergeven van de waardevermeerdering bij vertrek, het verlenen van zekerheid om de inning van de belastingschuld te waarborgen, het aanwijzen van een vertegenwoordiger in Frankrijk als aanspreekpunt voor de fiscus en het jaarlijks doen van aangifte in Frankrijk na emigratie.<sup>242</sup> Tot slot kan vermeld worden dat er door de Franse belastingdienst rekening werd gehouden met waardeverminderingen en dat de conserverende aanslag vijf jaar na emigratie wordt kwijtgescholden.

<sup>238</sup> Anderzijds kan hier ook ten grondslag aan hebben gelegen dat andere dossiers indertijd meer prioriteit hadden.

<sup>239</sup> Zie HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant).

<sup>240</sup> De hoogte van de conserverende aanslag werd in de regel bepaald door het verschil tussen de verkrijgingsprijs en de waarde in het economische verkeer van de aandelen. Zie ook HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 2.

<sup>241</sup> In de (toenmalige) Franse wet werd onder een aanmerkelijk belanghouder verstaan diegene die tezamen met zijn familie, direct of indirect, een aandelenpakket bezit die het recht geeft op 25% of meer van de winst van een in Frankrijk gevestigde Vpb-plichtige vennootschap.

<sup>242</sup> Zie voor een uitgebreide toelichting van de Franse bepaling (artikel 167bis CGI): HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 3.



De prejudiciële vraag luidde: *‘Verzet het beginsel van vrijheid van vestiging in artikel 52 EG-verdrag (reeds, na wijziging, art. 49 VwEU) zich ertegen dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een stelsel invoert waarbij waardevermeerderingen aan belasting worden onderworpen indien de fiscale woonplaats naar het buitenland wordt overgebracht, zoals hiervoor is uiteengezet?’*

Nadat De Lasteyrie, de Franse regering, de diverse andere regeringen en de Commissie hun opmerkingen kenbaar hebben gemaakt<sup>243</sup>, gaat het HvJ inhoudelijk in op het arrest. Het HvJ gaat eerst in op de vraag of er sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging (r.o. 38 – 48) en constateert daarbij dat er onderscheid wordt gemaakt tussen de persoon die zijn woonplaats in Frankrijk behoudt en diegene die emigreert. Het HvJ vervolgt dat: *‘Op de enkele grond van een dergelijke overbrenging ontstaat voor de belastingplichtige een belastingschuld op inkomsten die nog niet zijn gerealiseerd en waarover hij bijgevolg niet beschikt, zulks terwijl, indien hij in Frankrijk zou blijven, de waardevermeerderingen enkel belastbaar zouden zijn wanneer en voorzover zij daadwerkelijk zouden worden gerealiseerd. Dit verschil in behandeling ter zake van de belasting van waardevermeerderingen, dat aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het vermogen van de belastingplichtige die zijn woonplaats van Frankrijk naar het buitenland wenst over te brengen, kan een belastingplichtige afschrikken om die stap te zetten.’*<sup>244</sup>

Doordat er een belastingschuld ontstaat over de nog niet gerealiseerde inkomsten, is er sprake van een rentenadeel ten opzichte van de persoon die niet emigreert. Daarnaast beschikt de emigrant, doordat er nog geen daadwerkelijke verkoop heeft plaatsgevonden, nog niet over de liquide middelen voor de betaling. Er is daarom tevens sprake van een liquiditeitsnadeel. Er bestaat echter de mogelijkheid om uitstel van betaling aan te vragen. Het HvJ oordeelt daarover als volgt: *‘Hoewel het mogelijk is uitstel van betaling te genieten, is dit uitstel immers niet automatisch en is het verbonden aan strikte voorwaarden,(...), waaronder het verstrekken van een waarborg. Deze waarborg heeft uit zichzelf een belemmerende werking, daar hij de belastingplichtige het genot van het als waarborg verstrekte vermogen onthoudt.’*<sup>245</sup>

De belemmeringen die bij directe afrekening genoemd werden, worden weggenomen wanneer voor uitstel van betaling is gekozen. Hiervoor komen er echter weer andere belemmeringen in de plaats. In de eerste plaats wordt genoemd dat het uitstel niet automatisch is, daarnaast is het uitstel verbonden aan strikte voorwaarden waaronder het stellen van een waarborg.<sup>246</sup> Het HvJ concludeert dan ook dat de Franse conserverende aanslag, ongeacht of er uitstel is verleend of niet, de vrijheid van vestiging kan belemmeren (r.o. 48).

Nu de belemmering is vastgesteld, moet worden bekeken of er een rechtvaardiging kan worden aangedragen voor de Franse bepaling. Kan er - met andere woorden - voor de bepaling een rechtvaardiging worden gevonden die zijn oorsprong vindt in de dwingende redenen van het algemeen belang? Is de bepaling daarnaast geschikt om de daaraan ten grondslag liggende doelstelling te verwezenlijken en gaat de bepaling niet verder dan noodzakelijk is geacht (r.o. 49)? De Franse regering heeft betoogd dat de bepaling inderdaad gerechtvaardigd is en wel om belastingontwijking te voorkomen. Een persoon zou immers kunnen besluiten om zijn woonplaats tijdelijk naar het buitenland te verplaatsen, daar de aandelen te verkopen en vervolgens weer terug te verhuizen naar Frankrijk. De Franse regering acht haar bepaling doeltreffend genoeg om deze belastingconstructie tegen te gaan.<sup>247</sup> Het HvJ gaat

<sup>243</sup> Zie daarvoor HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 19 – 37.

<sup>244</sup> HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 46.

<sup>245</sup> HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 47.

<sup>246</sup> Het genot van het verstrekte vermogen dat dient als waarborg wordt weggenomen. Hiermee is er, ten opzichte van directe afrekening, een soortgelijk liquiditeitsnadeel voor in de plaats gekomen.

<sup>247</sup> Zie voor de uitgebreide argumentatie van de Franse regering: HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 24 - 29.

er tegenin en geeft aan dat de bepaling: *'Niet specifiek tot doel heeft louter kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de Franse belastingwetgeving te omzeilen, van een belastingvoordeel uit te sluiten, maar in het algemeen betrekking heeft op elke situatie waarin een belastingplichtige die een aanzienlijke participatie in een aan de vennootschapsbelasting onderworpen vennootschap aanhoudt om gelijk welke reden zijn fiscale woonplaats van Frankrijk naar het buitenland overbrengt.'*<sup>248</sup>

Hoewel de voorkoming van belastingontwijking of –misbruik hier terecht kan worden opgeworpen als een reden van algemeen belang en de bepaling in mindere of meerdere mate geschikt is om belastingontwijking te voorkomen, gaat de bepaling – aldus het HvJ – verder dan noodzakelijk is om de bestrijding van belastingontwijking te realiseren. De bepaling in zijn toenmalige vorm, raakte alle emigraties van personen met een aanmerkelijk aandelenbelang ongeacht of de emigratie tijdelijk was of niet. De termijn van vijf jaar die voor de conserverende aanslag staat waarna die wordt kwijtgescholden, doet geen afbreuk aan de hiervoor gedane conclusie. Het HvJ formuleert het als volgt: *'(...) het beoogde doel, namelijk het vermijden dat een belastingplichtige die effecten wil verkopen eerst zijn fiscale woonplaats tijdelijk overbrengt, met als enige doel te ontsnappen aan de Franse belasting op waardevermeerderingen, worden bereikt met maatregelen die de vrijheid van vestiging minder belemmeren of beperken, en specifiek betrekking hebben op het risico van een dergelijke tijdelijk overbrenging.'*<sup>249</sup>

Tot slot worden er nog pogingen gedaan door diverse regeringen die andere rechtvaardigingen van algemeen belang aandragen.<sup>250</sup> Deze kunnen niet slagen, enerzijds omdat zij niet van toepassing zijn en anderzijds omdat de Franse regering al had vastgesteld dat de bepaling destijds is ingevoerd om belastingontwijking te voorkomen. Het is wellicht interessant om de Nederlandse rechtvaardigingsgrond - die inhoudt dat de bepaling gerechtvaardigd zou zijn omdat het nodig is om de samenhang van het Franse belastingstelsel te behouden – kort te bekijken. Het HvJ geeft aan dat deze rechtvaardigingsgrond niet kan slagen omdat Frankrijk belastingaftrek op de geconserveerde aanslag toestaat voor zover er door het (nieuwe) woonland wordt geheven op de gerealiseerde waardevermeerderingen (r.o. 66). Waarschijnlijk heeft Nederland hier de Franse regeling niet goed onderzocht en ik ben het daarom eens met de aantekening bij het arrest,<sup>251</sup> waarin de auteurs opmaken dat het coherentie-argument weliswaar van toepassing kan zijn op het toentertijd Nederlandse systeem van aanmerkelijk belangheffing, maar niet op de Franse bepaling<sup>252</sup>. Het Nederlandse systeem hield destijds net als Frankrijk wel rekening met de mogelijke heffing die in het nieuwe woonland kan plaatsvinden, maar er werd daarnaast geen rekening gehouden met waardeverminderingen.<sup>253</sup> Overigens zal verderop bij de bespreking van arrest N blijken, dat Nederland van dit argument afstapt en het over een andere boeg gooit. Ze rechtvaardigt haar aanmerkelijk belangheffing bij emigratie dan op basis van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

<sup>248</sup> HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 50.

<sup>249</sup> HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 54, alinea één.

<sup>250</sup> Zie hiervoor HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 59 – 68. De Deense regering merkt op dat de bepaling de fiscale uitholling van de belastinggrondslag moet verhinderen, de Nederlandse regering merkt op dat de bepaling nodig is om de samenhang van het Franse belastingstelsel te waarborgen en de Duitse regering geeft aan dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten behouden moet blijven.

<sup>251</sup> HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), V-N 2004/15.9, Aantekening, alinea twee.

<sup>252</sup> Zie voor de uitgebreide bespreking van de mogelijke coherentie van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond: F.G.F. Peters, *'HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing?'*, WFR 2004/1307, onderdeel 2.3.

<sup>253</sup> Daarnaast hanteert Nederland ook een kwijtscheldingsregeling in de Invorderingswet 1990, waarbij na tien jaar de conserverende aanslag wordt kwijtgescholden. De heffing op de stille reserves en de aangegroeide waardevermeerderingen kan dus worden kwijtgescholden en daarmee doet de regeling afbreuk ingeval Nederland ter rechtvaardiging de coherentie van het Nederlandse belastingstelsel als argument naar voren brengt. Indertijd kon dan ook vermoed worden dat de coherentie ter rechtvaardiging van het belastingstelsel bij het HvJ niet zou kunnen slagen.

Het HvJ rondt het arrest af met de volgende conclusie: *‘Op de vraag moet dus worden geantwoord, dat het beginsel van vrijheid van vestiging in artikel 52 van het Verdrag (reeds art. 49 VwEU) aldus moet worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat ter voorkoming van belastingontwijking, een stelsel zoals dit van artikel 167bis CGI invoert waarbij latente waardevermeerderingen worden belast wanneer de belastingplichtige zijn fiscale woonplaats van die staat naar het buitenland overbrengt.’*

Hoewel duidelijk werd dat het (specifiek) Franse stelsel ten aanzien van de exithetfing op een aanmerkelijk aandelenbelang in strijd is met de vrijheid van vestiging, is naar aanleiding van De Lasteyrie niet volledig duidelijk geworden hoe de exithetfing dan wel precies ingericht zou moeten worden en in hoeverre andere rechtvaardigingsgronden - zoals de coherentie van het belastingstelsel en de verdeling van de heffingsbevoegdheid - bij de andere lidstaten een kans van slagen zouden hebben.<sup>254</sup> Toentertijd hadden veel lidstaten dergelijke exithetfingen op aandelenpakketen en meer duidelijkheid van het HvJ was dan ook wel gewenst. Wel konden de voorwaarden, die onder andere zagen op de verstrekking van een waarborg en het niet automatisch verlenen van uitstel, door de andere lidstaten waarschijnlijk niet gehandhaafd blijven omdat deze verder gaan dan noodzakelijk is geacht en minder belemmerende maatregelen genomen kunnen worden.<sup>255</sup>

Naar aanleiding van de mogelijke gevolgen van het arrest De Lasteyrie op de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse conserverende aanslagen die bij emigratie worden opgelegd, waren er Kamervragen gesteld waarop de Staatssecretaris in een brief op 13 april 2004 heeft geantwoord.<sup>256</sup> Hij heeft op de Kamervragen onder andere geantwoord dat ingaande 11 maart 2004 (datum van arrest De Lasteyrie) de verplichting tot het stellen van zekerheid over de conserverende aanslagen met terugwerkende kracht komt te vervallen en dat het uitstel van betaling voortaan automatisch en onvoorwaardelijk verleend wordt.<sup>257</sup> Hiermee kan – aldus de Staatssecretaris<sup>258</sup> – de conserverende aanslag gehandhaafd blijven omdat de belemmerende aspecten hiervan ontdaan zijn en dus in overeenstemming met het EU-recht is. Interessant is dat de Staatssecretaris op de vraag of de eindafrekeningsbepalingen in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting nog houdbaar zijn, antwoordt dat het arrest De Lasteyrie geen aanleiding geeft om reeds aan te nemen dat die bepalingen nu wel in strijd met het EU-recht zijn.<sup>259</sup> Die bepalingen werden daarom destijds ongemoeid gelaten.<sup>260</sup>

De wijziging van de voorwaarden werden definitief vastgelegd in de Wet Overige fiscale maatregelen 2005 waarvoor eveneens de eerdergenoemde terugwerkende kracht gold.<sup>261</sup> In de volgende paragraaf – de behandeling van zaak N – draait het wederom om een conserverende aanslag die opgelegd wordt aan een emigrerende aanmerkelijk belanghouder. Deze keer ging het echter om een Nederlandse emigrant, waarbij duidelijk zal worden in hoeverre de Nederlandse bepaling EU-rechtelijk houdbaar is. Daarnaast heeft zaak N een hoop duidelijkheid gebracht voor enkele andere lidstaten, die destijds vergelijkbare bepalingen hadden.

<sup>254</sup> Zie ook HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (De Lasteyrie du Saillant), V-N 2004/15.9, Aantekening, alinea drie en vier.

<sup>255</sup> Het HvJ zou kunnen beargumenteren dat de lidstaten elkaar onderling inlichtingen uitwisselen en bijstand bij invordering (kunnen) verlenen en dat daardoor het belang van een waarborg minder aanwezig zal zijn.

<sup>256</sup> Zie Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.

<sup>257</sup> Deze voorwaarden waren toen het arrest De Lasteyrie werd gewezen, opgenomen in de Invorderingswet 1990. De voorwaarden komen nu alleen te vervallen wanneer geëmigreerd wordt naar EU- of EER-landen.

<sup>258</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8, antwoord op vragen 2-6.

<sup>259</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8, laatste twee zinnen.

<sup>260</sup> De Staatssecretaris kwam met een kort antwoord ondanks dat de discussie – al voor De Lasteyrie overigens – terecht gevoerd werd of de bepalingen EU-rechtelijk wel in stand konden blijven. Zie bijv.: P. Kavelaars, *‘Grensoverschrijdende zekerheidsstellingen Europeesrechtelijk getoetst’*, WFR 2003/575.

<sup>261</sup> Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2005).

### 4.3.2 De zaak N

Op 7 september 2006 heeft het HvJ arrest gewezen in de zaak ‘N’.<sup>262</sup> In deze zaak was er sprake van de persoon genaamd (afgekort) N die op 22 januari 1997 vanuit Nederland naar het Verenigd Koninkrijk emigreerde. Bij vertrek was hij 100% aandeelhouder van drie besloten vennootschappen, waarvan de feitelijke leiding op hetzelfde tijdstip naar Curaçao was verplaatst. Er werd vervolgens een belastingaanslag opgelegd over de nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen van het aanmerkelijk aandelenbelang. N verzocht uitstel van betaling en deze werd dan ook verleend. Op grond van de toenmalige nationale wetgeving moest door N echter zekerheid worden verschaft, waarop hij besloot de aandelen in een van zijn vennootschappen in onderpand te geven.<sup>263</sup> Dat zekerheid moest worden verschaft, kon opgemaakt worden uit artikel 25, zesde lid Invorderingswet 1990 (hierna: IW’90) waarin stond dat het uitstel van betaling voor de duur van tien jaren kan worden verleend *‘mits voldoende zekerheid werd gesteld’*.<sup>264</sup> Hoewel inmiddels – ten tijde van de behandeling van dit arrest – de zekerheidstelling naar aanleiding van De Lasteyrie is komen te vervallen, gaat deze zaak (met name) over de wetgeving zoals die in 1997 van kracht was.

Naar aanleiding van voornoemde gebeurtenissen was de zaak uiteindelijk voor het Gerechtshof te Arnhem gebracht, dat van mening was het HvJ een vijftal prejudiciële vragen voor te leggen. De eerste twee vragen betreffen onder andere de vraag welke vrijheid van toepassing is in deze zaak en of er sprake is van een economische activiteit. Het HvJ komt daarbij – kort gezegd - tot de conclusie dat de heer N toegang heeft tot de vrijheid van vestiging (r.o. 27 - 28). De derde en de vijfde prejudiciële vraag zijn vervolgens het meest relevant.<sup>265</sup> De derde vraag luidde: *‘(...) verzetten (...) artikel 43 EG (reeds artikel 49 VwEU) zich tegen de onderhavige Nederlandse regeling krachtens welke een aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen wordt opgelegd ter zake van het fictief genieten van winst uit aanmerkelijk belang, enkel op de grond dat een inwoner van Nederland die ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn omdat hij zijn woonplaats verlegt naar een andere lidstaat, geacht wordt zijn aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren, te hebben vervreemd?’*<sup>266</sup>

Kortom, kon de Nederlandse conserverende aanslag bij de emigratie van aanmerkelijk belanghouders in zijn geheel bezien als belemmerend voor de vrijheid van vestiging worden aangemerkt? Indien hierop bevestigend werd geantwoord, volgde de vijfde vraag: *‘(...) kan de alsdan bestaande belemmering worden gerechtvaardigd?’*<sup>267</sup>

Bij het zoeken naar een antwoord op deze twee vragen constateerde het HvJ ten eerste dat: *‘(...) het ten tijde van de feiten in het hoofdgeding bij de Wet IB, de IW en de URIW ingestelde systeem een Nederlandse belastingplichtige niet verbiedt om zijn recht van vestiging uit te oefenen, het niettemin vanwege zijn afschrikkende werking de uitoefening daarvan beperkt.’*<sup>268</sup>

Slechts het feit dat de Nederlandse regeling als geheel een dermate afschrikkende werking had, was genoeg om te spreken van een beperking op de vrijheid van vestiging. Het HvJ gaat vervolgens specifieker in op de belemmeringen<sup>269</sup> en vermeldt dat net als in het arrest De Lasteyrie, de emigrant nadeliger wordt behandeld dan de ‘thuisblijver’ omdat hij direct een belastingschuld tegemoet ziet. Er kan echter uitstel van betaling aangevraagd

<sup>262</sup> HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N).

<sup>263</sup> Zie HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 11 – 13.

<sup>264</sup> Idem, r.o. 8.

<sup>265</sup> De vierde prejudiciële vraag had onder andere betrekking op de vraag ofwel het voldoende was de vereiste inzake de zekerheidstelling met terugwerkende kracht voor de belastingplichtige weg te nemen, indien dit door het HvJ in deze zaak als belemmerend zou worden gekenmerkt. Hier wordt verder geen aandacht aan besteed.

<sup>266</sup> Zie HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 19, sub 3.

<sup>267</sup> Zie HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 19, sub 5.

<sup>268</sup> Idem, r.o. 34.

<sup>269</sup> Zie voor de genoemde belemmeringen: HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 35 – 38.

worden, maar het stellen van zekerheden dat daarmee gepaard gaat en het niet automatisch verlenen van uitstel functioneert belemmerend. Tot slot komt het HvJ met een `nieuwe` belemmering:<sup>270</sup> *Voorts werden waardeverminderingen na de verlegging van de woonplaats ten tijde van de feiten in het hoofdgeding niet in aanmerking genomen ter vermindering van de belastingschuld (...)*. Het was tot arrest N nog niet bekend dat hiermee rekening moest worden gehouden. Frankrijk hield er in het arrest De Lasteyrie wel rekening mee, en dat zal dan ook de reden zijn waarom het HvJ er toen geen oordeel over heeft geveld. Op basis van het voorgaande wordt geconcludeerd dat het Nederlandse systeem van conserverende aanslagen op de emigrerende aanmerkelijk belanghouder, de vrijheid van vestiging belemmert (r.o. 39).

De twee belangrijkste nadelen die de belastingplichtige bij uitstel tegemoet ziet is in de eerste plaats een liquiditeitsnadeel dat veroorzaakt wordt door de vereiste zekerheidstelling en in de tweede plaats de kans dat er dubbele belasting wordt geheven omdat vooralsnog geen rekening wordt gehouden met waardeverminderingen. De vraag is of het terecht is dat Nederland hiermee rekening dient te houden, omdat alleen dubbele heffing kan plaatsvinden ingeval het nieuwe woonland heft over de waardevermeerderingen die in wezen zijn toe te rekenen aan Nederland op basis van het territorialiteitsbeginsel.<sup>271</sup>

Net als bij de bespreking van arrest De Lasteyrie wordt nu bekeken of er een rechtvaardiging voor de belemmeringen kan worden aangedragen. Wordt er met de Nederlandse regeling een doel van algemeen belang nagestreefd, is het geschikt om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en gaat de regeling niet verder dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken? Ten eerste, wat betreft het doel van algemeen belang, wordt het volgende gezegd: *(...) dat de in het hoofdgeding bedoelde nationale bepalingen blijkens de voorbereidende stukken onder meer een op het territorialiteitsbeginsel gebaseerde verdeling tussen de lidstaten dienen te waarborgen van de heffingsbevoegdheid met betrekking tot waardeaan groei van aandeelhoudersrechten. Volgens de Nederlandse regering heeft deze regelgeving ook tot doel, dubbele belasting te voorkomen.*<sup>272</sup>

Anders dan in De Lasteyrie, waar de voorkoming van belastingontwijking als rechtvaardiging werd aangedragen, wordt hier overwogen dat de Nederlandse regeling de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel) waarborgt.<sup>273</sup> Dit wordt door het HvJ erkent als een legitiem doel en zij verwijst daarvoor naar het arrest Marks & Spencer,<sup>274</sup> een zaak die ging over de grensoverschrijdende verliesverrekening waarbij de grensoverschrijdende verliesverrekening beperkt mocht worden op grond van deze rechtvaardiging (r.o. 42). Er wordt vervolgens door het HvJ aangegeven: *(...) dat de lidstaten bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen.* (...)<sup>275</sup>

<sup>270</sup> Er wordt overigens nog gesproken over een andere belemmering: het indienen van een belastingaangifte bij vertrek zou ook belemmerend werken. Hierover wordt verderop bij de rechtvaardiging echter gezegd dat dit noodzakelijk is en dat de waardevermeerderingen niet op een minder belemmerende wijze kunnen worden vastgesteld.

<sup>271</sup> Het nieuwe woonland hanteert derhalve geen step-up. Wat betreft het juist verdelen van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, zou het juist gewenst zijn dat elke lidstaat een step-up hanteert bij binnenkomst en bij vertrek heft over de aangegroeide meerwaarden. Waarschijnlijk is het HvJ hier van oordeel dat, bij gebrek aan een harmonieus Europees belastingstelsel, het belang van de belastingplichtige hier meer weegt dan het streven naar een zo juist mogelijke verdeling van de heffingsbevoegdheden.

<sup>272</sup> HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 41.

<sup>273</sup> De coherentie van het belastingstelsel behouden – de rechtvaardiging die Nederland naar voren bracht in De Lasteyrie – wordt nu helemaal achterwege gelaten. Het reeds aandragen van een andere rechtvaardiging is anderzijds ook niet geheel verwonderlijk, aangezien de verdeling van de heffingsbevoegdheid doorgaans ook het behoud van de coherentie van het belastingstelsel ten goede komt en vice versa. De verdeling van de heffingsbevoegdheid is hier toch het meest relevant en wordt mijns inziens daarom terecht naar voren gebracht.

<sup>274</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer).

<sup>275</sup> HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 44.

Nederland heeft dus de bevoegdheid om unilateraal regelingen te treffen om de verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen. Daarnaast kunnen er overeenkomsten (Verdragen) worden gesloten tussen lidstaten die eveneens hiernaar streven.<sup>276</sup> Wat betreft de rechtvaardiging geeft het HvJ concreet aan dat: *‘(...) is het in overeenstemming met dit fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten het verblijf op nationaal grondgebied gedurende de periode waarin belastbare winst is ontstaan, dat de betrokken nationale bepalingen de inning voorschrijven van de belasting op in Nederland ontstane waardeaan groei, waarvan het bedrag is vastgesteld bij het vertrek van de betrokken belastingplichtige naar het buitenland en waarvoor uitstel van betaling is verleend tot de daadwerkelijke vervreemding van de aandelen.’*<sup>277</sup>

Het HvJ geeft dus aan dat de wijze waarop Nederland een conserverende aanslag oplegt met uitstel van betaling, in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Het doel waar Nederland naar streeft is legitiem en bovendien kan de verwezenlijking van dat doel met de Nederlandse regeling worden volbracht (r.o. 47).

De vraag die nu resteert, is of de Nederlandse regeling niet verder gaat dan noodzakelijk wordt geacht. Het HvJ vermeldt daartoe ten eerste dat het indienen van een belastingaangifte bij vertrek weliswaar belemmerend werkt, maar dit nodig is om de inkomstenbelasting te berekenen die te zijner tijd betaald zal worden. Er zijn daarnaast voor de berekening van de inkomstenbelasting geen minder belemmerende opties aanwezig (r.o. 49 – 50). Wat betreft de zekerheidstelling meldt het HvJ dat er wel minder belemmerende maatregelen getroffen kunnen worden (r.o. 52 – 53). Zo kan er een beroep worden gedaan op de richtlijnen inzake inlichtingenuitwisseling en de invordering van de belasting. Tot slot geeft het HvJ aan dat het niet rekening houden met waardeverminderingen na vertrek belemmerend is en dat hiermee rekening moet worden gehouden voorzover het nieuwe woonland dit niet doet (r.o. 54). Samengevat kan worden dat het HvJ de Nederlandse regeling ten aanzien van conserverende belastingaanslagen op de emigratie van aanmerkelijk belanghouders aanmerkt als een legitiem doel, maar dat de hiervoor genoemde belemmeringen in strijd met de vrijheid van vestiging zijn. Als Nederland de belemmeringen wegneemt, dan zal de regeling in lijn met de vrijheid van vestiging zijn.<sup>278</sup>

Naar aanleiding van arrest N werd voor de lidstaten compleet helder dat een exitheffing op basis van het territorialiteitsbeginsel gerechtvaardigd kan worden, maar dat het alleen de toets van de vrijheid van vestiging doorstaat wanneer uitstel van betaling wordt verleend en de voorwaarden geen materiële belemmeringen opleveren.

Zou op basis van deze arresten geconcludeerd kunnen worden dat de exitheffingen in de winst sfeer, EU-rechtelijk onhoudbaar zijn geworden?<sup>279</sup> De hiervoor behandelde arresten zagen immers op particulieren met een aandelenbelang en niet op de exitheffingen die aan ondernemingen worden opgelegd bij emigratie. In de volgende onderdelen wordt duidelijk dat de Commissie deze conclusie trekt.

#### 4.4 Inhoud van de Mededeling exitheffingen

De Mededeling exitheffingen<sup>280</sup> bevat enerzijds een analyse van de hiervoor behandelde arresten De Lasteyrie en N en de (fiscaal) EU-rechtelijke gevolgen daarvan omtrent exitheffingen voor (emigrerende) particulieren en vennootschappen; anderzijds bevat zij de constatering dat er een gebrek aan coördinatie is wat betreft de directe

<sup>276</sup> Die overeenkomsten worden doorgaans ook gesloten. Zie bijvoorbeeld artikel 13, zesde lid Verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk (2008).

<sup>277</sup> HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 46.

<sup>278</sup> Zie ook HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 73, sub 2.

<sup>279</sup> Voor de duidelijkheid, zou het voor wat betreft Nederland gaan om de artikelen 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en de artikelen 15c en 15d Wet Vpb 1969.

<sup>280</sup> De volledige benaming: *‘Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten.’*

belastingstelsels van de lidstaten waarvoor zij oplossingen - ter voorkoming van onder andere non-belasting en dubbele belasting - aandraagt. Eerst zal de analyse van de arresten De Lasteyrie en N doorgenomen worden. Daarna wordt aandacht besteed aan de gevolgen (aldus de visie van de Commissie) daarvan voor de exitheffingen in de winstfeer. Tot slot wordt het gebrek aan coördinatie betreffende de directe belastingstelsels ten aanzien van exitheffingen besproken en de mogelijke oplossingen die de Commissie aandraagt, bekeken en bekritiseerd.

#### 4.4.1 Gevolgen voor particulieren en vennootschappen

Ten eerste worden door de Commissie, aan de hand van de arresten De Lasteyrie en N, de belangrijkste EU-rechtelijke (knel)punten ten aanzien van particulieren doorgenomen.<sup>281</sup> Er wordt eerst geconstateerd dat er in die arresten sprake is van een verschillende behandeling tussen enerzijds de inwoners die in hetzelfde land bleven en anderzijds de inwoners die emigreerden. Het onderscheid daartussen belemmerde het vrije verkeer. Er wordt vervolgens gespecificeerd dat de rechtstreekse inning van de belasting over ongerealiseerde inkomsten bij emigratie, uitgesloten is. Bovendien is - bij uitstel van betaling - het stellen van belemmerende voorwaarden zoals het stellen van zekerheid, het aanwijzen van een vertegenwoordiger alsook andere voorwaarden die de belastingplichtige met onevenredige kosten kunnen opzadelen, niet toegestaan.

Hetgeen wel is toegestaan bij emigratie, is de vaststelling van de inkomsten waarover de lidstaat zijn heffingsbevoegdheid wil uitoefenen. De vereiste dat de belastingplichtige bij vertrek een aangifte indient, is noodzakelijk voor de berekening van de belasting en kan als rechtvaardig beschouwd worden gezien het legitieme doel van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Het belasten van de aangegroeide maar nog niet gerealiseerde inkomsten is, indien de invordering hiervan wordt uitgesteld tot realisatie en hieraan geen belemmerende voorwaarden worden verbonden, in overeenstemming met het EU-recht en in het bijzonder de vrijheid van vestiging.

De Commissie geeft aan dat de meeste lidstaten die soortgelijke belemmerende exitheffingsregelingen voor particulieren hadden getroffen, deze naar aanleiding van voorgaande arresten inmiddels hebben afgeschaft of overeenkomstig het arrest hebben aangepast.<sup>282</sup> De infractieprocedures die de Commissie daaromtrent had opgestart zijn daardoor komen te vervallen.<sup>283</sup>

Vervolgens gaat de Commissie in op de gevolgen van de arresten De Lasteyrie en N voor kapitaalvennootschappen.<sup>284</sup> De commissie is van mening dat de interpretatie van de vrijheid van vestiging in die arresten rechtstreekse gevolgen heeft voor de exitheffingsregelingen in de winstfeer. Er wordt de constatering gedaan dat er in de meeste lidstaten ook een vorm van exitheffing plaatsvindt, wanneer afzonderlijke activa of passiva worden ingebracht in een vaste inrichting in een andere lidstaat, terwijl de overbrenging daarvan in een dergelijke binnenlandse situatie geen fiscale consequenties tot gevolg heeft.<sup>285</sup> Dit is - aldus de Commissie - op basis van De Lasteyrie en N in strijd met de vrijheid van vestiging. Evenals bij De Lasteyrie en N wordt ook hier vermeld dat een grensoverschrijdende situatie niet een eerdere belastingheffing tegemoet mag zien dan ingeval het een binnenlandse situatie betreft. Er moet dus uitstel van invordering plaatsvinden en het uitstel mag niet aan

---

<sup>281</sup> Zie voor de volledige analyse van de arresten De Lasteyrie en N: Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 2.1.

<sup>282</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 2.1, alinea zeven.

<sup>283</sup> Verschillende lidstaten hadden door de arresten De Lasteyrie en N alsook de gestarte infractieprocedures ingezien, dat de toenmalige vormgeving van de exitheffingsregelingen ten aanzien van particulieren onhoudbaar was geworden.

<sup>284</sup> Zie voor het complete verhaal: Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.1.

<sup>285</sup> Er wordt in de Mededeling veelvuldig gesproken over de overbrenging van activa naar het buitenland. De verplaatsing van de gehele onderneming naar het buitenland – daaronder begrepen de verplaatsing van de feitelijke leiding – wordt hier merkwaardig genoeg niet specifiek naar voren gebracht.

verdere belemmerende voorwaarden verbonden zijn. Om het belastbare bedrag te berekenen mag bij de overbrenging van de activa naar een buitenlandse vaste inrichting, het nodige door de lidstaat gedaan worden om dit vast te stellen. Daarnaast mogen de belastingplichtigen verplicht worden om een jaarlijkse verklaring aan de belastingdienst in te dienen, waarin opgemaakt kan worden dat zij nog steeds in het bezit zijn van de betreffende activa. Op het moment dat daadwerkelijk vervreemding plaatsvindt, moet ook een aangifte opgesteld worden zodat de uitgestelde belastingheffing ingevorderd kan worden.

De Commissie geeft hiernaast aan dat de lidstaten de benodigde middelen inzake de uitwisseling van informatie en de bijstand bij invordering beter moeten gaan gebruiken teneinde de voordelen hiervan te benutten. Dit is mijns inziens hard nodig, aangezien de Commissie heeft aangegeven dat het stellen van zekerheid bij het uitstel van de invordering door de lidstaat niet geëist mag worden. Wanneer lidstaten elkaar dan niet op een degelijke wijze inlichten en geen bijstand bij invordering verlenen, kan het moeilijk worden om de verschuldigde belasting in te vorderen. Tot slot ziet de Commissie blijkbaar in dat de administratieve lasten van de lidstaten (behoorlijk) kunnen oplopen wanneer de invordering uitgesteld zou worden.<sup>286</sup> Daarom wordt door de Commissie voorgesteld dat lidstaten de belastingplichtigen alsnog de optie geven om onmiddellijk af te rekenen bij de overbrenging van activa.<sup>287</sup>

Wat opmerkelijk is, is dat de Commissie geen argumenten aandraagt waarom de arresten De Lasteyrie en N rechtstreekse gevolgen zou hebben voor de exitheffingen in de winstsfeer.<sup>288</sup> Zij geeft slechts in een voetnoot aan dat in het gehele arrest De Lasteyrie op één uitzondering na, gesproken wordt over (alle) belastingplichtigen en niet de term particulieren gebruikt wordt.<sup>289</sup> Dit is niet zo'n sterk argument aangezien met de term belastingplichtigen ook uitsluitend naar particulieren verwezen kan worden. Los van dat argument is het toch niet zo vreemd dat het arrest gevolgen zou hebben voor vennootschappen. Er zijn namelijk veel overeenkomsten tussen de situatie van een emigrerende particulier en de verplaatsing van de feitelijke leiding van een onderneming.<sup>290</sup> In beide gevallen speelt het geval dat de grensoverschrijdende situatie in beginsel een eerdere belasting tegemoet ziet ten opzichte van de binnenlandse situatie. Daarnaast draait het in beide gevallen om het feit dat er sprake is van de belastingheffing op nog niet gerealiseerde inkomsten of winsten. Over beide bestanddelen wil de lidstaat heffen omdat zij er op basis van het territorialiteitsbeginsel recht op heeft.

De verschillen, hoewel hier later nog op wordt teruggekomen bij de nadere beschouwing van National Grid Indus,<sup>291</sup> zien onder meer op de inherente verschillen die tussen een particulier en bedrijf bestaan. Een bedrijf is meer gericht op continuïteit dan een particulier dat is. Een bedrijf ervaart doorgaans minder moeite om een lening aan te trekken dan een particulier. In die zin zou een bedrijf de directe afrekening bij emigratie wat makkelijker kunnen opvangen dan een particulier.<sup>292</sup> Daarnaast is bij een particulier met een aandelenbelang slechts van belang voor hoeveel geld de aandelen uiteindelijk verkocht zullen worden. Bij een bedrijf spelen onder andere de

---

<sup>286</sup> Uitstel zou plaatsvinden tot aan de realisatie van het betreffende activum. Aangezien de realisatie ver in de toekomst kan komen te liggen, kunnen de kosten die verbonden zijn aan het volgen van het activum oplopen alsmede de kans op de mogelijke niet-invordering zal stijgen.

<sup>287</sup> Deze optie moet als alternatief op de uitgestelde invordering aangeboden worden en *werkelijk vrijwillig en evenwichtig zijn*. Zie ook Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.1, laatste alinea.

<sup>288</sup> De Commissie gaat ervan uit, dat op basis van het EU-recht de exitheffing in de winstsfeer op dezelfde manier moet worden vormgegeven als de exitheffing bij de aanmerkelijk belanghouder. Het enige verschil wat opvalt, is dat de Commissie zoals hiervoor besproken, bij de overbrenging van activa hoge administratieve lasten evenals (mogelijke) invorderingsproblemen voorziet.

<sup>289</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.1, alinea één.

<sup>290</sup> De verplaatsing van de feitelijke leiding, de overbrenging van activa en passiva dan wel een combinatie daarvan.

<sup>291</sup> De nadere beschouwing van National Grid Indus vindt plaats in Hoofdstuk 5.

<sup>292</sup> Hoewel het in deze economisch moeilijke tijden voor een bedrijf eveneens lastig kan zijn om een dergelijke lening te verkrijgen. Bovendien blijft het feit overeind dat er sprake is van een materiële belemmering.



verschillende activa - waarop tevens kan worden afgeschreven - en de vraag of die naar hun aard bedoeld zijn om te zijner tijd te vervreemden of niet, een rol.

Om de Mededeling van enige kritiek te voorzien, kan ten slotte vermeld worden dat er in de Mededeling constant gesproken wordt over de overbrenging van activa naar het buitenland; de verplaatsing van de feitelijke leiding daarentegen wordt (bijna) volledig achterwege gelaten. De Nederlandse eindafrekeningsbepalingen worden bij de letterlijke interpretatie van de Mededeling daarmee buiten schot gelaten.<sup>293</sup> Een exitheffing kan – zoals besproken in Hoofdstuk 2 - door Nederland opgelegd worden doordat de feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst wordt en daarbij is het niet noodzakelijk dat ook activa (en passiva) mee wordt genomen. Wellicht ligt hier de twijfel, of zetelverplaatsingen en de daarmee gepaard gaande exitheffingen aan het recht op vrije vestiging getoetst kunnen worden, aan ten grondslag. Het arrest Daily Mail had ten tijde van de publicatie van de Mededeling exitheffingen nog niet aan belang ingeboet en het arrest Cartesio moest nog worden gewezen. Dit kan de reden zijn dat de Commissie niet het woord ‘zetelverplaatsing’ in de mond neemt, maar slechts over activa spreekt. Uiteindelijk zal er bij een exitheffing toch worden geheven over de vermogensbestanddelen; het feit dat de verplaatsing van de feitelijke leiding hiertoe directe aanleiding geeft, kan wellicht in enige mate over het hoofd worden gezien.

Wat betreft de EER-landen vermeldt de Commissie dat de Verdragsvrijheden daar wel gelden, maar dat de bijstands- en invorderingsrichtlijn niet van toepassing is.<sup>294</sup> Wanneer de feitelijke leiding naar zo'n land verplaatst wordt of activa wordt overgebracht, is het mogelijk dat een onmiddellijke invordering van de belasting *‘in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn om dwingende redenen van algemeen belang, met name de behoefte om de doeltreffendheid van de belastingcontroles te garanderen en belastingontduiking te voorkomen’*, aldus de Commissie.<sup>295</sup> Lidstaten mogen dus passende maatregelen treffen indien een gebrekkige samenwerking op het gebied van administratie en invordering bestaat.<sup>296</sup>

Hoewel dit in Hoofdstuk 3 al aan bod is gekomen, meldt de Commissie dat onderzocht moet worden in welke gevallen de vrijheid van kapitaal van toepassing is, wanneer de feitelijke leiding of activa overgebracht wordt naar derde landen.<sup>297</sup> Wanneer dan blijkt dat in enkele situaties een beroep op de vrijheid van kapitaal kan worden gedaan, levert een onmiddellijke belastingheffing of uitstel plus belemmerende voorwaarden ook een strijdigheid met het EU-recht op. Ook hier zal, wanneer sprake is van een gebrekkige administratie en samenwerking op het gebied van de invordering van de belastingheffing, een onmiddellijke afrekening dan wel het één en ander aan extra voorwaarden kunnen rechtvaardigen.

#### 4.4.2 Het gebrek aan coördinatie en de aangereikte oplossingen

Behalve dat de Commissie de EU-rechtelijke gevolgen van de arresten De Lasteyrie en N voor particulieren weergeeft en aangeeft dat deze haar inziens ook van toepassing zijn op vennootschappen, komt zij in de Mededeling ook toe aan het bespreken van het gebrek aan coördinatie tussen de directe belastingstelsels van de lidstaten.<sup>298</sup> Het gebrek aan coördinatie kan namelijk leiden tot onder andere non-belasting of dubbele belasting. Om dit in de toekomst te vermijden komt de Commissie verderop met diverse oplossingen. Het verschil met

<sup>293</sup> Zie ook P. Kavelaars, *‘EU en directe belastingen’*, TFO 2007/1, onderdeel 4.3

<sup>294</sup> Heden ten dage is de wederzijdse bijstand bij invordering (tussen de lidstaten) neergelegd in: Richtlijn 2010/24/EU, Raad van 16 maart 2010.

<sup>295</sup> Zie Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 4.2, alinea één.

<sup>296</sup> Wanneer er tussen een EER-land en een lidstaat een overeenkomst is gesloten die een vergelijkbare bijstands- en invorderingsbepaling bevat, zijn de extra maatregelen zoals de onmiddellijke inning bij emigratie of zekerheidstelling echter weer overbodig.

<sup>297</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 5.

<sup>298</sup> Zie ook Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 2.2 (particulieren) en 3.2 (vennootschappen).

hetgeen in de vorige paragraaf is besproken, is dat de (potentiële) veranderingen hier doorgaans niet op basis van het EU-recht door het HvJ kunnen worden afgedwongen. Het draait hier om dispariteiten die ontstaan door het tot op heden in stand houden van verschillende belastingjurisdicties binnen de EU. De Commissie kan hier slechts proberen om de lidstaten een duwtje in de juiste richting te geven. Het is echter wel zinvol voor de lidstaten om hun best te doen om hiervoor oplossingen te vinden aangezien daarmee gemiste belastinginkomsten en arbitragemogelijkheden kunnen worden verminderd.

De Commissie besteedt ten eerste aandacht aan het feit dat de lidstaten verschillende waarderingsmethoden hanteren bij uitgaande en inkomende activa.<sup>299</sup> Bij uitgaande activa zal de ene lidstaat heffen op het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van de activa, anderzijds zal een andere lidstaat dit achterwege laten omdat zij besluit niet te heffen op ongerealiseerde winsten. Bij inkomende activa zal de ene lidstaat de beginwaarde van de activa waarderen op het economisch verkeer (step-up verlenen), een andere lidstaat zal doorgaan op boekwaarden en later heffen over de aangegroeide waardevermeerderingen die reeds aanwezig waren bij binnenkomst. Deze dispariteit kan ertoe leiden dat een belastingplichtige te maken krijgt met of dubbele belasting dan wel de situatie waarbij belastingheffing volledig achterwege blijft.<sup>300</sup> Daarnaast constateert de Commissie een andere dispariteit, waarbij lidstaten weliswaar qua heffing dezelfde systematiek hanteren bij de overbrenging van activa, maar de activa op verschillende manieren waarderen.<sup>301</sup> Dit kan resulteren in hogere of lagere afschrijvingen, hetgeen ook van invloed is op de vervreemding naderhand en uiteindelijk ook kan leiden tot dubbele belasting of non-belasting.

De Commissie geeft aan dat dit soort dispariteiten die tussen de verschillende belastingjurisdicties bestaan, belemmerend kunnen uitwerken voor belastingplichtigen die grensoverschrijdend willen investeren. Anderzijds kan dit - bij een gebrek aan belastingheffing - ook tot een ongewenste stimulering leiden.<sup>302</sup>

De lidstaten zullen moeten proberen om de verschillen tussen hun belastingstelsels te herkennen en hiervoor maatregelen nemen om in de toekomst dubbele belasting en non-belasting te voorkomen. De oplossingen wat betreft de step-up problematiek is dat lidstaten een systeem van wederzijdse erkenning kunnen gaan hanteren. Als voorbeeld hiervoor kan worden genomen dat wanneer de lidstaat die activa overbrengt heft over het verschil tussen de boekwaarde en de waarde in het economisch verkeer, de lidstaat van ontvangst de laatste waarde als beginwaarde zal overnemen.<sup>303</sup> Een dergelijke aanpak zal redelijk makkelijk uit te voeren zijn.<sup>304</sup> Wat betreft de andere waarderingsverschillen die volgen uit het gebruik van een totaal andere waarderingsmethode ten aanzien van activa, zouden de lidstaten onderling in gesprek kunnen treden om een oplossing te vinden voor deze (structurele) waarderingsverschillen.<sup>305</sup>

De Commissie maakt nog een belangrijke kanttekening waarbij zij aangeeft dat sommige activa naar hun aard niet bedoeld zijn om te vervreemden, maar door de vennootschap zelf worden verbruikt of na verloop van tijd verstrijken (zoals sommige immateriële activa).<sup>306</sup> Een lidstaat zal bij zulke activa een ander aangrijpingspunt voor

---

<sup>299</sup> Zie Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.2, alinea één en twee.

<sup>300</sup> Wanneer hier later over wordt gesproken, zal dit aangeduid worden met de 'step-up problematiek'. Zie de appendix waar de vier standaardsituaties schematisch opgenomen zijn.

<sup>301</sup> Zie Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.2, alinea drie.

<sup>302</sup> De dispariteiten kunnen ongewenste gevolgen hebben waarbij belastingplichtigen feitelijk verhinderd worden om de optimale zakelijke keuze te maken.

<sup>303</sup> De Commissie hanteert verderop in de Mededeling een soortgelijke wederzijdse erkenning, de overeenkomst is echter dat de lidstaat van ontvangst de beginwaarde hanteert waarover de lidstaat van vertrek heeft geheven.

<sup>304</sup> De Commissie wijst overigens wel op de mogelijke arbitrage die alsnog kan plaatsvinden indien vennootschappen hun winsten zoveel mogelijk in de lidstaat met het laagste vpb-tarief laten vallen.

<sup>305</sup> Voor een oplossing - aldus de Commissie - zou het EU-arbitrageverdrag gebruikt kunnen worden.

<sup>306</sup> Zie Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 3.2, alinea acht en negen.

de belastingheffing hanteren, dan de daadwerkelijke vervreemding daarvan. In dat geval zou dit andere aangrijpingspunt ook bij een grensoverschrijdende situatie toegepast kunnen worden. Dit mag uiteraard niet tot een ongunstigere behandeling leiden dan ingeval het een nationale situatie betreft.

Interessant dat de Commissie terecht wijst op het feit dat sommige soorten activa een ander aangrijpingspunt voor de belastingheffing hanteren. Dat verschillende soorten activa op deze manier uiteenlopen wordt vaak over het hoofd gezien. Wanneer de belastingheffing bij emigratie uitgesteld wordt, is het belangrijk om deze aangrijpingspunten te herkennen om de belastingheffing (steeds in lijn met het EU-recht) in te vorderen en dubbele belasting of non-belasting te voorkomen.

De Commissie heeft ten aanzien van de step-up problematiek tot slot twee oplossingsmogelijkheden concreet geformuleerd. Hoewel deze oplossingen aangereikt zijn bij de vermijding van dubbele belasting en non-belasting omtrent emigrerende particulieren,<sup>307</sup> kunnen deze in feite even goed bij vennootschappen die hun feitelijke leiding verplaatsen of activa overbrengen, toegepast worden:

**#1:** Om dubbele belasting te vermijden kan - wanneer de lidstaat van vertrek een belastingaanslag oplegt met uitgestelde invordering - een krediet worden toegekend aan de belastingplichtige die zij kan gebruiken wanneer de lidstaat van ontvangst over dezelfde winsten heft.

**#2:** De lidstaten kunnen samen afspreken om de heffingsbevoegdheid over de winst te verdelen. Bij de uiteindelijke realisatie van de activa kan dan gekeken worden naar de verblijfsduur van de belastingplichtige op beide grondgebieden en de heffing zal naar rato daarvan verdeeld worden. Om dit systeem uit te werken, dienen de belastingverdragen hierop aangepast te worden.

Over de oplossingen die de Commissie hier aandraagt, kan weinig positiefs gezegd worden. Wat betreft de eerste oplossing is het in strijd met de juiste verdeling van de heffingsbevoegdheid, dat de lidstaat van vertrek een krediet moet verlenen aan de belastingplichtige die zij kan gebruiken indien de lidstaat van ontvangst heft over de waardevermeerderingen die in de eerstgenoemde lidstaat zijn aangegroeid. Om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te bewaren, zal de lidstaat van ontvangst hier de heffing juist achterwege moeten laten ten gunste van de lidstaat van vertrek. Vervolgens kan over de tweede oplossing gezegd worden dat het vermoedelijk behoorlijk veel werk vergt om de belastingverdragen aan te passen, zodat de heffing en invordering naar rato van de verblijfsduur zal worden verdeeld. Behalve dat is het ook zo dat lidstaten deze oplossing naar alle waarschijnlijkheid niet wenselijk vinden. Hoewel na een moeizame aanpassing, de uitvoering redelijk eenvoudig zal zijn omdat slechts het tijdstip van overbrenging genoteerd moet worden, is ook deze oplossing in strijd met de juiste verdeling van de heffingsbevoegdheid. De oorsprong van de waardevermeerderingen zijn niet slechts gelegen in het verstrijken van de tijd, maar vinden haar oorsprong in onder andere een veelvoud aan omgevingsfactoren die in de ene lidstaat gunstiger kunnen zijn dan in de andere lidstaat.

Hoewel de Mededeling exitheffingen echt heeft laten zien dat er stappen gezet moeten worden, hebben de lidstaten zich toen niet of nauwelijks ingezet om hun wetgeving met betrekking tot exitheffingen in de winstsfeer te wijzigen. Dit is waarschijnlijk niet zozeer gelegen in het feit dat de lidstaten kritisch zijn op de inhoud van de Mededeling, evenwel dat lidstaten simpelweg bang zijn dat hun belastinggrondslag door de voorgestelde wijzigingen door middel van belastingontwijking of de verschuiving van heffingsbevoegdheden zal worden uitgehold. Een kleine twee jaar na de publicatie van de Mededeling begint de Commissie dan ook met een reeks aan infractieprocedures. Voordat deze echter behandeld worden, volgt in de volgende paragraaf eerst – ter afronding

---

<sup>307</sup> Zie Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief, onderdeel 2.2, alinea drie.

van de positieve integratie – een bespreking van de Resolutie van de Raad van Ministers, die net als de Mededeling exithellingen met voorstellen komt om de coördinatie inzake exithellingen te verbeteren.

#### 4.5 De Resolutie van de Raad van Ministers

Ongeveer twee jaar na het uitbrengen van de Mededeling exithellingen is op 2 december 2008 de *Resolutie van de Raad betreffende de coördinatie inzake exithellingen* (hierna: Raadsresolutie) uitgebracht.<sup>308</sup> De Raadsresolutie is voortgevloeid uit het zogenaamde coördinatie-initiatief van de Commissie uit 2008 waarbij afspraken tussen lidstaten werden gesloten teneinde de coördinatie op enkele fiscale terreinen te verbeteren.<sup>309</sup> De Staatssecretaris meldt daarbij dat Nederland destijds de leiding heeft genomen op het gebied van exithellingen in de winstfeer. Daarbij werd getracht afspraken te maken over de behandeling van exithellingen.<sup>310</sup> Het initiatief van Nederland heeft uiteindelijk geleid tot de totstandkoming van de Raadsresolutie.<sup>311</sup> De gemaakte afspraken hierin zijn echter niet juridisch bindend, maar kunnen worden gezien als een politieke intentieverklaring van de lidstaten.

Voordat de beginselen aan de lidstaten kenbaar worden gemaakt, worden eerst enkele constatering gedaan. Zo wordt vermeld dat de Raad van Ministers nota heeft genomen van hetgeen neergelegd is in de algemene Mededeling en de Mededeling exithellingen.<sup>312</sup> Vervolgens wordt aangegeven dat de afwijkende behandeling van de grensoverschrijdende overbrenging van economische activiteiten<sup>313</sup> ten opzichte van een binnenlandse overbrenging, inherent is aan het bestaan van de verschillende belastingjurisdicties. Om de heffing van dubbele belasting daarbij zo veel mogelijk te vermijden, is het zinvol om te streven naar een verbeterde coördinatie tussen de lidstaten ten aanzien van de exithellingen.<sup>314</sup> De uitvoering van de hierna genoemde beginselen worden tot slot overgelaten aan de lidstaten en zij moeten zich er dan ook voor inzetten.

De inhoudelijke beginselen (of afspraken) in de Raadsresolutie bestaan uit een zestal punten en zijn daarmee vrij beknopt te noemen, doch relevant.<sup>315</sup> Ten eerste – wat betreft de reserves en voorzieningen – kan de lidstaat van vertrek de reserves belasten en de voorzieningen terugnemen wanneer de economische activiteiten worden overgebracht. De lidstaat van ontvangst kan vervolgens toestaan dat de reserves en voorzieningen van het belastbare bedrag worden afgetrokken. Ten tweede – wat betreft de step-up problematiek – wordt vermeld dat als de lidstaat van vertrek bij de overbrenging van de economische activiteiten zich het recht voorbehoudt om de ongerealiseerde waardevermeerderingen te belasten, de lidstaat van ontvangst de economische activiteiten in de beginbalans tegen de waarde in het economisch verkeer zal opnemen.<sup>316</sup> Wanneer lidstaten ten tijde van de overbrenging een discussie krijgen over de waarde in het economisch verkeer van de activa, zullen zij dit geschil oplossen volgens de gebruikelijke procedure. Hiernaast kan de ontvangende lidstaat van de belastingplichtige eisen,

<sup>308</sup> Raadsresolutie: Ecofin 2 dec 2008, nr. 16412/08, NTFR 2008/2503. De Raad Ecofin bestaat uit de ministers van Economische Zaken en Financiën van de lidstaten. Éénmaal per maand komen zij in de Raad van de Europese Unie bijeen om economisch en financieel beleid te voeren binnen de Europese Unie.

<sup>309</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, blz. 4.

<sup>310</sup> Idem. Anders dan in de Mededeling exithellingen draait het hier alleen om de exithellingen in de winstfeer.

<sup>311</sup> Idem. In de gewezen kamerstukken wordt overigens gesproken over 'Raadsconclusies' waarmee hetzelfde wordt bedoeld als de Raadsresolutie.

<sup>312</sup> Bij de publicatie van de Raadsresolutie werd geen afbreuk gedaan aan hetgeen in de Mededelingen was opgenomen.

<sup>313</sup> Onder de overbrenging van economische activiteiten wordt gesproken wanneer de onbeperkte belastingplicht van een vennootschap of natuurlijk persoon van de ene lidstaat verschuift naar de andere lidstaat dan wel dat een combinatie van activa en passiva van een hoofdhuis of vaste inrichting over wordt gebracht naar een hoofdhuis of vaste inrichting in een andere lidstaat.

<sup>314</sup> Daarbij wordt aangegeven dat elke oplossing realistisch moet zijn, zoveel mogelijk gestoeld moet zijn op bestaande instrumenten, de administratieve lasten moet beperken en de financiële belangen van de lidstaten intact moet laten.

<sup>315</sup> De zestal punten worden in de Raadsresolutie weergegeven onder de letters A tot en met F, waarbij de letter A de definitie van 'economische activiteiten' bevat.

<sup>316</sup> Nederland hanteert dit systeem, hetgeen gebaseerd is op het territorialiteitsbeginsel.

dat hij zal bewijzen dat de lidstaat van vertrek zijn heffingsbevoegdheid (al dan uitgesteld of niet) heeft uitgeoefend, evenals dat bewijsstukken moeten worden aangeleverd die aangeven wat de grondslag van de belasting geweest is.<sup>317</sup> De lidstaat van ontvangst zal tot slot - met behulp van de bepalingen inzake wederzijdse bijstand - de lidstaat van vertrek helpen om het vervreemdingsmoment van de activa vast te stellen zodat laatstgenoemde tot invordering kan overgaan.

Samengevat kan worden, dat de lidstaat van vertrek mag heffen over de ongerealiseerde waardevermeerderingen die op haar grondgebied zijn opgebouwd en dat de lidstaat van ontvangst zich hieraan moet aanpassen. Dit is mijns inziens ook wenselijk omdat de heffing geschiedt op basis van het territorialiteitsbeginsel en daarmee (eventuele) dubbele heffing wordt voorkomen.<sup>318</sup> Wanneer de heffing door de lidstaat van vertrek achterwege wordt gelaten, heeft de lidstaat van ontvangst nog altijd de mogelijkheid om dit te achterhalen en alsnog te heffen om non-belasting te voorkomen.

Voordat de Raadsresolutie eind 2008 werd gepubliceerd, was de Commissie al enkele maanden daarvoor gestart met verschillende infractieprocedures inzake de exitheffingen in de winstfeer.<sup>319</sup> Gedacht zou kunnen worden, dat het initiatief enigszins aan belang heeft verloren doordat deze procedures al in gang zijn gezet en de lidstaten daarom beter kunnen afwachten op het oordeel van het HvJ voordat zij de afspraken als vermeld in de Raadsresolutie ten uitvoer brengen. De Raadsresolutie bevat echter afspraken die zien op de coördinatie van de exitheffingregelingen van de verschillende lidstaten, en niet op de aanpassingen die nodig zijn om die in overeenstemming met het EU-recht te formuleren.<sup>320</sup> Aangezien er voor de lidstaten voordelen zijn te behalen is het raadzaam om de afspraken niet uit het oog te verliezen en die met tempo uit te gaan voeren. De Commissie is het hiermee eens en stelt dat de Raadsresolutie betreffende exitheffingen een mooie eerste stap vormt, maar het uiteindelijk neerkomt op de implementatie ervan door de lidstaten.<sup>321</sup>

#### 4.6 Gestarte infractieprocedures door de Commissie inzake exitheffingen

In september 2008 heeft de Commissie een start gemaakt met de infractieprocedures tegen lidstaten inzake de exitheffingen in de winstfeer.<sup>322</sup> De Commissie is van mening dat de lidstaten waartegen de procedures gericht zijn, de exitheffing in onvoldoende mate hebben aangepast om deze in overeenstemming met het EU-recht te brengen. In de verschillende infractieprocedures baseert de Commissie zich doorgaans op de arresten *De Lasteyrie* en *N* alsmede de Mededeling exitheffingen<sup>323</sup> en daarmee wordt bevestigd dat de Commissie deze arresten indertijd nog steeds van toepassing acht op de exitheffingen in de winstfeer.<sup>324</sup> In elke infractieprocedure draait het om het feit dat er een onmiddellijke afrekening plaatsvindt, ingeval de feitelijke leiding (doorgaans in combinatie met activa en passiva) wordt overgebracht naar een andere lidstaat.<sup>325</sup> Een grensoverschrijdende situatie wordt derhalve eerder belast dan een binnenlandse situatie (waar de belastingheffing doorgaans wordt uitgesteld tot realisatie).

<sup>317</sup> De lidstaat van ontvangst kan deze bewijsstukken verlangen, wanneer zij twijfelt of de heffingsbevoegdheid is uitgeoefend. Ingeval dit niet zo is, zal de lidstaat van ontvangst heffen over het gedeelte wat de lidstaat van vertrek heeft verzaakt. Daarmee wordt non-belasting voorkomen.

<sup>318</sup> Een ander pluspunt van de Raadsresolutie is dat de afspraken naar alle waarschijnlijkheid vrij eenvoudig zijn uit te voeren.

<sup>319</sup> Zie voor de diverse infractieprocedures de volgende paragraaf.

<sup>320</sup> In die zin moet de Raadsresolutie en de infractieprocedures tegen de lidstaten inzake exitheffingen in de winstfeer apart van elkaar worden gezien.

<sup>321</sup> Zie D.E. van Sprundel, *'Exitheffingen bij ondernemingen'*, WFR 2010/1045, onderdeel 2, alinea vijf.

<sup>322</sup> De eerste infractieprocedure inzake exitheffingen werd tegen Zweden gestart. Zie EG-C 18 september 2008, nr. IP/08/1362, NTFR2008-1884.

<sup>323</sup> Daarentegen maakt de Commissie in geen enkele infractieprocedure melding van de Raadsresolutie van 2 december 2008.

<sup>324</sup> Zie bijvoorbeeld de infractieprocedure tegen Portugal en Spanje: EG-C 27 november 2008, nr. IP/08/1813, NTFR 2008-2358.

<sup>325</sup> In sommige procedures wordt ook gesproken over de overbrenging van uitsluitend activa en passiva (van bijvoorbeeld een hoofdhuis naar een vaste inrichting of vice versa).

Sinds 2008 heeft de Commissie elk jaar één of meerdere infractieprocedures gestart. Er kan dan ook wel gesproken worden over een reeks van infractieprocedures teneinde de exitheffingbepalingen van de lidstaten in lijn met het EU-recht te krijgen. Omdat niet alle procedures op hetzelfde tijdstip zijn begonnen, verblijven deze procedures zich in verschillende fases, waarbij een aantal daarvan al de hele procedure zijn doorlopen en het HvJ arrest heeft gewezen, nadat deze aanhangig waren gemaakt bij het HvJ.<sup>326</sup> Eerst worden kort de verschillende fases besproken en het verloop van de infractieprocedure tegen Nederland doorgenomen.

Een infractieprocedure van de Commissie bestaat uit drie fases.<sup>327</sup> De eerste fase behelst het schriftelijk in gebreke stellen van de betreffende lidstaat. De Commissie heeft op 23 september 2008 – aldus de Staatssecretaris - de infractieprocedure tegen Nederland ingeleid, door een ingebrekestelling te sturen. In die ingebrekestelling werden de Nederlandse exitheffingbepalingen strijdig met de vrijheid van vestiging verklaard. Nederland heeft hierop geantwoord dat zij het niet eens is met de gewezen strijdigheid.<sup>328</sup>

Vervolgens wordt er in de tweede fase door de Commissie een met redenen omkleed advies aan de lidstaat gebracht. Op 22 maart 2010 heeft de Commissie Nederland dan ook zo'n advies toegestuurd. De aankondiging hiervan is openbaar,<sup>329</sup> maar het inhoudelijk advies is daarentegen in de regel niet openbaar. Wederom heeft Nederland medegedeeld dat zij de wetgeving omtrent exitheffingen niet zal aanpassen.

Tot slot - de derde stap in de infractieprocedure – wordt de zaak voor het HvJ gebracht. De Commissie heeft Nederland op 20 juni 2011 voor het HvJ gedaagd.<sup>330</sup> Op 2 september 2011 heeft Nederland haar verweerschrift bij het HvJ ingediend.<sup>331</sup> Het was een spannende tijd, want Nederland moest maar afwachten of het HvJ de exitheffingbepalingen van Nederland inderdaad strijdig verklaarde met de vrijheid van vestiging of de punten als neergelegd in het verweerschrift van Nederland zou accepteren. Nog interessanter was, dat terwijl de zaak aanhangig was voor het HvJ, de zaak National Grid Indus op 29 november 2011 werd gewezen.<sup>332</sup> De zaak bracht - zoals kort besproken - nieuwe feiten aan het licht en Nederland heeft toen ingezien dat zij de exitheffingbepalingen inderdaad op enkele vlakken moest aanpassen, maar dat deze aanpassingen in ieder geval niet inhielden dat het moest resulteren in dezelfde vormgeving als die van de exitheffing bij particulieren. De Staatssecretaris heeft dan ook aangegeven dat Nederland in haar memorie van repliek, die na het arrest National Grid Indus bij het HvJ was ingediend, uitgebreid op de gevolgen van het arrest voor de exitheffingbepalingen inging.<sup>333</sup>

Sinds National Grid Indus is een beleidsbesluit van kracht geworden en het Wetsvoorstel uitstel van betaling exitheffingen ingediend. Nederland was lange tijd in afwachting op de uitkomst van de infractieprocedure en benieuwd of het Wetsvoorstel voldoende aanpassingen bevatte, die wellicht konden leiden tot de schorsing van de

---

<sup>326</sup> De infractieprocedures inzake exitheffingen zijn tegen Spanje (natuurlijke- en rechtspersonen), Portugal, Nederland en Denemarken inmiddels afgerond en het HvJ heeft arrest(en) gewezen. Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (Commissie vs. Spanje), HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), HvJ EU 31 januari 2013, nr. C-301/11 (Commissie vs. Nederland), HvJ EU 25 april 2013, C-64/11 (Commissie vs. Spanje) en HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken).

<sup>327</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, onderdeel 1: *Verloop infractieprocedure tegen Nederland inzake exitheffingen bij ondernemers*.

<sup>328</sup> De eerste fase van de infractieprocedure tegen Nederland bleef tussen beide partijen vertrouwelijk. Dit is doorgaans het geval bij de eerste fase van een infractieprocedure.

<sup>329</sup> Tweede fase: EG-C 18 maart 2010, nr. IP/10/299, NTFR2010-1513.

<sup>330</sup> Derde fase: EG-C 24 november 2010, nr. IP/10/1565, NTFR2010-2766.

<sup>331</sup> Daarna volgde van beide partijen een memorie van repliek. De Commissie diende deze op 19 oktober 2011 in en Nederland op 12 december 2011. Zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, onderdeel 1, alinea drie.

<sup>332</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus).

<sup>333</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, onderdeel 1, alinea vijf.

infractieprocedure. De schorsing kwam er niet en uiteindelijk heeft het HvJ op 31 januari 2013 (Commissie vs. Nederland) arrest gewezen.<sup>334</sup> Dit arrest wordt behandeld in het volgende hoofdstuk.

Eerder is al aangegeven dat enkele infractieprocedures tegen de lidstaten inzake exitheffingen afgerond zijn. Vermeld kan worden dat enkele andere infractieprocedures, die tegen België, Finland en Zweden zijn gevoerd, inmiddels zijn ingetrokken.<sup>335</sup> Die lidstaten hebben de wetgeving omtrent de exitheffingen in de winstsfeer tijdig en – althans afdoende of voldoende in de ogen van de Commissie - juist aangepast zodat deze (althans voorlopig) in lijn met het EU-recht zijn gekomen. De resterende infractieprocedures bevinden zich ergens in de tweede fase. Zo bevinden de procedures tegen Ierland en het Verenigd Koninkrijk zich reeds in de tweede fase.<sup>336</sup>

In het volgende hoofdstuk zal het arrest National Grid Indus uitgebreid worden besproken. De overwegingen van het HvJ als vermeld in het arrest, geven op hoofdlijnen weer hoe een exitheffingbepaling in de winstsfeer vorm moet worden gegeven om in overeenstemming met het EU-recht te zijn. Bekend wordt – door de doorbraak die National Grid Indus teweeg heeft gebracht - dat de Commissie zich bij een veelvoud infractieprocedures onterecht gebaseerd heeft op de arresten De Lasteyrie en N. De overwegingen die de Commissie in laatstgenoemde arresten min of meer één op één doortrok naar de exitheffingen in de winstsfeer waren (achteraf gezien) – aldus het HvJ – geen juist standpunt gebleken. De Mededeling exitheffingen en de meeste infractieprocedures zijn dus, voor wat betreft de overwegingen in National Grid Indus die afwijken van hetgeen in De Lasteyrie en N is vermeld, achterhaald.<sup>337</sup> In een recent gestarte infractieprocedure - die tegen het Verenigd Koninkrijk is gericht - is dan ook te zien dat niet meer verwezen wordt naar laatstgenoemde arresten.<sup>338</sup>

## 4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de ontwikkelingen in EU-verband ten aanzien van de exitheffingen doorgenomen. Daarbij werd vooral gekeken naar de positieve integratie en nam het beleid van de Commissie vanaf 2006 een centrale rol in. De deelvraag in het hoofdstuk luidde dan ook: *‘Hoe heeft de positieve integratie zich op het terrein van de exitheffingen ontwikkeld en in het bijzonder wat voor beleid heeft de Commissie vanaf 2006 gevoerd?’*

Door de moeilijkheid om richtlijnen op het terrein van de directe belastingen met eenparigheid van stemmen door het Europees Parlement te loodsen, probeerde de Commissie in eerste instantie de exitheffingbepalingen door middel van een Mededeling in overeenstemming met het EU-recht te krijgen. De arresten De Lasteyrie en N vormde de basis waar de Commissie in de Mededeling exitheffingen (2006) op is voortgeborduurd.

In De Lasteyrie en N kwam naar voren dat de exitheffing op aanmerkelijk belanghouders niet in strijd met de vrijheid van vestiging wordt verklaard wanneer het uitstel van betaling automatisch en onvoorwaardelijk plaatsvindt tot aan het realisatiemoment. Daarnaast mogen aan het uitstel geen materieel belemmerende voorwaarden worden verbonden zoals het stellen van zekerheid en de aanwijzing van een vertegenwoordiger in het voormalig woonland als aanspreekpunt. Nederland kon de exitheffing bij aanmerkelijk belanghouders, doordat zij

---

<sup>334</sup> HvJ EU 31 januari 2013, nr. C-301/11 (Commissie vs. Nederland). Zie ook: Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 april 2013, nr. AFP 2013 178U, zaak 2008/2207. In de brief wordt de stand van zaken van de diverse lopende infractieprocedures tegen Nederland ten aanzien van Financiën kort besproken.

<sup>335</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, onderdeel 2, alinea zes en zeven en J.W. Bellingwout en M. Koerts, *‘Cartesio, drie jaar later...’*, WFR 2012/12, onderdeel 4.1.

<sup>336</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262, nr. 10, onderdeel 2, alinea drie en vier.

<sup>337</sup> Wat betreft de publicatie van Mededelingen, zou het de Commissie sieren om zo nu en dan Mededelingen te wijzigen indien het oordeel van het HvJ dit logischerwijs wenselijk maakt. Dit enerzijds om verwarring te voorkomen en anderzijds om het beleid te allen tijde actueel te houden zodat lidstaten weten wat de aangewezen koers is. Het zou dan ook verstandig zijn als de Commissie op korte termijn de Mededeling exitheffingen update.

<sup>338</sup> Zie EG-C 22 maart 2012, nr. IP/12/285 (tweede stap infractieprocedure), NTFR2012-810.

deze rechtvaardigde op basis van de verdeling van de heffingsbevoegdheid, in beginsel in stand houden. Zij moest alleen de voorwaarde van zekerheid laten vallen en voortaan rekening houden met waardeverminderingen. Nederland zag vooralsnog – aldus de Staatssecretaris op 13 april 2004 - naar aanleiding van het arrest De Lasteyrie geen noodzaak om de exitheffingen in de winstsfeer aan te passen.

De Commissie zag deze aanleiding wel en daarom had zij in de Mededeling een analyse van de arresten De Lasteyrie en N gepresenteerd en gaf aan deze rechtstreeks van toepassing te verklaren op de exitheffingen in de winstsfeer. In beginsel lijkt hier wat voor te zeggen omdat de heffing op emigrerende particulieren en de grensoverschrijdende verplaatsing van ondernemingen overeenkomsten vertonen: in beide gevallen is er sprake van een eerdere heffing ten opzichte van de nationale aangelegenheid en in beide gevallen kan een (uitgestelde) betaling gerechtvaardigd worden op basis van het territorialiteitsbeginsel en de verdeling van de heffingsbevoegdheden. De Commissie had mijns inziens wel langer moeten stilstaan bij de verschillen die tussen een particulier en een onderneming bestaan.

Behalve dat de Commissie van mening was dat de exitheffingbepalingen van de lidstaten niet in overeenstemming met het EU-recht waren, constateerde zij ook een gebrek aan coördinatie. De Mededeling exitheffingen bevatte enkele paragrafen die problemen constateerden en oplossingen bracht om de coördinatie ten aanzien van exitheffingen te verbeteren. Hoewel de Mededeling enkele goede ideeën naar voren heeft gebracht waarover verder gediscussieerd kan worden, zijn de concrete oplossingen niet wenselijk te noemen. Een andere poging om de coördinatie met betrekking tot de exitheffingen te verbeteren werd door de Raad van Ministers gedaan. Zij publiceerde eind 2008 een Raadsresolutie waarin kort en bondig werd aangegeven hoe de lidstaten zich omtrent de heffing dienen op te stellen ten aanzien van ondernemingen die het land verlaten en die het land binnenkomen. Wanneer die aanbevelingen uitgevoerd worden, wordt dubbele belasting en non-belasting vermeden en vindt de verdeling van de heffingsbevoegdheden op de juiste wijze plaats. Ik raad de lidstaten aan om de punten als neergelegd in de Raadsresolutie snel uit te voeren.

Blijkbaar ontevreden met de gemaakte vorderingen van de lidstaten inzake de exitheffingen in de winstsfeer is de Commissie in september 2008 begonnen met de infractieprocedures tegen de lidstaten. Tegen een veelvoud aan lidstaten is in de afgelopen jaren een infractieprocedure opgestart. Doorgaans baseerde de Commissie zich bij de infractieprocedures op De Lasteyrie en N alsmede de Mededeling exitheffingen. De infractieprocedures bevinden zich in verschillende fases, waarbij sommige reeds zijn ingetrokken en andere procedures – waaronder die van Nederland – inmiddels afgerond zijn daar het HvJ arrest heeft gewezen.

Gedurende de reeks infractieprocedures, is het arrest National Grid Indus door het HvJ geweest. Dankzij die zaak is duidelijk geworden hoe een exitheffing in de winstsfeer vorm dient te worden gegeven. National Grid Indus heeft het gevolg gehad dat de arresten De Lasteyrie en N alsmede de punten in de Mededeling exitheffingen niet rechtstreeks toepasbaar verklaard kunnen worden op de grensoverschrijdende verplaatsing van ondernemingen. Het beleid van de Commissie – dat met name vertaald is in de Mededeling exitheffingen en de gestarte infractieprocedures – is dus achterhaald voorzover National Grid Indus afwijkt van hetgeen in die stukken is vermeld.

In het volgende hoofdstuk zal National Grid Indus dan ook behandeld worden om te kijken hoe de exitheffingbepalingen van de lidstaten op hoofdlijnen vorm moet worden gegeven. Het arrest zal vervolgens worden vergeleken met onder andere de oudere jurisprudentie en het beleid van de Commissie. Tot slot zal de recente jurisprudentie – met name de uitkomst van de verschillende infractieprocedures – worden behandeld aangezien die nog relevante overwegingen bieden met betrekking tot de proportionaliteit van een exitheffing.



# Hoofdstuk 5: Het arrest National Grid Indus

## 5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal – in tegenstelling tot het vorige hoofdstuk waar met name de positieve integratie centraal stond – de negatieve integratie ten aanzien van de exithellingen in de winstsfeer uitgebreid worden behandeld. Hierbij is het arrest National Grid Indus in eerste instantie het uitgangspunt. Daarnaast wordt de uitkomst van enkele infractieprocedures behandeld en wordt aandacht besteed aan de zaak Arcade Drilling.

Eind 2011 bracht het HvJ met National Grid Indus de doorbraak waar de Commissie, de lidstaten en legio belastingplichtigen een lange tijd op hadden moeten wachten. Eindelijk werd een arrest gewezen waarin de EU-rechtelijke houdbaarheid van de exithelling op het niveau van de onderneming aan het licht kwam. De overwegingen in het arrest worden in eerste instantie dan ook uitgebreid doorgenomen. Vervolgens vindt er een nadere analyse plaats. Daarbij worden eerst op relevante onderdelen opmerkingen gemaakt en kritische noten geuit. Daarna worden de belangrijkste overwegingen van het arrest vergeleken met De Lasteyrie en N, waarbij de overeenkomsten en verschillen duidelijk naar voren zullen komen. Ook wordt National Grid Indus vergeleken met de Mededeling exithellingen en vastgesteld op welke punten de Mededeling andersluidend is. Tot slot wordt aandacht besteed aan de huidige relevantie van het vennootschapsrecht en de step-up problematiek (het coördinatievraagstuk). Het is bekend dat de overwegingen in National Grid Indus de basis hebben gelegd voor het uitgevaardigde besluit en de Wet uitstel van betaling exithellingen in Nederland.<sup>339</sup>

Na de behandeling van National Grid Indus wordt de ontwikkeling van de recente jurisprudentie (2012-2013) besproken. Daarbij is met name de uitkomst van enkele infractieprocedures relevant en wordt aandacht besteed aan het arrest Arcade Drilling AS die door het EVA-Hof<sup>340</sup> is gewezen. Deze arresten worden besproken voorzover deze nieuwe inzichten aan het licht brengen. De proportionaliteit van een exithelling met uitgestelde betaling inclusief de voorwaarden is wat de gemoederen bezig houdt en met name relevant is hoe het HvJ hierover in de recente jurisprudentie heeft geoordeeld.

De twee deelvragen die in dit hoofdstuk centraal staan zijn: *‘Hoe heeft het HvJ in de zaak National Grid Indus geoordeeld, hetgeen bepalend is geweest voor de uiteindelijke Wet uitstel van betaling exithellingen?’* en *‘Heeft de recente jurisprudentie daartoe nog nieuwe inzichten veroorzaakt?’*

## 5.2 National Grid Indus: inleiding en relevante feiten

In de zaak National Grid Indus<sup>341</sup> draait het om een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap waarvan haar feitelijke leiding in eerste instantie eveneens gesitueerd was in Nederland. De moedermaatschappij van National Grid Indus BV was gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De moedermaatschappij had een vordering van ruim 33 miljoen Britse pond op haar eigen moedermaatschappij maar droeg deze op enig moment over aan National Grid

---

<sup>339</sup> Zie Staatssecretaris Weekers in Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 3.

<sup>340</sup> Het EVA-Hof is het gerechtshof dat verantwoordelijk is voor drie van de vier landen die tot de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: EVA) behoren. Hierover volgt meer informatie bij de bespreking van het arrest Arcade Drilling AS.

<sup>341</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus).

Indus (ook aangeduid als: belanghebbende) tegen de uitreiking van aandelen.<sup>342</sup> Op 7 december 2000 werd door de Raad van Bestuur van belanghebbende besloten tot de sluiting van het kantoor in Rotterdam. Vervolgens vond op 15 december 2000 de eerste directievergadering plaats in Londen; sindsdien was de feitelijke leiding dan ook gevestigd in het Verenigd Koninkrijk.<sup>343</sup> National Grid Indus hanteerde ten tijde van voor de verplaatsing van de leiding, de gulden als de functionele valuta. Als gevolg van de stijging van de pond ten opzichte van de gulden ten tijde van de Nederlandse belastingplicht, had National Grid Indus op deze vordering een ongerealiseerde valutawinst behaald van ruim 22 miljoen gulden.

In beginsel wordt de ongerealiseerde valutawinst niet belast tot daadwerkelijke realisatie plaatsvindt, maar de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding had ertoe geleid dat art. 16 Wet IB 1964 juncto art. 8 Wet Vpb 1969 in werking trad,<sup>344</sup> hetgeen resulteerde tot het in de heffing betrekken van alle voordelen welke nog niet reeds in aanmerking waren genomen; in casus de ongerealiseerde valutawinst. Er werd dan ook bij vertrek aan National Grid Indus een eindafrekening opgelegd.<sup>345</sup> National Grid Indus was het hier niet mee eens en ging in bezwaar en beroep. Uiteindelijk komt zij bij hoger beroep bij het Hof van Amsterdam terecht. Hieronder wordt de zaak eerst besproken zoals die voor het Hof van Amsterdam (hierna: Hof) kwam. Naar aanleiding van de feiten in het onderhavige geding was het Hof uiteindelijk van mening dat drie prejudiciële vragen gesteld moesten worden aan het HvJ.

### 5.2.1 National Grid Indus: Hof Amsterdam en prejudiciële vragen

Alvorens aan de toetsing van de EU-rechtelijke houdbaarheid van de exitheffing werd toegekomen, speelden er nog andere feiten een rol in deze zaak en deze worden kort doorgenomen. In de zaak was onder andere sprake van een fiscale eenheid tussen National Grid Indus en een andere vennootschap die, kort na de verplaatsing van de feitelijke leiding, werd verbroken. Hiermee samenhangend voerde belanghebbende een boekjaarijziging door, waartoe besloten werd kort voordat de feitelijke leiding werd verplaatst. Belanghebbende trachtte – kort gezegd – met behulp van de boekjaarijziging met name de exitheffingbepaling te omzeilen.<sup>346</sup> Op basis van het leerstuk van *fraus legis* werd deze boekjaarijziging genegeerd en kon de exitheffing in beginsel alsnog toepassing vinden.<sup>347</sup> Behalve dat belanghebbende stelde dat de boekjaarijziging op zakelijke gronden was gestoeld, meende zij ook dat de exitheffing in strijd is met het in acht te nemen van goede trouw, zoals vastgelegd in artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969. Nederland zou namelijk niet mogen heffen over de ongerealiseerde ondernemingswinsten; deze komen na zetelverplaatsing immers aan het Verenigd Koninkrijk toe – aldus de belanghebbende. Dit argument kon ook niet slagen (r.o. 4.7.1 – 4.7.8), daar art. 7, eerste lid en art. 13, vierde lid van het Verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk (1980) naar het model van het OESO-modelverdrag zijn opgenomen. Uit het OESO-commentaar daarop volgt eerder dat een dergelijke emigratieheffing wel mag

<sup>342</sup> Het geld was oorspronkelijk bedoeld voor een storting in een Pakistaanse joint venture (ten behoeve van de bouw, het beheer en het onderhoud van onder meer hoogspanningsleidingen), maar dat project was uiteindelijk niet doorgegaan.

<sup>343</sup> Op grond van de tie-breaker in het toenmalige Verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk (1980), wordt de vennootschap geacht inwoner te zijn van het land waarin de feitelijke leiding gelegen is. Winst uit onderneming wordt in beginsel belast in het land van (fiscale) vestiging.

<sup>344</sup> De oude exitheffingbepaling was van toepassing omdat de feitelijke leiding verplaatst werd in het jaar 2000.

<sup>345</sup> In eerste instantie had de inspecteur het belastbare bedrag verhoogd naar bijna 29 miljoen gulden. Dit was de opsomming van het koersresultaat en de rentebaten. Op een later moment heeft de inspecteur – ter behoud van rechten - toch besloten om het belastbare bedrag vast te stellen op alleen het koersresultaat (van ruim 22 miljoen). Zie ook H.P.A.M. van Arendonk, *'National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ?'*, MBB 2012/05, paragraaf 5.1 en Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 1 en 2.15.

<sup>346</sup> Aldus het Hof van Amsterdam.

<sup>347</sup> Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 4 – 4.6.9.

plaatsvinden, aangezien het de heffing van de lidstaat van vertrek over de wel opgekomen maar nog niet gerealiseerde winstbestanddelen veilig stelt.<sup>348</sup>

Nadat door het Hof in het voorgaande is vastgesteld dat de exitheffing rechtsgeldig is en niet in strijd met het belastingverdrag is gaat zij in op de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de exitheffing.<sup>349</sup> Door belanghebbende wordt opgeworpen dat er een verschillende behandeling plaatsvindt tussen binnenlandse zetelverplaatsingen en grensoverschrijdende zetelverplaatsingen, aangezien de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van de vennootschap een eindafrekening tegemoet ziet.<sup>350</sup> Het Hof gaat naar aanleiding hiervan eerst in op de vraag of de vennootschap toegang tot de vrijheid van vestiging heeft. Daarna oordeelt het Hof of er sprake is van een belemmering en of hiervoor een rechtvaardiging kan worden aangedragen. Tot slot – indien er een rechtvaardiging is gevonden - resteert de vraag ofwel de exitheffing niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Wat betreft de vraag of er sprake is van een economische activiteit oordeelt het Hof dat er wel degelijk sprake is van een economische activiteit die uitgeoefend wordt voor een onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging. Het argument hiervoor is met name dat belanghebbende kantoorruimte bezit in Londen en er directeurs werkzaam zijn. Het feit dat er een substantiële vordering op een groepsvennootschap bestaat, doet hier niets aan af (r.o. 4.13.1). In beginsel heeft de vennootschap dan ook toegang tot de vrijheid van vestiging. Er is evenwel pas daadwerkelijk toegang indien de vennootschap bij de verplaatsing van de feitelijk leiding zonder onderbreking van recht blijft bestaan. Aangezien National Grid Indus bij de verplaatsing gewoon blijft bestaan, concludeert het Hof onder verwijzing naar onder andere Daily Mail en Cartesio, dat er toegang is tot de vrijheid van vestiging. Omdat deze conclusie voor het Hof echter niet geheel buiten twijfel staat, besluit zij hierover een prejudiciële vraag te stellen (r.o. 4.13.3).<sup>351</sup>

Het Hof oordeelt vervolgens zonder nadere toelichting dat de exitheffingbepaling een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Kan er voor deze belemmering echter een rechtvaardiging worden gevonden en gaat de exitheffing niet verder dan noodzakelijk is geacht? Het Hof vermoedt dat op basis van het territorialiteitsbeginsel het voor lidstaten gerechtvaardigd is om te heffen over de winst die ontstaan is op hun grondgebied en dat dit mede samenhangt met de verdeling van de heffingsbevoegdheden van de lidstaten. Teneinde te heffen over de nog niet gerealiseerde winst, vormt de exitheffing voor de lidstaat van vertrek een geschikte maatregel (r.o. 4.13.5). Het is echter mogelijk dat de exitheffing verder gaat dan noodzakelijk is geacht nu, in tegenstelling tot de arresten N en De Lasteyrie, geen uitstel wordt verleend. Hof Amsterdam gaat hier vrij uitgebreid op in en verwijst onder andere naar de arresten De Lasteyrie, N en X-holding en kan niet zonder twijfel vaststellen of deze arresten (Europeesrechtelijk gezien) één op één toepasbaar zijn op deze zaak.<sup>352</sup> De twijfel komt voort uit de inherente verschillen die bestaan tussen enerzijds een emigrerende particulier met een aandelenpakket en anderzijds een emigrerende ondernemer of vennootschap die vermogensbestanddelen dan wel een hele onderneming naar het buitenland verplaatst.<sup>353</sup> Tot slot is er in deze zaak sprake van een latente valutawinst die niet tot uitdrukking kan

---

<sup>348</sup> Wanneer in een bilateraal Verdrag bepalingen zijn overgenomen van het OESO-modelverdrag, speelt het OESO-commentaar ook een rol bij de uitlegging van de doel en strekking van die bepalingen. Is dit niet het geval dan vervult het OESO-commentaar daartoe slechts een indicatieve functie.

<sup>349</sup> Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 4.8.1 e.v.

<sup>350</sup> Subsidiar beroept belanghebbende zich op de vrijheid van kapitaalverkeer. Dit beroep kon echter niet slagen omdat een zetelverplaatsing als in deze zaak naar haar aard het primaire recht van vestiging behelst en daarmee gepaard gaande kapitaalbewegingen slechts bijkomstig zijn. Zie ook Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 4.13.2.

<sup>351</sup> Zie het einde van deze paragraaf voor de drie prejudiciële vragen die het Hof Amsterdam stelt.

<sup>352</sup> Ook verwijst Hof Amsterdam naar het standpunt van de Commissie als neergelegd in de Mededeling exitheffingen. Zie Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 4.14.5.

<sup>353</sup> Zie Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 4.14.6 en 4.15.2. Veel van de verschillen die worden genoemd zijn in het vorige hoofdstuk al aan bod gekomen, maar er wordt tevens verderop nog op teruggekomen.

komen in de lidstaat van ontvangst. De ongerealiseerde koerswinst is namelijk na de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk definitief geworden (4.15.3).

Sinds het Hof geen definitieve uitspraak wil doen betreffende de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse exitheffing<sup>354</sup>, stelt zij naar aanleiding van de relevante feiten van deze zaak aan het Europese Hof van Justitie de onderstaande drie prejudiciële vragen:<sup>355</sup>

- #1:** *Kan, indien een lidstaat aan een naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap die vanuit die lidstaat haar feitelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, ter zake van deze zetelverplaatsing een fiscale eindafrekeningsheffing oplegt, deze vennootschap zich, naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht, tegenover die lidstaat beroepen op artikel 43 EG (thans art. 49 VwEU)?*
- #2:** *Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is een eindafrekeningsheffing als de onderhavige, die de meerwaarden in de vanuit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van aankomst verplaatste vermogensbestanddelen van de vennootschap, zoals deze ten tijde van haar zetelverplaatsing aanwezig worden bevonden, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid latere waardeverliezen in aanmerking te nemen, in de heffing betreft, in strijd met artikel 43 EG (thans art. 49 VwEU), in die zin dat een dergelijke eindafrekeningsheffing niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak tot verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten?*
- #3:** *Is het antwoord op de vorige vraag mede afhankelijk van de omstandigheid dat de onderhavige eindafrekeningsheffing betrekking heeft op een onder de Nederlandse belastingjurisdictie aangegroeide (valuta)winst, terwijl deze winst in het land van aankomst onder het aldaar geldende belastingregime niet tot uitdrukking kan komen?*

## 5.2.2 National Grid Indus besproken – HvJ heeft arrest gewezen

Het HvJ heeft – nadat advocaat-generaal Kokott conclusie had genomen<sup>356</sup> – op 29 november 2011 het arrest National Grid Indus gewezen. Het HvJ gaat in de zaak National Grid Indus<sup>357</sup> uitgebreid in op de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse exitheffing die in werking treedt bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding en doet dit aan de hand van de drie prejudiciële vragen. Alvorens daaraan wordt toegekomen worden door het HvJ in het arrest eerst de (hiervoor behandelde) toepasselijke wetsbepalingen doorgenomen (r.o. 3–9) en de feiten in de zaak weergegeven die relevant zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vragen (r.o. 10 – 20).

Vervolgens gaat het HvJ in op de vraag of een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die haar feitelijke leiding verplaatst naar een andere lidstaat en in verband met die handeling een exitheffing krijgt opgelegd, zich kan beroepen op de vrijheid van vestiging.<sup>358</sup> Bij de beantwoording van deze vraag wordt door het HvJ verwezen naar het bekende art. 54 VwEU, dat de gelijkstelling regelt van vennootschappen met natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten. Zij vermeldt daarbij wederom dat het EU-recht geen eenduidige definitie kent van vennootschappen en dat het nationaal toepasselijk recht zodoende niet bepaald kan worden op

---

<sup>354</sup> Er is voor het Hof geen sprake van acte éclairé dan wel acte clair. Acte éclairé houdt in dat het HvJ al eerder een beslissing had genomen ten aanzien van een (soortgelijke) vraagstelling. Acte clair betekent daarnaast dat het antwoord op de vraagstelling zo duidelijk is dat er geen twijfel bestaat over de uitlegging van het EU-recht.

<sup>355</sup> Zie Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231, r.o. 5 (beslissing).

<sup>356</sup> Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus).

<sup>357</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus).

<sup>358</sup> De eerste prejudiciële vraag wordt beantwoord in de rechtsoverwegingen 22 tot en met 33.

basis van één aanknopingscriterium.<sup>359</sup> De vraag of een vennootschap toegang heeft tot de vrijheid van vestiging kan dan ook alleen gevonden worden in het nationaal toepasselijk recht (r.o. 25 – 26).<sup>360</sup> Het HvJ vermeldt – verwijzend naar *Cartesio en Überseering* – dat een lidstaat beperkingen mag stellen aan de verplaatsing van de feitelijke leiding van een naar het recht van de lidstaat opgerichte vennootschap die zien op (onder andere) het behoud van rechtspersoonlijkheid (r.o. 27).<sup>361</sup>

Aangezien Nederland de incorporatieleer toepast op vennootschappen heeft de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk geen gevolgen gehad voor de hoedanigheid van de vennootschap naar Nederlands recht.<sup>362</sup> Het HvJ geeft bovendien aan dat de Nederlandse exitheffing niet als een dergelijke voorwaarde is geconstrueerd, hetgeen zou inhouden dat Nederland de verplaatsing van de feitelijke leiding alleen met behoud van rechtspersoonlijkheid garandeert wanneer de betaling van de exitheffing heeft plaatsgevonden.<sup>363</sup> Het enige wat hier speelt is een exitheffing die, als gevolg van de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het buitenland, in werking is getreden (r.o. 28 en 31).<sup>364</sup>

Het HvJ concludeert ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag dan ook: *‘Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, zonder dat deze verplaatsing haar hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat aantast, zich op art. 49 VwEU kan beroepen om de rechtmatigheid van een door de eerste lidstaat aan haar opgelegde heffing bij genoemde zetelverplaatsing aan de orde stellen.’*<sup>365</sup>

Nu door het HvJ vastgesteld is dat National Grid Indus toegang heeft tot de vrijheid van vestiging, moet de eindafrekening als zodanig aan de vrijheid van vestiging worden getoetst. Daarbij worden de tweede en de derde prejudiciële vraag tezamen onderzocht.<sup>366</sup> In het bijzonder wordt onderzocht of de Nederlandse exitheffing, die niet voorziet in het uitstel van betaling en eveneens geen rekening houdt met waardedalingen na zetelverplaatsing, in strijd is met het recht van vestiging. Daarnaast wordt onderzocht of het behaalde koersresultaat dat niet tot uitdrukking komt in de lidstaat van ontvangst, van belang is voor het Europeesrechtelijk oordeel.

Eerst moet door het HvJ worden vastgesteld of er inderdaad sprake is van een belemmering. Het HvJ gaat hier nog met een zevental rechtsoverwegingen op in.<sup>367</sup> Net als bij de arresten *De Lasteyrie en N* komt het in essentie neer op een verschillende behandeling tussen enerzijds een binnenlandse verplaatsing en anderzijds een grensoverschrijdende verplaatsing.<sup>368</sup> De grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een vennootschap ziet door de

<sup>359</sup> Het aanknopingscriterium hangt dus af van het van toepassing zijnde vennootschapsrechtelijk stelsel.

<sup>360</sup> En daardoor moet op deze vraag telkens een antwoord worden gevonden, wanneer de exitheffingbepalingen van andere lidstaten aan het EU-recht worden getoetst.

<sup>361</sup> In r.o. 30 wordt wederom naar arrest *Cartesio* verwezen en vermeldt dat de oprichting en ontbinding van vennootschappen wel onder de vrijheid van vestiging vallen.

<sup>362</sup> Zie ook Kokott die het formuleerde als: *‘een ‘levende’ vennootschap die voldoet aan alle vereisten van het recht van de lidstaat van oprichting.’* Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 25.

<sup>363</sup> In Hoofdstuk 3 was dit in de zaak *Daily Mail* uitgebreid besproken. Beargumenteerd werd dat het HvJ er in die zaak vanuit ging dat het Verenigd Koninkrijk zo’n voorwaarde bevatte.

<sup>364</sup> Enkele regeringen betogen overigens dat omdat een lidstaat in beginsel bevoegd is om de ontbinding en liquidatie van een vennootschap te eisen, het voor de lidstaten die de voor de interne markt - doorgaans gekenmerkt als - gunstigere incorporatiestelsel hanteren in ieder geval mogelijk moet zijn om fiscale consequenties te verbinden aan de verplaatsing van de feitelijke leiding. Dit betoog dat niet kan slagen, is mijns inziens gebouwd op de gedachte dat ingeval een lidstaat een ‘betere dan minimaal vereiste regeling’ bevat, zij daar tegenover een (kleinere) belemmering mag handhaven zoals de exitheffing in deze zaak. Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 29 – 30.

<sup>365</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 33. Dit bevestigt een conclusie uit Hoofdstuk 3 waar reeds was aangenomen dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap die haar feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst, toegang heeft tot de vrijheid van vestiging.

<sup>366</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 34.

<sup>367</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 35 – 41 (inzake beperking).

<sup>368</sup> Zie HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*Lasteyrie*), r.o. 46 en HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak *N*), r.o. 35 – 38.

betaling van de exitheffing met name een liquiditeitsnadeel tegemoet en dit geconstateerde verschil kan niet worden verklaard door een objectief verschil tussen de twee situaties.<sup>369</sup> Meer concreet worden de ongerealiseerde meerwaarden bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing belast, terwijl dit normaliter pas gebeurt bij realisatie (r.o. 37 – 38). Dit vormt dan ook in beginsel een verboden beperking inzake de vrijheid van vestiging.

Kan er vervolgens voor de Nederlandse exitheffing een rechtvaardiging worden gevonden en is deze geschikt voor het doel waarvoor zij gebruikt wordt? National Grid Indus meent dat de vastgestelde beperking niet gerechtvaardigd kan worden omdat zij geen betrekking heeft op de daadwerkelijke winst (r.o. 44). Het HvJ gaat hier op in en meldt dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, dat tevens in lijn is met het territorialiteitsbeginsel verbonden met een temporele component, een door het Hof erkent legitiem doel is (r.o. 43 - 45). Zij verwijst daarbij naar onder andere de arresten Marks & Spencer en N. Daarnaast mogen – door de huidige handhaving van verschillende belastingjurisdicties - de lidstaten unilateraal of door het sluiten van verdragen hun heffingsbevoegdheid vaststellen om onder meer dubbele belasting te voorkomen. Lidstaten mogen maatregelen treffen om de opgekomen maar nog niet gerealiseerde winsten te belasten en de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat kan hier niets aan af doen (r.o. 46). De lidstaten zijn dan ook vrij om de aangegroeide meerwaarden te belasten op het moment van vertrek. De exitheffingbepaling is, omdat zij de verdeling van de heffingbevoegdheid tussen lidstaten verbonden met het territorialiteitsbeginsel waarborgt, een door het HvJ geaccepteerde rechtvaardigingsgrond. Bovendien is de maatregel geschikt omdat het nagestreefde doel te bereiken. Nederland heft namelijk slechts over de waardevermeerderingen die op eigen grondgebied hebben plaatsgevonden en niet over de vermeerderingen die reeds na zetelverplaatsing (zullen) plaatsvinden.<sup>370</sup>

Tot zover heeft de Nederlandse exitheffingbepaling de Europeesrechtelijke toets doorstaan. Wat nu resteert en waar tevens de meeste aandacht naar uit zal gaan, is of de exitheffing niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel dat ermee wordt nagestreefd?<sup>371</sup> Bij het arrest N ging het op dit onderdeel mis, daar het HvJ oordeelde dat de exitheffing verder ging dan noodzakelijk was omdat er zekerheidstelling vereist was en geen rekening werd gehouden met waardedalingen. Bekend is al gemaakt, dat het HvJ hier een oordeel geeft dat afwijkt van hetgeen in N (en De Lasteyrie) is geoordeeld en in sterke mate van invloed is geweest op de totstandkoming van de Wet uitstel van betaling exitheffingen. Een interessante vraag hieromtrent is: op welke punten is het (EU-rechtelijk) oordeel andersluidend en welke redenen liggen hieraan ten grondslag? Kort gezegd en wellicht ten overvloede vermeldt - zal het te maken hebben met de verschillen die bestaan tussen een emigrerende particulier met een kwalificerend aandelenbelang en een onderneming die haar feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst.

Om te beoordelen of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is geacht,<sup>372</sup> maakt het HvJ onderscheid tussen de vaststelling van de belastingschuld enerzijds en de daadwerkelijke invordering van de belastingschuld anderzijds. In deze zaak hebben beiden op hetzelfde moment plaatsgevonden; namelijk op het moment (voorafgaand) van het ophouden van Nederlandse belastbare winst te genieten.

---

<sup>369</sup> Geen objectief verschil tussen de twee situaties in de zin dat de heffing niet voortvloeit omdat er sprake zou zijn van ongelijke ondernemingen of ongelijke omstandigheden. Het feit dat er hier sprake is van twee verschillende belastingjurisdicties zou ook als objectief verschil kunnen worden aangemerkt, hoewel de verschillen die daaruit voortvloeien mijns inziens meer onder de noemer dispariteiten kunnen worden gebracht.

<sup>370</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 47 - 48. Daarbij vermeldt het HvJ onder andere nog dat op grond van art. 13, vierde lid van het Verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk (1980), de meerwaarden die na zetelverplaatsing hebben plaatsgevonden in het Verenigd Koninkrijk zijn belast.

<sup>371</sup> Zie daarvoor HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 50 – 85.

<sup>372</sup> De beoordeling van de noodzakelijkheid van een regeling valt onder het zogeheten 'evenredigheidsbeginsel'. Dit wordt ook wel aangeduid als de mate van proportionaliteit. Zie ook HvJ EU 30 juni 2011, nr. C-262/09 (Meilicke), r.o. 42.

## De definitieve vaststelling van de belastingschuld:

Het moment van de vaststelling van de belastingschuld gebeurt reeds op het moment dat de lidstaat zijn heffingsbevoegdheid over de vennootschap verliest. Dit moment is – net als bij de arresten De Lasteyrie en N – in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel (r.o. 52). Het is voor de lidstaat namelijk nodig om zijn fiscale heffingsbevoegdheid dat in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel is, veilig te stellen. Tegelijkertijd is er geen minder belemmerende optie voorhanden.<sup>373</sup>

Vervolgens gaat het HvJ in op waardeverminderingen ten aanzien van de belastingschuld.<sup>374</sup> Zoals reeds bekend, is de Commissie van mening dat ook bij vennootschappen rekening moet worden gehouden met waardeverminderingen die optreden: *‘tussen het moment van de zetelverplaatsing van de vennootschap en de realisatie van de betrokken activa, ingeval de belastingregeling in de lidstaat van ontvangst deze waardeverminderingen niet in aanmerking zou nemen’*<sup>375</sup>

Het HvJ begint met de constatering dat in de zaak N wel met waardeverminderingen rekening werd gehouden. Zij vermeldt daarna dat het in deze zaak - in tegenstelling tot de zaak N - niet als onevenredig kan worden beschouwd om geen rekening te houden met waardeverminderingen. Het is namelijk zo dat de activa van een onderneming rechtstreeks bestemd zijn voor de economische activiteiten die winst moeten genereren.<sup>376</sup> Daarnaast zijn de hoogte van de afschrijvingen van belang, aangezien die van invloed zijn op de uiteindelijke belastbare winst. Deze argumenten en het symmetrie van recht dat lidstaten hebben om zowel de winsten als de verliezen in aanmerking te nemen, houden in dat het aan de lidstaat van ontvangst is om rekening te houden met de fluctuaties in de waarde van de activa die na zetelverplaatsing hebben plaatsgevonden.<sup>377</sup>

Wat betreft de koersverliezen, die in de onderhavige zaak specifiek van toepassing zijn, oordeelt het HvJ dat hiermee eveneens geen rekening hoeft te worden gehouden door de lidstaat van vertrek. Het HvJ wijst daarbij op het gevaar dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid in het gedrang komt en het onder andere kan leiden tot dubbele belasting of dubbele verliesverrekening.<sup>378</sup> Dat het valutarisico is komen te verdwijnen na de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk, heeft geen bijzondere gevolgen en het is wederom in overeenstemming met het EU-recht om over de van toepassing zijnde meerwaarden een exitheffing op te leggen (r.o. 60).

Het HvJ onderstreept hier nog eens en verwijst daarbij naar rechtsoverweging 58, dat het aan de lidstaat van ontvangst is om rekening te houden met waardevermeerderingen en waardeverminderingen die reeds na de zetelverplaatsing zijn opgetreden.<sup>379</sup> Wordt dit door de lidstaat van ontvangst ‘onverhoopt’ niet gedaan, dan kan de lidstaat van vertrek niet verplicht worden om de belastingschuld, die definitief is komen vast te staan, opnieuw te beoordelen. Het HvJ meldt hieromtrent nog dat dispariteiten tussen de belastingjurisdicties (altijd) blijven bestaan. Een grensoverschrijdende verplaatsing kan daarom voor- of nadeliger uitpakken dan een binnenlandse verplaatsing.

<sup>373</sup> Hoewel de vaststelling van de belastingschuld bij vertrek afschrikkend zou kunnen werken, werd dit eveneens bij arrest N als evenredig bestempeld. Zie HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 49 – 50.

<sup>374</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 53 – 63.

<sup>375</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 53.

<sup>376</sup> In de Conclusie werd ook het gebruik en het doel van de activa door de regeringen naar voren gebracht. Zie Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 61 – 62.

<sup>377</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 57 – 58. Bovendien heeft de lidstaat van vertrek – aldus het HvJ – elke fiscale aanknopings met de vennootschap verloren.

<sup>378</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 59. Het HvJ geeft als voorbeeld aan dat de evenwichtige heffingsbevoegdheid in het gedrang komt, wanneer: *‘een vennootschap die een vordering in ponden sterling als die in het hoofdgeding houdt, die haar zetel verplaatst van een lidstaat waarvan de munteenheid de euro is naar een andere lidstaat van de eurozone.’*

<sup>379</sup> Het lijkt erop dat het HvJ impliceert dat de step-up gangbaar is in de lidstaten en dat die waardering van activa op de waarde in het economisch verkeer bij ontvangst en vertrek eigenlijk in elke lidstaat van toepassing zou moeten zijn.

Het bestaan van de verschillende belastingjurisdicties leidt niet tot de verplichting van lidstaten om de coördinatie tussen de jurisdicties te optimaliseren,<sup>380</sup> doch worden zij wel geadviseerd dit te doen.<sup>381</sup>

In het kort concludeert het HvJ dat de belastingschuld definitief mag worden vastgesteld op het moment van zetelverplaatsing; de eventuele waardeverminderingen of waardevermeerderingen die naderhand optreden zijn voor rekening van de lidstaat van ontvangst.

### **De onmiddellijke invordering van de belastingschuld:**

In dit onderdeel zal de Europese strijdigheid van de Nederlandse exitheffing aan het licht komen.<sup>382</sup> De strijdigheid zit hem namelijk in de onmiddellijke invordering (r.o. 65 – 78). National Grid Indus en de Commissie wijzen hier dan ook terecht op: *‘Volgens National Grid Indus en de Commissie is de onmiddellijke invordering van de heffing op het moment van de verplaatsing van de zetel van een vennootschap naar een andere lidstaat onevenredig. De invordering daarvan op het moment van realisatie van de meerwaarden is een minder beperkende maatregel dan die welke in de regeling in het hoofdgeding is opgenomen, die de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niet in gevaar zou brengen.*<sup>383</sup>

De Commissie is van mening dat de administratieve last, die bij uitgestelde invordering gepaard gaat, niet buitensporig zal zijn (r.o. 66). Slechts een eenvoudige jaarlijkse verklaring plus de melding wanneer vervreemding plaatsvindt, zal voldoende zijn. De lidstaat van vertrek is daarmee voldoende in staat gesteld om de belastingschuld in te vorderen. De regeringen die opmerkingen hebben ingediend, zijn daarentegen van mening dat de onmiddellijke invordering wel evenredig zou zijn en het uitstel hiervan dat niet is (r.o. 67). Het uitstel van de invordering zou namelijk inhouden dat zicht moet worden gehouden op de activa en deze monitoring daarvan zou wel degelijk een buitensporige last met zich brengen voor de vennootschap en de belastingdienst.

Het HvJ gaat in op dit verschil van standpunt<sup>384</sup> en begint met de vaststelling dat het uitstel van invordering strekt tot de vermindering van liquiditeitsproblemen die mogelijk kunnen optreden wanneer een onmiddellijke invordering plaatsvindt. Wat betreft de administratieve lasten, komt het inderdaad voor dat de verplaatsing van de feitelijke leiding gepaard gaat met een groot aantal activa.<sup>385</sup> Als de vermogenssituatie van een vennootschap dermate complex is, kan het onmogelijk zijn om voldoende zicht te houden op alle activa. Een dergelijke monitoring zou in dat geval een buitensporige last met zich brengen. De jaarlijkse verklaring die de Commissie had voorgesteld en betrekking heeft op alle activa die een meerwaarde bevatten, kunnen in sommige gevallen dan ook leiden tot een grote administratieve last die niet noodzakelijkerwijs minder in strijd met de vrijheid van vestiging is, dan het onmiddellijke invorderen van de belastingschuld. In andere gevallen echter, is het vermogen van de onderneming dusdanig eenvoudig dat wel zicht kan worden gehouden op alle activa waarvoor een meerwaarde is vastgesteld.

Aan de hand van de voorgaande overwegingen, concludeert het HvJ dat het de vrijheid van vestiging minder beperkt, als aan de belastingplichtige de keuze wordt gegeven om te kiezen voor uitstel van betaling of

---

<sup>380</sup> Hierbij verwijst het HvJ naar meerdere arresten, waaronder naar Deutsche Shell. Zie HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell).

<sup>381</sup> Bedenk hierbij dat de Mededeling exitheffingen van de Commissie en de Raadsresolutie ook geadviseerd hebben om de coördinatie tussen belastingjurisdicties te verbeteren (zie Hoofdstuk 4).

<sup>382</sup> Bovendien komen in dit onderdeel de interessantste overwegingen van het arrest aan het licht.

<sup>383</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 65.

<sup>384</sup> Idem, r.o. 68 – 72.

<sup>385</sup> HvJ geeft aan dat de Nederlandse regering heeft benadrukt dat de situatie in het hoofdgeding, waar uitsluitend een meerwaarde op één vordering van toepassing is, zelden voorkomt. Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 69.



onmiddellijke betaling. De belastingplichtige kan dan zelf de keuze maken, die doorgaans gebaseerd zal zijn op de te verwachten administratiekosten bij uitstel en de te verwachten liquiditeitsproblemen wanneer voor onmiddellijke invordering wordt gekozen. Het uitstel van betaling is overigens: *`in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling.*<sup>386</sup> Tot slot merkt het HvJ ten aanzien van de uitgestelde invordering op dat er ook: *`rekening moet worden gehouden met het risico van niet-invordering van de heffing, dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Met dit risico kan door de betrokken lidstaat rekening worden gehouden in het kader van de toepasselijke nationale regelgeving inzake uitgestelde betaling van belastingschulden, door maatregelen als het stellen van een bankgarantie`.*<sup>387</sup>

De door het HvJ voorgestelde keuzeregeling is anders dan hetgeen advocaat-generaal Kokott had geadviseerd. Kokott sprak niet over een keuzeregeling, maar ging ervan uit dat een beoordeling moest plaatsvinden. Wanneer beoordeeld werd dat de opvolging van activa tot aan de realisatie dermate hoge kosten met zich zou brengen of zelfs nagenoeg onmogelijk was, zou de directe invordering moeten plaatsvinden. Als dit relatief eenvoudig was, dan zou de invordering van belastingheffing wel tot aan realisatie moeten worden uitgesteld.<sup>388</sup> Mijns inziens heeft het HvJ hier toch de juiste weg gekozen door niet het advies van Kokott op te volgen. Door een keuzeregeling aan de belastingplichtigen voor te leggen, wordt de verantwoordelijkheid daar gelegd waar dit wenselijk is. Zij hebben immers het beste inzicht in de complexiteit van de vermogenssituatie van de onderneming en de te verwachten administratiekosten die bij het uitstel van betaling kunnen optreden.

Het HvJ gaat wederom in op de argumentatie van de regeringen die meenden dat de monitoring van alle vermogensbestanddelen die een meerwaarde bevatten, een buitensporig hoge last zou inhouden.<sup>389</sup> Er wordt benadrukt dat de monitoring van de activa slechts betrekking heeft op de invordering van de belastingschuld en niet op de vaststelling daarvan. Daarnaast is het zo dat als de betreffende vennootschap voor het uitstel van invordering kiest, zij de administratieve lasten logischerwijs niet als buitensporig beschouwt. In dat geval – zo redeneert het HvJ - zullen de lasten voor de belastingautoriteiten die de jaarlijkse verklaringen controleren evenmin buitensporig zijn. Wat betreft de jaarlijkse verklaringen zijn, in tegenstelling tot enkele regeringen betogen, de mechanismen voor wederzijdse bijstand tussen de autoriteiten van de lidstaten voldoende om de waarheidsgetrouwheid van die verklaring te controleren. Er wordt gewezen op Richtlijn 2008/55/EG,<sup>390</sup> waaruit onder andere volgt dat de lidstaten elkaar inlichtingen kunnen verstrekken, waarmee de lidstaat van oorsprong zal kunnen vaststellen of de desbetreffende activa al gerealiseerd is. Daarnaast biedt de richtlijn: *`met name de artikelen 5 tot en met 9 ervan, de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong een kader voor de samenwerking en bijstand op grond waarvan zij de belastingschuld ook daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst kan invorderen.*<sup>391</sup>

Tot slot, als het ware een *`laatste offensief`* van de Duitse en Italiaanse regering, zijn zij van mening dat de Nederlandse exitheffing gerechtvaardigd kan worden op basis van de coherentie (r.o. 79 – 82). Kokott had in haar conclusie al vermeld dat deze rechtvaardiging en de verdeling van de heffingsbevoegdheid elkaar deels overlappen en in deze zaak dan ook beide toepasbaar zijn.<sup>392</sup> Het gebruik van de coherentie als rechtvaardiging, verandert

<sup>386</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 73.

<sup>387</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 74.

<sup>388</sup> Zie Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 69 – 75.

<sup>389</sup> De regeringen maakten daarbij geen onderscheid tussen een complexe of eenvoudige vermogensstructuur. Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 75 – 78.

<sup>390</sup> Is inmiddels vervangen door: Richtlijn 2010/24/EU, Raad van 16 maart 2010.

<sup>391</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 78.

<sup>392</sup> Zie Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 97.

echter – helaas voor de twee regeringen - niets aan het oordeel van het HvJ met betrekking tot de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.<sup>393</sup>

Het HvJ concludeert: *‘Gelet op een en ander is een regeling van een lidstaat zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de onmiddellijke invordering voorschrijft van de heffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, op het moment van genoemde verplaatsing, onevenredig.’*<sup>394</sup>

De Nederlands exitheffing is, wanneer geen keuzemogelijkheid wordt geboden in verband met het uitstel van invordering, in strijd met de vrijheid van vestiging.

### 5.3 National Grid Indus nader beschouwd

Zoals te zien is, heeft het HvJ in het arrest National Grid Indus diverse interessante overwegingen gedaan en het zal bij menigeen weinig verbazing oproepen dat dit arrest – mede doordat het afweek van de verwachtingen destijds - als een doorbraak wordt gezien. Er is naar aanleiding van National Grid Indus dan ook een hoop literatuur verschenen.<sup>395</sup>

Voordat de overwegingen behandeld worden, moet eerst vermeld worden dat er op het terrein van de exitheffingen in de winstfeer een ‘strijd’ op de achtergrond afspeelt. Op de achtergrond omdat deze niet expliciet benoemd wordt en zo ook niet in dit arrest. De strijd vindt plaats tussen de overheden van de lidstaten, die graag hun soevereiniteit met betrekking tot de belastingen behouden zien blijven, en de EU<sup>396</sup> alsmede de belastingplichtigen die de interne markt in de EU graag gerealiseerd zien worden. In National Grid Indus zie je het terug door het feit dat de lidstaten de heffing (en invordering) op de emigrerende vennootschappen veilig wil stellen;<sup>397</sup> anderzijds zien de Commissie en de belastingplichtigen het liefst zelfs de kleinste belemmering als sneeuw voor de zon verdwijnen.<sup>398</sup> Uiteindelijk heeft het in dit arrest tot een bepaald evenwicht geleid waarbij de heffingsbevoegdheid op een zo evenwichtig mogelijke wijze verdeeld wordt, doch gestreefd is dit op een zo min mogelijk belemmerende wijze te bereiken.<sup>399</sup>

---

<sup>393</sup> Een andere rechtvaardiging die gebaseerd is op het gevaar van belastingontwijking kon helemaal niet slagen, daar een zetelverplaatsing niet kan duiden op een algemeen vermoeden van belastingfraude. Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 84.

<sup>394</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 85.

<sup>395</sup> Zie onder meer O.C.R. Marres, *‘Exit heffing?’*, NTFRB2011-16, H.P.A.M van Arendonk, *‘National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ?’*, MBB 2012/05, G.C.F. van Gelder en B. Niels, *‘National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?’*, WFR 2012/490 en H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, *‘Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups.’*, WFR 2012/601.

<sup>396</sup> Hierbij wordt met name bedoeld op de Commissie die doorgaans het initiatief neemt.

<sup>397</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 23, 24, 29, 39, 67, 75, 78, 79 en 83.

<sup>398</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 44, 49, 53, 65 en 66.

<sup>399</sup> Er is uitvoering gegeven aan de zogeheten ‘evenwichtigheidstoets’. Deze toets valt onder het evenredigheidsbeginsel en wordt in de volgende paragraaf behandeld.

De meest interessante en mijns inziens belangrijkste overwegingen die straks geanalyseerd zullen worden, betreffen de onderstaande vijf punten:

|                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| <b>1. Waardeverminderingen:</b>   | De belastingschuld mag definitief vastgesteld worden en de lidstaat van vertrek hoeft geen rekening te houden met waardeverminderingen die naderhand plaatsvinden. |
| <b>2. Keuzemogelijkheid:</b>      | Een keuzemogelijkheid moet geboden worden waarbij gekozen kan worden om de invordering al dan niet uit te stellen.   |
| <b>3. Administratieve lasten:</b> | Indien gekozen is voor uitstel moet de onderneming een jaarlijkse verklaring afgeven plus de melding maken wanneer realisatie heeft plaatsgevonden.                |
| <b>4. Rente:</b>                  | Indien gekozen is voor uitstel wordt er rente berekend overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling.   |
| <b>5. Bankgarantie:</b>           | Indien gekozen is voor uitstel mag er rekening worden gehouden met de kans op niet-invordering door het stellen van een bankgarantie.                              |

Tabel 5.1: De belangrijkste overwegingen van het HvJ in het arrest National Grid Indus opgesomd.

Net als in arrest N is dezelfde rechtvaardigingsgrond geaccepteerd: de verdeling van de heffingsbevoegdheid dat tevens in overeenstemming is met het territorialiteitsbeginsel. De grote verschillen zijn voortgekomen uit de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en de evenwichtigheidstoets. Op alle bovenstaande punten was in arrest N anders geoordeeld. Wat betreft de strijd die hiervoor is opgemerkt, kan in eerste instantie vermoed worden dat het belang van de belastingplichtige in arrest N hoog in het vaandel stond en dat in deze zaak meer de nadruk is komen te liggen om de heffingsbevoegdheid van de lidstaten zoveel mogelijk in stand te houden.<sup>400</sup>

De gevolgen van National Grid Indus zijn op hoofdlijnen duidelijk. De Mededeling exithellingen van de Commissie is sinds het arrest grotendeels achterhaald en de lidstaten hebben duidelijke handvatten gekregen hoe de exithelling dan wel vorm dient te worden gegeven. Zij moe(s)ten dan ook stappen gaan zetten om emigrerende vennootschappen de wettelijke mogelijkheid te bieden om te kiezen voor het uitstel van de invordering, voorkomens inclusief gestelde voorwaarden. Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken zijn er door diverse lidstaten stappen gezet, echter zijn er ook nog enkele infractieprocedures die tegen lidstaten lopen en bestaat een gereede kans dat nieuwe procedures worden opgestart omdat de (nieuwe) tot stand gebrachte regelingen eveneens niet voldoen aan de vrijheid van vestiging.<sup>401</sup>

Verderop vindt er een nadere beschouwing plaats. Eerst wordt begonnen met de uitlegging van het evenredigheidsbeginsel; daarna volgt een kritische analyse van de belangrijkste overwegingen.

### 5.3.1 Het evenredigheidsbeginsel en de evenwichtigheidstoets

Naast de primaire- en secundaire bronnen behoren eveneens tot het EU-recht de geschreven en ongeschreven algemene rechtsbeginselen.<sup>402</sup> Het HvJ kan bepaalde beginselen als uitgangspunt nemen, om tot de juiste uitlegging van het EU-recht te komen.<sup>403</sup> Het beginsel dat in de zaak National Grid Indus een grote rol heeft gespeeld en ook van groot belang zal zijn bij de toetsing van de Wet uitstel van betaling exithellingen aan het EU-recht, is het evenredigheidsbeginsel. Gezien het belang hiervan, is het belangrijk om het evenredigheidsbeginsel tegen het licht

<sup>400</sup> Op de vraag waarom in National Grid Indus op vrijwel alle belangrijke punten anders is geoordeeld dan in arrest N, wordt in paragraaf 5.3.3.1 invulling aan gegeven.

<sup>401</sup> In de literatuur wordt de kans op een nieuwe infractieprocedure tegen Nederland dan ook aanwezig geacht. Zie D.E. van Sprundel, 'Een nieuwe inbreukprocedure komt tot bloei!'. De Aanslag, april 2013, paragraaf 4 en 5.

<sup>402</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Pancham en D.M. Weber, 'Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)', Deventer: Kluwer 2011-12, onderdeel 4.0.0.

<sup>403</sup> Zoals bijvoorbeeld het subsidiariteitsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het effectiviteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

te houden. Het evenredigheidsbeginsel bestaat uit drie toetsen, namelijk: de geschiktheidstoets, de noodzakelijkheidstoets en de evenwichtigheidstoets.<sup>404</sup>

De eerste twee toetsen zijn onder andere al expliciet aan bod gekomen bij de behandeling van de arresten N en National Grid Indus. Zoals bekend houdt de geschiktheidstoets in dat de betreffende maatregel geschikt moet zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken. Daarnaast houdt de noodzakelijkheidstoets in dat de maatregel niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. De laatste toets tot slot – de evenwichtigheidstoets – houdt in dat er een afweging wordt gemaakt bij het bereiken van het doel tussen het nationale belang enerzijds en het communautaire belang bij de verzekering van het vrije verkeer anderzijds.<sup>405</sup> De evenwichtigheidstoets is niet expliciet naar voren gekomen bij het arrest National Grid Indus, maar speelt mijns inziens wel degelijk een rol hierin.<sup>406</sup>

Er is een toenemende aandacht voor de evenwichtigheidstoets door het HvJ in de directe belastingzaken. In de literatuur wordt het ook wel aangeduid als de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in engere zin (*stricto sensu*) dan wel de evenwichtigheidstest.<sup>407</sup> Om de evenwichtigheidstoets te doorstaan zal de lidstaat `moeten aantonen` dat de nastreving van zijn legitieme belangen in verhouding staan tot de daardoor veroorzaakte belemmering van het handelsverkeer.<sup>408</sup> Wat betreft de exitheffing zal Nederland moeten aantonen dat het legitieme belang – de verdeling van de heffingsbevoegdheid in lijn met het territorialiteitsbeginsel – in verhouding staat tot de veroorzaakte belemmeringen daarvan. De evenwichtigheidstoets komt als laatste aan bod bij het evenredigheidsbeginsel en is de enige toets die, indien beoordeeld wordt dat de interne markt teveel schade zou oplopen, een inbreuk kan maken op de (eerder) geaccepteerde rechtvaardigingsgrond. Het zou dus kunnen gebeuren dat een lidstaat genoodzaakt is om een bepaalde maatregel gunstiger voor de interne markt in te richten, ook al zou het gerechtvaardigde belang van de lidstaat hierdoor een deuk oplopen.<sup>409</sup>

De evenwichtigheidstoets lijkt onder meer toegepast te zijn in de arresten Marks & Spencer en zaak N.<sup>410</sup> Het HvJ wees in die arresten op de noodzakelijkheidstoets; in de literatuur<sup>411</sup> wordt terecht gewezen op het feit dat het hier in wezen om de evenwichtigheidstoets ging. Het HvJ wees hier alleen niet expliciet op. Als voorbeeld wordt rechtsoverweging 54 in zaak N betreffende het rekening houden met waardeverminderingen toegelicht: *‘In deze context kan, tot slot, enkel als evenredig met het oog op het nagestreefde doel worden beschouwd een systeem voor de invordering van de belasting op inkomsten uit aandelen dat volledig rekening houdt met waardeverminderingen die na de verlegging van de woonplaats van de betrokken belastingplichtige kunnen optreden, tenzij reeds met deze waardeverminderingen rekening is gehouden in de lidstaat van ontvangst.*<sup>412</sup>

---

<sup>404</sup> R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Panham en D.M. Weber, *‘Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)*’, Deventer: Kluwer 2011-12, onderdeel 4.0.6.B.

<sup>405</sup> Idem, onderdeel 4.0.6.B.

<sup>406</sup> In hoeverre dit een rol heeft gespeeld in National Grid Indus, komt verderop aan bod.

<sup>407</sup> Zie S.C.W. Douma, *‘Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer’*, WFR 2007/247 en F. Emmerink, *‘De exitheffing in de Wet Vpb. 1969 EU-rechtelijk onhoudbaar’*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 9. In het hoofdstuk onderwerpt Emmerink art. 15c Wet Vpb 1969 uitgebreid aan de evenwichtigheidstoets.

<sup>408</sup> Zie S.C.W. Douma, *‘Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer’*, WFR 2007/247, paragraaf 4, laatste alinea.

<sup>409</sup> Zie S.C.W. Douma, *‘Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer’*, WFR 2007/247, paragraaf 4, laatste alinea.

<sup>410</sup> Idem, paragraaf 4. Vermeld wordt dat de evenwichtigheidstoets expliciet aan bod is gekomen bij zaken waarbij het vrije verkeer van goederen een rol heeft gespeeld.

<sup>411</sup> Idem, paragraaf 5.2 en 5.3 en F. Emmerink, *‘De exitheffing in de Wet Vpb. 1969 EU-rechtelijk onhoudbaar’*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 9.

<sup>412</sup> Zie HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N), r.o. 54.

Het is duidelijk dat het hier niet om de noodzakelijkheidstoets ging. Indien die hier was toegepast zou namelijk geconcludeerd worden dat het niet rekening houden met waardeverminderingen niet verder gaat dan noodzakelijk is geacht. Daarentegen is het - om het gerechtvaardigde doel van de lidstaat na te streven - juist noodzakelijk om geen rekening te houden met waardeverminderingen. Het gaat hier daarom evenwel om de evenwichtigheidstoets. Het niet rekening houden met waardeverminderingen door de lidstaat van vertrek zou voor de belastingplichtige mogelijk te veel problemen opleveren, wanneer zij geconfronteerd wordt met meer belastingheffing dan het gerealiseerde aandelenbelang normaliter zou rechtvaardigen. Het HvJ oordeelde naar alle waarschijnlijkheid op basis van de evenwichtigheidstoets dat het rekening houden met waardeverminderingen na emigratie – hoewel dit wel degelijk heeft geresulteerd in een inbreuk op het legitieme belang van Nederland betreffende de juiste verdeling van de heffingsbevoegdheid – evenwichtiger is en daarmee alles in beschouwing genomen heeft geleid tot een evenredigere uitkomst voor alle partijen.<sup>413</sup>

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel en met name de evenwichtigheidstoets ervan kan bekritiseerd worden. Immers wanneer is het duidelijk dat een maatregel werkelijk onevenwichtig is? Het meten van de belangen van beide partijen en het signaleren van onevenwichtigheden speelt daarbij een grote rol.<sup>414</sup> Het HvJ heeft daarmee dus enige vrijheid om de evenwichtigheid van een maatregel te toetsen. Indien het HvJ de evenwichtigheidstoets op een redelijke manier toepast zijn er naar mijn mening wel voordelen te behalen. Beschouw het als een laatste toets waarin alles is meegenomen en gekeken wordt of het – ondanks het gerechtvaardigde belang van de lidstaat – evenwicht tussen de belangen van de lidstaat en de belangen van de interne markt gehandhaafd blijft.

### 5.3.2 Analyse en kritiek op de belangrijkste overwegingen

Anders dan in arrest N, is in *National Grid Indus* geoordeeld dat geen rekening hoeft te worden gehouden met **waardeverminderingen**.<sup>415</sup> De waardevermeerderingen en waardeverminderingen die zich na de verplaatsing voordoen zijn voor rekening van de lidstaat van ontvangst. Het verschil in uitkomst ten opzichte van arrest N is - althans het HvJ - gelegen in het feit dat het gebruik van activa uiteindelijk tot doel heeft om winst te genereren. Daarnaast zijn de hoogte van de afschrijvingen van belang en zijn tot slot het recht om de winsten te belasten en de verliezen in aanmerking te nemen, twee zijdes van dezelfde medaille.

Het HvJ meldt ten eerste dat de activa door een onderneming gebruikt worden om winst te genereren en omdat het gebruik daarvan in de regel leidt tot (op den duur) waardedalingen, zouden deze waardedalingen voor rekening moeten zijn voor de lidstaat van ontvangst. Hier kan tegenin gebracht worden dat niet alle waardedalingen verband houden met het gebruik van activa, dus zou de lidstaat van vertrek wel rekening kunnen houden met waardedalingen die door bijvoorbeeld marktomstandigheden plaats vinden. Het is echter niet een reële mogelijkheid om de oorzaken van de waardedalingen precies vast te leggen, zodoende is het uiteindelijk onwenselijk dat de lidstaat van vertrek hier (voor een deel) rekening mee houdt.<sup>416</sup>

Het gebruik van de activa wordt in de literatuur – net als in het arrest – veelal genoemd als reden waarom er in *National Grid Indus* geen rekening wordt gehouden met waardeverminderingen en in arrest N wel. Het onderscheid tussen het heffen op inkomsten van een aandeelhouder en de winsten van een onderneming is mijns inziens een

---

<sup>413</sup> Zie S.C.W. Douma, *‘Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer’*, WFR 2007/247, paragraaf 5.3.

<sup>414</sup> Idem, paragraaf 5.1.

<sup>415</sup> Het eerste punt van de belangrijkste genoemde overwegingen: waardeverminderingen.

<sup>416</sup> Zie ook G.C.F. van Gelder en B. Niels, *‘National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?’*, WFR 2012/490, par. 4.3, alinea drie.

argument dat niet helemaal terecht naar voren wordt gebracht.<sup>417</sup> Immers, de hoogte van de inkomsten die de aandeelhouder zal genieten bij de vervreemding van het aandelenbelang zal rechtstreeks afhankelijk zijn van de waardering van de (achterliggende) onderneming. Ook bij die onderneming speelt hetzelfde verhaal; een deel van de waardedalingen van de activa houden rechtstreeks verband met het genereren van winst.<sup>418</sup>

Los van het bovenstaande verhaal waarbij de oorsprong van de waardedalingen een rol spelen, hoeft er op basis van EU-recht mijns inziens helemaal geen rekening te worden gehouden met waardeverminderingen. Indien de lidstaat van vertrek wel rekening houdt met waardeverminderingen wordt immers een inbreuk gemaakt op de eerder geaccepteerde rechtvaardigingsgrond: de juiste verdeling van de heffingsbevoegdheid.<sup>419</sup> Het zogezegd niet rekening houden met waardeverminderingen is noodzakelijk in het licht van de gegeven rechtvaardigingsgrond. Wat betreft de evenwichtigheidsstoets, is in het arrest niet expliciet naar voren gekomen of het HvJ deze toets al dan niet heeft toegepast. Het vermoeden bestaat dat het achterwege laten van deze toets, gelegen is in het feit dat het niet rekening houden met waardeverminderingen bij emigrerende vennootschappen niet dusdanig onevenwichtig uitpakt.

Het HvJ is op het punt van de waardeverminderingen dan ook tot het juiste oordeel gekomen, hoewel zij dus niet alle relevante argumenten uit de kast heeft gehaald. Zij meldt wel dat in beginsel geldt dat als een land de winsten belast, zij ook eventuele verliezen in aanmerking moet nemen. Het feit dat het Verenigd Koninkrijk niet een step up hanteert, zal er niet toe moeten leiden dat Nederland rekening moet gaan houden met de eventuele verliezen die daar worden geleden. Het is te vergaand om de binnenlandse en grensoverschrijdende verplaatsing fiscaal gezien volledig gelijk te stellen; de verschillende belastingjurisdicties blijven in de EU bestaan en die gaan gepaard met dispariteiten.<sup>420</sup> Nederland heeft wat betreft de binnenkomst en vertrek van ondernemingen een coherent systeem gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel. Het HvJ gaat bij National Grid Indus in op de step-up problematiek en geeft impliciet aan dat eigenlijk elke lidstaat een step-up zal moeten hanteren.<sup>421</sup>

Wat betreft het tweede punt - waarin een **keuzemogelijkheid** wordt geboden waarin al dan niet gekozen wordt voor het uitstel van de invordering - heeft het HvJ de juiste weg gekozen. In tegenstelling tot particulieren met een kwalificerend aandelenbelang, kan de vermogensstructuur van een onderneming namelijk dusdanig ingewikkeld zijn dat het uitstel van de invordering (voor alle partijen) te hoge kosten met zich zou brengen. In die gevallen kan voor de onmiddellijke afrekening worden gekozen. In eenvoudigere gevallen kan voor het uitstel van de invordering worden gekozen. De keuzemogelijkheid biedt hier de belastingplichtigen – in tegenstelling tot automatisch uitstel – een doorgaans meer proportionele oplossing. Aan het uitstel van de invordering worden echter weer voorwaarden verbonden die bestaan uit jaarlijkse administratieve verplichtingen, rentebetalingen en het verlenen van een bankgarantie.

Dat de onderneming na emigratie **administratie** moet bijhouden van waaruit - eenmaal per jaar - opgemaakt kan worden of de desbetreffende vermogensbestanddelen al dan niet zijn gerealiseerd, lijkt een vereiste te zijn die redelijkerwijs niet verder gaat dan noodzakelijk is.<sup>422</sup> Bij ondernemingen met complexe vermogensstructuren waar de administratieve lasten buitensporig hoog zullen zijn, kan maar beter voor onmiddellijke afrekening worden

---

<sup>417</sup> Zie ook HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40, Noot: S.C.W. Douma, alinea 5.1. Douma ziet ook geen principiële verschil tussen de twee situaties.

<sup>418</sup> Wederom wordt de juiste verdeling van de heffingsbevoegdheid in gevaar gebracht, indien de lidstaat van vertrek rekening zou houden met waardeverminderingen.

<sup>419</sup> Het HvJ had echter op basis van de evenwichtigheidsstoets alsnog kunnen concluderen dat het niet rekening houden met waardeverminderingen dusdanig onevenwichtig kan uitpakken.

<sup>420</sup> Het is te beschouwen als een dispariteit dat Nederland wel een step-up hanteert en het Verenigd Koninkrijk niet.

<sup>421</sup> Over de step-up volgt nog een nadere beschouwing in paragraaf 5.3.3.4.

<sup>422</sup> Het derde punt van de belangrijkste genoemde overwegingen: administratieve lasten.

gekozen. Voor hen is het uitstel van invordering niet minder belemmerend dan de onmiddellijke afrekening daarvan. Dit is teleurstellend, maar gerechtvaardigd op basis van de verdeling van de heffingsbevoegdheid die in lijn met het territorialiteitsbeginsel is. Om de fiscale claim van de lidstaten veilig te stellen zijn immers administratieve verplichtingen vereist en een minder belemmerende variant is voor dat soort ondernemingen niet voorhanden.<sup>423</sup> De vraag is wel: hoe heeft Nederland deze administratieve vereiste ingevuld in de Wet uitstel van betaling exitheffingen? Om aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen, zullen de administratieve verplichtingen in ieder geval zo veel mogelijk beperkt moeten worden.

De twee overige voorwaarden - het in rekening brengen van rente en het stellen van een bankgarantie – werden in tegenstelling tot bij het arrest N wel geaccepteerd en deze zullen hier en in de Wet uitstel van betaling exitheffingen de meeste discussie opleveren.<sup>424</sup> Bij zowel het in rekening brengen van rente als het stellen van een bankgarantie wordt vermeld dat het in overeenstemming moet zijn met de ‘toepasselijke nationale regeling’. Het HvJ laat hiermee enige ruimte en verantwoordelijkheid aan de lidstaten zodat zij de implementatie op de gebruikelijke wijze kunnen voltrekken. Het voordeel hiervan is dat omdat de wetgevingen en van toepassing zijnde omstandigheden in elke lidstaat anders zijn, de lidstaten er zelf een passende invulling aan kunnen geven. Een nadeel is wel dat het HvJ hierbij nagenoeg geen toelichting geeft; een wat uitgebreidere toelichting had wel gemogen.<sup>425</sup>

Ten eerste wanneer voor uitstel is gekozen wordt het in rekening brengen van **rente** bewerkstelligd ‘overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling’. De formulering is kort en niet precies is duidelijk wat bedoeld wordt met de geciteerde zinsnede. In de literatuur<sup>426</sup> worden drie mogelijke interpretaties naar voren gebracht, namelijk: rente in rekening brengen indien dit ook in een vergelijkbare ‘binnenlandse zetelverplaatsing’ geschiedt, rente in rekening brengen indien dit ook in (vergelijkbare) situaties gebeurt waar eveneens sprake is van een exitheffing waarbij de onmiddellijke invordering in strijd met de vrijheid van vestiging is,<sup>427</sup> of het in rekening brengen van rente zoals dit normaliter bij andere belastingschulden gebeurt waarvan de betaling uitgesteld is. Wat betreft de eerste interpretatie lijkt het onwaarschijnlijk dat het HvJ de vergelijking met een binnenlandse zetelverplaatsing trekt, omdat daar in de regel geen sprake van rente is. De tweede interpretatie lijkt te vergezocht en indien het HvJ daarop wees had dit met meer duidelijkheid in het arrest naar voren moeten komen.

De derde interpretatie lijkt mij de meest logische. Elke lidstaat zal, in overeenstemming met de nationale renteregeling inzake de uitgestelde betaling van (reguliere) belastingschulden, rente in rekening brengen bij uitstel.<sup>428</sup> De vraag is of dit inderdaad niet verder gaat dan noodzakelijk is. Het lijkt erop alsof er gestreefd wordt naar het economisch gelijkstellen van het onmiddellijk afrekenen met het uitgesteld afrekenen dat dan inclusief de

---

<sup>423</sup> Zonder het bijhouden van een administratie ten aanzien van de vermogensbestanddelen, kan niet opgemaakt worden welke vermogensbestanddelen op welk tijdstip gerealiseerd zijn. Het achterwege laten van de administratieve vereisten zou logischerwijs leiden tot een onnauwkeurige invordering of helemaal geen invordering.

<sup>424</sup> Wederom is de vraag hoe Nederland de twee overige voorwaarden – de rente en bankgarantie – in de Wet uitstel van betaling exitheffingen heeft geïmplementeerd. Zoals eerder vermeld wordt de Wet uitstel van betaling exitheffingen behandeld en getoetst aan het EU-recht in Hoofdstuk 6.

<sup>425</sup> De beperkte vrijheid die lidstaten hebben bij het vinden van een passende invulling, is enerzijds een voordeel doordat het maatwerk biedt en anderszijds is het nadelig doordat elke lidstaat weer een andere regeling kent die net anders is. Dit is het gevolg van negatieve integratie waarbij elke lidstaat er een net iets andere interpretatie aan geeft. Als lidstaten daarentegen tezamen waren gekomen om samen wetgeving op het gebied van exitheffingen tot stand te laten komen, waren de nieuwe regelingen waarschijnlijk eenduidiger geweest.

<sup>426</sup> H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, ‘Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups.’, WFR 2012/601, paragraaf 3.2 en 3.3.

<sup>427</sup> Zoals de exitheffing bij particulieren met een kwalificerend aandelenbelang. Daar wordt geen rente in rekening gebracht dus indien het HvJ hierop doelt, mag bij een emigrerende vennootschappen ook geen rente worden berekend.

<sup>428</sup> Nederland brengt rente in rekening vanaf het moment dat het uitstel begint te lopen. Zie hiervoor art. 28 IW’90.

rentebetalingen zal zijn.<sup>429</sup> Maar was het juist niet de bedoeling om een binnenlandse en grensoverschrijdende zetelverplaatsing economisch gelijk te stellen om te voldoen aan de vrijheid van vestiging? Om deze laatste gelijkstelling te verwezenlijken zal het in rekening brengen van rente pas van start moeten gaan wanneer de betreffende vermogensbestanddelen gerealiseerd zijn. In een binnenlandse situatie is er immers voor realisatie ook geen sprake van het in rekening brengen van rente. Ook ten aanzien van de rente zal in het volgende hoofdstuk gekeken moeten worden hoe Nederland het op dit punt in haar wetgeving heeft geïmplementeerd.

Tot slot – het laatste belangrijke punt – heeft het HvJ geoordeeld dat er maatregelen getroffen mogen worden in de vorm van een **bankgarantie** om rekening te houden met de kans op niet-invordering, dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Deze voorwaarde is nadelig en daarmee belemmerend voor de emigrerende onderneming: het verlenen van een bankgarantie kost namelijk geld en ontnemt het genot van het verstrekte vermogen. Er wordt daarbij door het HvJ geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten ondernemingen die de grens over gaan. Aangezien de bankgarantie alle soorten emigraties raakt, blijft de vraag of het niet verder gaat dan als evenredig kan worden gekenmerkt? Ongetwijfeld zullen er ook situaties getroffen worden waarbij geen gerede kans bestaat op niet-invordering. Daarom is een bankgarantie – die in alle grensoverschrijdende situaties kan worden verplicht – onevenredig. Het is wederom interessant om te wachten op de invulling van de bankgarantie door Nederland in de nieuwe Wet uitstel van betaling exithellingen, maar het is duidelijk dat maatwerk vereist is om aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen.<sup>430</sup> Als de lidstaat van vertrek alleen een bankgarantie verlangt wanneer zij het bewijs voorlegt dat er een gerede kans of een sterk vermoeden bestaat op belastingontwijking, kan dit wellicht als evenredig worden gekwalificeerd.<sup>431</sup> Overigens, wat betreft de richtlijnen inzake de informatie-uitwisseling en wederzijdse bijstand bij invordering (hierna: informatie- en bijstandsrichtlijn);<sup>432</sup> gaat het HvJ er eigenlijk niet vanuit dat deze in de praktijk een onvoldoende uitwerking hebben? De jaarlijkse verplichte administratie kan wel gecontroleerd worden en geprobeerd kan worden om de belasting in te vorderen, de bankgarantie vormt dan het (in bepaalde situaties) achter de hand houden van een extra middel om zeker te zijn van de betaling.<sup>433</sup>

Naar aanleiding van de vijf behandelde punten, is duidelijk geworden dat er stappen in de juiste richting zijn gezet. Toch is er kritiek ten aanzien van het in rekening brengen van rente en het moeten verlenen van een bankgarantie bij emigratie. Dat voldoet – mijn inziens – niet volledig aan het evenredigheidsbeginsel; het gaat verder dan noodzakelijk is geacht. De vraag is dan ook of het kiezen voor het uitstel van de invordering inclusief de voorwaarden wel een aantrekkelijkere optie is dan gelijk afrekenen?<sup>434</sup> Het zal dan ook interessant zijn om te bekijken hoe Nederland de overwegingen geïmplementeerd heeft in de Wet uitstel van betaling exithellingen.

### 5.3.3 National Grid Indus en aandacht besteed aan relevante terreinen

In de volgende paragrafen worden op diverse terreinen van discussie ingegaan.

---

<sup>429</sup> Indien het onmiddellijk afrekenen en het uitgesteld afrekenen economisch aan elkaar gelijk wordt gesteld, wordt de betreffende onderneming (nog steeds) in beide gevallen belemmerd. De onmiddellijke liquiditeitsproblemen zijn bij het uitstel van de invordering wel verdwenen, echter hiervoor komt rente in de plaats dat de liquiditeit ook niet ten goede komt.

<sup>430</sup> Vermeld kan worden dat de precieze invulling van de bankgarantie bij een uitgestelde invordering tot op heden in de Nederlandse Wet nog niet duidelijk is. Wederom wordt verwezen naar Hoofdstuk 6.

<sup>431</sup> Bijvoorbeeld ondernemingen die emigreren en een slechte betalingshistorie hebben ofwel zeer insolvent zijn, zodat de kans klein is dat de invordering te zijner tijd plaatsvindt.

<sup>432</sup> Richtlijn 2010/24/EU, Raad van 16 maart 2010.

<sup>433</sup> Het achter de hand houden van een bankgarantie zou in sommige gevallen evenredig kunnen zijn, daar de informatie- en bijstandsrichtlijn in de praktijk niet altijd werkt; een en ander is wellicht afhankelijk van de geraadpleegde lidstaat. Daarnaast kan ik mij voorstellen dat als een insolvente onderneming haar feitelijke leiding verplaatst van Nederland naar een andere lidstaat, de Nederlandse belastingdienst bij een eventueel faillissement niet meer als preferente schuldeiser erkent wordt in die lidstaat.

<sup>434</sup> Zie bijvoorbeeld: P.J. Wattel, *'Carry on discriminating'*, NJB 2011/2248. Hij geeft aan op meerdere vlakken ontevreden te zijn met het arrest, waaronder het verlenen van uitstel waaraan rente en zekerheid wordt verbonden.



### 5.3.3.1 National Grid Indus versus zaak N

In de vorige paragraaf zijn de belangrijkste overwegingen behandeld en aan een beoordeling onderworpen, waarbij met name gekeken werd naar de evenredigheid ervan. Duidelijk is geworden dat de overwegingen op vrijwel alle punten afwijken van hetgeen in arrest N was geoordeeld. Onduidelijk is echter, waarom nu deze overwegingen zoveel afwijken van arrest N.<sup>435</sup> In deze paragraaf wordt dan ook geprobeerd een invulling te geven op de vraag of de afwijkende uitkomst te maken heeft met de verschillen die tussen een particulier en een onderneming bestaan. Of is het HvJ misschien, daar zij bijeengekomen was als de Grote Kamer, omgegaan?<sup>436</sup> Voordat hier aandacht aan wordt besteed, zijn de belangrijkste verschillen tussen de arresten hieronder in een tabel opgenomen:

| Welk arrest?           | Zaak N   | National Grid Indus   |
|------------------------|--|---|
| Van toepassing op?     | Emigrerende particulier met een kwalificerend aandelenbelang.                          | Onderneming die haar feitelijke leiding verplaatst (tezamen met vermogensbestanddelen). |
| Waardeverminderingen   | Indien nodig rekening houden met waardeverminderingen.                                 | In geen geval rekening houden met waardeverminderingen.                                 |
| Keuzemogelijkheid      | Uitstel moet automatisch zijn.   | Uitstel niet automatisch; keuzemogelijkheid geboden.                                    |
| Administratieve lasten | Bij vertrek de eenmalige vaststelling van de belastingschuld.                          | Vaststellen belastingschuld en daarna de jaarlijkse administratie bijhouden.            |
| Rente                  | Het uitstel wordt renteloos verleend.  | Er zal rente in rekening gebracht worden.   |
| Bankgarantie           | Duidelijk is geworden dat een bankgarantie niet geëist mag worden.                     | Een bankgarantie kan een oplossing zijn om niet-invordering te voorkomen.               |
| Rechtvaardigingsgrond  | Verdeling van de heffingsbevoegdheid dat in lijn met het territorialiteitsbeginsel is. | Verdeling van de heffingsbevoegdheid dat in lijn met het territorialiteitsbeginsel is.  |

Tabel 5.2: De verschillen weergegeven tussen de arresten N en National Grid Indus ten aanzien van de belangrijkste overwegingen.

Wat betreft de vraag of het HvJ is omgegaan, geeft Douma in de Noot bij het arrest National Grid Indus aan dat het een ongeschreven regel is dat de Grote Kamer eerdere jurisprudentie kan ‘overrulen’ of bijstellen.<sup>437</sup> Indien dit gebeurt zal het echter niet expliciet naar voren komen; de eerdere rechtspraak wordt simpelweg onbesproken gelaten en verliest haar gelding. Naar mijn mening is het HvJ hier niet of nauwelijks omgegaan, daar het verschil in uitkomst voor het grootste deel te wijten is aan de verschillen die tussen een particulier en onderneming bestaan.<sup>438</sup>

De verschillen tussen de arresten zijn met name voortgekomen uit de toepassing van de noodzakelijkheidstoets en de evenwichtigheidstoets die bij National Grid Indus tot een andere uitkomst hebben geleid. In de literatuur worden ook verschillende verklaringen naar voren gebracht, daar het HvJ op bijna geen enkel punt expliciet toelicht

<sup>435</sup> In de literatuur wordt deze vraag veelvuldig opgeworpen, maar een eenduidig antwoord is nog niet voorhanden. Zie met name M.V. Lambooi, ‘*De exitheffing: geconserveerd of toch niet?*’, NTFRB2012-11, R. de Graaff en A. de Haan, ‘*National Grid vs. N: verenigbaar of niet?*’, WFR 2012/612 en M.V. Lambooi, ‘*Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*’, NTFRB2013-3.

<sup>436</sup> De Grote Kamer bestaat uit zeventien rechters. Zie artikel 27 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

<sup>437</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40, Noot: S.C.W. Douma, alinea één.

<sup>438</sup> De IB-onderneming neemt hier wel een speciale plaats in. Er is dan sprake van een natuurlijk persoon die een onderneming drijft. Welke van de twee arresten is dan op hen van toepassing? Naar mijn mening is dat National Grid Indus. Dit ten eerste omdat de IB-ondernemer zich slechts op de rechtsvorm onderscheidt van de Vpb-ondernemer; daarnaast omdat de gekozen rechtsvorm geen al te grote impact op de fiscale belastingdruk zou mogen hebben.

waarom hier anders is geoordeeld ten opzichte van arrest N. Op het punt van waardeverminderingen werd het één en ander toegelicht, maar eerder is al vermeld dat bij die toelichting vraagtekens kunnen worden gezet.<sup>439</sup> Op het punt van de waardeverminderingen zal in arrest N hebben meegespeeld dat het niet rekening houden met waardevermindering bij particulieren dusdanig onevenwichtig zou uitpakken. De argumenten die hiervoor kunnen worden gegeven zijn ten eerste dat het geven van een step-up in de winstsfeer (ook historisch gezien) gebruikelijker is dan bij de immigratie van particulieren met een aandelenbelang.<sup>440</sup> Het HvJ heeft er daarnaast vermoedelijk meer vertrouwen in dat de onderneming de mogelijkheid heeft om de verliezen die worden geleden in de lidstaat van ontvangst, te verrekenen met de te behalen toekomstige winsten.<sup>441</sup> Ondernemingen bestaan in de regel langer dan aandelenbelangen die om de zoveel tijd van eigenaar worden verwisseld. De kans is dan ook groot dat de verliezen van de onderneming op termijn verrekend zullen worden, want tenzij faillissement volgt, zullen er immers winsten behaald moeten worden.<sup>442</sup>

De verschillen die zich hebben voorgedaan bij de wijze waarop uitstel wordt verleend en de vereiste administratieve verplichtingen zijn wel duidelijk; de keuzemogelijk is voor ondernemingen minder belemmerend dan automatisch uitstel en de administratieve verplichtingen zijn – mits door de lidstaten op de minst belemmerende manier geïmplementeerd – noodzakelijk voor de correcte invordering van de belastingen.<sup>443</sup>

Bij het in rekening brengen van rente en de vereiste zekerheidsstelling ontbreekt wederom de toelichting. De indruk bestaat dat het HvJ – ook weer vanuit historisch oogpunt – in National Grid Indus (de winstsfeer) een zwaarder belang hecht aan de gegeven rechtvaardigingsgrond: de evenwichtige heffingsbevoegdheid in lijn met het territorialiteitsbeginsel. Het lijkt dat het HvJ graag ziet dat de vertrekstaat er qua belastingheffing bij uitstel er in geen geval op achteruit gaat door haar toe te staan rente in rekening te brengen en – om belastingontwijking zoveel mogelijk te voorkomen – zekerheid te vereisen. Overigens, het feit dat de belastingaanslag al bij de emigratie vaststaat, maakt het mogelijk en tegelijkertijd logischer om volledige zekerheid te vereisen, echter dat lijkt mij niet de achterliggende belangrijkste reden.

Ondanks dat in beide arresten dezelfde rechtvaardiging is gegeven, zullen veel lidstaten waaronder Nederland<sup>444</sup> beamen dat de regeling die een belastingaanslag bij emigrerende particulieren met een aandelenbelang oplegt, (grotendeels) in wezen bestaat om belastingontwijking te voorkomen. De Staatssecretaris spreekt daarover als volgt: *‘Het doel van het opleggen van de conserverende belastingaanslag bij emigratie van een natuurlijke persoon met een aanmerkelijk belang is het voorkomen dat belastingplichtigen met het oog op het ontgaan van de aanmerkelijkbelangclaim tijdelijk emigreren. (...) Het doel van het opleggen van de belastingaanslag exitheffing bij zetelverplaatsing van een vennootschap is daarentegen om de belastingaanslag daadwerkelijk in te vorderen. Voor ondernemingen zal het verplaatsen van de zetel vaak ook eenvoudiger zijn te regelen en minder ingrijpend dan een emigratie voor een natuurlijke persoon’*.<sup>445</sup> Omdat het voor de onderneming relatief eenvoudig is om de zetel grensoverschrijdend te verplaatsen en omdat het de bedoeling is om de belastingaanslag daadwerkelijk in te

---

<sup>439</sup> Zie paragraaf 5.3.2.

<sup>440</sup> Zie M.V. Lambooy, *‘De exitheffing: geconserveerd of toch niet?’*, NTFRB2012-11, paragraaf 5, vierde alinea en paragraaf 5.3.3.4 waarin uitgebreid op National Grid Indus in samenhang met de step-up wordt ingegaan.

<sup>441</sup> Zie R. de Graaff en A. de Haan, *‘National Grid vs. N: verenigbaar of niet?’*, WFR 2012/612, paragraaf 4.1.

<sup>442</sup> Onderzoek in het verleden heeft uitgewezen dat 99% van de verliezen van de ondernemingen die niet failliet gaan, uiteindelijk worden verrekend. Zie G.W.J.M. Kampschoër, *‘Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor de verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening’*, Maastricht: Datawys/Universitaire Pers Maastricht: 1992.

<sup>443</sup> De monitoring van een aandelenpakket is in de regel eenvoudiger dan het vaststellen van winstrealisaties in tal van vermogensbestanddelen.

<sup>444</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5.

<sup>445</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 3.

vorderen, zal de belastingheffing ook in het kader van mogelijke belastingontwijking goed geregeld moeten worden.<sup>446</sup>

Het belasten van de totaalwinst speelt bij de emigratie van particulieren met een aandelenbelang dus een minder grote rol dan in de winstsfeer. Het is daarnaast aannemelijk dat het HvJ indertijd heeft gedacht dat de emigraties die tussen de onderlinge lidstaten plaatsvinden, voor de particulieren zo min mogelijk belemmerend moeten zijn. Emigreren is voor hen – wat voor sociale, culturele of andere redenen hieraan ten grondslag liggen – een groot goed en een ingrijpende gebeurtenis, waar dan ook zo min mogelijk fiscale belemmeringen aan verbonden moeten worden. Bij emigrerende ondernemingen spelen dikwijls economische motieven de hoofdrol en voorkomen moet worden dat zij de belasting gaan ontwijken. Het HvJ neemt de natuurlijke personen – althans zo lijkt het - meer in bescherming.<sup>447</sup>

Tot slot kan met betrekking tot het voorgaande in ieder geval geconcludeerd worden dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij de arresten heeft geleid tot een verschillende uitwerking. Daar het HvJ de verschillen niet of nauwelijks heeft toegelicht is tot op heden niet duidelijk of deze analyse in de buurt komt van de werkelijkheid. Wel kan geconcludeerd worden dat er op dit vlak Europeesrechtelijk gezien verschillen bestaan tussen emigrerende particulieren en ondernemingen.

### 5.3.3.2 National Grid Indus versus Commissie (negatieve versus positieve integratie)

Het arrest National Grid Indus heeft ervoor gezorgd dat een groot deel van de Mededeling exithellingen achterhaald is.<sup>448</sup> Duidelijk is geworden dat geen rekening met waardedalingen hoeft te worden gehouden, wel rente mag worden berekend en zekerheid in de vorm van een bankgarantie geëist mag worden. Mijns inziens is het verstandig als de Commissie de Mededeling exithellingen actualiseert naar aanleiding van de genoemde overwegingen. Dit is tot op heden nog niet gebeurd. Wellicht dat de Commissie hiermee wacht totdat alle infractieprocedures afgerond zijn en hoopt dat deze procedures meer duidelijkheid brengen. Hier is wat voor te zeggen. Er blijven natuurlijk tal van vragen over de precieze reikwijdte van het National Grid Indus-arrest. Ten eerste geldt het arrest voor alle ondernemingen ongeacht de gekozen rechtsvorm? Is het stelsel – werkelijke zetel of het incorporatiestelsel – dat een lidstaat hanteert, nog van belang of een exithelling wel of niet in strijd met de vrijheid van vestiging verklaard kan worden? Tot slot, is het heffen van rente en het eisen van een bankgarantie wel in alle gevallen zo evenredig?

De Commissie is in ieder geval niet tevreden met de uitkomst van het arrest National Grid Indus. Zij heeft medegedeeld dat National Grid Indus geclassificeerd kan worden als een `Pyrrhus overwinning van de interne markt`.<sup>449</sup> De Staatssecretaris gaf aan dat de Commissie haar onvrede uitte in de arresten die volgden naar aanleiding van de afgeronde infractieprocedures tegen Spanje en Portugal.<sup>450</sup> Vermeld kan worden – en tevens besproken in paragraaf 5.4 en verder – dat het HvJ in de recente jurisprudentie niet veel afwijkt van de lijn die zij in National Grid Indus heeft uitgezet. Duidelijk is dat de Commissie liever gezien had dat de lidstaten hun

---

<sup>446</sup> Ondanks dat belastingontwijking in beide arresten niet geaccepteerd is als de rechtvaardigingsgrond, kan het niettemin een rol spelen bij de behandeling van bepaalde vraagstukken zoals bijvoorbeeld het al dan niet vereisen van zekerheid.

<sup>447</sup> Dus een automatisch uitgestelde belastingheffing waaraan minimale voorwaarden verbonden zijn.

<sup>448</sup> Overigens mag gezegd worden dat het wel begrijpelijk is dat de Commissie de arresten De Lasteyrie en N op ondernemingen van toepassing verklaarden. In beide situaties gaat het om dezelfde soort belemmering en is dezelfde rechtvaardiging gegeven. Toch ging het `mis` bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

<sup>449</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 4. Een Pyrrhus overwinning is feitelijk wel een overwinning, maar kan alles in beschouwing genomen toch als onwenselijk worden aangemerkt. Met andere woorden; met het bereiken van de overwinning is een hoop verloren gegaan.

<sup>450</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 4. Voor de afgeronde infractieprocedures tegen Portugal en Spanje wordt verwezen naar paragraaf 5.4.

wetgevingen op het gebied van de exitheffingen in de winstsfeer meer vergelijkbaar hadden opgesteld met emigrerende particulieren met een aandelenbelang.<sup>451</sup>

Interessant is dat deze uitkomst door middel van de negatieve integratie (vermoedelijk) heel anders heeft uitpakkt dan indien de weg van de positieve integratie was gekozen. De vereiste vormgeving van de exitheffingen in de winstsfeer is helder geworden dankzij het arrest National Grid Indus en de recente jurisprudentie; oftewel dankzij de negatieve integratie. Stel, de lidstaten hadden enige jaren geleden de handen ineen geslagen, dan hadden zij met harmoniserende wetgeving kunnen komen die ten eerste eenduidiger is en ten tweede in beginsel niet gebonden was aan deze jurisprudentie. Mogelijkerwijs had dat de infractieprocedures van de Commissie kunnen voorkomen. Anderzijds als de veranderingen die de harmonisatie had geboden niet voldoende waren, konden de lidstaten alsnog voor het HvJ worden gedaagd met alle gevolgen van dien.<sup>452</sup>

### 5.3.3.3 National Grid Indus en het vennootschapsrecht (toegang tot de vrijheid van vestiging)

In het arrest National Grid Indus is de bevestiging gezien van de reeds gedane conclusie uit Hoofdstuk 3: *‘Tot zoverre kan geconcludeerd worden dat Nederland - net als het Verenigd Koninkrijk - het incorporatiestelsel hanteert, waarbij dat recht niet aan dusdanige beperkingen onderworpen is. De exitheffing – art. 15c Wet Vpb 1969 – kan in beginsel, wanneer opgelegd aan vennootschappen die hun werkelijke zetel verplaatsen vanuit Nederland naar een andere lidstaat, dan ook wel getoetst worden aan de vrijheid van vestiging.’*<sup>453</sup>

National Grid Indus heeft dan ook wat betreft het vennootschapsrecht en de toegang tot de vrijheid van vestiging, geen nieuwe feiten aan het licht gebracht. Slechts de bevestiging van bovenstaande conclusie is gegeven en de verwarring die Daily Mail bij menig lezer had geschept is definitief verdwenen. Op de vraag of de exitheffingen van alle lidstaten – ongeacht het vennootschapsrechtelijk stelsel – aan de vrijheid van vestiging kunnen worden getoetst, moet op basis van National Grid Indus in beginsel (nog steeds) met ontkenning worden beantwoord.

Een vennootschap heeft bij de verplaatsing van de werkelijke zetel alleen toegang tot de vrijheid van vestiging als er sprake is van een ‘levende’ vennootschap; dat wil zeggen zonder de rechtspersoonlijkheid te verliezen wanneer de verplaatsing zich voordoet.<sup>454</sup> De vennootschap die bij de grensoverschrijdende verplaatsing ontbonden en geliquideerd wordt, kan zich op dat moment niet beroepen op de vrijheid van vestiging om een eventuele exitheffing aan te vechten.<sup>455</sup> Om Marres te citeren: *‘Slechts wanneer sprake is van een vennootschap van een lidstaat kan de vestigingsvrijheid worden ingeroepen, en kan aan de orde komen of er sprake is van een beperking van de vestigingsvrijheid. In beginsel kan de vertrekstaat de verplaatsing van de werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid dus weigeren, zodat de vrijheid van vestiging toepassing mist.’*<sup>456</sup>

Doorgaans weigeren lidstaten met het werkelijke zetelstelsel, de verplaatsing van de werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid. Bij incorporatiestaten is dit in beginsel niet het geval tenzij een lidstaat het recht aan dusdanige beperkingen heeft onderworpen. De kritiek die Wattel naar aanleiding van National Grid Indus heeft

---

<sup>451</sup> Dus wel rekening houden met waardeverminderingen, geen rente in rekening brengen en de zekerheidsstelling laten vervallen.

<sup>452</sup> Herhaald mag ook worden dat met de totstandkoming van (secundaire) EU-wetgeving op het terrein van de exitheffingen, instemming van alle lidstaten is vereist. In Hoofdstuk 4 was besproken dat de kans op de implementatie van zulke wetgeving klein is. Afgezien van dit zijn de meeste lidstaten vermoedelijk niet ontevreden over de uitkomst van National Grid Indus.

<sup>453</sup> Zie Hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.1.1, laatste alinea.

<sup>454</sup> Met andere woorden: *‘De achterliggende gedachte van de jurisprudentie van het HvJ is dat het – bij gebreke van een EU-definitie – aan de lidstaten is om te bepalen welke entiteit zij als vennootschap erkennen.’* Zie O.C.R. Marres, *‘Exit heffing?’*, NTRFB2011-16, paragraaf 3.

<sup>455</sup> Het beroep op de vrijheid van vestiging kan wel slagen, als er een grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt.

<sup>456</sup> Zie O.C.R. Marres, *‘Exit heffing?’*, NTRFB2011-16, paragraaf 3.

geuit op het feit dat werkelijke zetellanden *‘hun acute exitheffingen mogen verstoppen achter hun manifest belemmerende vennootschapsrecht’* is dan ook begrijpelijk.<sup>457</sup> Hij geeft ook aan dat het HvJ discrimineert tussen de twee stelsels en dat het HvJ *‘incorporatiestaten aanmoedigt om verlies van rechtspersoonlijkheid als sanctie te stellen op zetelverplaatsing zonder voorafgaande afrekening’*.<sup>458</sup>

Hoewel bovenstaand verhaal logisch beredeneerd is, blijft het een feit dat er tot en met National Grid Indus geen arrest is geweest die specifiek de exitheffing in een werkelijke zetelstaat had aangekaart. Het was dan ook niet met zekerheid te zeggen hoe het HvJ uiteindelijk daarover zou oordelen. De recente jurisprudentie – waar verderop uitgebreider op wordt ingegaan – heeft echter uitkomst geboden.

De infractieprocedure die tegen Portugal<sup>459</sup> afgerond is, heeft geleid tot een arrest waarbij door het HvJ wel is geoordeeld dat de vennootschap toegang heeft tot de vrijheid van vestiging wanneer haar werkelijke zetel wordt verplaatst. Verderop wordt het arrest nog behandeld, maar alvast kan vermeld worden dat het arrest inging tegen de huidige verwachtingen, aangezien Portugal het werkelijke zetelstelsel hanteert.<sup>460</sup> Immers bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding zou in zo’n lidstaat toch ontbinding en liquidatie plaatsvinden, waarbij logischerwijs meteen fiscaal afgerekend moet worden? Dit verwoordt Schutte-Veenstra als volgt: *‘Gaat een werkelijke zetelleer-lidstaat over tot de ontbinding en liquidatie van een emigrerende vennootschap, omdat niet langer aan de door deze lidstaat vereiste aanknopingspunten wordt voldaan, dan vindt noodzakelijkerwijs op datzelfde moment de fiscale afrekening plaats.’*<sup>461</sup>

Een uitgestelde afrekening is niet eens mogelijk omdat de vennootschap verdwijnt. Wellicht dat het HvJ ervan uitging in het arrest tegen Portugal dat er – ondanks dat ontbinding en liquidatie kan plaatsvinden – daar doorgaans grensoverschrijdende omzettingen plaatsvinden. Op basis van Cartesio mag Portugal een grensoverschrijdende omzetting immers niet verhinderen en de lidstaat van ontvangst moet de (interne) omzettingsregelingen op basis van arrest Vale ook open stellen voor inkomende vennootschappen. Indien grensoverschrijdende omzettingen de norm is en in de komende jaren alleen nog maar zal toenemen is het begrijpelijk dat het HvJ in het arrest tegen Portugal de (enkele) ontbindingen en liquidaties bij zetelverplaatsingen op de achtergrond plaatst. Portugal zal maar moeten zorgen dat de emigrerende vennootschap op de een of andere manier uitstel van betaling krijgt.

Het arrest tegen Portugal heeft dan ook min of meer duidelijk gemaakt dat het HvJ het van toepassing zijnde stelsel niet meer van groot belang acht. Het is overigens niet bekend of dit nu gelegen is in het feit dat het HvJ anticipeert op Europese harmonisatie wat betreft grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. Vooralsnog kan de voorzichtige conclusie getrokken worden dat een vennootschap die haar feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst – ongeacht vanuit welke lidstaat – zich kan beroepen op de vrijheid van vestiging om een eventuele exitheffing aan te vechten. Elke lidstaat zal zich dus moeten schikken naar de voorwaarden als neergelegd in National Grid Indus.

### 5.3.3.4 National Grid Indus en de step-up

Het HvJ geeft in het arrest impliciet aan dat de verlening van een step-up de norm zou moeten zijn in de EU. In rechtsoverweging 58 overweegt zij dat *‘(...) de winst van de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel heeft*

<sup>457</sup> Zie P. Wattel, *‘Carry on discriminating’*, NJB 2011/2248.

<sup>458</sup> Idem.

<sup>459</sup> HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal).

<sup>460</sup> De huidige verwachtingen waren wel verdeeld. Door een deel van de auteurs werd het onderscheid tussen de twee stelsels sterk naar voren gebracht, andere auteurs waren van mening dat National Grid Indus een definitief einde betekende voor de directe afrekeningen, ongeacht het van toepassing zijnde vennootschapsrechtelijke stelsel.

<sup>461</sup> H. Schutte-Veenstra, *‘Onmiddellijke invordering van een fiscale exitheffing is in strijd met het vestigingsrecht’*, OR 2012/41, Noot: punt 5.

*verplaatst, pas na genoemde zetelverplaatsing wordt belast in de lidstaat van ontvangst, overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel (...) tevens aan deze laatste lidstaat om in zijn belastingregime rekening te houden met fluctuaties in de waarde van de activa van de betrokken vennootschap die zijn opgetreden na de datum waarop de lidstaat van oorsprong elke fiscale aanknopings met genoemde vennootschap heeft verloren.*<sup>462</sup>

Hier wordt door het HvJ ten eerste naar voren gebracht dat de winst overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel wordt belast. Dit houdt dus in dat de winst toegerekend moet worden aan de lidstaat waarin diezelfde winst is opgekomen. Daarnaast meldt het HvJ dat de lidstaat van ontvangst rekening moet houden met waardefluctuaties die na zetelverplaatsing zijn opgetreden. Indien er geen step-up wordt verleend, zal er effectief geen (of beperkt) rekening worden gehouden met waardefluctuaties, hetgeen niet in overeenstemming is met wat het HvJ hierboven heeft beschreven.<sup>463</sup> Hiernaast geeft het HvJ in rechtsoverweging 61 bovendien aan dat het belastingregime in de lidstaat van ontvangst *‘op het moment van realisatie van de activa van de betrokken vennootschap, in beginsel rekening met de meerwaarden en de waardeverliezen die met deze activa zijn gerealiseerd sinds de verplaatsing van haar zetel. De eventuele niet-inaanmerkingneming van waardeverminderingen door de lidstaat van ontvangst, (...)’*<sup>464</sup>

Het HvJ oordeelt hier met andere woorden, dat de lidstaat van ontvangst in beginsel rekening moet houden met de in de lidstaat van vertrek opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winsten.<sup>465</sup> In beginsel, want het HvJ geeft aan het einde van de geciteerde rechtsoverweging ook aan dat er mogelijk er geen rekening met waardeverminderingen wordt gehouden.<sup>466</sup> Naar aanleiding van National Grid Indus kan dus wel gesteld worden dat het de norm is om een systeem te hebben dat overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel is en dus bij binnenkomst een step-up verleend wordt en bij vertrek afgerekend wordt over de waarde in het economische verkeer van de vermogensbestanddelen.

Het verlenen van een step-up is dus nog niet op basis van EU-recht verplicht, hoewel de verplichting ervan toch een stap in de goede richting zou zijn. De politieke wil is eveneens aanwezig, gezien de behandelde Raadsresolutie uit 2008. De vraag is alleen, is het mogelijk om de invoering van de step-up in elke lidstaat te verplichten op basis van het EU-recht? Als de step-up aangemerkt zou worden als een dispariteit, kan het niet invoeren van de step-up waarschijnlijk ‘gerechtvaardigd’ worden op basis van het bestaan van de verschillende belastingjurisdicties die geen fiscaal neutrale verplaatsing garanderen. Naar mijn mening echter, vormt het niet verlenen van een step-up in combinatie met het afrekenen over de waarde in het economische verkeer naderhand, wel een strijdigheid met het EU-recht. Zulke lidstaten heffen feitelijk over de vermogensbestanddelen waarvan de waarde aangroeit zich (voor een deel) hebben voorgedaan in een andere lidstaat. Een vennootschap die haar zetel verplaatst naar zo’n lidstaat, wordt in beginsel al geconfronteerd met een latente belastingclaim op haar stille reserves en goodwill. De vennootschap begint al met een (toekomstig) nadeel en dat zal genoeg zijn om te spreken van een strijdigheid met het recht op vrije vestiging.

In de literatuur wordt eveneens bevestigd dat er een grote kans bestaat dat het niet verlenen van een step-up in combinatie met het afrekenen over de waarde in het economisch verkeer naderhand, in strijd met de vrijheid van

---

<sup>462</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 58.

<sup>463</sup> Wanneer de betreffende vermogensbestanddelen na zetelverplaatsing dalen naar een waarde die tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde ligt, wordt geen verlies in aanmerking genomen bij realisatie maar zelfs te zijner tijd een winst belast in de lidstaat van ontvangst.

<sup>464</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 61.

<sup>465</sup> De lidstaat van ontvangst kan hier rekening mee houden door een step-up te verlenen bij binnenkomst.

<sup>466</sup> Daarnaast geeft het HvJ in rechtsoverweging 62 ook aan dat dispariteiten blijven bestaan, aangezien de fiscale belastingjurisdicties van de lidstaten niet perfect op elkaar aansluiten. Een fiscale neutrale overgang is daarom niet gegarandeerd.

vestiging verklaard kan worden.<sup>467</sup> Daarnaast wordt in een artikel<sup>468</sup> beargumenteerd dat de oplossing kan liggen in zowel de negatieve als positieve integratie. Wat betreft de negatieve integratie zou het HvJ – aldus de auteurs – de step-up kunnen verplichten op basis van het fiscale territorialiteitsbeginsel.

Hoewel het HvJ in het arrest al impliciet heeft aangegeven dat het verlenen van een step-up de norm is, zal de toekomst moeten uitwijzen of het niet verlenen van de step-up daadwerkelijk in strijd met de vrijheid van vestiging verklaard kan worden. Mijns inziens is het in strijd met de vrijheid van vestiging, daar een inkomende vennootschap met een latente belastingclaim wordt geconfronteerd. Het vermijden van dubbele belasting op dit punt zal de interne markt ten goede komen. De eventuele invoering van een EU-verbrede step-up kan tot slot in overeenstemming met de algemene beginselen als opgenomen in de Raadsresolutie, uitgevoerd worden.

### 5.3.3.5 National Grid Indus en de wetwijziging daaruit voortvloeiend

Het arrest National Grid Indus vormde de directe aanleiding voor de uitvaardiging van het besluit omtrent de exithellingen.<sup>469</sup> Daaropvolgend is er – zoals bekend - aan wetgeving gewerkt dat geleid heeft tot de indiening van het wetsvoorstel exithellingen in mei 2012.<sup>470</sup> Nadat het wetsvoorstel de Tweede Kamer was gepasseerd is het wetsvoorstel uiteindelijk op 7 mei 2013 jongstleden door de Eerste Kamer aangenomen.<sup>471</sup>

Hoewel de Wet uitstel van betaling exithellingen in het volgende hoofdstuk uitgebreid wordt behandeld en onderworpen wordt aan het EU-recht, is het belangrijk om kort stil te staan bij deze Wet. De Wet voorziet – kort gezegd – in een wijziging van de Invorderingswet 1990. Wanneer een exithelling wordt opgelegd, kan gekozen worden voor het uitstel van de invordering indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan. Het besluit is overigens niet één op één overgenomen in de uiteindelijke Wet. Er zijn in de periode tussen de uitvaardiging van het besluit en de totstandkoming van de Wet, verscheidende toevoegingen gedaan. Dit is niet zo zeer gebeurd naar aanleiding van de recente jurisprudentie, maar naar eigen inzicht van de wetgever.

Bij de totstandkoming van de nieuwe Wet draait het immers niet slechts om de overeenstemming met het EU-recht te realiseren, maar is het ook belangrijk om te voldoen aan het eenvoudbeginsel en daarnaast te zorgen voor een zo efficiënt en effectief mogelijke uitvoering.<sup>472</sup> De Wet - in zijn huidige toestand - is dus mede gevormd door de eigen invulling van de wetgever. De eigen invulling van de wetgever is tot slot eveneens afhankelijk van onder andere de politieke keuze die (destijds) gemaakt is en de huidige vormgeving van de belastingwet; meer in het bijzonder de gebruikelijke wijze waarop uitstel van betaling wordt verleend en de wijze waarop (andere) exithellingen in Nederland plaatsvinden.<sup>473</sup>

In het volgende hoofdstuk zal de nadruk komen te liggen op de toetsing van de Wet uitstel van betaling exithellingen aan het EU-recht. Echter, ook zal aandacht worden besteed aan zaken als eenvoud en effectiviteit. Het is natuurlijk belangrijk dat de Wet uiteindelijk als `wenselijk` kan worden gekenmerkt.

---

<sup>467</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40, Noot: S.C.W. Douma, alinea 5.4.

<sup>468</sup> H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, `Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups`, WFR 2012/601, paragraaf 4.1 – 4.3.

<sup>469</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M.

<sup>470</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 1, 2 en 3.

<sup>471</sup> Kamerstukken I, vergaderingen 2012/13, 33262 nr. 5 (7 stemmingen, 7 mei 2013).

<sup>472</sup> Wat betreft het in overeenstemming brengen van de exithellingen met het EU-recht, heeft de Nederlandse wetgever ook enige vrijheid. National Grid Indus heeft immers een hoop duidelijkheid gebracht op veel aspecten van de exithelling, maar niet alles staat in steen gegrift.

<sup>473</sup> Zie ook D.E. van Sprundel, `Exithellingen bij ondernemingen`, WFR 2010/1045, paragraaf 4.

## 5.4 De nieuwe inzichten die de recente jurisprudentie heeft veroorzaakt

De (lopende) infractieprocedures omtrent exitheffingen zijn deels al kort aan bod gekomen in Hoofdstuk 4. Vermeld is toen dat de Commissie vanaf september 2008 een reeks aan infractieprocedures is begonnen, teneinde de exitheffingbepalingen van de lidstaten in lijn met het EU-recht te krijgen. In de volgende paragrafen zullen de afgeronde infractieprocedures die hebben geleid tot een arrest, behandeld worden in zoverre zij nieuwe inzichten aan het licht hebben gebracht (2012 - 2013). Ook wordt het arrest *Arcade Drilling AS* van het EVA-Hof behandeld. Dit gebeurt chronologisch: eerst het arrest *Commissie vs. Spanje* (particulieren), vervolgens het arrest *Commissie vs. Portugal* (en de daaraan voorafgaande Conclusie), daarna het arrest *Arcade Drilling AS*, resumerend het arrest *Commissie vs. Nederland* en het arrest *Commissie vs. Spanje* (rechtspersonen) en als laatste het arrest *Commissie vs. Denemarken*.<sup>474</sup> Het onderdeel wordt afgesloten met een paragraaf waarin de verwachtingen gepresenteerd worden omtrent de lopende infractieprocedures<sup>475</sup> en wat de toekomstverwachtingen op dit gebied zijn.

### 5.4.1 Commissie vs. Spanje (particulieren) – juli 2012

Op 12 juli 2012 heeft het HvJ uitspraak gedaan in het arrest *Commissie vs. Spanje* (particulieren).<sup>476</sup> In deze zaak zijn geen nieuwe inzichten aan het licht gekomen met betrekking tot de proportionaliteit van een uitgestelde exitheffing. Wel is in deze zaak de bevestiging gezien dat emigrerende particulieren die een exitheffing tegemoet zien EU-rechtelijk (nog steeds) in overeenstemming met de arresten *De Lasteyrie en N* behandeld moeten worden.<sup>477</sup> In tegenstelling tot de andere genoemde infractieprocedures gaat het hier niet om de grensoverschrijdende verplaatsing van een onderneming; de verplaatsing van de feitelijke leiding of de verplaatsing van activa en passiva dan wel een combinatie van deze twee. Zoals Lambooj het mooi verwoordt gaat het in deze zaak om *‘het uitstel van belastingheffing verleend in een binnenlandse periode, welk uitstel van rechtswege werd beëindigd (waardoor de belasting direct invorderbaar wordt) bij emigratie. Het financiële cash flow-nadeel veroorzaakt door het vervallen van het uitstelfaciliteit als gevolg van emigratie was al voldoende voor het Hof om in vrij algemene bewoordingen tot een beperking van EU-vrijheden te concluderen.’*<sup>478</sup>

Net als in de andere infractieprocedures omtrent exitheffingen wordt de emigrerende belastingplichtige hier nadeliger behandeld doordat zij in voorkomend geval, in tegenstelling tot de belastingplichtige die niet emigreert, een directe invordering tegemoet ziet. In deze zaak draait het om het (belastbare) bedrag waarvoor in eerste instantie uitstel was verleend en welk uitstel van rechtswege wordt beëindigd wanneer emigratie plaatsvindt. Spanje probeert dit verschil in behandeling nog te rechtvaardigen, door onder andere te stellen dat de kans op niet-invordering sterk zal toenemen indien de belastingplichtige zich in het buitenland bevindt. De directe invordering zal – zo geeft Spanje aan - noodzakelijk zijn om dit te voorkomen.<sup>479</sup> Het HvJ weerspreekt dit en acht het risico daarvan niet dermate hoog in relatie tot de lidstaten. Het HvJ meldt dat de instrumenten voor administratieve

<sup>474</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (*Commissie vs. Spanje*), Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (*Commissie vs. Portugal*), HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (*Commissie vs. Portugal*), EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (*Arcade Drilling AS*), HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (*Commissie vs. Nederland*), HvJ EU 25 april 2013, C-64/11 (*Commissie vs. Spanje*) en HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (*Commissie vs. Denemarken*).

<sup>475</sup> De infractieprocedures tegen Ierland (IP/11/78) en het Verenigd Koninkrijk (IP/12/285) hebben tot op heden nog niet tot een arrest geleid.

<sup>476</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (*Commissie vs. Spanje*).

<sup>477</sup> Dus automatisch uitstel, geen rente in rekening brengen over de uitgestelde vordering en zekerheid mag niet verlangd worden.

<sup>478</sup> M.V. Lambooj, *‘Exitheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen.’*, NTFRB2013-3, paragraaf 2, derde alinea. In deze zaak waren overigens drie EU-vrijheden van toepassing: art. 18 (verbod op discriminatie naar nationaliteit), art. 45 (het vrije werknemersverkeer) en art. 49 VwEU.

<sup>479</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (*Commissie vs. Spanje*), r.o. 65 en 66.



samenwerking en wederzijdse bijstand bij invordering van de lidstaten voldoende werkzaam zijn om dit probleem te verhelpen.<sup>480</sup>

De lidstaten kunnen zich niet beroepen op de eventuele moeilijkheden of tekortkomingen die ontstaan als gevolg van een gebrekkige samenwerking tussen de belastingdiensten.<sup>481</sup> Het lijkt erop dat het HvJ graag ziet dat de lidstaten de samenwerkingsregelingen gebruiken en - indien nodig - verbeteren.

In dit arrest kwam wel naar voren dat als er geen instrumenten voor de administratieve samenwerking en wederzijdse bijstand bij invordering bestaan, het gerechtvaardigd is om tot de directe invordering over te gaan.<sup>482</sup> Dat gold echter alleen voor Spanje in relatie tot de landen die slechts tot de Europese Economische Ruimte<sup>483</sup> (hierna: EER) behoren en niet tot de EU. Dat zijn de landen IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.<sup>484</sup> Emigreert een Spanjaard naar een van deze landen dan mag de Spaanse belastingdienst tot de directe invordering overgaan. De maatregel in het hoofdgeding wordt dan ook niet in strijd verklaard met de EER-Overeenkomst.<sup>485</sup>

Het HvJ spreekt in dit arrest niet over rente of zekerheidsstelling. In tegenstelling tot bij het arrest National Grid Indus blijkt dat het HvJ hier de wederzijdse regelingen inzake de inlichtingen en bijstand bij invordering voldoende acht. Waarschijnlijk omdat het hier niet om de 'klassieke' exitheffingbepalingen gaat, maar het in de hoofdzaak draait om de emigratie van particulieren. Het HvJ acht het invorderingsrisico in deze zaak vermoedelijk kleiner of minder van belang.

#### 5.4.2 Commissie vs. Portugal – zomer 2012

De infractieprocedure van de Commissie tegen Portugal had in de zomer van 2012 eerst tot de uitgebreide Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi<sup>486</sup> geleid en daaropvolgend tot het arrest van het HvJ.<sup>487</sup> Van de reeks infractieprocedures heeft dit arrest en het arrest Arcade Drilling AS – waarbij laatstgenoemde wordt besproken in de volgende paragraaf – de meeste interessante overwegingen gebracht, met name op het gebied van het vennootschapsrecht en de (vereiste) bankgarantie. In deze zaak had de Commissie Portugal verweten dat zij een onmiddellijke belasting heft over de aangegroeide maar nog niet gerealiseerde meerwaarden in:

*- activa van Portugese vennootschappen die hun statutaire en feitelijke bestuurszetel verplaatsen naar een andere lidstaat of naar een Staat die partij is bij de EER-Overeenkomst;*

*- activa van een Portugese vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap bij stopzetting van de activiteit van deze vaste inrichting op het Portugese grondgebied;*

*- activa van een Portugese vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap die buiten het Portugese grondgebied worden overgebracht.<sup>488</sup>*

---

<sup>480</sup> Idem, r.o. 67 – 71.

<sup>481</sup> Idem, r.o. 72.

<sup>482</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (Commissie vs. Spanje, r.o. 96 – 98).

<sup>483</sup> De EER is een verdrag gesloten tussen de landen die behoren tot de Europese Vrijhandelsassociatie (met uitzondering van Zwitserland) en de lidstaten van de Europese Unie.

<sup>484</sup> IJsland, Liechtenstein en Noorwegen zijn de Europese Vrijhandelsassociatie-staten (EVA-staten) die ook tot de EER behoren.

<sup>485</sup> Zie HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (Commissie vs. Spanje, r.o. 99 en 100. De EER-Overeenkomst bevat vrijeverkeersbepalingen die in grote mate vergelijkbaar zijn met de vrijeverkeersbepalingen die in het EU-verdrag te vinden zijn.

<sup>486</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal).

<sup>487</sup> HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal).

<sup>488</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 1.

Er zal met name op de eerste van de drie punten worden ingegaan, daar het een grensoverschrijdende zetelverplaatsing betreft. De Conclusie van Mengozzi gaat in op diverse vraagstukken. De vragen die mijns inziens het meest relevant zijn en nader worden bediscussieerd, zijn de onderstaande drie:<sup>489</sup>

- a) Is de vrijheid van vestiging van toepassing bij vennootschappen die opgericht zijn naar Portugees recht en die vervolgens hun feitelijke en statutaire zetel verplaatsen?
- b) Hoe moet het in rekening brengen van rente *'inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling'* geïnterpreteerd worden?
- c) Is het wel zo evenredig om voor het volledige bedrag, waarvoor een uitgestelde invordering is verleend, in alle gevallen een bankgarantie te vereisen?

Alvorens de vragen worden behandeld, kan worden medegedeeld dat in de Conclusie zeer vaak wordt verwezen naar National Grid Indus.<sup>490</sup> Dat National Grid Indus centraal staat in dit arrest kan als een bevestiging worden gezien van de doorbraak die National Grid Indus in 2011 heeft gebracht. Het argument van de enkele lidstaten die trachten te beargumenteren dat National Grid Indus een atypische situatie betrof doordat er slechts sprake was van één valutaresultaat, kan dan ook niet slagen.<sup>491</sup> Dat wordt door zowel Mengozzi als het HvJ afgewezen.

**ad (a).** *Is de vrijheid van vestiging van toepassing bij vennootschappen die opgericht zijn naar Portugees recht en die hun feitelijke en statutaire zetel verplaatsen?*

Wat deze eerste vraag betreft kan in eerste instantie vermeld worden dat Mengozzi hier in de rechtsoverwegingen 49 – 54 vrij uitgebreid op in gaat.<sup>492</sup> Mengozzi probeert met een drietal argumenten aan te tonen dat de vrijheid van vestiging in deze zaak van toepassing is ondanks dat Portugal het werkelijke zetelstelsel hanteert. Feit is dat het naar Portugees recht niet noodzakelijk is dat bij de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding ontbinding en liquidatie plaatsvindt. Vennootschappen opgericht naar Portugees recht kunnen bij zetelverplaatsing krachtens *'met name artikel 3, lid 4, van het wetboek van handelsvennootschappen hun feitelijke bestuurszetel met behoud van rechtspersoonlijkheid naar een ander land mogen verplaatsen, althans mits de wetgeving van dat andere land zulks toestaat'*.<sup>493</sup>

Om dit toe te staan moet worden voldaan aan artikel 3, lid 4 van het wetboek van handelsvennootschappen (Portugese wetgeving). Maar wat als hieraan niet wordt voldaan? Dan vindt dus ontbinding en liquidatie van de vennootschap plaats en zou verwacht kunnen worden dat de vrijheid van vestiging toepassing mist. Zoals aangegeven probeert Mengozzi met een drietal redenen aan te tonen dat de vrijheid van vestiging altijd toepassing heeft bij werkelijke zetelstaten, ongeacht of een grensoverschrijdende zetelverplaatsing al dan niet mogelijk is.<sup>494</sup> Of deze redenen allemaal terecht naar voren worden gebracht, is niet helemaal duidelijk. Het HvJ geeft in het arrest in overeenstemming met Mengozzi – maar enige toelichting ontbreekt – aan dat de vrijheid van vestiging in deze zaak van toepassing is.<sup>495</sup>

Het lijkt erop dat – net als beschreven in paragraaf 5.3.3.3 – dat het HvJ duidelijk maakt dat de vrijheid van vestiging van toepassing is, ongeacht het van toepassing zijnde vennootschapsrechtelijke stelsel. Zekerheid is er

<sup>489</sup> De vragen (b) en (c) brachten ter terechtzitting een levendige discussie op gang, aldus de advocaat-generaal. Zie Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 73.

<sup>490</sup> Dit gebeurt bij de bespreking van vrijwel elke stap in het arrest, met betrekking tot onder andere de geconstateerde belemmering, de gegeven rechtvaardiging en de proportionaliteit.

<sup>491</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 33.

<sup>492</sup> De Duitse regering gaf hier ook (mede) aanleiding toe, aldus Mengozzi.

<sup>493</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 50.

<sup>494</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 52 – 54.

<sup>495</sup> HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 23.

nog niet, want als een lidstaat in tegenstelling tot Portugal geen omzetting mogelijk maakt, dan is niet duidelijk hoe het HvJ hierover zou oordelen.<sup>496</sup> Daarnaast is geen duidelijkheid met betrekking tot de wijze waarop een uitgestelde exitheffing bij een vennootschap die wordt ontbonden en geliquideerd, al dan niet wordt ingevorderd.

**ad (b).** *Hoe moet het in rekening brengen van rente 'inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling' geïnterpreteerd worden?*

Wat betreft de rente brengt het HvJ in het arrest – ondanks dat Mengozzi hier in de rechtsoverwegingen 72 – 77 een voorzet toe geeft – geen verdere duidelijkheid.<sup>497</sup> De onduidelijkheid die is ontstaan in National Grid Indus met betrekking tot het moment waarop er rente mag worden berekend over de uitgestelde vordering, wordt dus niet weggenomen. Mengozzi is, in tegenstelling tot de Commissie die het heffen van rente intrinsiek discriminerend acht,<sup>498</sup> van mening dat het logisch is dat er rente mag worden berekend vanaf het moment dat de belastingschuld is vastgesteld bij emigratie.<sup>499</sup> De advocaat-generaal beargumenteerd namelijk dat op het moment dat de belastingschuld vastgesteld is bij emigratie, het overeenkomstig het equivalentiebeginsel is om rente - in lijn met de betreffende nationale regeling - in rekening te brengen en in te vorderen om daarmee een uitgestelde invordering en een directe afrekening (economisch gezien) gelijk te stellen. Eerder is al beargumenteerd dat op deze wijze de belemmering in feite niet wordt weggenomen. Ik deel dan ook de visie van Lambooj die aangeeft dat grensoverschrijdende situaties niet nadeliger mogen worden behandeld dan binnenlandse situaties; als bij de binnenlandse situatie pas rente wordt geheven vanaf realisatie, dan moet dit in de grensoverschrijdende situatie ook zo zijn.<sup>500</sup> Tot slot kan hieraan worden toegevoegd dat indien rente vanaf emigratie in rekening wordt gebracht, de lidstaat van vertrek in feite economisch beter af is wanneer een onderneming haar feitelijke zetel grensoverschrijdend verplaatst dan ingeval zij deze in het binnenland behoudt.<sup>501</sup> Dat kan toch niet de bedoeling zijn?

**ad (c).** *Is het wel zo evenredig om voor het volledige bedrag, waarvoor een uitgestelde invordering is verleend, in alle gevallen een bankgarantie te vereisen?*

Ondanks dat de advocaat-generaal in de rechtsoverwegingen 78 – 82 uitgebreid op bovenstaande vraag ingaat, laat het HvJ dit (wederom) voor wat het is en biedt het arrest daarmee geen nieuwe inzichten ten opzichte van National Grid Indus. De advocaat-generaal doet echter wel enkele interessante constatering en biedt een – naar mijns inziens – evenredigere oplossing wat betreft het opleggen van een bankgarantie. Ten eerste constateert hij dat de systematische toepassing van een dergelijke bankgarantie *'om de invordering van de heffing bij uitstel van betaling veilig te stellen even restrictief kan werken als de onmiddellijke betaling ervan bij zetelverplaatsing naar een andere lidstaat, daar de belastingplichtige daardoor het genot van het tot zekerheid gestelde vermogen kan worden ontzegd.'*<sup>502</sup>

Daarnaast herinnert hij het HvJ eraan dat het vereisen van zekerheid in de arresten De Lasteyrie en N als onevenredig werd gekenmerkt en dat het HvJ in het arrest N heeft aangegeven dat er *'middelen zijn die de*

<sup>496</sup> Zie de Noot in V-N 2012/47.11, waarbij ook aangegeven wordt dat uit dit arrest nog geen volledige duidelijkheid is voortgekomen.

<sup>497</sup> HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 32. In deze rechtsoverweging verwijst het HvJ naar National Grid Indus en herhaalt het daarin gegeven standpunt inzake rente.

<sup>498</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 73.

<sup>499</sup> Idem, r.o. 76 - 77.

<sup>500</sup> M.V. Lambooj, *'Exitheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen'*, NTFRB2013-3, paragraaf 7.

<sup>501</sup> Als eenzelfde bedrag wordt gerealiseerd, wordt er door de rente in de grensoverschrijdende situatie meer belasting geheven. Afgezien van dit, is het voor Nederland economisch natuurlijk niet voordelig dat een bedrijf de vennootschapsbelasting (voor het grootste deel) voortaan in het buitenland betaalt.

<sup>502</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 78.

*fundamentele vrijheden minder beperken, zoals de op Unie-niveau ingevoerde regelingen van wederzijdse bijstand, in het bijzonder inzake de invordering van belastingvorderingen.*<sup>503</sup>

De advocaat-generaal stelt dan ook dat *het Hof in punt 74 van het arrest National Grid Indus deze regelingen niet ter sprake heeft gebracht, betekent mijns inziens evenwel niet dat lidstaten een vrijgeleidebrief hebben gekregen om een maatregel (uitgestelde betaling met bankgarantie) te nemen waarvan de gevolgen even restrictief kunnen zijn als de maatregel (onmiddellijke betaling) die het Hof in de vorige punten van dat arrest als een onevenredige beperking van de vrijheid van vestiging heeft beschouwd.*<sup>504</sup>

Tot slot concludeert de advocaat-generaal dat: *‘Ik deel op dit punt in wezen het standpunt van de Commissie en de Deense regering dat een dergelijke garantie slechts kan worden geëist bij een werkelijk en ernstig risico dat de belastingschuld niet wordt geïnd. Anders dan de Franse regering op de schriftelijke vraag van het Hof heeft geantwoord en ter terechtzitting heeft aangevoerd, kan het bedrag van de vereiste bankgarantie volgens mij bovendien niet gelijk zijn aan het bedrag van de belastingschuld waarvan de betaling is uitgesteld, want anders wordt de facto een even restrictieve maatregel als de onmiddellijke betaling van de heffing bij zetelverplaatsing opnieuw ingevoerd. Deze garantie, moet afhankelijk van de omstandigheden van elk afzonderlijk geval, niettemin voldoende hoog zijn.*<sup>505</sup>

Zoals hierboven gesteld, is het verplichten van een bankgarantie bij emigratie nu eenmaal belemmerend en de gevolgen daarvan kunnen mogelijk zelfs even restrictief zijn als de onmiddellijke invordering van de exithetffing.<sup>506</sup> Biedt de op Unie-niveau ingevoerde regelingen inzake wederzijdse bijstand geen oplossing net zoals dat het geval is bij emigranten die onder De Lasteyrie en N vallen? Het zicht houden op een of enkele aandelenbelangen gaat gemakkelijker, dan het zicht houden op een veelvoud aan vermogensbestanddelen waarvan bijgehouden moet worden of er al dan niet gerealiseerd is. Toch is de conclusie van onder andere de Commissie en Mengozzi, dat het eisen van een bankgarantie beperkt zou moeten worden tot het geval dat er sprake is van een *‘werkelijk en ernstig risico’*, meer proportioneel. Het lijkt immers te vergaan om bij alle emigraties uit te gaan van belastingontwijking; de regelingen voor wederzijdse bijstand ten aanzien van onder andere invordering zouden in veel gevallen uitkomst kunnen bieden. Behalve dat niet in alle gevallen een bankgarantie nodig is, is het eveneens niet noodzakelijk dat de bankgarantie zich dient uit te strekken tot het volledige geldbedrag.

Lamboij vindt dat per geval de concrete situatie moet worden bekeken en aan de hand daarvan besloten moet worden om al dan niet een bankgarantie op te leggen.<sup>507</sup> Maatwerk lijkt wenselijk, alhoewel dat de uitvoerbaarheid van zo'n regeling mogelijk zal compliceren. Het HvJ gaat verder niet in op de mate van zekerheidsstelling. Wellicht dat de overige procedures anders zullen uitwijzen.

In het arrest Arcade Drilling AS – besproken in de volgende paragraaf – blijkt dat het EVA-Hof soortgelijke overwegingen inzake de bankgaranties doet.

### 5.4.3 Arrest Arcade Drilling AS - oktober 2012

Op 3 oktober 2012 had het EVA-Hof het arrest Arcade Drilling AS (hierna: Arcade Drilling) gewezen. Dit arrest lijkt in grote lijnen op het arrest National Grid Indus, waarbij echter op het punt van de bankgarantie nog een andersluidende interessante overweging wordt gedaan.

<sup>503</sup> Idem, r.o. 79.

<sup>504</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 80.

<sup>505</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 82.

<sup>506</sup> Tezamen met de verplichte administratie en de in rekening gebrachte rente is de belemmering dus nog groter.

<sup>507</sup> M.V. Lamboij, *‘Exithetffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen’*, NTFRB2013-3, paragraaf 8.

Voordat de casus van de zaak kort wordt geschetst, moet medegedeeld worden dat het EVA-Hof verantwoordelijk is voor drie van de vier EVA-staten<sup>508</sup> die tevens lid zijn van de EER. Laatstgenoemd verdrag bevat vrijverkeersbepalingen die in grote mate vergelijkbaar zijn met de vrijverkeersbepalingen die in het EU-verdrag te vinden zijn. Het EVA-Hof is onder andere bevoegd zich uit te spreken over een mogelijke strijdigheid van de betreffende nationale regelgeving met de bepalingen als neergelegd in de EER-Overeenkomst.<sup>509</sup> Aangezien het in deze zaak gaat om een exitheffing die aan Arcade Drilling is opgelegd door de Noorse staat en daarover prejudiciële vragen zijn gesteld, worden deze dan ook door het EVA-Hof beantwoord. Het EVA-Hof en het HvJ hebben beide de noodzaak erkend om de regels van de EER-Overeenkomst die in essentie gelijk zijn aan die van het EU-verdrag, uniform uit te leggen.<sup>510</sup> Gezien het verleden komt dit streven tot uniforme uitleg niet altijd tot uitdrukking.<sup>511</sup> Dat is geen ramp want de rechtspraak van het EVA-Hof gaat ‘slechts’ over de toepassing van de EER-Overeenkomst in de drie EVA-staten. Voor Nederland en de andere lidstaten is de rechtspraak in Arcade Drilling dan ook niet van direct belang. Toch kan de rechtspraak wel een indicatie geven omdat het EVA-Hof en het HvJ – hoewel uit de praktijk dus niet altijd blijkt – streven naar de uniforme uitleg van de bepalingen.<sup>512</sup>

De zaak Arcade Drilling lijkt in grote lijnen op National Grid Indus omdat in beide zaken sprake is geweest van de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding en het opleggen van een exitheffing. In beide zaken wordt bezwaar gemaakt tegen de exitheffing omdat dit (met name) in strijd met de vrijheid van vestiging is. De casus is als volgt: Arcade Drilling was gevestigd in Noorwegen. In 2001 wordt Arcade Drilling overgenomen door de Britse Transocean Groep. Na de overname worden de activiteiten vanuit Aberdeen gepland en vanaf medio 2001 vergadert de directie ook in Aberdeen.<sup>513</sup> Omdat Noorwegen het werkelijke zetelstelsel hanteert, behoort door deze grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding liquidatie plaats te vinden. Dit gebeurt echter niet, waardoor er toentertijd ook geen liquidatiebelasting werd betaald. In 2010 wordt door de Noorse belastingdienst de belastingaanslagen voor 2001 en 2002 herzien en wordt medegedeeld dat het hoofdkantoor per 19 december 2002 was verplaatst naar het Verenigd Koninkrijk. De belastingdienst geeft aan dat liquidatie had moeten plaatsvinden en omdat dit wel behoorde te gebeuren, moet alsnog liquidatiebelasting ter hoogte van 60% worden betaald.<sup>514</sup> Arcade Drilling is het daarmee niet mee eens en uiteindelijk wordt dit een zaak waarbij de Noorse rechter advies heeft gevraagd aan het EVA-Hof. De vraag is kort gezegd of het opleggen van zo’n liquidatiebelasting wel in overeenstemming met de vrijheid van vestiging is (art. 31 EER).

Noorwegen hanteert het werkelijke zetelstelsel, maar in deze zaak heeft de liquidatie van Arcade Drilling na de verplaatsing van de feitelijke leiding niet plaatsgevonden.<sup>515</sup> Hiermee lijkt de zaak wat betreft de vennootschapsrechtelijke situatie erg op die van National Grid Indus. De belastingaanslag die is opgelegd is dus niet gelinkt aan de liquidatie die had moeten plaatsvinden, maar vloeit voort uit algemene regels die het ontgaan van belasting dienen tegen te gaan.<sup>516</sup> Arcade Drilling kan zich dan ook op art. 31 juncto art. 34 EER beroepen<sup>517</sup> omdat zij nog steeds bestaat op grond van het Noorse vennootschapsrecht.<sup>518</sup>

---

<sup>508</sup> Dat zijn IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

<sup>509</sup> Zie V-N 2012/51.17, paragraaf: ‘*Verhouding tussen EVA-Hof en het Hof van Justitie EU op het gebied van de directe belastingen.*’

<sup>510</sup> Idem.

<sup>511</sup> Zie daarvoor EVA-Hof 23 november 2004, nr. E-1/04 (Fokus Bank) en EVA-Hof 7 mei 2008, nr. E-7/07 (Seabrokers). Hier zal niet verder op worden ingegaan.

<sup>512</sup> Ook dus inzake de vrijheid van vestiging.

<sup>513</sup> Voor een uitgebreidere samenvatting wordt naar de samenvatting in V-N 2012/51.17 verwezen.

<sup>514</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 28.

<sup>515</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 42.

<sup>516</sup> Idem, r.o. 43.

<sup>517</sup> Art. 34 EER is vergelijkbaar met art. 54 VwEU.

<sup>518</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 45.

Zoals eerder was vermeld, vertoont Arcade Drilling grote overeenkomsten met het National Grid Indus-arrest en er worden in tal van rechtsoverwegingen dan ook verwezen naar National Grid Indus. Opvallend is dat in deze zaak twee rechtvaardigingsgronden worden geaccepteerd, namelijk: *'In light of these considerations, concerning the need to both maintain the balanced allocation of powers of taxation between the EEA States and prevent tax avoidance, it must be held that a national measure such as the measure at issue in the main proceedings pursues legitimate objectives that are compatible with the EEA Agreement and constitute overriding reasons in the public interest, and that it is appropriate for ensuring the attainment of these objectives.'*<sup>519</sup>

Het in stand houden van de evenwichtige heffingsbevoegdheid en het voorkomen van belastingontwijking worden hier beide naar voren gebracht, wat opmerkelijk is aangezien bij National Grid Indus alleen de eerstgenoemde rechtvaardiging naar voren werd gebracht.

Tot slot worden de meest interessante overwegingen gedaan op het punt van de bankgarantie. Indien uitstel van belastinginning tot realisatie wordt verleend,<sup>520</sup> kunnen de nationale autoriteiten: *'(...) take certain measures in order to secure the eventual payment of the amount of tax, provided that there is a genuine and proven risk of non-recovery.'*<sup>521</sup>

*'This risk is essentially dependent upon the nature and extent of the company's tax positions, and the sources of information available to the national authorities regarding these tax positions, inter alia, through cooperation with and the exchange of information with the authorities of other EEA States.'*<sup>522</sup>

*'However, account should also be taken of the risk of non-recovery of the tax, which increases with the passage of time. That risk may be taken into account by the EEA State in question through measures such as the provision of a bank guarantee (see, to that effect, National Grid Indus, cited above, paragraph 74). In relation to the particular circumstances regarding the liquidation of a company, a bank guarantee might even be unnecessary if the risk of non-recovery is covered by the personal liability of shareholders for outstanding tax debts of the company.'*<sup>523</sup>

De nationale autoriteiten mogen bepaalde maatregelen eisen om de belastinginning veilig te stellen, echter moet er wel een `werkelijk en bewezen risico` op niet-invordering aanwezig zijn, aldus het EVA-Hof. Dit is vergelijkbaar met wat hetgeen de advocaat-generaal in de Conclusie van het arrest Commissie/Portugal naar voren bracht, namelijk de aanwezigheid van `een werkelijk en ernstig risico`. Hiernaast wordt in rechtsoverweging 103 wel weer een letterlijke overweging van National Grid Indus overgenomen, namelijk dat naarmate de tijd verstrijkt het risico op niet-invordering groter wordt en daarvoor een bankgarantie geëist kan worden. Hoe dit ook in de praktijk zal gaan uitwerken, het blijkt wel dat er in ieder geval aangetoond moet worden dat er sprake is van een werkelijk risico; niet elke opgelegde exitheffing zal dan ook gepaard gaan met een geëiste bankgarantie doch zal op basis hiervan de kans hierop groot zijn als de verwachte betalingen ver in de toekomst komen te liggen.

Nogmaals, de rechtspraak van het EVA-Hof geldt niet voor de lidstaten van de EU, maar dit arrest kan wel tot gevolg hebben dat het HvJ zich in een van haar toekomstige arresten – net als het EVA-Hof hier doet – op het punt van de bankgarantie wat genuanceerder opstelt.

<sup>519</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 93.

<sup>520</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 100.

<sup>521</sup> Idem, r.o. 101.

<sup>522</sup> Zie EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 102.

<sup>523</sup> Idem, r.o. 103.

#### 5.4.4 Commissie vs. Nederland – januari 2013

De infractieprocedure tegen Nederland omtrent exitheffingen heeft op 31 januari 2013 tot een arrest geleid, waarbij de exitheffingbepalingen van Nederland in strijd met de vrijheid van vestiging werden verklaard.<sup>524</sup> Het arrest biedt echter geen nieuwe inzichten. Op grond van National Grid Indus was het reeds bekend dat de oude Nederlandse Wetgeving, waar het uitstel van betaling in exitsituaties niet aanwezig was, in strijd met de vrijheid van vestiging verklaard zou worden. Zoals het HvJ het heeft verwoord, is die Wetgeving in dit arrest getoetst aan de vrijheid van vestiging zoals die was op het moment aan het einde van de met redenen omkleed advies gestelde termijn:

*‘Vervolgens moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, en het Hof met sedertdien opgetreden wijzigingen geen rekening kan houden (...).’*<sup>525</sup>

*‘Op 22 maart 2010 heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden een met redenen omkleed advies gezonden.’*<sup>526</sup>

Pas in december 2011 is het beleidsbesluit van kracht geworden en in mei 2013 de Wet uitstel van betaling exitheffingen ingevoerd; beide bezitten een terugwerkende kracht tot en met 29 november 2011. Dat is dus een geruime tijd na het verstrijken van de genoemde termijn en daarom wordt door het HvJ geconcludeerd dat: *‘het Koninkrijk der Nederlanden bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn niet de nodige maatregelen had getroffen om de krachtens artikel 49 VwEU op hem rustende verplichtingen na te komen.’*<sup>527</sup>

De infractieprocedure draait in het specifiek om de gevolgen van de artikelen 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en 15c en 15d Wet Vpb 1969: *‘Zij merkt evenwel op dat de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet inkomstenbelasting 2001 tot gevolg hebben dat wanneer de onderneming gevoerd door de natuurlijke persoon naar een andere lidstaat wordt overgebracht en die natuurlijke persoon ophoudt belastingplichtig te zijn in Nederland, de niet-gerealiseerde meerwaarden worden belast, terwijl een onderneming die niet naar een andere lidstaat wordt overgebracht, op deze niet-gerealiseerde meerwaarden niet wordt belast. De onderneming die in Nederland actief blijft, ziet haar meerwaarden enkel belast wanneer deze worden gerealiseerd. Diezelfde conclusie dringt zich op ten aanzien van de regelgeving inzake de vennootschapsbelasting voorzien in de artikelen 15c en 15d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.’*<sup>528</sup>

Het is jammer dat de infractieprocedure de oude Wetgeving behandelt en niet de exitheffingbepalingen in combinatie met de nieuwe Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht heeft onderworpen.<sup>529</sup> De infractieprocedure heeft dus niet de nodige duidelijkheid verschaft omtrent de nieuwe Wet en in welke mate die aan het EU-recht voldoet. Geen relevante informatie inzake de randvoorwaarden van het uitstelfaciliteit – zoals de rente en bankgarantie – heeft dit arrest boven water gebracht.

<sup>524</sup> HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland).

<sup>525</sup> HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland), r.o. 20.

<sup>526</sup> HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland), r.o. 8. Zie – ter herinnering – paragraaf 4.6 waarin het verloop van de infractieprocedure tegen Nederland (met uitzondering van het arrest) is opgenomen.

<sup>527</sup> HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland), r.o. 21.

<sup>528</sup> HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland), r.o. 14.

<sup>529</sup> Het zou het HvJ hebben gesierd om in deze infractieprocedure de kans te hebben gegrepen om in ieder geval het één en ander op te merken over de Wet uitstel van betaling exitheffingen (toen nog in de vorm van een wetsvoorstel) en/of het van kracht zijnde beleidsbesluit.

#### 5.4.5 Commissie vs. Spanje (rechtspersonen) – april 2013

De infractieprocedure tegen Spanje (rechtspersonen) heeft op 25 april 2013 tot een arrest geleid.<sup>530</sup> Het HvJ heeft beslist dat het onmiddellijk belasten van de ongerealiseerde winsten op activa die in het bezit zijn van een Spaanse aldaar gevestigde rechtspersoon die haar feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst, in strijd met de vrijheid van vestiging is. Hiernaast geldt deze strijdigheid ook voor een andere situatie waarbij een vaste inrichting - waaraan activa is toegerekend - naar het buitenland wordt verplaatst. Het arrest is geheel in lijn met National Grid Indus en het arrest Commissie vs. Portugal en biedt verder geen nieuwe EU-rechtelijke inzichten.

#### 5.4.6 Commissie vs. Denemarken – juli 2013

Het arrest Commissie vs. Denemarken is de infractieprocedure inzake exitheffingen die (tot dusver) tot het meest recente arrest heeft geleid.<sup>531</sup> Het arrest is voor het overgrote deel in lijn met National Grid Indus<sup>532</sup>, maar biedt echter een nieuw inzicht met betrekking tot het realisatiemoment. Het HvJ beslist dat met betrekking tot de vermogensbestanddelen die normaal gesproken niet verkocht worden, voor de (uitgestelde) belastinginvordering aan een ander moment mag worden aangesloten dan de uiteindelijke vervreemding daarvan.<sup>533</sup> Het HvJ gaat niet met detail in op welk moment de belastinginvordering dan wel zou moeten geschieden. Wellicht dat voor vermogensbestanddelen die normaliter niet verkocht worden een gespreide invordering over een vijftal of tiental jaar in overeenstemming met het EU-recht zal zijn.

#### 5.4.7 Overige infractieprocedures en toekomstverwachtingen

Op basis van de afgeronde infractieprocedures en Arcade Drilling kan vooralsnog geconcludeerd worden dat de recente jurisprudentie in zoverre geen baanbrekende gevolgen heeft veroorzaakt. Op het punt van de bankgarantie zijn interessante overwegingen gedaan door Mengozzi in de Conclusie van de Commissie vs. Portugal en door het EVA-Hof in Arcade Drilling. Het is echter niet duidelijk wat voor gevolgen die overwegingen voor de rechtspraak in de toekomst zullen hebben; het HvJ nam de overweging van Mengozzi<sup>534</sup> in haar arrest niet over en de overweging die het EVA-Hof<sup>535</sup> heeft gedaan, zal in principe geen directe gevolgen voor de lidstaten hebben. Daarnaast is in het arrest Commissie vs. Denemarken beslist dat ter zake van vermogensbestanddelen die normaliter niet verkocht worden, voor de belastinginvordering op een ander moment mag worden aangesloten dan de uiteindelijke vervreemding daarvan. De duidelijkheid ontbreekt echter, daar het HvJ niet ingaat op welk moment de invordering dan wel zou moeten geschieden. Anderzijds wil het HvJ hier misschien niet met teveel detail op intreden, zodat de lidstaten enige flexibiliteit is geboden.

De infractieprocedures tegen Ierland en Engeland bevinden zich reeds in de tweede fase en beide zaken zijn (tot op heden) nog niet aanhangig gemaakt bij het HvJ. De vraag is of deze twee infractieprocedures nog tot nieuwe inzichten zullen leiden. De kans is aanwezig dat ze zullen uitmonden in twee korte arresten waar alleen medegedeeld wordt dat de exitheffingbepalingen in strijd met de vrijheid van vestiging zijn en zij deze zodanig moeten aanpassen opdat ze in overeenstemming met het EU-recht zijn.

---

<sup>530</sup> HvJ EU 25 april 2013, C-64/11 (Commissie vs. Spanje).

<sup>531</sup> HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken)

<sup>532</sup> De onmiddellijke invordering over de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst is in strijd met de vrijheid van vestiging. Het arrest beidt geen nieuwe inzichten inzake de rente of de mate van zekerheidstelling.

<sup>533</sup> Zie HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken), r.o. 33 – 37.

<sup>534</sup> Zie o.a. Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 82.

<sup>535</sup> Zie o.a. EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 101.



Toekomstige infractieprocedures die door de Commissie opgestart kunnen worden indien de lidstaten hun wetgevingen naar aanleiding van of National Grid Indus dan wel een afgeronde infractieprocedure (nog steeds) niet voldoende EU-proof hebben gemaakt, kunnen in potentie tot de interessantste nieuwe inzichten leiden. Elke lidstaat die haar exithetfing heeft aangepast, heeft dit zo gedaan op haar eigen manier. De vraag is nu hoeveel ruimte het HvJ de lidstaten geeft: moeten de overwegingen als gedaan in het National Grid Indus-arrest als zeer stringent worden opgevat of is er tevens ruimte om daarvan af te wijken in het kader van bijvoorbeeld de uitvoerbaarheid?

Nederland loopt ook het risico dat de Commissie tegen haar een nieuwe infractieprocedure opstart indien de Wet uitstel van betaling exithetfingen onvoldoende EU-proof blijkt te zijn. In het volgende hoofdstuk wordt de Wet uitgebreid aan het EU-recht getoetst en onder andere de verwachting gepresenteerd of de Commissie al dan niet een nieuwe procedure tegen Nederland zal opstarten.

## 5.5 Conclusie

De twee deelvragen die in dit hoofdstuk centraal hebben gestaan, zijn: *‘Hoe heeft het HvJ in de zaak National Grid Indus geoordeeld, hetgeen bepalend is geweest voor de uiteindelijke Wet uitstel van betaling exithetfingen?’* en *‘Heeft de recente jurisprudentie daartoe nog nieuwe inzichten veroorzaakt?’*

Eind 2011 heeft het HvJ het arrest National Grid Indus gewezen, waardoor op het terrein van de exithetfingen in de winstfeer een hoop duidelijkheid is gekomen. Het arrest kan als een doorbraak worden betiteld, zeker omdat een veelvoud aan lidstaten op basis hiervan genoodzaakt waren (en zijn) om hun exithetfingbepalingen te wijzigen en in overeenstemming met het EU-recht te brengen.

Bij het doornemen van de overwegingen van het HvJ werd duidelijk dat het voor de lidstaten gerechtvaardigd is - in het kader van de evenwichtige heffingsbevoegdheid – om de ongerealiseerde meerwaarden van de vermogensbestanddelen in de heffing te betrekken wanneer de feitelijke leiding van een vennootschap grensoverschrijdend verplaatst wordt (de exithetfing). Om liquiditeitsproblemen te voorkomen zou de invordering van de belastingheffing dan wel uitgesteld moeten worden. In zoverre komt dit overeen met de overwegingen van arrest N. Toen bij National Grid Indus werd toegekomen aan de proportionaliteit van de exithetfing, werd echter duidelijk dat op veel punten heel anders werd geoordeeld. Zie hieronder het oordeel van het HvJ met betrekking tot de belangrijkste punten in verband met onder andere de proportionaliteit van de (uitgestelde) exithetfing:

|                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| <b>1. Waardeverminderingen:</b>   | De belastingschuld mag definitief vastgesteld worden en de lidstaat van vertrek hoeft geen rekening te houden met waardeverminderingen die naderhand plaatsvinden. |
| <b>2. Keuzemogelijkheid:</b>      | Een keuzemogelijkheid moet geboden worden waarbij gekozen kan worden om de invordering al dan niet uit te stellen.   |
| <b>3. Administratieve lasten:</b> | Indien gekozen is voor uitstel moet de onderneming een jaarlijkse verklaring afgeven plus de melding maken wanneer realisatie heeft plaatsgevonden.                |
| <b>4. Rente:</b>                  | Indien gekozen is voor uitstel wordt er rente berekend overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling.   |
| <b>5. Bankgarantie:</b>           | Indien gekozen is voor uitstel mag er rekening worden gehouden met de kans op niet-invordering door het stellen van een bankgarantie.                              |

Tabel 5.3: De belangrijkste overwegingen van het HvJ in het arrest National Grid Indus opgesomd.

Op basis hiervan kan ten eerste geconcludeerd worden dat het HvJ in het kader van de evenwichtigheid een grote mate van belang hecht aan de belastinginkomsten van de vertrekstaat. Lidstaten die eerder vreesden dat hun

belastinginkomsten in gevaar zouden komen wanneer het HvJ de exitheffing in strijd met de vrijheid van vestiging zou verklaren, kunnen gerust ademen. Indien de belastingplichtige kiest voor het uitstel van de invordering, mogen daaraan namelijk voorwaarden worden verbonden die voorzien in administratieve lasten, het in rekening brengen van rente en het eisen van een bankgarantie. Met name op het in rekening brengen van rente en het opleggen van een bankgarantie kan kritiek worden geuit. Het in rekening brengen van rente vanaf het emigratiemoment gaat verder dan noodzakelijk is geacht en het opleggen van een bankgarantie is op zijn minst niet in alle gevallen nodig; de wederzijdse inlichtingen- en bijstandsrichtlijn zou voor de lidstaat van vertrek in de meeste gevallen toch voldoende moeten zijn? In ieder geval zou het vereisen van een bankgarantie meer toegespitst kunnen worden op de concrete situatie.

Afgezien van deze punten is het wel positief dat de lidstaten duidelijke handvatten hebben gekregen hoe een exitheffing – bij de verplaatsing van de feitelijke leiding (al dan niet inclusief activa en passiva) – moet worden vormgegeven. Het is duidelijk dat er kritiek kan worden geuit op de verschillende punten in National Grid Indus, echter uiteindelijk zal de implementatie ervan door de lidstaten (en Nederland) het interessants en het relevants zijn om te bekijken.

Bij de nadere beschouwing van National Grid Indus werd vervolgens op verschillende terreinen van discussie ingegaan. Als eerste werden op verscheidene punten de verschillen tussen National Grid Indus en arrest N bekeken en gezocht naar een verklaring voor deze verschillen. Op de meeste punten ontbreekt de duidelijkheid hiervoor. Wel kan gezegd worden dat een exitheffing in de winstfeer historisch gezien veel gangbaarder was dan het heffen op emigrerende particulieren met aandelenbelangen. Het wordt vermoedelijk belangrijker gevonden om de heffing bij emigrerende ondernemingen veilig te stellen ofwel ‘goed geregeld’ te hebben, hetgeen deels de oorzaak is van de stringenter voorwaarden. De Commissie is in ieder geval niet tevreden met de uitkomst van het arrest National Grid Indus. Zij heeft medegedeeld dat National Grid Indus geassocieerd kan worden als een *Pyrrhus overwinning* van de interne markt. Verder werd in National Grid Indus de bevestiging gezien dat een vennootschap de toegang tot de vrijheid van vestiging heeft, wanneer zij grensoverschrijdend wordt verplaatst. Ook gaf het HvJ impliciet aan dat het verlenen van een step-up bij inkomende vennootschappen de norm zal moeten zijn. De eventuele invoering van een EU-verbrede step-up kan voltrokken worden in overeenstemming met de algemene beginselen als opgenomen in de Raadsresolutie. Dat laatste zou mijns inziens een wenselijke ontwikkeling zijn.

Na de bespreking van National Grid Indus is de recente jurisprudentie besproken voor zover zij nieuwe inzichten heeft veroorzaakt. Daarbij werd duidelijk dat alleen de Conclusie van Mengozzi van de infractieprocedure Commissie vs. Portugal, het arrest Arcade Drilling van het EVA-Hof en het arrest Commissie vs. Denemarken werkelijk interessant was. Met name was interessant dat gezegd werd dat een bankgarantie opgelegd zou moeten worden slechts wanneer er sprake is van een ‘*werkelijk en ernstig risico*’. Wellicht dat het HvJ zich naar aanleiding hiervan in toekomstige arresten wat genuanceerder opstelt op het punt van de zekerheidsstelling. Hiernaast was interessant dat het HvJ had medegedeeld dat met de belastinginvordering niet in alle gevallen hoeft te worden aangesloten op het uiteindelijke verkoopmoment van de vermogensbestanddelen. Wat betreft de vrijheid van vestiging lijkt het erop dat het HvJ de vennootschappen hiertoe altijd de toegang tot heeft verklaard, ongeacht het van toepassing zijnde vennootschapsrechtelijk stelsel. Echter, het laatste woord hierover is vermoedelijk nog niet gesproken.

In het volgende hoofdstuk zal de Nederlandse Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht worden getoetst. Nu National Grid Indus daarvoor op veel punten de randvoorwaarden heeft geschept, zal interessant zijn hoe Nederland de Wet op belangrijke aspecten - zoals de rente, administratieve verplichtingen en bankgarantie -

heeft ingevuld. In het kader van de evenwichtigheid zal Nederland te allen tijden moeten aantonen het belang van het heffen van een exithetfing inclusief de voorwaarden in verhouding staat tot de veroorzaakte belemmeringen daarvan voor het Europese handelsverkeer. Behalve dat de Wet in overeenstemming met het EU-recht moet zijn, heeft Nederland tot slot ook de verantwoordelijkheid om haar wetten zo eenvoudig, efficiënt en effectief mogelijk te construeren.

# Hoofdstuk 6: De Wet uitstel van betaling exit-heffingen getoetst aan het EU-recht

## 6.1 Inleiding

Het hoofdstuk waar u als lezer een lange tijd op heeft gewacht is eindelijk aangebroken: de Wet uitstel van betaling exitheffingen zal worden getoetst aan het EU-recht, in het bijzonder het recht op vrije vestiging. De jurisprudentie uit de vorige hoofdstukken – met name National Grid Indus – hebben de randvoorwaarden voor een exitheffing in de winstfeer gelegd. De randvoorwaarden bepalen voor een belangrijk deel of de Wet uitstel van betaling exitheffingen in overeenstemming is met het EU-recht. Echter, de jurisprudentie bestaat al langer dan een aantal jaar, dus gegronde argumenten die zijn basis vinden in de (andere) bronnen van het EU-recht kunnen altijd van stapel worden gehaald en eventueel tegen deze randvoorwaarden worden ingebracht. Vastgesteld was al, dat het in rekening brengen van rente en het te allen tijde vereisen van zekerheid vrij ver gaat en vraagtekens gezet kunnen worden bij de evenredigheid van die voorwaarden.

Als eerste zal begonnen worden met het in kaart brengen van de directe gevolgen van National Grid Indus voor Nederland: het uitvaardigen van het besluit exitheffingen en de invoering van de Wet uitstel van betaling exitheffingen. De inhoud van de Wet wordt besproken en de belangrijkste onderdelen van de Wet worden op een rij gezet.

Vervolgens wordt de Wet aan het EU-recht getoetst. Duidelijk zal worden dat met name de laatste twee punten van de `beslisboom` - de evenredigheid en de evenwichtigheidsstoets<sup>536</sup> - een rol gaan spelen bij de beoordeling van de Wet aan het EU-recht. Bij de beoordeling komt de kritiek van uit onder andere de Eerste en Tweede Kamer, de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs en de literatuur aan bod. Op belangrijke onderdelen van de Wet zal een mening worden gevormd en uiteindelijk geoordeeld worden of de Wet al dan niet in overeenstemming is met het EU-recht. Een interessante vraag is dan: kan Nederland op het gebied van de exitheffingen een nieuwe infractieprocedure verwachten?

Na de conclusie of de Wet al dan niet als *EU-proof* kan worden aangemerkt, zullen nadere opmerkingen volgen en wordt beknopt bekeken of de Wet op onderdelen verbeterd kan worden. Wat is het doel van deze verbeteringen en hoe kan de Wet worden aangepast? Bij de beantwoording van die laatste vraag wordt onder andere gekeken naar de andere lidstaten; hoe hebben zij hun exitheffingenbepalingen naar aanleiding van de jurisprudentie aangepast? Tot slot volgen de eventuele voordelen die Nederland en de EU genieten, als de voorgestelde wijzigingen van de Wet uitstel van betaling exitheffingen worden geïmplementeerd.

De volgende twee deelvragen spelen een centrale rol in dit hoofdstuk: *Welke belangrijke punten zijn neergelegd in de Wet uitstel van betaling exitheffingen en is deze Wet in overeenstemming met het EU-recht?* en *Ongeacht het antwoord op de eerste vraag, welke verbeteringen zouden in de Wet geïmplementeerd kunnen worden?*

---

<sup>536</sup> De evenredigheid (ook wel de noodzakelijkheid genoemd) en de evenwichtigheid zijn onderdeel van het evenredigheidsbeginsel. Dit was behandeld in par. 5.3.1.

## 6.2 De Nederlandse implementatie van National Grid Indus

Als eerste zal begonnen worden met het in kaart brengen van de directe gevolgen van National Grid Indus voor Nederland: het uitvaardigen van het besluit exitheffingen en de invoering van de Wet uitstel van betaling exitheffingen. De inhoud van de Wet wordt besproken en de belangrijkste onderdelen van de Wet worden - met behulp van met name de behandeling ervan in de Tweede Kamer - op een rij gezet.

### 6.2.1 Het beleidsbesluit inzake exitheffingen

De Staatssecretaris heeft na het arrest National Grid Indus gereageerd door in december 2011 een beleidsbesluit inzake de exitheffingen in de winstfeer te publiceren.<sup>537</sup> De randvoorwaarden die in National Grid Indus inzake de exitheffingen werden geschept, zijn voor een zeer groot deel verantwoordelijk voor de inhoud van het besluit. Het doel van het besluit heeft de Staatssecretaris als volgt verwoord: *'Dit besluit beoogt, vooruitlopend op wetgeving, de uitvoeringspraktijk in overeenstemming te brengen met de voormelde beslissing van het Hof. Dit besluit betreft de invordering van aanslagen inkomsten- en vennootschapsbelasting waarin een heffingscomponent zit die verband houdt met het bepaalde in de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969'*.<sup>538</sup>

Hieruit volgt dat de exitheffingenbepalingen in zowel de inkomsten- als de vennootschapsbelasting in het besluit zijn opgenomen.<sup>539</sup> Ondernemers die hun feitelijke bestuurszetel grensoverschrijdend verplaatsen naar andere EU- of EER-landen en zo'n heffing tegemoet zien kunnen op basis van dit besluit dan ook uitstel van betaling aanvragen. Het komt de rechtsvormneutraliteit ten goede dat de gevolgen van National Grid Indus niet beperkt blijven tot de vennootschapsbelasting.<sup>540</sup>

Voordat de Staatssecretaris ingaat op de gevolgen voor de Nederlandse uitvoeringspraktijk, somt hij de belangrijkste beslissingen op die in National Grid Indus zijn geweest.<sup>541</sup> De beslissingen zijn in het vorige hoofdstuk al aan bod gekomen en uit de inhoud van het besluit blijkt dat de Staatssecretaris deze beslissingen behoorlijk strikt volgt.

Er wordt gewezen op het feit dat de heffing die volgt indien één van de exitheffingbepalingen van toepassing is, rechtsgeldig is. De inspecteur zal bij de betreffende aanslag echter zoveel mogelijk verwijzen naar de mogelijkheid te kiezen voor uitstel van betaling.<sup>542</sup> Indien door de belastingplichtige gekozen wordt voor het uitstel van betaling dan geldt het volgende:<sup>543</sup>

- Uitstel wordt verleend over de vermogensbestanddelen die een meerwaarde bevatten en in de heffing zijn betrokken, maar waarbij nog geen sprake is geweest van realisatie.<sup>544</sup>
- Over het onbetaalde bedrag is invorderingsrente verschuldigd.

<sup>537</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M (gepubliceerd in de Staatscourant op 22 december 2011). Zie ook de Appendix waar het volledige besluit is opgenomen.

<sup>538</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, `Inleiding`, tweede alinea.

<sup>539</sup> Indien van toepassing kunnen natuurlijke personen die winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid genieten, eveneens een beroep doen op het besluit.

<sup>540</sup> De discussie of de gevolgen van het arrest National Grid Indus ook voor de ondernemers in de inkomstenbelasting geldt, is wat mij betreft hiermee tot een einde gekomen.

<sup>541</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, `Arrest van het Hof`.

<sup>542</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, `Betekenis voor de uitvoeringspraktijk: Belastingsschuldige krijgt keuze`.

<sup>543</sup> Idem, `Keuze voor uitstel van betaling` e.v.

<sup>544</sup> Vermogensbestanddelen is in dit geval een ruim begrip. Het omvat stille reserves op activa en passiva, goodwill en fiscale reserves.

- De belastingdienst zal om zekerheidstelling vragen: een bankgarantie ligt het meeste in de rede. Het volledige bedrag dient gedekt te worden.
- Er bestaat geen bepaalde termijn waarna het uitstel definitief wordt.
- Het uitstel eindigt indien sprake is van realisatie. Er moet een overzicht verstrekt worden van de niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen. Dit overzicht kan in de vorm van een balans (met specificaties van reserves) worden verstrekt. Het uitstel vervalt in zijn geheel indien niet aan deze administratieve verplichtingen wordt voldaan.

Zoals medegedeeld wordt het uitstel beëindigd voor zover er sprake is van realisatie. Voor zover (rechts)handelingen worden verricht die op basis van Nederlandse maatstaven tot gerealiseerde winsten zouden leiden, vindt realisatie plaats die aanleiding geeft het verleende uitstel te beëindigen.

Uit het voorgaande blijkt dat de Staatssecretaris de overwegingen die in National Grid Indus werden gepresenteerd, nauwgezet volgt. Indien voor uitstel is gekozen, gaat dit gepaard met invorderingsrente, administratieve verplichtingen en een bankgarantie. Er wordt daarnaast geen rekening gehouden met waardeverminderingen die optreden na emigratie. Een kritiekpunt is de beperkte uitleg in verband met de vraag wanneer (partiële) realisatie plaatsvindt. De Wet uitstel van betaling exithellingen besteedt hier wel meer aandacht aan. Tot slot de Staatssecretaris: *'Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst en werkt terug tot en met 29 november 2011.'*<sup>545</sup>

## 6.2.2 Van besluit tot Wetsvoorstel

Na het gepubliceerde besluit was door het Ministerie van Financiën aan het Wetsvoorstel uitstel van betaling exithellingen gewerkt dat in mei 2012 aan de Tweede Kamer is aangeboden.<sup>546</sup> Het in de vorige paragraaf besproken besluit was slechts gepubliceerd met de reden om de tijd te overbruggen tussen het arrest National Grid Indus en het moment waarop het Wetsvoorstel uitstel van betaling exithellingen door de Eerste Kamer werd aangenomen.<sup>547</sup> De Wet uitstel van betaling exithellingen lijkt in grote mate op het besluit, toch vallen enkele belangrijke wijzigingen op waar in deze paragraaf alvast kort aandacht aan wordt besteed.

In het Wetsvoorstel uitstel van betaling exithellingen wordt het voorstel gedaan om de Invorderingswet 1990 te wijzigen. Na artikel 25 wordt artikel 25a IW'90 ingevoegd, die er onder meer in voorziet om de belastingplichtige de keuze te geven om de invordering van de exithelling uit te stellen totdat realisatie heeft plaatsgevonden. Het Wetsvoorstel heeft een uitgebreidere werking dan het beleidsbesluit omdat het begrip exithellingen hier meer omvat dan slechts de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 en de artikelen 15c en 15d van de Wet Vpb 1969. Het omvat namelijk tevens de fusie en de splitsing.<sup>548</sup>

Hiernaast biedt de wetgever de belastingplichtige - naast de keuze om direct af te rekenen dan wel het uitstel van de invordering uit te stellen tot realisatie – een derde mogelijkheid die erin voorziet om het geheven bedrag in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen.<sup>549</sup> Dit is een interessante optie omdat zij niet gepaard hoeft te gaan met uitgebreide administratieve verplichtingen.

<sup>545</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, *'Inwerkingtreding en vervaldatum'*.

<sup>546</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 1, 2 en 3.

<sup>547</sup> De uitvoeringspraktijk daarmee vrij snel in overeenstemming te brengen met de beslissingen van het HvJ in National Grid Indus.

<sup>548</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 1 en 2.

<sup>549</sup> Zie art. 25a, derde lid IW'90.

De belangrijkste voorwaarden die gesteld worden indien gekozen wordt voor het uitstel van de invordering tot realisatie zijn nagenoeg hetzelfde gebleven als in het besluit en bevestigen daarmee definitief dat de Staatssecretaris de beslissingen inzake National Grid Indus strikt volgt.<sup>550</sup> De wetgever heeft wel besloten om het aantal beëindigingsmogelijkheden uit te breiden.<sup>551</sup> Zo kan het verleende uitstel beëindigd worden indien de vereiste zekerheidstelling na emigratie niet meer voldoende blijkt (art. 25a, tweede lid, sub c IW'90). Hiernaast kan het uitstel ook stoppen wanneer op enig moment dooremigratie plaatsvindt naar een derde land (art. 25a, tweede lid, sub a IW'90).

In tegenstelling tot het besluit, waar wat betreft de administratieve verplichtingen slechts gesproken werd over het verstrekken van een balans met specificaties van reserves, wordt in de memorie van toelichting op het Wetsvoorstel uitgebreidere administratieve verplichtingen naar voren gebracht.<sup>552</sup> Daar wordt onder andere gesproken over het verschaffen van een fiscale balans en verlies- en winstrekening. Daarnaast kan ook partiële realisatie plaatsvinden als gevolg van afschrijvingen.

Nu de belangrijkste wijzigingen behandeld zijn, wordt in de volgende paragraaf uitgebreid ingegaan op de inhoud van de Wet uitstel van betaling exitheffingen.

Tot slot wat betreft het besluit inzake exitheffingen: *‘Dit besluit vervalt met ingang van de inwerkingtreding van de wetgeving waarmee het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 november 2011, C-371/01, wordt gecodificeerd in Nederlandse wetgeving.’*<sup>553</sup>

De Wet uitstel van betaling exitheffingen is op 7 mei 2013 door de Eerste Kamer aangenomen<sup>554</sup> en nadien in werking getreden,<sup>555</sup> daarmee is het besluit te komen vervallen. Net als het besluit werkt de Wet terug tot en met 29 november 2011. De wijzigingen die de Wet heeft geboden ten opzichte van het besluit zijn dan ook alsnog toegankelijk geworden vanaf die datum.<sup>556</sup>

### 6.2.3 De Wet uitstel van betaling exitheffingen

In de Invorderingswet 1990 wordt na artikel 25 een artikel ingevoegd, luidende:

#### Artikel 25a<sup>557</sup>

1. Op verzoek van een belastingschuldige die woont of is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte wordt onder bij ministeriële regeling te stellen regels uitstel van betaling verleend, mits voldoende zekerheid is gesteld, voor belastingaanslagen voor zover daarin is begrepen vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting die betrekking heeft op voordelen ter zake van vermogensbestanddelen die bij de belastingschuldige bij het vaststellen van de belastingaanslag in aanmerking zijn genomen terwijl bij die belastingschuldige deze voordelen niet in aanmerking zouden zijn genomen ingeval deze ter zake van die vermogensbestanddelen voor de heffing van vennootschapsbelasting, onderscheidenlijk inkomstenbelasting, belastingplichtig in

<sup>550</sup> De invorderingsrente is overigens niet specifiek opgenomen in art. 25a IW'90, maar wordt in rekening gebracht op grond van art. 28 IW'90.

<sup>551</sup> Zie art. 25a, tweede lid IW'90.

<sup>552</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 4 en 5.

<sup>553</sup> Het besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, *‘Inwerkingtreding en vervaldatum’*.

<sup>554</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, Handelingen 2012/13 nr. 26, item 5, *‘stemmingen’*.

<sup>555</sup> Koninklijk Besluit van 29 mei 2013, Stb. 2013, 183.

<sup>556</sup> De belastingplichtige die eerder op basis van het besluit om uitstel van invordering heeft verzocht, kan indien nodig alsnog een beroep doen op de ruimere toepassingsmogelijkheden van de nieuwe Wet.

<sup>557</sup> Zie Koninklijk Besluit van 29 mei 2013, Stb. 2013, 183.

Nederland zou zijn gebleven. De in de eerste volzin bedoelde regels zien op de uitvoering van dit artikel, waaronder begrepen regels betreffende de administratieve verplichtingen.

2. Het uitstel van betaling, bedoeld in het eerste lid, wordt beëindigd:
  - a) ingeval de belastingschuldige niet meer woont of is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte;
  - b) ingeval niet meer wordt voldaan aan de bij de in het eerste lid bedoelde ministeriële regeling gestelde regels;
  - c) ingeval niet meer voldoende zekerheid is gesteld, of
  - d) voor zover de in het eerste lid bedoelde voordelen ter zake van vermogensbestanddelen bij de belastingschuldige in aanmerking zouden zijn genomen indien hij belastingplichtig in Nederland zou zijn geweest.
3. In afwijking van het tweede lid, onderdeel d, wordt op verzoek van de belastingschuldige het bedrag waarvoor op grond van het eerste lid uitstel van betaling is verkregen, in tien gelijke jaarlijkse termijnen voldaan waarvan de eerste termijn één maand na de dagtekening van het aanslagbiljet vervalt en elk van de volgende termijnen telkens een jaar later.
4. De in het eerste en het derde lid bedoelde verzoeken worden gedaan tegelijk met de aangifte waarin een voordeel als bedoeld in het eerste lid is opgenomen.

#### 6.2.4 Inhoud van de Wet besproken

In deze paragraaf wordt de inhoud van de Wet uitstel van betaling exitheffingen uitgebreid besproken. Dit geschiedt met behulp van de behandeling van de Wet in de Tweede Kamer (onder andere de memorie van toelichting<sup>558</sup> en de nota naar aanleiding van het verslag)<sup>559</sup> waarin ingegaan wordt op de diverse vragen van de Kamerleden en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

De Wet uitstel van betaling exitheffingen voorziet in een wijziging van de Invorderingswet 1990, in het bijzonder de invoering van art. 25a IW'90. De Wet regelt kortgezegd de mogelijkheid van uitstel van betaling voor belastingaanslagen inkomsten- of vennootschapsbelasting voor het gedeelte dat ziet op de exitheffing.<sup>560</sup> Van de Wet vormt de basis lid 1 waarin uitstel van betaling wordt verleend onder bij ministeriële regeling te stellen regels.<sup>561</sup> Uitstel wordt verleend over de voordelen ter zake van de vermogensbestanddelen die in aanmerking worden genomen bij de belastingschuldige, terwijl deze voordelen niet in aanmerking waren genomen als de belastingschuldige belastingplichtig in Nederland was gebleven.<sup>562</sup> De gekozen formulering zorgt ervoor dat slechts de belastingschuld die voortvloeit uit één van de exitheffingbepalingen, voor uitstel in aanmerking komt. Een vennootschap die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst (binnen de EU en EER) met medeneming van vermogensbestanddelen, kan verzoeken om uitstel ter zake van de in de heffing betrokken stille reserves, fiscale reserves en eventuele goodwill.<sup>563</sup> Eveneens kan het artikel toepassing vinden ingeval er sprake is van een niet in

<sup>558</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3.

<sup>559</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5.

<sup>560</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 3.

<sup>561</sup> De ministeriële regels zien op de uitvoering van het artikel, waar onder andere de administratieve vereisten en de mate van zekerheidstellingen zijn opgenomen. Zie art. 1b en 6d van de Uitvoeringsregeling IW'90. Hiernaast is de Leidraad Invordering 2008 in juli 2013 gewijzigd, waar in par. 6.3.2.2: `Onderdeel: zekerheidstelling` op wordt ingegaan.

<sup>562</sup> Voor de duidelijkheid: onder voordelen wordt verstaan het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de waarde in het economische verkeer. De belastingplichtige dient het bedrag aannemelijk te maken aan de hand van schriftelijke bescheiden (art. 6d, eerste lid Uitvoeringsregeling IW'90).

<sup>563</sup> In dit geval kan over de belastingschuld die voortvloeit op basis van de artikelen 15c en 15d Wet Vpb 1969, uitstel worden aangevraagd.



Nederland gevestigde vennootschap die haar vaste inrichting in Nederland beëindigd of in het kader van een fusie of splitsing waarbij vermogensbestanddelen naar het buitenland worden overgebracht.<sup>564</sup> De belastingschuld waarover het uitstel van invordering wordt verleend, staat vast. Zoals beslist in National Grid Indus hoeft geen rekening te worden gehouden met toekomstige waardeontwikkelingen.<sup>565</sup>

Behalve dat de belastingplichtige de keuze heeft om gelijk af te rekenen dan wel om uitstel te verzoeken, bestaat er zoals eerder vermeld een derde mogelijkheid die erin voorziet om het geheven bedrag in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen (art. 25a, derde lid IW'90).<sup>566</sup> Het voordeel hiervan is dat er geen administratieve verplichtingen aan deze derde mogelijkheid verbonden zijn omdat het realisatiemoment niet van belang is (art. 6d, derde lid Uitvoeringsregeling IW'90). Wel wordt ook hier invorderingsrente in rekening gebracht en moet zekerheid worden verleend over de uitgestelde belastingschuld.<sup>567</sup> Het ontbreken van de administratieve vereisten maakt het wel een interessante derde optie voor de belastingplichtige. Indien de belastingplichtige verwacht dat de realisatie van de stille reserves in de nabije toekomst is gelegen, biedt de betaling verspreid over tien jaarlijkse termijnen ten opzichte van uitstel tot realisatie bovendien een zeker uitstel van belastinginvordering. De invorderingsrente en vereiste zekerheidstelling zorgen er wel voor dat belastinguitstel in dit geval niet altijd even aantrekkelijk is. Niettemin zullen de belastingplichtigen een afweging moeten maken en zullen enkelen hiermee hun voordeel kunnen doen.

Indien voor uitstel tot realisatie is verzocht zal de belastingplichtige over het bedrag waarvoor uitstel van betaling is verleend, net als in de meeste andere gevallen van uitstel van betaling, invorderingsrente zijn verschuldigd.<sup>568</sup> De invorderingsrente wordt – zoals geïnterpreteerd op basis van National Grid Indus - in rekening gebracht conform de toepasselijke nationale regeling.<sup>569</sup> De Staatssecretaris geeft hierbij aan dat uit het bestaande artikel 28 IW'90 voortvloeit dat bij uitstel van betaling invorderingsrente in rekening wordt gebracht, daarmee aansluitend bij de zinsnede '*conform de toepasselijke nationale regeling*'.<sup>570</sup> Bij de beantwoording van kritische vragen van het CDA geeft de Staatssecretaris vervolgens aan dat dit oordeel van het HvJ bevestigd is in het arrest Commissie vs. Portugal en dat de overweging van het HvJ beslist niet wijst op het in rekening brengen van heffingsrente.<sup>571</sup> Ook merkt de Staatssecretaris op dat de invorderingsrente pas na het beëindigen van het uitstel betaald hoeft te worden, doch reeds eerder verschuldigd wordt. De betalingen van de rente hoeven dus niet tussentijds plaats te vinden en de rente wordt enkelvoudig berekend, aldus de Staatssecretaris.<sup>572</sup>

Hoewel voorgaande uitspraak van de Staatssecretaris voor de belastingplichtige wat betreft de invorderingsrente enigszins positief is op te vatten, komt de Staatssecretaris op het betalingsmoment van de rente in de '*Brief van de Staatssecretaris van Financiën*' hier deels op terug.<sup>573</sup> Wanneer (partieel) gerealiseerd wordt en betaling moet plaatsvinden voor zover het uitstel wordt gestaakt, komt de betaling eerst in mindering op de verschuldigde

<sup>564</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 3 en 4.

<sup>565</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 4.

<sup>566</sup> De eerste termijn vervalt één maand na de dagtekening van het aanslagbiljet en elk van de volgende termijnen telkens een jaar later.

<sup>567</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 3.

<sup>568</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 2.

<sup>569</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 4.

<sup>570</sup> Zie HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 73.

<sup>571</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 5. Heffingsrente (vanaf het belastingjaar 2012 vervangen door belastingrente) is een vergoeding van gemiste rente. Deze rente wordt berekend vanaf de dag na afloop van het boekjaar waarop een belastingaanslag betrekking heeft tot de dagtekening van de aanslag. Invorderingsrente is de rente die moet worden betaald ingeval een belastingaanslag te laat wordt betaald. De invorderingsrente kan indien de betaling in de verre toekomst is gelegen, flink oplopen.

<sup>572</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz 5.

<sup>573</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, blz. 5 en 6.

invorderingsrente.<sup>574</sup> Daarnaast vermeldt hij dat in de Uitvoeringsregeling van de Invorderingswet 1990 geregeld is, dat ingeval het uitstel van betaling drie jaar of langer is, de ontvanger kan bedingen dat de rente jaarlijks moet worden betaald.<sup>575</sup> Hij voegt daar toe dat de ontvanger zijn bevoegdheden maximaal zal benutten. Indien het belastinguitstel langer dan drie jaar voortduurt, zal de belastingplichtige in de praktijk dus zien dat de rente wel tussentijds moet worden betaald.

Als de belastingplichtige die emigreert in aanmerking wil komen voor belastinguitstel, dient hij ook zekerheidstelling over het bedrag te verstrekken.<sup>576</sup> De Staatssecretaris vermeldt hierbij dat de zekerheid *‘op eenvoudige wijze kan worden gesteld, bewaakt en uitgewonnen’*.<sup>577</sup> In beginsel zal de zekerheid worden verstrekt in de vorm van een bankgarantie, maar het kan ook op een andere wijze plaatsvinden, bijvoorbeeld door het vestigen van een hypotheekrecht op een onroerende zaak.<sup>578</sup> De vereiste zekerheidstelling vloeit voort uit het arrest National Grid Indus en de Staatssecretaris wijst daar dan ook op bij de beantwoording van de vragen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.<sup>579</sup> Op de vraag of het belastinguitstel in zijn geheel vervalt of naar rato van de gestelde zekerheid indien de belastingplichtige op enig moment niet meer voldoende zekerheid kan verstrekken, antwoordt de Staatssecretaris dat het uitstel slechts wordt beëindigd voor zover niet meer voldoende zekerheid wordt verstrekt.<sup>580</sup> Tot slot zal ook als de belastingplichtige voldoende verhaalsmogelijkheden heeft, zekerheid moeten worden verstrekt. In dit geval zal het voor de belastingplichtige een gemakkelijke opgave zijn om zekerheid te verstrekken, aldus de Staatssecretaris.<sup>581</sup>

Om te controleren of en in hoeverre het uitstel zal moeten worden beëindigd, zal de belastingplichtige aan verschillende administratieve verplichtingen moeten voldoen.<sup>582</sup> De belastingplichtige zal jaarlijks een fiscale balans en resultatenrekening gebaseerd op de Nederlandse fiscale wetgeving moeten overleggen. Daarnaast zal de belastingschuldige de benodigde gegevens moeten verstrekken waaruit kan worden afgeleid in hoeverre het belastinguitstel dient te worden beëindigd.<sup>583</sup> Uit de stukken moet kunnen worden afgeleid in hoeverre er realisatie heeft plaatsgevonden. Realisatie vindt niet alleen plaats bij verkoop, maar kan ook plaats vinden als gevolg van afschrijvingen. De benodigde gegevens zullen mijns inziens dus ook de economische en fiscale afschrijvingen moeten bevatten, daarmee weergevend de partiële realisatie.<sup>584</sup>

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs hebben vragen gesteld omtrent de administratieve verplichtingen en stellen dat op basis van het Futura-arrest<sup>585</sup> de verplichtingen bij deze Wet verder gaan dan noodzakelijk kan worden geacht. De belastingplichtige zou namelijk slechts de gegevens moeten verstrekken waaruit opgemaakt kan worden voor welk deel van de belastingaanslag het uitstel dient te worden beëindigd.<sup>586</sup> De Staatssecretaris geeft in reactie hierop aan dat de balans en resultatenrekening alleen betrekking hoeft te hebben op de

---

<sup>574</sup> De verschuldigde invorderingsrente die toerekenbaar is aan het beëindigd uitstel.

<sup>575</sup> Zie art. 34 Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.

<sup>576</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 2.

<sup>577</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 5.

<sup>578</sup> Dit is – aldus de Staatssecretaris – afhankelijk van het geval.

<sup>579</sup> Zie de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, *‘NOB Commentaar Wet Exithetffing’*, blz. 2 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 8.

<sup>580</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 8.

<sup>581</sup> Idem, blz. 8. Bij de behandeling van het Wetsvoorstel in de Eerste Kamer, heeft de Staatssecretaris de mate van zekerheidstelling genuanceerd. Zie par. 6.3.2.2: *‘Onderdeel: zekerheidstelling’*.

<sup>582</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 2. Bij ministeriële regels kunnen omtrent de administratieve verplichtingen nadere voorwaarden worden gesteld.

<sup>583</sup> Zie art. 6d, tweede lid Uitvoeringsregeling IW’90. De Staatssecretaris legt niet uit wat deze *‘benodigde gegevens’* inhouden, maar wellicht dat deze nodig zijn om de partiële realisatie vast te stellen. Over de partiële realisatie volgt verderop meer.

<sup>584</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 4. Door middel van invorderingsbijstand kan aan het immigratieland gevraagd worden of de verstrekte jaaropgave juist is.

<sup>585</sup> HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95 (Futura).

<sup>586</sup> Zie de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, *‘NOB Commentaar Wet Exithetffing’*, blz. 3 en Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 9.

vermogensbestanddelen die vanuit Nederland naar het buitenland zijn verplaatst.<sup>587</sup> Het gaat naar zijn mening dan ook niet verder dan noodzakelijk is geacht. De Staatssecretaris heeft ook een toezegging gedaan waarin hij vermeldt dat indien in de praktijk blijkt dat de overlegging van een fiscale balans en resultatenrekening niet in alle gevallen nodig is, de administratieve verplichtingen in de betreffende ministeriële regeling kunnen worden aangepast.<sup>588</sup>

Nu zijn de voorwaarden van de Wet – het in rekening brengen van invorderingsrente, zekerheidstelling en de administratieve verplichtingen – die verbonden zijn met het belastinguitstel tot realisatie, uitgekristalliseerd. Behalve enkele overige opmerkingen omtrent de Wet, resteert nu de beantwoording op de vraag wanneer het uitstel van de belastinginvordering wordt beëindigd. Het belastinguitstel kan worden beëindigd ingeval de ministeriële gestelde regels worden overtreden, geen voldoende zekerheid meer wordt verstrekt dan wel ingeval de belastingplichtige verhuist naar een land dat geen lid is van de EU of de EER (art. 25a, tweede lid, a, b en c IW'90).<sup>589</sup> Aangenomen dat de belastingplichtige zich aan deze regels houdt, wordt het belastinguitstel slechts beëindigd voor zover hij het voordeel waarop het uitstel betrekking heeft, zou hebben genoten ingeval hij belastingplichtig in Nederland was gebleven (art. 25a, tweede lid, d IW'90). Als een vermogensbestanddeel waarvoor uitstel is verleend wordt verkocht, wordt de belastingschuld die bij vertrek betrekking had op dat vermogensbestanddeel, dan ook ingevorderd.<sup>590</sup> Maar er wordt niet alleen naar de verkoop van de vermogensbestanddelen gekeken. Realisatie – aldus de Staatssecretaris – kan zich ook voordoen door het gebruik van het betreffende vermogensbestanddeel.<sup>591</sup> Hier wordt bedoeld op de eerder genoemde partiële realisatie, waarbij in wezen aangesloten wordt op het feit dat ingeval in Nederland een voordeel zou zijn gerealiseerd (door hogere fiscale winst), dit voordeel ook in deze situatie wordt geacht te zijn gerealiseerd.<sup>592</sup> De Staatssecretaris licht dit toe in een voorbeeld die nadien in de literatuur uitgebreid is besproken.<sup>593</sup>

Op de vraag van de PVV of het uitstel in beginsel onbeperkt is, antwoordde de Staatssecretaris instemmend.<sup>594</sup> Het is onbeperkt totdat zich situaties voordoen die opgenomen zijn in het tweede lid van art. 25 IW'90. Kamerlid Van Vliet had daarop besloten om een amendement in te dienen waarin hij voorstelde het uitstel te beperken tot maximaal tien jaar, daarbij aansluitend bij de emigratieheffingen van de aanmerkelijk belanghouder.<sup>595</sup> De Staatssecretaris gaf in zijn reactie aan dat het beperken van het uitstel in de tijd in beginsel in strijd met Europees recht is.<sup>596</sup> Wat betreft het in beginsel onbeperkte uitstel, zal door partiële realisatie in de praktijk blijken dat het uitstel over de jaren heen op een geleidelijke manier beëindigd wordt. Het amendement-Van Vliet werd bij stemming dan ook verworpen.<sup>597</sup>

---

<sup>587</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 9.

<sup>588</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 9.

<sup>589</sup> Op de vraag hoe de woonplaats bepaald moet worden, antwoordt de Staatssecretaris dat dit gebeurt op grond van de Nederlandse Wet (zie art. 4, derde lid AWR).

<sup>590</sup> Daarmee wordt de belastinginvordering gelijkgetrokken met een vergelijkbare belastingplichtige in Nederland die eveneens pas belasting betaalt bij verkoop. Zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 5.

<sup>591</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 5.

<sup>592</sup> In het licht van het arrest Commissie vs. Denemarken is het reeds de vraag of partieel realiseren ten aanzien van de vermogensbestanddelen die normaliter op termijn wel worden verkocht, met de huidige Nederlandse Wet niet verder gaat dan noodzakelijk kan worden geacht. Hierover meer in par. 6.3.2.3: *'Onderdeel: administratie en partiële realisatie'*. Zie ook HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken).

<sup>593</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 5 en J.J. van den Broek, *'Wetsvoorstel uitstel van betaling exithheffingen'*, WFR 2012/916, onderdeel 6.4: realisatie van het fiscale voordeel.

<sup>594</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 6.

<sup>595</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 7 en 9.

<sup>596</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 10, blz. 5 en HvJ EU 29 november 2011, nr. C-317/10 (National Grid Indus), r.o. 68.

<sup>597</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 30, *'Stemmingen Uitstel betaling exithheffingen'* (4 december 2012).

Op de vragen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs<sup>598</sup> volgen nog twee interessante antwoorden van de Staatssecretaris. Op de vraag of de mogelijk tot uitstel van betaling ook geldt bij de grensoverschrijdende omzettingen van rechtspersonen, antwoordt de Staatssecretaris instemmend. Op de tweede vraag waarin zij zich afvragen waarom de Wet slechts beperkt wordt tot EU en EER-situaties, antwoordt de Staatssecretaris dat er geen aanleiding bestaat om de Wet een ruimer toepassingsbereik te geven. Nederland prefereert blijkbaar de directe afrekening ten opzichte van uitstel. Vanuit een budgettair oogpunt is zich dat voor te stellen.

De Staatssecretaris gaat er tot slot vanuit dat de budgettaire gevolgen van de nieuwe regeling verwaarloosbaar zullen zijn.<sup>599</sup> Indien alle belastingplichtigen die emigreren voor uitstel tot realisatie kiezen, zullen de administratieve kosten voor het bedrijfsleven niet meer dan enkele tienduizenden euro's bedragen. Op de vraag van het CDA omtrent het gebruik van de regeling, antwoordt hij dat in 2011 en 2012 per jaar enkele tientallen bedrijven verplaatst zijn van Nederland naar het buitenland.<sup>600</sup> Hoeveel bedrijven hiervan geëmigreerd zijn naar een andere lidstaat is niet bekend. Opgemerkt kan worden dat als het klopt dat het aantal emigraties zo gering is, het bedrag van enkele tienduizenden euro's per jaar aan administratieve lasten voor die enkele bedrijven mijns inziens geen kleinigheid bedraagt.

Zoals te zien is, zit de Wet uitstel van betaling exitheffingen in beginsel redelijk goed in elkaar en toe te juichen valt, dat de belastingplichtige ook de mogelijkheid wordt geboden om de belastingaanslag in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen. Helaas bestaan er nog onduidelijkheden. De onduidelijkheden zien met name op de administratieve verplichtingen en het partiel realiseren. Daarnaast zal moeten blijken hoe stringent de Wetgever het vereisen van zekerheid in de praktijk verwezenlijkt. Uiteindelijk is de meest interessante vraag: voldoet de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht? Nu de inhoud van de Wet uitgebreid is besproken, zal in de volgende paragraaf een antwoord worden gezocht op deze vraag.

### 6.3 Voldoet de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht?

In deze paragraaf wordt onderzocht en bekeken in hoeverre de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht voldoet, in het bijzonder het recht op vrije vestiging. Het arrest National Grid Indus heeft in grote mate de EU-rechtelijke randvoorwaarden bepaald, waaraan deze Wet zich zal dienen te houden.<sup>601</sup> In het vorige hoofdstuk kwam al naar voren dat National Grid Indus een doorbraak heeft gebracht, maar daarbij valt wel de nodige kritiek te uiten op de voorwaarden die verbonden zijn met belastinguitstel. Echter, de overige jurisprudentie – zoals onder andere arrest N en De Lasteyrie – en de recente jurisprudentie<sup>602</sup> hebben eveneens met exitheffingen te maken en de beslissingen die aldaar genomen zijn, kunnen een rol spelen bij de toetsing van de Wet aan het EU-recht.<sup>603</sup>

Er is een hoop literatuur verschenen omtrent exitheffingen en de behandeling van de Wet in de Eerste en Tweede Kamer heeft ook EU-rechtelijk een hoop discussies doen ontstaan waar verderop op zal worden ingegaan. In de volgende paragraaf zal eerst het zogeheten beslisschema worden uiteengezet, op basis waarvan uiteindelijk de vraag of de Wet uitstel van betaling exitheffingen al dan niet EU-proof is, beantwoord kan worden.

<sup>598</sup> Zie de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, '*NOB Commentaar Wet Exitheffing*', blz. 1 en 2.

<sup>599</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 3.

<sup>600</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 6.

<sup>601</sup> Bij de inhoudelijke bespreking van de Wet is ook naar voren gekomen dat de Staatssecretaris de beslissingen als genomen in National Grid Indus, strikt (probeert) te volgen.

<sup>602</sup> Hiermee worden de infractieprocedures en het arrest Arcade Drilling bedoeld, die behandeld zijn in Hoofdstuk 5.

<sup>603</sup> Bekend is in ieder geval, dat de oude stand van wetgeving inzake exitheffingen wel in strijd met de vrijheid van vestiging is.

Hoewel de EU-rechtelijke toetsing van de Wet - waarbij met name wordt ingegaan op de evenredigheid en de evenwichtigheid van de regeling – de hoofdvraag beslaat, is het eveneens relevant om kort te bekijken of de Wet aan de algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving voldoet.<sup>604</sup> Voordat een Wet wordt ingevoerd, is het belangrijk dat de regeling makkelijk kan worden uitgevoerd en bijvoorbeeld niet te ingewikkeld is.

Dit zien we tot slot ook terug bij de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, die fiscale wetsvoorstellen toetst op *‘strijdigheid met het recht, effectiviteit, efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.’*<sup>605</sup>

### 6.3.1 Het beslisschema

Om een antwoord te kunnen formuleren op de vraag of de nieuwe Wet uitstel van betaling exithetfingen al dan niet EU-proof is, zal gebruik worden gemaakt van de onderstaande ‘beslisboom’ of ‘beslisschema’.<sup>606</sup> In de jurisprudentie wordt dit beslisschema gebruikt, wanneer het HvJ een bepaalde nationale regeling wil toetsen aan een van de vrije verkeersbepalingen. Het HvJ gebruikt het beslisschema regelmatig. Desalniettemin kan wanneer op basis van het beslisschema geconcludeerd wordt dat een bepaalde regeling in strijd met de vrijheid van vestiging is, niet met zekerheid geconcludeerd worden dat het HvJ daarover eenzelfde conclusie zal trekken.<sup>607</sup> Het schema vormt niettemin een manier om op een behoorlijke wijze de EU-rechtelijke aspecten van de Wet in kaart te brengen en voorzichtige conclusies te trekken.

Het onderstaande beslisschema bestaat uit een zestal vragen. Alleen indien alle zes vragen beantwoord worden met een ‘ja’, zal de Wet uitstel van betaling exithetfingen in overeenstemming met het EU-recht zijn:

|                        |  |
|------------------------|--|
| <b>Toegangsvraag</b>   | 1. Heeft de belanghebbende toegang tot de vrijheid van vestiging?  |
| <b>Beperking</b>       | 2. Vormt de regeling een beperking van de vrijheid van vestiging?  |
| <b>Rechtvaardiging</b> | 3. Kan de regeling worden gerechtvaardigd door een legitiem doel van algemeen belang?  |
| <b>Geschiktheid</b>    | 4. Is de regeling geschikt om het beoogde doel te bereiken?  |
| <b>Evenredigheid</b>   | 5. Gaat de regeling niet verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken?   |
| <b>Evenwichtigheid</b> | 6. Leidt de regeling tot een redelijk evenwicht tussen de belangen van de interne markt aan de ene kant tegenover de belangen van de lidstaat aan de andere kant? <sup>608</sup> |

Tabel 6.1: Beslisschema bestaande uit zes vragen.

Uit de eerdere hoofdstukken is reeds duidelijk geworden dat een Nederlandse vennootschap die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst toegang heeft tot de vrijheid van vestiging.<sup>609</sup> De exithetfingbepaling vormt in eerste instantie een beperking voor de vrijheid van vestiging, maar wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel van

<sup>604</sup> Zie bijvoorbeeld F. Pötgens, *‘Exithetfingen; Quo vadunt?’*, VU Amsterdam: Kluwer 2012, blz. 157.

<sup>605</sup> Zie de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, *‘NOB Commentaar Wet Exithetfing’*, quote onderaan blz. 1 - 4.

<sup>606</sup> Zie bijvoorbeeld: P.J.J.M. Peeters, *‘Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?’*, WFR 2007/6728, onderdeel 2.

<sup>607</sup> Het kan ook voorkomen dat het HvJ het beslisschema voor een deel gebruikt, maar bijvoorbeeld vraag 6 (de evenwichtigheidstoets) achterwege laat. Anderzijds komt het voor dat het HvJ in wezen de vragen 5 en 6 tezamen beoordeelt. Dit wordt niet altijd even duidelijk weergegeven.

<sup>608</sup> De vragen 4 tot en met 6 zijn onderdeel van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

<sup>609</sup> In Hoofdstuk 3 is beargumenteerd dat een vennootschap bij zetelverplaatsing de toegang tot de vrijheid van vestiging heeft en de bevestiging hiervan is gezien in National Grid Indus (vraag 1).

algemeen belang. Omdat de exitheffingbepaling eveneens geschikt is om het beoogde doel te bereiken,<sup>610</sup> resteert voor de beantwoording van de hoofdvraag slechts de vragen vijf en zes van het beslisschema.

De laatste twee vragen zijn onderdeel van het evenredigheidsbeginsel, waarbij vraag 6 in het bijzonder de evenwichtigheidstoets behelst. Nogmaals, bij de toetsing van de Wet aan de evenredigheid<sup>611</sup> (vraag 5) gaat het erom dat Nederland met de regeling haar doel – het belasten van de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst – moet kunnen bereiken, echter haar doel niet voorbij mag schieten. De evenwichtigheidstoets (vraag 6) is vervolgens een laatste toets, waarin gekeken wordt of de belangen van de inwoners tegenover de belangen van de overheid ten aanzien van de regeling, in een redelijk evenwicht verkeren. Verderop, bij de belangrijke onderdelen van de Wet,<sup>612</sup> zal steeds worden gekeken of en in hoeverre deze onderdelen als werkelijk evenredig en evenwichtig kunnen worden aangemerkt.

### 6.3.2 EU-rechtelijke discussie en op belangrijke onderdelen ingaan

Hoewel inmiddels bekend is dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen in mei 2013 in werking is getreden, mag wel vermeld worden dat voorafgaande aan de invoering een flinke discussie in de Eerste Kamer heeft plaatsgevonden omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet.<sup>613</sup> Behalve in de Eerste Kamer is er door de NOB<sup>614</sup> en in de literatuur een hoop kritiek geweest op de verschillende voorwaarden die verbonden zijn met het belastinguitstel. Ondanks dat de Wet inmiddels is aangenomen, wil dit niet zeggen dat het kabinet op alle kritiekpunten toezeggingen heeft gedaan. Menigeen verwacht te zijner tijd een nieuwe infractieprocedure tegen Nederland of een zaak waarin de (belemmerende) voorwaarden van belastinguitstel aan de kaak worden gesteld.<sup>615</sup>

Een belangrijke vraag die in de Eerste Kamer aan de Staatssecretaris werd gesteld, was of de Wet wel in de geest van het arrest National Grid Indus en van de andere relevante jurisprudentie is?<sup>616</sup> Is belastinguitstel namelijk nog wel een reële optie voor ondernemers indien zekerheid wordt vereist, invorderingsrente in rekening wordt gebracht en een hogere bankrente verschuldigd kan zijn als gevolg van een verminderde kredietpositie?<sup>617</sup> Als uitstel geen reële optie meer is, wordt de vrijheid van vestiging in de praktijk dus niet meer bevorderd, stellen de Kamerleden. In de literatuur was al eerder gewezen op het vermoeden dat uitstel geen reële optie meer is, in de staat van het toenmalige Wetsvoorstel.<sup>618</sup>

De Staatssecretaris gaat in de memorie van antwoord en later in de nadere memorie van antwoord en de openbare behandeling van de Wet uitgebreid in op deze discussie.<sup>619</sup> De Staatssecretaris wijst er herhaaldelijk op dat de aanpassingen die de Wet biedt in overeenstemming zijn met de beslissingen als neergelegd in National Grid Indus

---

<sup>610</sup> Het opleggen van een belastingschuld over de ongerealiseerde meerwaarden vormt een beperking (vraag 2) die echter gerechtvaardigd wordt door het in stand houden van de evenwichtige heffingsbevoegdheden van de lidstaten (vraag 3). De exitheffing is ook geschikt om het beoogde doel van Nederland – het belasten van de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst – te bereiken (vraag 4).

<sup>611</sup> De vijfde vraag kijkt naar de evenredigheid (noodzakelijkheidstoets) van de regeling; met andere woorden of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is geacht dan wel proportioneel is te noemen (niet te verwarren met het evenredigheidsbeginsel welke vraag 4 tot en met 6 omvat).

<sup>612</sup> Met de belangrijke onderdelen van de Wet wordt onder andere bedoeld op de invorderingsrente, zekerheidstelling en de administratieve verplichtingen.

<sup>613</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. A - F en openbare behandeling van het Wetsvoorstel.

<sup>614</sup> Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, *'NOB Commentaar Wet Exitheffing'*.

<sup>615</sup> Zie D.E. van Sprundel, *'Een nieuwe inbreukprocedure komt tot bloei!'*, De Aanslag, april 2013 en M.V. Lambooi, *'Exit heffing: nog steeds een hot topic?'*, NTFRB2013-28, onderdeel 6: Conclusie.

<sup>616</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. B.

<sup>617</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. B, blz. 1 en 2.

<sup>618</sup> Zie wederom D.E. van Sprundel, *'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof'*, WFR 2012/914 en M.V. Lambooi, *'Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen'*, NTFRB2013-3, onderdeel 9: Conclusie.

<sup>619</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, respectievelijk nr. C, E en openbare behandeling op 23 april 2013, *'Uitstel van betaling exitheffingen'*.

en hij heeft er dan ook vertrouwen in dat het EU-rechtelijk zal volstaan. Bij de vormgeving van de Wet is het belang van de fiscus – die wil heffen over de winsten die toerekenbaar zijn aan Nederland – nadrukkelijk aanwezig geweest.<sup>620</sup> Ondanks dat het CDA liever ziet dat geen invorderingsrente in rekening wordt gebracht en zekerheidstelling achterwege blijft,<sup>621</sup> ziet de Staatssecretaris geen reden voor versoepeling.<sup>622</sup> De Staatssecretaris vermeldt dat hij ook het belang van de schatkist moet dienen. Het leek er dan ook op dat de Staatssecretaris ten aanzien van alle discussiepunten voet bij stuk zou houden, echter deed hij uiteindelijk toch een toezegging inzake de vereiste zekerheidstelling.<sup>623</sup> Dit wordt in paragraaf 6.3.2.2 nader toegelicht.

De Staatssecretaris moet zich overigens wel beseffen dat niet alles in National Grid Indus volstrekt glashelder is en het HvJ zich met de jurisprudentie richt op alle lidstaten. Het is mogelijk dat de beslissingen toegepast op de Nederlandse omstandigheden wel een heel (onvoorziene) belemmerende uitwerking heeft gehad en het HvJ dit – zeker gezien het totaalpakket van de Wet uitstel van betaling exitheffingen - niet zo bedoeld had. *Essers*, lid van het CDA,<sup>624</sup> brengt mijns inziens een goed argument naar voren, waarbij hij zegt dat Nederland ook nog een eigen verantwoordelijk heeft en de belastingplichtige die met medeneming van zijn onderneming naar het buitenland verhuist, gewoon een reële uitsteloptie behoort te krijgen.<sup>625</sup> Wellicht dat Nederland een oplossing had kunnen aandragen die eveneens de doelstelling van de exitheffing behaald, maar voor de belastingplichtige een evenredigere praktische uitwerking heeft.

Hoewel de kritiek op het toenmalige Wetsvoorstel uitstel van betaling exitheffingen vrij hevig was, wordt in de volgende paragrafen een eigen analyse gepresenteerd omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet.

### 6.3.2.1 Onderdeel: invorderingsrente

Indien de belastingplichtige bij emigratie heeft gekozen voor uitstel tot realisatie zal invorderingsrente in rekening worden gebracht.<sup>626</sup> Deze rente hoeft in beginsel pas te worden betaald voor zover er realisatie heeft plaatsgevonden, maar op grond van art. 34 Uitvoeringsregeling IW'90 zal wanneer het uitstel langer dan drie jaren duurt, een jaarlijkse betaling gaan plaatsvinden.<sup>627</sup>

Het is maar de vraag of het HvJ met de beslissing om rente '*overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling*' in rekening te brengen, bedoeld heeft op de huidige Nederlandse implementatie hiervan. Of ziet het HvJ graag dat de onmiddellijke betaling en de uitgestelde betaling economisch aan elkaar gelijk worden gesteld door het heffen van invorderingsrente? Dat laatste kan toch niet de bedoeling zijn.<sup>628</sup> Vooropgesteld moet worden - om de vrijheid van vestiging te bewerkstelligen – dat de binnenlands belastingplichtige en de belastingplichtige die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst gelijk worden behandeld.<sup>629</sup> Het in rekening brengen van invorderingsrente zodra de belastingschuld is vastgesteld, leidt echter niet tot een gelijke behandeling tussen de twee situaties. De binnenlands

<sup>620</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 2.

<sup>621</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. D, blz. 1 en 2.

<sup>622</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, openbare behandeling op 23 april 2013, '*Uitstel van betaling exitheffingen*', blz. 7.

<sup>623</sup> Idem, blz. 4 en 7.

<sup>624</sup> Hiernaast is P.H.J. Essers hoogleraar Fiscaal recht aan de Universiteit van Tilburg.

<sup>625</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, openbare behandeling op 23 april 2013, '*Uitstel van betaling exitheffingen*', blz. 5.

<sup>626</sup> Het rentepercentage wordt op grond van art. 120, eerste lid Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld (zie ook art. 119). Op de site van de belastingdienst staat dat het percentage elk half jaar wordt vastgesteld. In 2013 wordt er een percentage van 3 procent gehanteerd.

<sup>627</sup> De ontvanger zal haar maximale bevoegdheden benutten, aldus de Staatssecretaris.

<sup>628</sup> De nieuwe uitstelregeling lost namelijk slechts het onmiddellijke liquiditeitsprobleem op, maar niet het economische nadeel waar de belastingplichtige – door het in rekening brengen van onder andere rente - in grensoverschrijdende situaties mee te maken krijgt.

<sup>629</sup> Twee situaties: de binnenlandse situatie en de grensoverschrijdende situatie.

belastingplichtige zal (eventueel) na realisatie pas rente gaan betalen en dit zou in grensoverschrijdende situaties ook zo moeten zijn.<sup>630</sup> Dit gebeurt dus niet want in grensoverschrijdende situaties wordt er rente berekend over de ongerealiseerde meerwaarden van de vermogensbestanddelen, resulterend in een economisch- of rentenadeel voor de belastingplichtige. Het (onmiddellijke) liquiditeitsnadeel en economisch nadeel van de onmiddellijke invordering wordt wanneer voor uitstel is gekozen, ingeruild voor een ander economisch- of rentenadeel.<sup>631</sup> Essers wijst erop dat uitstel met rente geen wezenlijk onderscheid biedt, doordat een onderneming die meteen afrekenet, ter zake van de afrekening een lening kan aangaan bij bijvoorbeeld een bank.<sup>632</sup>

De Staatssecretaris heeft aangegeven dat de nieuwe Wet onder andere moet voorkomen dat heffings- en invorderingsrechten verloren gaan.<sup>633</sup> Hij heeft gelijk dat Nederland mag heffen over de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst. Echter, wanneer een onderneming grensoverschrijdend wordt verplaatst en rente in rekening wordt gebracht gaat Nederland er in principe zelfs op vooruit. Want, in de binnenlandse situatie wordt slechts over de meerwaarden geheven bij realisatie en in de grensoverschrijdende situatie wordt geheven over de meerwaarden plus de in rekening gebrachte rente. De Staatssecretaris hoeft overigens niet bang te zijn dat het uitstel eindelijk zal worden uitgesteld, zeker nu ook partiële realisatie plaatsvindt en dus in beide situaties invordering van belastingheffing op hetzelfde tijdstip zal geschieden.<sup>634</sup>

Een ander argument waar de Staatssecretaris zich op beroept, is dat omdat de belastingschuld vastgesteld is op het emigratiemoment, daaraan de conclusie mag worden verbonden dat dan ook rente in rekening mag worden gebracht.<sup>635</sup> Dit komt mij voor als een onredelijk argument. De belastingschuld wordt op het emigratiemoment vastgesteld, omdat dat het meest efficiënte en effectieve moment is om het verschil tussen de fiscale boekwaarden op de balans en de waarde in het economisch verkeer van de onderneming vast te stellen. Hoewel het in andere uitstelsituaties terecht kan zijn dat op deze wijze invorderingsrente wordt geheven, kan het hier EU-rechtelijk niet volstaan.

Gezien de overwegingen in National Grid Indus en de recente arresten is de Nederlandse implementatie van het in rekening brengen van invorderingsrente (helaas) geen rare uitkomst. Toch wordt de vrijheid van vestiging in wezen niet bevorderd en de Staatssecretaris had zijn conclusies daaraan moeten verbinden. Het is niet bekend hoe het HvJ over het in rekening brengen van invorderingsrente zoals die geïmplementeerd is in de Nederlandse Wet, zal oordelen. Echter, het lijkt mij vrij zeker dat met name wanneer de ontvanger bedingt dat de rente na drie jaar jaarlijks zal moeten worden betaald, dit een strijdigheid met het recht op vrij vestiging inhoudt.<sup>636</sup>

Tot slot, het in rekening brengen van rente bij uitstel gaat - omdat het niet nodig is om de evenwichtige heffingsbevoegdheden te verdelen - verder dan noodzakelijk kan worden geacht. Het economisch- of rentenadeel resulteert in een onevenredige regeling.<sup>637</sup> Hoewel de zesde vraag van het beslisschema niet meer beantwoord hoeft te worden, slaagt de regeling ook niet voor de evenwichtigheidsdoelstellingen. Het evenwicht wordt verstoord doordat de rente de overheid onnodig verrijkt en de belastingplichtige onnodig wordt verarmd.

<sup>630</sup> Lambooj is het met deze gedachte lijn eens. Zie M.V. Lambooj, *Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*, NTFRB2013-3, blz. 5 en 6.

<sup>631</sup> Ten opzichte van de binnenlandse situatie; de belastingplichtige die de zetel binnen Nederland verplaatst. Het uitsteloptie dient niet alleen de onmiddellijke liquiditeitsproblemen op te lossen, maar ook economische belemmeringen te voorkomen.

<sup>632</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013, *Uitstel van betaling exitheffingen*, blz. 2. Het rentepercentage bij de bank zal afwijken van de invorderingsrente, toch is dit een goed punt.

<sup>633</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 3.

<sup>634</sup> Idem, blz. 3. Het uitstel zal niet verder worden uitgesteld dan in de binnenlandse situatie.

<sup>635</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013, *Uitstel van betaling exitheffingen*, blz. 7.

<sup>636</sup> Jaarlijkse rentebetalingen zouden weer tot liquiditeitsproblemen kunnen leiden, doordat dit niet gekoppeld is aan realisatie.

<sup>637</sup> De derde mogelijkheid – waar de belastingplichtige voor kan kiezen om de schuld in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen – biedt ook geen oplossing omdat dit eveneens gepaard gaat met invorderingsrente.



### 6.3.2.2 Onderdeel: zekerheidstelling

Indien voor uitstel tot realisatie is gekozen, dient de belastingplichtige over de belastingschuld zekerheid te verstrekken in de vorm van bijvoorbeeld een bankgarantie. Dit is op basis van de rechtsoverweging<sup>638</sup> in National Grid Indus – waar vermeld is dat de kans op niet-invordering van de belastingschuld stijgt naarmate de tijd verstrijkt en daarvoor garanties mogen worden geëist – in de Nederlandse Wet opgenomen.

Bij de nadere beschouwing van National Grid Indus was al vermeld dat volledige zekerheidstelling zeer belemmerend kan zijn. Een bankgarantie kost geld<sup>639</sup> en ontnemt het genot van het verstrekte vermogen. Er gaat dan ook een ontmoedigend effect uit van een geëiste bankgarantie, hetgeen een grensoverschrijdende zetelverplaatsing kan bemoeilijken. Het is echter ook begrijpelijk dat de Staatssecretaris zekerheid verlangt, daar het HvJ dit in National Grid Indus expliciet benoemd heeft en Nederland simpelweg belastingontwijking wil voorkomen. De Staatssecretaris geeft bij de beantwoording van vragen van de NOB aan, dat de ontvanger ter zake van belastingplichtigen die niet in Nederland gevestigd zijn, nauwelijks invorderingsacties kan ondernemen.<sup>640</sup> Daarnaast is het continue zicht dat de ontvanger op binnenlands belastingplichtigen wel heeft, in grensoverschrijdende situaties verloren.<sup>641</sup> Het gevaar van dooremigratie is mijns inziens ook reëel. Wanneer geen zekerheidstelling is verstrekt, kan de belastingplichtige eerst naar een EU- of EER-staat emigreren en vervolgens de zetel verplaatsen naar een derde land. Nederland zal dan doorgaans geen invorderingsacties meer kunnen ondernemen en de belastingschuld niet kunnen invorderen.<sup>642</sup>

Het komt mij voor dat een vorm van zekerheid – zodat Nederland de vastgestelde belastingschuld daadwerkelijk kan invorderen – gerechtvaardigd kan zijn. Het in alle gevallen vereisen van zekerheid zal echter, om de woorden van Lambooy te citeren, ‘*op Europees drijfzand*’ gestoeld zijn.<sup>643</sup> Dat het wel eens op Europees drijfzand gestoeld zou zijn, komt met name door de uitlatingen die zijn gedaan in het arrest Arcade Drilling en door de advocaat-generaal in het arrest Commissie vs. Portugal.<sup>644</sup> Eerder is besproken dat daar een genuanceerder beeld werd geschetst, waarbij alleen zekerheid zou moeten worden verstrekt indien er sprake is van een ‘*werkelijk en ernstig risico op niet-invordering*’. Wellicht dat het HvJ in de toekomst een soortgelijke beslissing neemt, met als gevolg dat het in beginsel vereisen van volledige zekerheid, in strijd met het recht op vrije vestiging is.<sup>645</sup> Logisch ook, want het is toch te vergaand om aan zetelverplaatsing een algemeen vermoeden van belastingontwijking te verbinden. Dit was tevens niet de rechtvaardigingsgrond in National Grid Indus. Maatwerk, waarbij voor zover mogelijk wordt aangesloten bij het risico op belastingontwijking, kan een meer proportionele oplossing bieden.

Op het vereisen van volledige zekerheid werd in de literatuur een hoop kritiek geuit en het bracht een hevige discussie teweeg in de Eerste Kamer. Het CDA had meerdere malen vraagtekens gezet bij de evenredigheid van een

<sup>638</sup> HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 74.

<sup>639</sup> Voor het in stand houden van de bankgarantie moet (jaarlijks) een bedrag worden betaald en een hogere bankrente kan verschuldigd zijn door een verminderde kredietwaardigheid van de onderneming.

<sup>640</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 8.

<sup>641</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013, ‘*Uitstel van betaling exitheffingen*’, blz. 5.

<sup>642</sup> Art. 6d, vierde lid Uitvoeringsregeling IW’90 – waar opgenomen is dat de belastingschuldige de ontvanger in kennis moet stellen van dooremigratie – doet hier niks aan af.

<sup>643</sup> Zie M.V. Lambooy, ‘*Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*’, NTFRB2013-3, onderdeel 8.

<sup>644</sup> Zie Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal), r.o. 82 en EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS), r.o. 101.

<sup>645</sup> Het HvJ en het EVA-Hof nemen kennis van de beslissingen die zij nemen. Het HvJ – hoewel niet verplicht – zou in de toekomst dit genuanceerdere beeld inzake de mate van zekerheidstelling over kunnen nemen.

volledige zekerheidstelling.<sup>646</sup> Deze discussie werd voortgezet bij de openbare behandeling van de Wet uitstel van betaling exitheffingen waar met name Essers een uitgebreid betoog hield.<sup>647</sup> Hij vond dat de keuze voor uitstel te onaantrekkelijk werd gemaakt door met name de vereiste zekerheidstelling. Het vereisen van zekerheid zou volgens hem pas moeten worden toegestaan als aan de solventie van het betreffende bedrijf kan worden getwijfeld. Of, indien het bedrijf in kwestie een slechte reputatie heeft inzake de betaling van belastingschulden. Tot slot geeft hij aan dat het geen reden is om aan de betaling te twijfelen, wanneer geëmigreerd wordt naar lidstaten die volledig meewerken aan de invordering van de belastingschulden. Hij is dus eveneens voorstander van maatwerk, waarbij per geval wordt gekeken naar de feitelijke invorderingsrisico's.

De uitgebreide discussie in de Eerste Kamer heeft zijn vruchten afgeworpen,<sup>648</sup> want de Staatssecretaris zegt toe dat bij het vereisen van zekerheid, de ontvanger rekening kan houden met de omstandigheden van het geval.<sup>649</sup> De hoogte en de vorm van de zekerheid kan variëren, hetgeen afhankelijk kan zijn van de verhaalsmogelijkheden en het invorderingsrisico dat de ontvanger loopt. In de openbare behandeling van het Wetsvoorstel werd deze toezegging door de Staatssecretaris meer concreet gemaakt. Bij het verlangen van zekerheid zal onder andere de verwachte duur van het uitstel een rol spelen. Hiernaast is het fiscale gedrag van de ondernemer in kwestie van belang en wordt gekeken naar de aard van de activa.<sup>650</sup> Tot slot resteert de vraag, of er wordt verhuisd naar een plek waar behoorlijk zicht is op de onderneming?<sup>651</sup> Dit zou allemaal uitgewerkt worden in de Leidraad Invordering 2008. De ontvanger heeft daarmee een discretionaire bevoegdheid verkregen, welke begrensd wordt door datgene dat in de wet en richtlijnen is geregeld.<sup>652</sup>

De Staatssecretaris heeft de toezegging inzake maatwerk bij zekerheidstelling waargemaakt door in juni 2013 een besluit te publiceren, waarin de Leidraad Invordering 2008 werd gewijzigd.<sup>653</sup> Er wordt daarin vermeld dat *'de hoogte van de zekerheid niet in alle gevallen gelijk hoeft te zijn aan het bedrag van de exitheffing'*. Het risico op niet-invordering speelt daarbij een belangrijke rol. De factoren die invloed zullen hebben op de mate van zekerheid zijn in de onderstaande tabel weergegeven.

| <b>Drie factoren van invloed:</b>                    |
|--|
| 1. De verwachte duur van het uitstel. <sup>654</sup> |
| 2. Het fiscale gedrag van de ondernemer in kwestie.  |
| 3. De aard van de activa.                            |

Tabel 6.2: Factoren van invloed op mate van zekerheid bij exit als opgenomen in de Leidraad Invordering 2008.

Het is goed dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen, in tegenstelling tot de staat van het Wetsvoorstel in de Tweede Kamer, op het punt van zekerheid wel maatwerk is gaan bieden.<sup>655</sup> De vraag is of de wijziging in de Leidraad Invordering 2008 een grote invloed zal hebben, of dat slechts in enkele gevallen zal worden afgeweken van volledige zekerheidstelling. Als in de praktijk blijkt dat in beginsel nog steeds een maximale zekerheidstelling

<sup>646</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. B en D.

<sup>647</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013 EK, *'Uitstel van betaling exitheffingen'*, blz. 1 - 3.

<sup>648</sup> Hiernaast heeft de Staatssecretaris vermoedelijk ook ingezien dat een volledige zekerheidstelling, gezien de recente jurisprudentie, op Europees drijfzand was gestoeld. De vraag is in hoeverre de Staatssecretaris zijn eerdere standpunt, waarin hij meldde dat hij zijn maximale bevoegdheden zal inzetten, achter zich zal laten.

<sup>649</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 2.

<sup>650</sup> Bijvoorbeeld of de activa makkelijk verplaatsbaar zijn.

<sup>651</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013 EK, *'Uitstel van betaling exitheffingen'*, blz. 4.

<sup>652</sup> Idem, blz. 7.

<sup>653</sup> Zie Besluit Staatssecretaris van Financiën, 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, stcrt. 2013, 17703.

<sup>654</sup> Dit sluit aan bij rechtsoverweging 74 van National Grid Indus inzake de bankgarantie.

<sup>655</sup> De plek waar naartoe wordt verhuisd, wordt echter niet als factor genoemd in de Leidraad Invordering 2008. Wellicht dat onderscheid maken tussen lidstaten inzake de invorderingsrisico's, tot teveel discussies zou leiden.

wordt gehanteerd, tenzij duidelijk blijkt dat een van de `verzachtende omstandigheden` van toepassing zijn, is het mijns inziens nog steeds te stringent. Het is pas evenredig als in de praktijk blijkt dat zeer regelmatig wordt afgeweken van volledige zekerheidstelling.

Samenvattend heeft de lidstaat het recht om de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst te belasten. Een behoorlijke zekerheid moet verschaft worden, zodat de lidstaat van vertrek daadwerkelijk kan heffen. Daar de Invorderingsverdragen tot op heden een onvoldoende uitwerking schijnen te hebben, is het noodzakelijk dat de belastingplichtige waaraan uitstel tot realisatie is verleend, een bepaalde mate van zekerheid verstrekt. De recente jurisprudentie wijst ook in die richting.<sup>656</sup> Het is positief dat de Staatssecretaris bij de openbare behandeling van het Wetsvoorstel, van een – zeer belemmerende - volledige zekerheidstelling is afgestapt.<sup>657</sup> De huidige Wet uitstel van betaling exitheffingen biedt inzake de vereiste zekerheidstelling een vorm van maatwerk. Vooralsnog doe ik de voorzichtige conclusie dat de regeling op het onderdeel `zekerheidstelling` voldoende evenredig is. Het vereisen van zekerheid, wanneer het risico op niet-invordering hoog wordt ingeschat, gaat niet verder dan noodzakelijk is geacht. Blijkt echter dat in de praktijk alsnog zeer regelmatig om volledige zekerheidstelling wordt gevraagd, dan is de regeling niet evenredig genoeg.<sup>658</sup> Wat betreft de evenwichtigheid van de zekerheidstelling, komt het mij toe dat de regeling voldoende evenwichtig is.<sup>659</sup> Belastingplichtigen kunnen argumenten inzetten om de hoogte van de vereiste zekerheid te verminderen en de Nederlandse belastingdienst kan op haar beurt een maximale zekerheid vereisen indien het risico op belastingontwijking van de emigrant hoog wordt ingeschat.<sup>660</sup>

Als in de toekomst blijkt dat de Invorderingsverdragen<sup>661</sup> die in de EU van kracht zijn, sterk verbeterd worden, zal de mate van zekerheidstelling moeten worden verminderd of op basis van het EU-recht helemaal geschrapt kunnen worden.<sup>662</sup> Het verbeteren van de inlichtingen en bijstand bij invordering is een mooi streven. Vooralsnog is op zijn minst een beperkte mate van zekerheidstelling in overeenstemming met het EU-recht.

### 6.3.2.3 Onderdeel: administratieve verplichtingen en partiële realisatie

Om te controleren of en in hoeverre het uitstel zal moeten worden beëindigd, zal de belastingplichtige aan verschillende administratieve verplichtingen moeten voldoen.<sup>663</sup> De belastingplichtige zal de benodigde gegevens moeten verstrekken waaruit kan worden afgeleid in hoeverre het belastinguitstel dient te worden beëindigd.<sup>664</sup>

De administratieve verplichtingen zijn noodzakelijk, maar het is wel belangrijk dat deze op de minst belemmerende manier worden ingericht. In de Eerste Kamer heeft er overigens nauwelijks discussie plaatsgevonden omtrent deze verplichtingen. In de toelichting van de Staatssecretaris inzake de vereiste administratie, kwam naar voren dat alleen de (partiële) realisatie van de relevante vermogensbestanddelen die naar het buitenland zijn overgebracht,

<sup>656</sup> In het bijzonder het arrest *Arcade Drilling* en arrest *Commissie vs. Portugal*.

<sup>657</sup> Aan zetelverplaatsing kan immers niet een algemeen vermoeden van belastingontwijking worden verbonden.

<sup>658</sup> Lambooy vroeg zich ook af of de toezegging van de Staatssecretaris veel gevolgen zou hebben inzake de mate van zekerheidstelling; zie M.V. Lambooy, *'Exit heffing: nog steeds een hot topic?'*, NTFRB2013-28, onderdeel 5, vijfde alinea.

<sup>659</sup> Voor de belastingplichtige kan maatwerk bij het verstrekken van zekerheid in combinatie gezien met de andere voorwaarden – invorderingsrente en administratieve verplichtingen – alsnog onevenwichtig uitpakken.

<sup>660</sup> Mogelijk nadeel ziet hier op de uitvoering: de discussies tussen de ontvanger en belastingplichtige kunnen langdurig zijn.

<sup>661</sup> Zoals de Richtlijn 2010/24/EU (bijstand bij invordering) en Richtlijn 2011/16/EU (administratieve samenwerking). Zie ook de Nederlandse implementatie van Richtlijn 2010/24/EU: *'Wet wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingsschulden 2012'*, Stb. 2011, 632.

<sup>662</sup> De Invorderingsverdragen zullen dan op termijn daadwerkelijk tot een efficiënte en effectieve grensoverschrijdende invordering moeten leiden.

<sup>663</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 2. Bij ministeriële regels kunnen omtrent de administratieve verplichtingen nadere voorwaarden worden gesteld.

<sup>664</sup> De Staatssecretaris legt niet uit wat deze `benodigde gegevens` inhouden, maar duidelijk is dat uit de gegevens in ieder geval de (partiële) realisatie moet blijken.

moet worden weergegeven.<sup>665</sup> Daarnaast zullen de ministeriële regels worden aangepast, als deze verplichtingen alsnog te stringent blijken. Vooralsnog klinkt dit positief, echter de praktijk zal moeten uitwijzen of de administratieve vereisten werkelijk niet verder gaan dan noodzakelijk wordt geacht. Tot op heden bestaat er nog onduidelijkheid omdat nog geen regeling is gepubliceerd waarin de administratieve vereisten helder worden weergegeven.<sup>666</sup> Gehoopt mag worden dat de ontvanger zich werkelijk flexibel opstelt en niet meteen het volledige belastinguitstel beëindigd, ingeval de belastingplichtige bij uitzondering niet aan de administratieve vereisten heeft weten te voldoen.<sup>667</sup>

Lambooij meldt dat het vereisen van de nodige administratie voor een mogelijk onbeperkte periode ook in strijd met de vrijheid van vestiging kan zijn.<sup>668</sup> De administratieve kosten kunnen natuurlijk wel behoorlijk oplopen, zeker als de invordering tien tot twintig jaar wordt uitgesteld.<sup>669</sup> Toch ontkom je niet aan een bepaalde mate van administratie, daar het noodzakelijk is om tot de juiste vaststelling van de partiële realisatie te komen.<sup>670</sup> De ondernemingen die opzien tegen de administratieve verplichtingen, kunnen voor de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen opteren. De Wetgever biedt hiermee, met name de ondernemingen die complex in elkaar zitten en administratieve problemen voorzien, een redelijk alternatief. Dat soort complexe ondernemingen hoeven - zoals door het HvJ beslist werd in *National Grid Indus* – nu niet noodzakelijkerwijs voor de onmiddellijke afrekening te kiezen.<sup>671</sup> Minpunt is dat de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen eveneens gepaard gaat met invorderingsrente, hetwelk geconcludeerd op basis van de eigen analyse strijdigheden vertoond met het Europees recht.

Om de binnenlandse en grensoverschrijdende situaties in beginsel hetzelfde trachten te behandelen door met de belastinginvordering aan te sluiten bij realisatie, moet ook rekening worden gehouden met de fiscale reserves. De Staatssecretaris meldt dat de fiscale reserves – zoals de egaliseringsreserve, de oudedagsreserve en de herinvesteringsreserve<sup>672</sup> – ook hun toepassing vinden in de grensoverschrijdende situaties.<sup>673</sup> Het is positief dat het belastinguitstel, net als in de binnenlandse situatie, op deze manier verlengd kan worden. De administratie daaromtrent moet natuurlijk wel weer worden bijgehouden, wat de regeling er niet eenvoudiger op maakt. Dit geldt ook voor het bijhouden van de partiële realisatie. De economische en fiscale afschrijvingen moeten nauwgezet worden gevolgd. Behalve het langdurig bijhouden van de administratie, kan een complexe administratie ook een belemmerende werking hebben. Dit is wederom noodzakelijk wanneer uitgesteld wordt tot realisatie. Voorziet de belastingplichtige door een complexe administratie te hoge kosten, dan zal hij onmiddellijk moeten afrekenen of kunnen opteren voor de betaling in tien jaarlijkse termijnen.

---

<sup>665</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. 5, blz. 9.

<sup>666</sup> Het zou de duidelijkheid ten goede zijn gekomen indien de administratieve verplichtingen meteen in de Wet waren opgenomen. Zie ook D.E. van Sprundel, *Wet uitstel van betaling exithellingen: niet EU-proof*, WFR 2012/914, vijfde alinea.

<sup>667</sup> Zie artikel 25a, tweede lid, b IW'90.

<sup>668</sup> Zie M.V. Lambooij, *Exithelling: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*, NTFRB2013-3, onderdeel 6, tiende alinea.

<sup>669</sup> Als de belastingplichtige kiest voor de belastinguitstel tot realisatie, kunnen de administratieve verplichtingen op de lange termijn onevenwichtig uitpakken.

<sup>670</sup> Ter herinnering de gedane opmerking uit Hoofdstuk 5: *Zonder het bijhouden van een administratie ten aanzien van de vermogensbestanddelen, kan niet opgemaakt worden welke vermogensbestanddelen op welk tijdstip gerealiseerd zijn. Het achterwege laten van de administratieve vereisten zou logischerwijs leiden tot een onnauwkeurige invordering of helemaal geen invordering*.

<sup>671</sup> Zie hiervoor HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 69 – 73. Het HvJ besliste dat de (complexe) ondernemingen die veel administratieve kosten voorzien, voor de onmiddellijke betaling kunnen kiezen. Het HvJ begrijpt dus dat een overmaat aan administratie - waar Lambooij op wees - een belemmering kan zijn, maar ziet de onmiddellijke betaling als de (enige) oplossing. Nederland biedt met de betaling in tien jaarlijkse gelijke termijnen nog een tweede oplossing.

<sup>672</sup> Als de herinvesteringsreserve van toepassing is, zal dit ook moeten gelden voor de ruilarresten.

<sup>673</sup> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262 nr. 3, blz. 5.

Bellingwout heeft reeds aangegeven dat het maar de vraag is of de winst die een onderneming na zetelverplaatsing behaalt, werkelijk de realisatie vormt van de bij emigratie aanwezig zijnde stille reserves, open reserves en goodwill.<sup>674</sup> Hij gaf als voorbeeld aan een licentieovereenkomst, die na zetelverplaatsing wordt gesloten op basis waarvan royalty's gaan stromen. Is de vergoeding hiervoor voor een deel toerekenbaar aan de ondernemingsactiviteit na zetelverplaatsing?<sup>675</sup> Mijns inziens is het toerekenen van de winsten een probleem `van alle tijden`, maar geprobeerd moet worden om de heffingsbevoegdheden in evenwicht te houden. In grensoverschrijdende situaties bestaat echter altijd de kans dat een klein deel van de belastingheffing tussen wal en schip valt. Anderzijds kan natuurlijk ook over een deel dubbele belasting plaatsvinden. Dit staat los van het verlenen van een step-up, hetwelk overigens wel - indien dit door alle lidstaten zal worden toegepast – een hoop dubbele belasting en non-belasting kan voorkomen.

Hoewel hiervoor met name de noodzakelijkheid van de administratieve vereisten is benadrukt, zijn er nog altijd twee belangrijke kritiekpunten die zien op de partiële realisatie. Ten eerste zal moeten blijken of het HvJ het partieel realiseren ten aanzien van alle vermogensbestanddelen in overeenstemming met het EU-recht beslist. In het arrest Commissie vs. Denemarken is beslist dat ter zake van de vermogensbestanddelen die normaliter niet verkocht worden, voor de belastinginvordering op een andere moment mag worden aangesloten dan de uiteindelijke vervreemding daarvan.<sup>676</sup> Een gereede kans bestaat dus dat het HvJ, wanneer partiële realisatie nu ook plaatsvindt ter zake van vermogensbestanddelen die in de regel wel verkocht worden, dit in strijd met het recht op vrije vestiging acht. Anderzijds is het de vraag of het HvJ dit werkelijk als strijdig zal verklaren, indien Nederland kan aantonen dat met de partiële realisatie de belastinginvordering in de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie in feite gelijk wordt getrokken. Ten tweede kan de belastingplichtige in betalingsproblemen komen, indien de economische waarde van de vermogensbestanddelen na zetelverplaatsing flink in waarde dalen<sup>677</sup> en de belastingplichtige gedurende die periode een aantal jaren verlies lijdt. Dan zullen de benodigde liquiditeiten niet of beperkt aanwezig zijn om de belasting te voldoen voor zover partiële realisatie heeft plaatsgevonden. Lambooij geeft ook aan dat bij partiële realisatie niet gegarandeerd is, dat de onderneming voldoende liquiditeiten beschikbaar heeft om de belasting te betalen.<sup>678</sup> Het is helaas niet een realistisch plan om de regeling zodanig te wijzigen, dat alleen belasting ingevorderd wordt voor zover de betreffende onderneming voldoende betalingscapaciteit heeft.<sup>679</sup> Het zou echter wel positief zijn als in de uitvoering rekening wordt gehouden met bovenstaande situatie. De onderneming zou meer tijd kunnen worden geboden om de belasting te betalen en daarnaast zal voorkomen moeten worden dat de ontvanger meteen een beroep doet op de gestelde zekerheid. Dit kan alsnog worden vastgesteld in de bij ministeriële nadere gestelde regels. De Staatssecretaris gaat in op het standpunt van Lambooij omtrent de partiële realisatie en meldt dat – daarbij verwijzend naar National Grid Indus – dit in overeenstemming is met Europees recht.<sup>680</sup> Hij verzuimt echter in te gaan op de mogelijk optredende liquiditeitsproblemen. Daar draait het standpunt echter om. Partiële realisatie is onevenredig ingeval de onderneming zich na zetelverplaatsing in een (langdurige) verliessituatie bevindt. Daarnaast is op basis van de recente jurisprudentie duidelijk geworden dat partiële realisatie ten aanzien van alle vermogensbestanddelen, mogelijk verder zal gaan dan noodzakelijk kan worden geacht.<sup>681</sup>

---

<sup>674</sup> Zie J.W. Bellingwout en M. Koerts, *'Cartesio, drie jaar later...'*, WFR 2012/12, onderdeel 4.3.

<sup>675</sup> Het is dan moeilijk om een juiste toerekening te maken tussen de twee lidstaten inzake bijvoorbeeld de (opgebouwde) know how, merkrecht en goodwill.

<sup>676</sup> Zie HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken), r.o. 33 – 37.

<sup>677</sup> De economische afschrijving ligt in dit geval ruim boven de fiscale afschrijving.

<sup>678</sup> Zie M.V. Lambooij, *'Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen'*, NTFRB2013-3, onderdeel 6, zevende alinea.

<sup>679</sup> Idem, onderdeel 6, zevende alinea.

<sup>680</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 2 en 3.

<sup>681</sup> Ofwel te onevenwichtig uitpakt, daar de kans bestaat dat de belastingplichtige in liquiditeitsproblemen terecht kan komen.

Mijns inziens is het zo dat het in rekening brengen van invorderingsrente en het partieel realiseren in de Wet min of meer uitwisselbaar kunnen zijn. Hier wordt mee bedoeld dat indien de wetgever besluit om met de realisatie alleen aan te sluiten bij de uiteindelijke vervreemding, het in rekening brengen van rente een minder onevenredige uitwerking zal hebben. Als namelijk geen partiële realisatie zou plaatsvinden, wordt de belastinginvordering in de grensoverschrijdende situatie meer uitgesteld dan in de binnenlandse situatie. In ruil daarvoor kan het redelijk zijn om wel invorderingsrente te rekenen. Het zowel in rekening brengen van invorderingsrente en partieel realiseren gaat in ieder geval verder dan noodzakelijk kan worden geacht.<sup>682</sup>

Geconcludeerd kan worden dat het stellen van bepaalde administratieve vereisten die noodzakelijk zijn voor de correcte invordering van de belastingen, niet verder gaan dan noodzakelijk kan worden geacht. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat alleen de relevante administratie opgevraagd wordt en dat is dan ook positief. De nadere ministeriële regels zijn echter nog niet op een voldoende wijze in een regeling vastgesteld, dus het ontbreekt aan de nodige duidelijkheid.<sup>683</sup> Het vereisen van administratie voldoet ook aan de evenwichtigheidsstoets, tenzij de onderneming dermate complex is. Het HvJ heeft daarvoor echter beslist dat zulk soort ondernemingen voor de onmiddellijke afrekening kunnen kiezen. Nederland biedt voor hen ook nog een tweede oplossing, waar de betaling in tien gelijke jaarlijkse termijnen zal plaatsvinden.

Het is maar de vraag of partiële realisatie in overeenstemming met het EU-recht is. Het HvJ kan beslissen dat partiële realisatie ter zake van alle vermogensbestanddelen verder zal gaan dan noodzakelijk kan worden geacht. Hiernaast kunnen liquiditeitsproblemen optreden indien de onderneming zich na de zetelverplaatsing in een langdurige verliessituatie bevindt en zij daardoor niet de benodigde liquiditeiten heeft om de belasting te voldoen. Toch zal Nederland moeten beargumenteren dat met behulp van de partiële realisatie de invorderingsmomenten in de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie gelijk worden getrokken. Wellicht dat de partiële realisatie dan EU-rechtelijk stand kan houden. Tot slot maakt de partiële realisatie en de verlenging van het belastinguitstel met behulp van de fiscale reserves de regeling er helaas administratief niet eenvoudiger op. Omtrent het realisatiemoment kunnen regelmatig discussies tussen de belastingplichtige en de ontvanger optreden.

#### 6.3.2.4 Onderdeel: overige (kritiek)punten

De belangrijkste voorwaarden die verbonden zijn met het belastinguitstel tot realisatie zijn inmiddels besproken. In dit onderdeel komen de overige kritiekpunten, mogelijke verbeterpunten en opmerkingen ten aanzien van de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan bod.

In de Wet wordt door Nederland - zoals reeds bekend - geen rekening gehouden met de opgetreden waardedalingen van de vermogensbestanddelen na zetelverplaatsing. Nederland voorkomt hiermee niet de tijdelijke liquiditeitsproblemen die kunnen optreden ingeval de belastingplichtige (partieel) realiseert en belastinginvordering plaatsvindt. In de regel zal de onderneming de geleden verliezen in de lidstaat van ontvangst (op termijn) kunnen verrekenen. Dubbele belasting kan wel plaatsvinden ingeval de lidstaat van ontvangst geen step-up verleent. Hoewel het HvJ in *National Grid Indus* impliciet heeft aangegeven dat het verlenen van een step-up de norm zou moeten zijn, hanteren nog niet alle lidstaten een step-up. Mijns inziens hoeft Nederland hiervoor in de Wet uitstel van betaling exitheffingen geen oplossing te bieden. Toch kunnen sommige ondernemingen met dubbele belasting

---

<sup>682</sup> Mijn voorkeur gaat uit naar de partiële realisatie en geen invorderingsrente omdat dan de economische gelijkheid tussen de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie meer gewaarborgd is.

<sup>683</sup> De kans bestaat dat in de uitvoering uiteindelijk toch meer administratie wordt gevraagd dan nodig is.

geconfronteerd worden en daarom wordt nogmaals geadviseerd dat alle lidstaten in de EU de inkomende vennootschappen een step-up gaan verlenen.<sup>684</sup>

In de literatuur<sup>685</sup> is eerder aangegeven dat het wenselijk zou zijn als de belastingplichtige kan opteren om een deel van de belastingschuld onmiddellijk af te rekenen en voor het resterende deel uitstel tot realisatie aan te vragen.<sup>686</sup> De belastingplichtige kan er dan bijvoorbeeld voor kiezen om de invordering van de administratief makkelijk te volgen vermogensbestanddelen uit te stellen tot realisatie en de moeilijk te volgen vermogensbestanddelen meteen af te rekenen. De betalingscapaciteit van de belastingplichtige zal ook van invloed zijn op in hoeverre er onmiddellijk zal worden afgerekend. Dit zou eveneens positief kunnen zijn voor de ontvanger, want de Staatssecretaris heeft al eens aangegeven dat de onmiddellijke invordering van de belastingschuld nog altijd zijn voorkeur geniet.<sup>687</sup>

Uit onder andere de memorie van toelichting in de Eerste Kamer is naar voren gekomen dat Nederland zich bij het HvJ heeft ingespannd om de uitgestelde invordering verplicht te laten begrenzen op een termijn van circa tien jaar.<sup>688</sup> De Staatssecretaris heeft dit punt in de mondelinge behandeling van de zaak tegen Spanje ingebracht.<sup>689</sup> Niet bekend is of het HvJ op dit punt een beslissing heeft genomen. Een begrenzing in de tijd zou de eenvoud van de regeling wel ten goede komen, daar de administratie minder lang hoeft te worden bijgehouden.<sup>690</sup>

Een belangrijke vraag die resteert, heeft te maken met de tariefopstap in de vennootschapsbelasting. Over de eerste 200.000 euro winst wordt 20 procent belasting geheven en over het meerdere 25 procent.<sup>691</sup> De vraag is nu hoe de hoogte van de uitgestelde belastingschuld moet worden vastgesteld, indien er ook een reguliere jaarwinst moet worden belast. Wordt in dit geval de gemiddelde belastingdruk van de twee tarieven berekend en daarna toegerekend aan de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst?

### 6.3.3 Conclusie: voldoet de Wet aan het EU-recht?

In dit onderdeel volgen de conclusies gebaseerd op de bevindingen die zijn opgedaan in de vorige paragrafen. Eerst volgt een overzicht van de EU-rechtelijke gedane conclusies ten aanzien van de belangrijkste voorwaarden die verbonden zijn met het belastinguitstel. Daarna wordt de Wet in zijn totaliteit gezien en de conclusie getrokken of de Wet in overeenstemming is met het EU-recht.<sup>692</sup>

In de onderstaande tabel zijn de belangrijkste conclusies van de verschillende besproken onderdelen weergegeven, geordend naar de mate van strijdigheid. Daarnaast is erbij vermeld of deze onderdelen onevenredig zijn en of ze de evenwichtigheidsstoets kunnen doorstaan. Tot slot is ook vermeld of er liquiditeitsproblemen kunnen optreden en of

---

<sup>684</sup> De uitvoering hiervan kan geschieden in overeenstemming met de beginselen als opgenomen in de Raadsresolutie (voor de behandeling ervan wordt verwezen naar par. 4.5).

<sup>685</sup> Zie G.C.F. van Gelder en B. Niels, *National grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?*, WFR 2012/490, onderdeel 6: Conclusie.

<sup>686</sup> Anderzijds ervoor kiezen om het resterende deel van de belastingschuld in tien gelijke jaarlijkse termijnen betalen.

<sup>687</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 27 november 2012, *Uitstel betaling exitheffingen*, blz. 4.

<sup>688</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 5. Nederland heeft het belastinguitstel niet op eigen initiatief begrensd op tien jaar omdat zij vreest dat dit in strijd is met de vrijheid van vestiging. Een begrenzing in de tijd zou ook kunnen leiden tot een verminderde zekerheidsstelling, daar de invordering niet meer in de verre toekomst kan zijn gelegen.

<sup>689</sup> HvJ EU 25 april 2013, C-64/11 (Commissie vs. Spanje) en Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, Openbare behandeling op 23 april 2013, *Uitstel van betaling exitheffingen*, blz. 5.

<sup>690</sup> Lambooy beschouwd de toezegging van de Staatssecretaris inzake de beperking van het uitstel – indien het HvJ hem hiertoe de mogelijkheid had geboden – als ingetrokken. Zie M.V. Lambooy, *Exit heffing: nog steeds een hot topic?*, NTFRB2013-28, onderdeel 4, eerste alinea.

<sup>691</sup> Zie art. 22 Wet Vpb 1969.

<sup>692</sup> Het is relevant om de Wet in zijn totaliteit te bezien en te concluderen of de Wet dan de evenwichtigheidsstoets kan doorstaan.

de onderneming in de grensoverschrijdende situatie een economisch nadeel ondervindt ten opzichte van de binnenlandse situatie.

| Tabel 6.3  | Welke punten/onderdelen van de Wet:                                 | Onevenredig?   | Onevenwichtig?                                    | Liquiditeitsproblemen?  | Economisch nadeel?                                     |
|--|---|--|---|---|--|
| 1. Strijdigheid met EU-recht is evident: <sup>693</sup>  | Na drie jaar uitstel jaarlijkse rentebetalingen.                    | Ja   | Ja  | Aanwezig  | Beperkt aanwezig <sup>694</sup>                        |
|  | Partiële realisatie in verliessituaties. <sup>695</sup>             | Ja   | Ja  | Aanwezig  | Beperkt aanwezig                                       |
| 2. Mogelijk in strijd met EU-recht, afhankelijk van de uitvoering:                             | Mate van zekerheidsstelling. <sup>696</sup>                         | Nee (in beginsel niet, maar de kans is aanwezig). <sup>697</sup> | Nee (in beginsel niet, maar de kans is aanwezig). | Aanwezig, maar (tot op zekere hoogte) gerechtvaardigd.                | Aanwezig, maar (tot op zekere hoogte) gerechtvaardigd. |
|  | Administratieve verplichtingen.                                     | Nee <sup>698</sup>   | Nee <sup>699</sup>                                | Minimaal en (tot op zekere hoogte) gerechtvaardigd.                   | Minimaal en (tot op zekere hoogte) gerechtvaardigd.    |
| 3. (Nog) niet in strijd verklaard met EU-recht. Wel op basis van eigen analyse: <sup>700</sup> | Het in rekening brengen van invorderingsrente.                      | Ja   | Ja  | Aanwezig (indien na drie jaar uitstel jaarlijks rente wordt betaald). | Aanwezig   |
| Onduidelijkheden (discussies kunnen optreden)  | - Mate van zekerheidsstelling.<br>- Administratieve verplichtingen. | -  | -   | -   | -  |

Tabel 6.3: Conclusies ten aanzien van de belangrijke onderdelen van de Wet uitstel van betaling exitheffingen overzichtelijk weergegeven.

Op basis van de bovenstaande tabel kan geconcludeerd worden dat enkele voorwaarden van de Wet uitstel van betaling exitheffingen strijdigheid met het EU-recht vertonen. Hiermee is de Wet uitstel van betaling exitheffingen en het Nederlands systeem (nog steeds) niet EU-proof.

Als de Nederlandse Wet in de toekomst voor het HvJ komt, bestaat mijns inziens echter de kans dat de Wet wel als EU-proof wordt bestempeld. De belangrijkste onderdelen kunnen op basis van National Grid Indus en de recente

<sup>693</sup> Mijns inziens kan dit – met name door de mogelijk optredende liquiditeitsproblemen - in strijd worden verklaard op basis van de huidige jurisprudentie (National Grid Indus); eveneens op basis van de eigen analyse (met behulp van het beslisschema).

<sup>694</sup> De eerdere belastingheffing ten opzichte van de binnenlandse situatie leidt hier tot een beperkt economisch nadeel.

<sup>695</sup> Ongeacht wat voor een situatie gaat de partiële realisatie - met betrekking tot de vermogensbestanddelen die wel verkocht kunnen worden - mogelijksterwijs verder dan noodzakelijk kan worden geacht.

<sup>696</sup> Om als EU-proof te worden aangemerkt, zal volledige zekerheidsstelling alleen geëist moeten worden indien de risico's werkelijk hoog worden ingeschat.

<sup>697</sup> Op het moment acht ik de mate van zekerheidsstelling met de wijziging van de Leidraad Invordering 2008 in ogenschouw genomen, voldoende evenredig en evenwichtig. Indien in de uitvoering blijkt dat volledige zekerheidsstelling eerder de regel is dan uitzondering en niet aansluit bij de werkelijke risico's, acht ik het echter niet EU-proof.

<sup>698</sup> In beginsel evenredig, tenzij in de uitvoering blijkt dat de administratieve vereisten verder gaan dan noodzakelijk is.

Ondernemingen die een complexe boekhouding voorzien, kunnen opteren voor bijvoorbeeld de betaling in tien termijnen.

<sup>699</sup> Idem (ten aanzien van de evenwichtigheid).

<sup>700</sup> Als het in rekening brengen van invorderingsrente in de toekomst voor het HvJ komt, acht ik de kans niet onwaarschijnlijk dat het – zeker in combinatie met de andere voorwaarden van de Wet – in strijd met het recht op vrije vestiging wordt verklaard.



jurisprudentie de EU-rechtelijke toets mogelijk *net aan* doorstaan.<sup>701</sup> Daarnaast kan de Wetgever ervoor kiezen om toch – in tegenstelling tot wat uit de Kamerstukken blijkt – met de rentebetalingen aan te sluiten bij realisatie, in plaats van om het na drie jaar jaarlijks in rekening te brengen.<sup>702</sup> Partiële realisatie is *mogelijkerwijs* in strijd omdat dit zich niet beperkt tot de vermogensbestanddelen die normaliter niet vervreemd zullen worden. Een evidente strijdigheid werd daarbij geconstateerd wanneer een onderneming zich in een langdurige verliessituatie bevindt. Dit zal in de regel niet voorkomen, dus de kans is vrij klein dat dit in een zaak naar voren komt.

Hoewel Nederland in een potentiële nieuwe infractieprocedure kan beargumenteren dat zij slechts de randvoorwaarden die zijn neergelegd in National Grid Indus nauwgezet volgt, lijkt het voor Nederland een moeilijke opgave om werkelijk aan te tonen dat de nieuwe Wet de evenwichtigheidstoets kan doorstaan. Staat het belang van een exitheffing inclusief alle voorwaarden in verhouding tot de veroorzaakte belemmeringen daarvan voor het Europese handelsverkeer? Zolang Nederland invorderingsrente in rekening brengt en met de zekerheidstelling niet aansluit bij de werkelijke ernstige risico's, faalt Nederland mijns inziens voor de evenwichtigheidstoets. Wat betreft de jurisprudentie is het positief dat de recente arresten een genuanceerder beeld schetsen. Gehoopt mag worden dat er in de nabije toekomst een beslissing wordt genomen inzake het in rekening brengen van invorderingsrente. Ik acht de kans groot dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen in een toekomstige mogelijke infractieprocedure in strijd met het recht op vrije vestiging wordt verklaard.<sup>703</sup>

Hoewel de kans dus bestaat dat de Wet – met de huidige jurisprudentie - als EU-proof wordt bestempeld, is deze kans niettemin behoorlijk klein. Bij uitstel wordt de belemmering van de onmiddellijke invordering de facto vervangen door diverse andere belemmeringen. Ik acht de kans groot dat de Wet – zeker op de lange termijn - niet EU-rechtelijk houdbaar zal zijn.<sup>704</sup>

Behalve de beoordeling van de afzonderlijke voorwaarden van de Wet is het ook EU-rechtelijk relevant om de Wet in zijn totaliteit te bezien. Kijkend naar de tabel stapelen de liquiditeitsproblemen zich op en wordt de onderneming die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst ook geconfronteerd met economische nadelen. Hoewel voor de afzonderlijke voorwaarden meestal nog beargumenteerd kan worden dat het noodzakelijk is en voor de evenwichtigheidstoets slaagt, zijn de voorwaarden tezamen bezien zo bezwarend dat het evenwicht tussen de belangen van Nederland versus de inwoners, niet meer gewaarborgd is. Al eerder is vermeld dat het erop lijkt dat het HvJ in National Grid Indus de gegeven rechtvaardigingsgrond hoog in het vaandel heeft staan. Bij de redenering dat de belastingschuld is vastgesteld en dat daaraan dan maar een veelvoud aan voorwaarden mag worden verbonden, is het HvJ wellicht enigszins uit het oog verloren dat de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie economisch zoveel mogelijk gelijk moet worden gesteld. Anderzijds is het arrest National Grid Indus niet op alle punten glashelder en daarenboven kan het HvJ niet of nauwelijks hebben voorzien dat de voorwaarden tezamen – met name de Nederlandse implementatie ervan – het belastinguitstel toch wel behoorlijk onaantrekkelijk kan maken.<sup>705</sup>

---

<sup>701</sup> Zie ook V-N 2012/20.11, '*Nadere memorie van antwoord wetsvoorstel uitstel van betaling exitheffingen*', Aantekening (laatste aantekening). Zeker wanneer alleen volledige zekerheidstelling wordt geëist bij een werkelijk en ernstig risico.

<sup>702</sup> Op basis van art. 34 Uitvoeringsregeling IW'90 volgt immers dat de ontvanger '*kan bedingen dat*' de rente na drie jaar jaarlijks in rekening wordt gebracht.

<sup>703</sup> Ook in de literatuur wordt vrijwel unaniem beargumenteerd dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen de strijdigheid met het EU-recht niet oplost. Zie bijvoorbeeld M.V. Lambooy, '*Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*', NTFRB2013-3, onderdeel 9: Conclusie en D.E. van Sprundel, '*Een nieuwe inbreukprocedure komt tot bloei!*', De Aanslag, april 2013.

<sup>704</sup> In het volgende onderdeel volgt meer over de verwachte EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet.

<sup>705</sup> Daarom maakt een toekomstige infractieprocedure tegen Nederland inzake de exitheffingen, een goede kans om aan te tonen dat de wijziging van de Invorderingswet 1990 de vrijheid van vestiging niet genoeg heeft bevorderd.

Bij de vormgeving van de Wet uitstel van betaling exithetfingen had Nederland wel rekening moeten houden met de huidige jurisprudentie, maar eveneens een eigen analyse moeten maken zoals hierboven gedaan is. Dat behoort immers tot de eigen verantwoordelijkheid van Nederland. Een aantrekkelijkere uitstelregeling leidt tot mogelijk iets minder belastinginkomsten, maar bevordert de vrijheid van vestiging.<sup>706</sup> Daarnaast geeft het een goed signaal naar de andere lidstaten om dit voorbeeld te volgen en wordt de imagoschade van een mogelijk toekomstige infractieprocedure, voorkomen.

Ik kijk uit naar de tijd dat – vroeg of laat – een nieuwe infractieprocedure tegen Nederland wordt opgestart of een belastingplichtige een zaak voor de rechter brengt en uitsluitel wordt gegeven over de EU-rechtelijke houdbaarheid van de nieuwe Wet.

In de volgende paragrafen volgen nadere opmerkingen omtrent de Wet. Daarna zal beknopt worden gekeken welke wijzigingen nodig zijn om de Wet meer EU-proof te maken. Ook wordt gekeken uit welke oplossingen Nederland nog meer had kunnen kiezen om de strijdigheid van de onmiddellijke invordering van de exithetfing weg te nemen.

### 6.3.4 Nadere opmerkingen

In de volgende twee paragrafen volgen nadere opmerkingen ten aanzien van de Wet. Eerst wordt de visie van Nederland met betrekking tot de EU-rechtelijke aspecten van de Wet besproken. Daarna wordt de verwachting omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet gepresenteerd.

#### 6.3.4.1 De visie van Nederland met betrekking tot de Wet

De Staatssecretaris heeft met name in de Eerste Kamer meerdere malen uitgebreid betoogd dat de Wet uitstel van betaling exithetfingen in overeenstemming is met het recht op vrije vestiging.<sup>707</sup> De beslissingen die zijn gedaan in National Grid Indus worden – aldus de Staatssecretaris – nauwgezet gevolgd. Hoewel de Staatssecretaris de overwegingen van het EVA-Hof in Arcade Drilling niet van toepassing verklaard op de EU,<sup>708</sup> heeft hij met de wijziging in de Leidraad Invordering 2008 in zekere mate wel laten zien dat kennis is genomen van de recente arresten. Tevens was al vermeld dat hij aan het HvJ heeft gevraagd om het uitstel te beperken in de tijd, naar circa tien jaar.<sup>709</sup> Indien de beperking in de tijd niet ingewisseld wordt voor geen rente en geen zekerheid, bevordert hij de vrijheid van vestiging hiermee niet. Minder belastinguitstel is – wanneer de voorwaarden hetzelfde blijven – in beginsel nog onaantrekkelijker voor de belastingplichtige.

Ondanks dat de Staatssecretaris denkt dat de Wet in overeenstemming is met het EU-recht, verwacht hij wel dat er in de toekomst aan het HvJ gevraagd zal worden *‘verdere opheldering te geven over de concrete invulling van het proportionaliteitsvereiste’*.<sup>710</sup> Hiermee geeft hij ook aan dat er een kans bestaat dat de Wet op enig moment in strijd wordt verklaard met het recht op vrije vestiging. Als er in de toekomst een beoordeling plaatsvindt is mijns inziens de kans groter dat er afbreuk wordt gedaan aan de voorwaarden die verbonden zijn met het belastinguitstel, dan dat deze (nog) ruimer kunnen worden vormgegeven. Het lijkt erop dat het kabinet hoopt dat de Wet op dit moment de Europeesrechtelijke toets *net kan* doorstaan en de gerede kans op strijdigheid in de toekomst daarbij op de koop toe

<sup>706</sup> Als bijvoorbeeld geen rente in rekening wordt gebracht. Daarnaast - wellicht ten overvloede vermeld - zijn de belastinginkomsten hier van een kleine omvang en zullen geen grote impact hebben op de begroting van Nederland.

<sup>707</sup> Dit komt overal terug in: Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262, respectievelijk nr. C, E en openbare behandeling op 23 april 2013, *‘Uitstel van betaling exithetfingen’*.

<sup>708</sup> Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 3.

<sup>709</sup> Met een beperking van het uitstel naar tien jaar vindt er aansluiting plaats met de conserverende aanslag in de aanmerkelijk belangsfeer die bij emigratie wordt opgelegd.

<sup>710</sup> Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 4.

neemt. Wat dat betreft ben ik – zeker gezien bovenstaande uitspraak - het ermee eens dat de aanpak van Nederland wel erg op ‘*Europeesrechtelijke grensverkenning*’ lijkt.<sup>711</sup>

Nederland heeft een eigen verantwoordelijkheid en behoort een goed signaal naar de andere lidstaten te geven, door een exitheffing te hanteren die de vrijheid van vestiging zo weinig mogelijk belemmert.<sup>712</sup> Het ondernemersklimaat in de EU wordt bevorderd indien op dit terrein vooruitgang wordt geboekt. Hier is Nederland helaas niet genoeg in geslaagd doordat teveel wordt vastgehouden aan de (geïnterpreteerde) beslissingen van National Grid Indus. Het ontbreekt in zekere mate aan een langetermijnvisie. Het kabinet heeft vermoedelijk de budgettaire belangen van Nederland hoog in het vaandel staan.<sup>713</sup> Een wat flexibelere houding, waarbij de oplossingsrichtingen van de andere lidstaten goed bestudeerd worden en in overweging worden genomen, had de vrijheid van vestiging meer kunnen bevorderen. Als bijvoorbeeld de invorderingsrente - bij de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen - achterwege was gelaten, had Nederland meer eigen verantwoordelijkheid getoond.

#### 6.3.4.2 Verwachting omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid op de lange termijn

Uit het voorgaande is al duidelijk geworden dat het mij voorkomt dat de Wet niet EU-proof is. In tabel 6.3 is opgemerkt dat liquiditeitsproblemen zich op meerdere vlakken voor kunnen doen. Daarnaast wordt de onderneming die de grens overschrijdt geconfronteerd met economische nadelen. De Wet slaagt mijns inziens dan ook niet voor de evenwichtigheidstoets. De beslissing of de Wet al dan niet EU-proof is, ligt echter in de handen van het HvJ.

Wat betreft het in rekening brengen van invorderingsrente kan het HvJ vasthouden aan de redenatie dat omdat de belastingschuld is vastgesteld, over de uitgestelde invordering rente berekend mag worden. Anderzijds hoop ik dat het HvJ inziet dat de grensoverschrijdende situatie hiermee economisch wordt belemmerd.<sup>714</sup> Wordt het in rekening brengen van invorderingsrente goedgekeurd dan hoop ik wel dat het HvJ inziet dat het zowel in rekening brengen van rente als partieel realiseren te vergaand is. Beide zijn immers niet nodig om de evenwichtige heffingsbevoegdheden te verdelen dat in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Het liefst zie ik de invorderingsrente verdwijnen. Anderzijds als de partiële realisatie in strijd zou worden verklaard, is het in rekening brengen van rente wel voldoende evenredig en mag dan gehandhaafd blijven.<sup>715</sup>

Ik hoop dat het HvJ in de nabije toekomst een beslissing neemt inzake de mate van zekerheidstelling en verwacht dat dit zal aansluiten bij de jurisprudentie van het EVA-Hof. De genuanceerdere kijk op de mate van zekerheidstelling, waarbij de risico's van de emigrant moeten worden beoordeeld, is evenrediger. In de toekomst - wanneer de Invorderingsverdragen daadwerkelijk blijken te werken - kan de vereiste zekerheidstelling bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing (nagenoeg) komen te vervallen.

Nederland heeft in zekere zin ‘hoog ingezet’ met de Wet uitstel van betaling exitheffingen. Door alle mogelijke voorwaarden aan belastinguitstel te verbinden, houdt zij wanneer één van de voorwaarden in strijd met het recht op vrij vestiging wordt verklaard, de andere voorwaarden over. Als een vorm van zekerheidstelling in de toekomst

---

<sup>711</sup> Dit soort uitspraken komen regelmatig voor in de literatuur. Zie M.V. Lambooy, ‘*Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen*’, NTFRB2013-3, onderdeel 9: Conclusie.

<sup>712</sup> Nederland hoeft niet – zoals in de Wet uitstel van betaling exitheffingen is gebeurd – de grenzen op te zoeken van het zogezegd Europeesrechtelijk toelaatbare.

<sup>713</sup> Het belang van de fiscus was immers nadrukkelijk aanwezig geweest bij de vormgeving van de Wet uitstel van betaling exitheffingen.

<sup>714</sup> Ofwel dat naar voren komt dat de beslissingen in National Grid Indus inzake de rente, door Nederland verkeerd geïnterpreteerd is.

<sup>715</sup> Voordeel van het niet aansluiten bij partiële realisatie, is dat de administratieve verplichtingen gesimplificeerd kunnen worden.

strijdig blijkt, heeft Nederland ‘ten minste’ nog de invorderingsrente over. Had Nederland dan met de Wet gekozen voor geen invorderingsrente, dan zou ze in die situatie beide voorwaarden moeten missen.

Desondanks loopt Nederland door hoog in te zetten, het risico op imagoschade indien in een tweede infractieprocedure wederom blijkt dat de exitheffingregeling in de winstsfeer niet goed geregeld is. Het is echter nog niet te laat om imagoschade te voorkomen en de vrijheid van vestiging ter zake van grensoverschrijdende zetelverplaatsingen te bevorderen. In het volgende onderdeel, worden wijzigingen voorgesteld die de Wet meer EU-proof kunnen maken en andere oplossingsrichtingen tegen het licht gehouden.

## 6.4 Voorgestelde wijzigingen van de Wet en andere oplossingsrichtingen

In dit onderdeel worden wijzigingen van de Wet uitstel van betaling exitheffingen voorgesteld. De wijzigingen zullen de Wet meer EU-proof maken. Tegelijkertijd moet ervoor gewaakt worden dat de gerechtvaardigde heffingsbevoegdheid van Nederland over de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst, in stand blijft. Hiernaast worden enkele andere oplossingsrichtingen bekeken, die indien zij een verbetering blijken ten opzichte van de huidige wetgeving, ook in aanmerking komen voor implementatie. In feite wordt een antwoord gezocht op de vraag van het CDA tijdens de Eerste Kamer behandeling of er proportioneelere oplossingen mogelijk zijn, waarbij eveneens een kijkje over de grens kan worden genomen.<sup>716</sup>

### 6.4.1 De Wet wijzigen: wat is het doel?

Eerst zal kort het doel van een wetswijziging geformuleerd worden en welke factoren daarbij in ogenschouw moeten worden genomen.

Het doel om de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan te passen of om eventueel voor een andere oplossingsrichting te kiezen, is kortgezegd om de Wet (meer) EU-proof te maken<sup>717</sup> en dat wordt in feite bereikt als de vrijheid van vestiging gewaarborgd blijft. Bij het tegen het licht houden van andere oplossingen vormen wederom de laatste twee stappen van het beslisschema de leidraad.<sup>718</sup> Een perfecte oplossing zal niet gevonden worden. Belangrijk is echter om de kans dat het HvJ instemt met de gewijzigde regelgeving, sterk te vergroten en daarmee de kans op een tweede infractieprocedure te verkleinen. Tegelijkertijd zal een eventuele gewijzigde Wet moeten voldoen aan de algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving.<sup>719</sup> Hier zal met name de eenvoud van de regeling en de uitvoerbaarheid daarvan een rol spelen.

Het is uiteindelijk de bedoeling dat uitstel van betaling in de regel een aantrekkelijkere optie zal vormen voor de onderneming die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst dan om onmiddellijk af te rekenen.<sup>720</sup> Idealiter, wordt de situatie bereikt dat een binnenlandse en grensoverschrijdende verplaatsing eender of zoveel mogelijk gelijk worden behandeld. Onmiddellijk afrekenen – zonder keuze voor uitstel - was immers in strijd verklaard met het recht op vrije vestiging. Dit houdt grofweg in dat de (eerder vastgestelde) mogelijk optredende liquiditeitsproblemen en economische nadelen – tenzij proportioneel geacht - zoveel mogelijk vermeden moeten worden. Hiernaast kan een makkelijk uitvoerbare en eenvoudige regeling voor zowel de ontvanger als

<sup>716</sup> Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. D.

<sup>717</sup> Daarbij niet het doel van de exitheffing uit het oog verliezen (ter herinnering: in Hoofdstuk 2, par. 2.3.3 was het doel uitgebreid behandeld).

<sup>718</sup> Een antwoord op de vraag of de Wet – indien gewijzigd – wel voldoende evenredig is en slaagt voor de evenwichtigheidsstoets.

<sup>719</sup> Zie F. Pötgens, *‘Exitheffingen; Quo vadunt?’*, VU Amsterdam: Kluwer 2012, blz. 157.

<sup>720</sup> In de regel; want indien een onderneming voldoende liquide is ofwel een zeer complexe administratie verwacht, kan onmiddellijk afrekenen aantrekkelijker zijn.

belastingplichtige ook een positieve impact hebben. Tot slot zal het evenwicht tussen de belangen van de overheid versus de inwoners gehandhaafd moeten blijven. De meest wenselijke oplossing zal waarschijnlijk niet op alle terreinen goed scoren, er zal een afweging gemaakt moeten worden.

Hou in gedachte dat het HvJ - met name in National Grid Indus - de randvoorwaarden heeft geschetst, waarbij in beginsel het uitstel tot realisatie inclusief enkele voorwaarden in overeenstemming met het EU-recht is. Echter, sommige lidstaten kiezen voor andere oplossingen en alhoewel die aantrekkelijk kunnen zijn, is niet duidelijk of het HvJ dit ook zal goedkeuren. Verwacht mag worden dat het HvJ wel enige flexibiliteit toont en dit zal in de volgende onderdelen dan ook in het achterhoofd worden gehouden.<sup>721</sup>

#### 6.4.2 Voorgestelde wijzigingen die de Wet meer EU-proof zullen maken

In dit onderdeel worden wijzigingen voorgesteld die de Wet mijns inziens meer EU-proof zullen maken.

Verbeteringen worden voorgesteld bij zowel het belastinguitstel tot realisatie als de betaling van de belastingsschuld in tien gelijke jaarlijkse termijnen.

##### 6.4.2.1 Uitstel van de invordering tot realisatie

Het positieve van de huidige Wet uitstel van betaling exithellingen is dat met de invordering van de belastingheffing aangesloten wordt op het (partiële) realisatiemoment van de betreffende vermogensbestanddelen. De vrijheid van vestiging wordt in zekere zin bevorderd daar de belastingplichtige niet met een onmiddellijke invordering te maken krijgt bij emigratie. Geconcludeerd is, dat het wegnemen van dit belemmerende aspect ertoe kan leiden dat de Wet de EU-rechtelijke toets van het HvJ mogelijk *net aan* doorstaat.<sup>722</sup> Het doel van de exithelling, die voor de lidstaat van vertrek erin voorziet om in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel daadwerkelijk te heffen en in te vorderen, wordt met de huidige Wet bereikt.

De belangrijkste kritiek op de Wet is dat de belastingplichtige die de feitelijke leiding de grens overbrengt, economisch wordt belemmerd. Het in rekening brengen van invorderingsrente en het vereisen van zekerheid leidt daartoe. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of er verbeteringen zijn te implementeren ten aanzien van de algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving. De regeling is immers niet eenvoudig: er zijn veel voorwaarden van toepassing waar de belastingplichtige goed op zal moeten letten alvorens voor uitstel te verzoeken. De regeling is eveneens uitvoeringstechnisch niet ideaal. Met betrekking tot zowel de administratie en de zekerheidstelling is van tevoren niet duidelijk hoe ver deze vereisten gaan. De onduidelijkheid en de complexiteit kunnen leiden tot lange discussies tussen de ontvanger en de belastingplichtige.

Het komt mij voor dat er duidelijke verbeteringen zijn te implementeren. Ik presenteer daarvoor twee opties met elk hun eigen voorgestelde wijzigingen.

#### **Optie #1. Economisch voordelig:**

De heffing van invorderingsrente gaat voor Nederland - om daadwerkelijk te kunnen heffen en in te vorderen – verder dan noodzakelijk kan worden geacht. Wanneer het heffen van rente pas van start gaat na realisatie, wordt de belastingplichtige niet onnodig economisch belemmerd.<sup>723</sup> Het zal de Wet meer EU-proof maken. Hiernaast zal in de uitvoering bij de mate van zekerheidstelling – indien dit in de praktijk in

<sup>721</sup> Wanneer de wetgeving wordt aangepast op basis van de negatieve integratie is (enige) flexibiliteit ook wel wenselijk.

<sup>722</sup> Dit was eerder beargumenteerd in par. 6.3.3: *Conclusie: voldoet de Wet aan het EU-recht?*.

<sup>723</sup> De liquiditeitsproblemen die kunnen optreden ingeval de rente na drie jaar jaarlijks wordt ingevorderd, zijn dan meteen ook van de baan.

onvoldoende mate gebeurt – aangesloten moeten worden bij de werkelijke risico's die de ontvanger loopt. De ontvanger moet zich flexibel opstellen wanneer de belastingplichtige bij wijze van uitzondering niet aan de vereiste administratieve verplichtingen voldoet en bereid zijn iets meer belastinguitstel verlenen indien partieel gerealiseerd wordt in (langdurige) verliessituaties.

## **Optie #2. Meer belastinguitstel en betere uitvoerbaarheid:**

De tweede optie zal inhouden dat met de invordering van de belasting alleen wordt aangesloten bij de uiteindelijke vervreemding. Het voordeel hiervan, is dat de belastingplichtige meer belastinguitstel zal genieten in de grensoverschrijdende situatie ten opzichte van de binnenlandse situatie. Bijkomend voordeel is dat de administratieve verplichtingen vergaand gesimplificeerd kunnen worden.<sup>724</sup> Mijns inziens is dan slechts een jaarlijkse verklaring waarin vermeld wordt of er vervreemding (realisatie) heeft plaatsgevonden en wat de stand van de fiscale reserves zijn, voldoende informatief. Omdat de ontvanger op deze manier in wezen meer belastinguitstel verleend dan nodig is, kan het in rekening brengen van invorderingsrente ongewijzigd gehandhaafd blijven.<sup>725</sup> Het in rekening brengen van rente is dan voldoende evenredig en evenwichtig geworden. Hetgeen in de eerste optie vermeld is met betrekking tot de mate van zekerheidstelling en de flexibele opstelling van de ontvanger is eveneens hier van toepassing.

Hoewel ik bovenstaande wijzigingen als een verbetering zie, levert het - wanneer deze wijzigingen in de Wet uitstel van betaling exitheffingen worden geïmplementeerd - geen garantie op dat de Wet EU-proof zal worden. Het HvJ zou nadien kunnen beslissen dat het in rekening brengen van rente op de Nederlandse wijze toch te vergaand is. Daarnaast kan het HvJ duidelijk maken dat alleen partieel gerealiseerd mag worden ingeval het vermogensbestanddelen betreft die normaal gesproken niet vervreemd zullen worden en dat dit onderscheid strikt gevolgd moet worden.<sup>726</sup> Desalniettemin moet Nederland met de Wet ook niet te 'laag' inzetten. Ik ben van mening dat voorkomen moet worden dat Nederland heffingsbevoegdheid gaat inleveren en het zo ver zou gaan dat de belastingplichtige er bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing economisch (belastingtechnisch gesproken) op vooruit gaat ten opzichte van de binnenlandse zetelverplaatsing.<sup>727</sup> Omtrent vrijwel alle voorwaarden bij de uitgestelde invordering van de exitheffing bestaat discussie en het lijkt me niet de bedoeling om als overheid op voorhand op alle voorwaarden in te gaan leveren (bijvoorbeeld: geen zekerheidstelling, geen rente, niet of nauwelijks administratie en geen partiële realisatie).<sup>728</sup>

### 6.4.2.2 Betaling in tien gelijke termijnen

Eerder is vermeld dat het valt toe te juichen dat de wetgever de belastingplichtige een tweede mogelijkheid heeft geboden waarin de invordering wordt uitgesteld. In het kader van de eenvoud en de uitvoering is dit een aantrekkelijke optie voor de belastingplichtige. Duidelijk is hoeveel belasting er wordt ingevorderd en op welk

<sup>724</sup> Met minder administratieve verplichtingen gaat de Wet er uitvoeringstechnisch en qua eenvoudigheid op vooruit.

<sup>725</sup> Het in rekening brengen van invorderingsrente kan worden gehandhaafd, echter met de betaling daarvan moet te allen tijde worden aangesloten op het realisatiemoment.

<sup>726</sup> Uit het arrest *Commissie vs. Denemarken* is voornamelijk niet met zekerheid op te maken dat partiële realisatie ten aanzien van de vermogensbestanddelen die te zijner tijd wel verkocht zullen worden, niet mag plaatsvinden. Hiernaast lijkt het erop dat het HvJ de lidstaten enige flexibiliteit biedt met betrekking tot het moment van de belastinginvordering. Zie ook de oplossingsrichting van Zweden in par. 6.4.3 die in overeenstemming met het EU-recht lijkt te zijn.

<sup>727</sup> Dan zou belastingontwijking in de hand worden geroepen. Enige flexibiliteit van het HvJ is ook hier gewenst; als Nederland met wetgeving komt die op een bepaald punt inlevert en op een ander punt de heffing naar zich toetrekt, zou dit gezien het totaalpakket kunnen worden goedgekeurd. Echter, geen garantie is hiervoor geboden.

<sup>728</sup> Oostenrijk voert reeds een naar mijn mening te gunstig beleid ten aanzien van de exitheffingen in de winstfeer. Een grensoverschrijdende zetelverplaatsing wordt in wezen economisch bevoordeeld. Zie de oplossingsrichtingen van enkele andere lidstaten – waaronder die van Oostenrijk - in par. 6.4.3.

tijdstip. Daarnaast hoeft geen administratie te worden verstrekt en dit is positief voor zowel de ontvanger als de belastingplichtige.

Het nadeel hier is eveneens het feit dat er invorderingsrente in rekening wordt gebracht, die na drie jaar zelfs jaarlijks zal moeten worden betaald. De onduidelijkheid die op voorhand bestaat met betrekking tot de mate van zekerheidstelling is ook bij deze uitstelmogelijkheid van toepassing.

Als de wetgever besluit de invorderingsrente achterwege te laten, zal de betaling in tien termijnen een waardige uitstelmogelijkheid vormen voor de belastingplichtige.<sup>729</sup> Wat betreft de mate van zekerheidstelling is in de Leidraad Invordering 2008 de verwachte duur van het uitstel als invloed uitende factor opgenomen.<sup>730</sup> Omdat de verwachte duur van het uitstel in deze situatie zo goed als vastgelegd is en niet in de verre toekomst is gelegen, mag gehoopt worden dat het een positieve impact zal hebben op de mate van zekerheidstelling. Hetgeen in de vorige paragraaf over de mate van zekerheidstelling en de flexibele opstelling van de ontvanger is medegedeeld, geldt eveneens hier.

Een belangrijke kanttekening die nog gemaakt moet worden, is dat de jaarlijkse invordering niet gekoppeld is aan de daadwerkelijke realisatie. De mogelijkheid is dan aanwezig dat de belastingplichtige bij één van de afgesproken betalingen, in liquiditeitsproblemen terecht komt. Dit kan dus – net als bij de onmiddellijke invordering van de exithetfing – strijdig verklaard worden met het recht op vrije vestiging. Gezien de voordelen die deze regeling in het kader van de eenvoud en uitvoerbaarheid biedt en (zeker gezien) het voor de belastingplichtige slechts een tweede uitstelmogelijkheid vormt, is dit een aanvaardbaar risico.<sup>731</sup> Wederom hoop ik dat in de toekomst zal blijken dat het HvJ enige flexibiliteit laat zien met betrekking tot de oplossingen van de lidstaten en deze optie in beginsel – ook al zou dit de enige uitstelmogelijkheid van de lidstaat in kwestie behelzen – in overeenstemming met het EU-recht acht.

### 6.4.3 Oplossingsrichtingen van andere lidstaten

In dit onderdeel worden de oplossingsrichtingen van enkele andere lidstaten (Zweden, Oostenrijk en Denemarken) beknopt beschreven en beoordeeld. Daarna wordt geconcludeerd of Nederland hier lering uit zou kunnen trekken en wellicht op onderdelen implementatie in de Wet kan plaatsvinden.

Bij de behandeling van de Wet in de Eerste Kamer, werd onder andere de vraag opgeworpen of er een andere oplossingsrichting mogelijk zou zijn ter zake van de exithetfingen in de winstsfeer.<sup>732</sup> Een andere oplossing zou de daadwerkelijke heffing voor de lidstaat van vertrek uiteraard veilig moeten stellen, maar kan wellicht een meer proportionele uitwerking voor de belastingplichtige hebben. Gevraagd werd welke oplossingen de andere lidstaten hadden geboden ten aanzien van de uitgestelde exithetfingen.<sup>733</sup> Het antwoord van de Staatssecretaris kwam er in het kort op neer dat de andere lidstaten hun eigen redenen hebben om voor een bepaalde oplossingsrichting te kiezen. Hiernaast kan de nationale wetgeving van de betreffende lidstaat ertoe leiden dat bijvoorbeeld wel of geen

<sup>729</sup> De belastingplichtige zal dan ook niet onnodig economisch worden belemmerd.

<sup>730</sup> Zie de eerste genoemde factor in art. 25a Leidraad Invordering 2008.

<sup>731</sup> Hoewel de eerste betaling al één maand na de dagtekening van het aanslagbiljet moet worden voldaan, is de invordering verspreid over bijna tien jaar. De kans op liquiditeitsproblemen zijn dan zeer klein.

<sup>732</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. D.

<sup>733</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. B, blz. 4 en nr. D.

rente in rekening wordt gebracht.<sup>734</sup> Tot slot is – ongeacht de oplossingen van andere lidstaten – de Nederlandse regeling op basis van de huidige jurisprudentie EU-proof, aldus de Staatssecretaris.<sup>735</sup>

De lidstaten waren (en zijn) op basis van de negatieve integratie gedwongen om hun exitheffingregelingen in overeenstemming met het EU-recht te brengen. Elke lidstaat komt met een unieke regeling en hieronder zal blijken dat de regelingen van de diverse lidstaten sterk uiteenlopen.<sup>736</sup> In de komende jaren zal het zeer interessant zijn om te vernemen welke oplossingen het HvJ EU-proof acht. Biedt het HvJ de lidstaten enige flexibiliteit met betrekking tot hun oplossingen? Tot zover is bekend dat de Commissie haar infractieprocedure tegen Zweden had ingetrokken, naar aanleiding van de wijzigingen die Zweden geïmplementeerd had.<sup>737</sup> Ook heeft de Commissie de infractieprocedures tegen België en Finland ingetrokken. Daarnaast heeft Duitsland de vraag aan het HvJ voorgelegd of de betaling van de exitheffing in termijnen (onafhankelijk van het realisatiemoment) acceptabel is, maar heeft zover mij bekend is hier nog geen antwoord op gekregen.<sup>738</sup>

Alvorens diverse oplossingen worden beschreven en beoordeeld, is het belangrijk te vermelden dat de context van de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie in elke lidstaat anders is. Daar de context kan verschillen, bestaat de mogelijkheid dat een bepaalde oplossingsrichting in de ene lidstaat wel EU-proof is en dit in de andere lidstaat niet het geval is.

Behalve dat Nederland oplossingen eenzijdig kan invoeren, kunnen oplossingen overigens ook gelegen zijn op verdragsniveau of op EU-niveau. Oplossingen die op een hoger niveau worden ingevoerd kunnen in potentie zeer effectief en efficiënt zijn. In de literatuur is een zogeheten woonplaats-gebonden compartimentering<sup>739</sup> beschreven (op verdragsniveau) en een clearingsysteem<sup>740</sup> (op EU-niveau) voorgesteld. Daarnaast zou de invoering van de CCTB<sup>741</sup> eveneens een oplossing kunnen zijn om de belemmeringen die gepaard gaan bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, weg te nemen. Het probleem van al deze voorgestelde oplossingen is dat deze moeilijk haalbaar zijn daar de lidstaten bang zijn om door de invoering ervan heffingsbevoegdheid te verliezen. Er wordt niet verder ingegaan op de oplossingen die op verdrags- of EU-niveau kunnen plaatsvinden en verwezen wordt naar de bestaande literatuur.<sup>742</sup>

Hieronder zullen de oplossingen van respectievelijk Zweden, Oostenrijk en Denemarken volgen.

#### 6.4.3.1 De Zweedse oplossingsrichting

Zweden heeft met ingang van 2010 haar exitheffingregeling in de winstsfeer gewijzigd.<sup>743</sup> Aanleiding hiervoor vormde enerzijds de in 2008 gestarte infractieprocedure tegen Zweden, maar bovenal het feit dat de hoogste

<sup>734</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 2 en HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus), r.o. 73.

<sup>735</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. E, blz. 1.

<sup>736</sup> Elke lidstaat komt met een andere oplossing waarvan door de lidstaat in kwestie gedacht wordt dat die in voldoende mate EU-proof is.

<sup>737</sup> Zie persbericht van de Commissie van 18 maart 2010, IP/10/299. De Commissie is in voldoende mate tevreden met de wijzigingen die Zweden heeft aangebracht ter zake van de exitheffingen. Aangezien de Commissie doorgaans minder belemmeringen proportioneel acht dan het HvJ, lijkt de huidige Zweedse regelgeving daarmee voldoende EU-proof.

<sup>738</sup> Zie Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262 nr. C, blz. 5.

<sup>739</sup> Zie E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', WFR 2005/1613.

<sup>740</sup> P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', NTFR 2002/303. Een soortgelijke oplossing kwam eveneens aan bod bij de behandeling van de Mededeling exitheffingen (zie Hoofdstuk 4).

<sup>741</sup> Common Consolidated Corporate Tax Base.

<sup>742</sup> F. Emmerink, 'De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar', Kluwer, Deventer: 2011, blz. 99 - 102.

<sup>743</sup> Zweden heeft een exitheffingbepaling die vergelijkbaar is met de Nederlandse exitheffingbepalingen.



administratieve rechter in Zweden de toenmalige exitheffingregeling in strijd met het recht op vrije vestiging had verklaard.<sup>744</sup>

Sinds 2010 hebben vennootschappen die vanuit Zweden de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatsen (binnen de EER) de mogelijkheid om voor uitstel van betaling te verzoeken ten aanzien van de bij vertrek aanwezige meerwaarden in vaste activa, voorraden en fiscale reserves.<sup>745</sup> Het uitstel geldt voor één jaar, maar jaarlijks kan een nieuw verzoek worden ingediend om het uitstel te verlengen. Het uitstel zal in beginsel beëindigd worden wanneer de betreffende vermogensbestanddelen worden vervreemd of wanneer de onderneming wordt gestaakt. Hiernaast zal het uitstel ten aanzien van de vaste activa in vijf gelijke termijnen (materiële activa) dan wel in tien gelijke termijnen (immateriële activa) worden beëindigd.<sup>746</sup> Er vindt derhalve – voor een groot deel – een geleidelijke invordering van de vastgestelde belastingschuld plaats, waarbij geprobeerd is om aansluiting te vinden met de heffingssystematiek had een vennootschap haar zetel binnen Zweden verplaatst.<sup>747</sup> Er wordt tot slot geen bankgarantie geëist en rente wordt niet in rekening gebracht, dus dat is voor de belastingplichtige zeer gunstig. Zie onderstaande tabel voor een schematisch overzicht:

|   |  |
|---|--|
| Uitstelfaciliteit                               | Jaarlijks zal moeten worden verzocht om uitstel.   |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (i)  | Bij uiteindelijke vervreemding of bij staking.   |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (ii) | In vijf of tien gelijke jaarlijkse termijnen ter zake van respectievelijk de materiële- en immateriële activa. |
| Waardeverminderingen                            | Er wordt geen rekening met waardeverminderingen gehouden.  |
| Administratie                                   | Administratievereisten zijn vermoedelijk eenvoudig.  |
| Rente   | Geen rente wordt berekend.   |
| Zekerheidstelling                               | Geen bankgarantie of een andere zekerheid wordt geëist.  |

Tabel 6.4: Overzicht belangrijkste onderdelen van de Zweedse exitheffingregeling.

De vraag is of de huidige Zweedse Wet werkelijk in overeenstemming met het EU-recht is. Het feit dat jaarlijks om uitstel moet worden verzocht, lijkt een belemmering te zijn voor een emigrerende onderneming. Als dit echter feitelijk inhoudt dat elk jaar een simpele verklaring moet worden afgegeven, waarin vermeld is dat geen vervreemding en staking heeft plaatsgevonden, is dit EU-rechtelijk in overeenstemming.<sup>748</sup> Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de belastinginvordering in verband met de vaste activa in vijf dan wel tien jaarlijkse termijnen, EU-rechtelijk volstaat. Er wordt daarmee immers niet aangesloten op de daadwerkelijke realisatie van de betreffende activa. De context in Zweden – de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie vergeleken – is van een dusdanige aard dat de invordering op deze wijze mijns inziens wel voldoende EU-proof is. *Emmerink* legt uit dat vennootschappen in Zweden de keuze hebben uit twee afschrijvingsmethoden.<sup>749</sup> Bij de eerste methode wordt elk jaar 20% lineair afgeschreven en bij de tweede methode wordt jaarlijks 30% van de restwaarde afgeschreven. Hoewel de belastinginvordering in de grensoverschrijdende situatie in de regel even lang of langer duurt dan de volledige afschrijvingstermijn in de binnenlandse situatie,<sup>750</sup> wil dit niet zeggen dat een onderneming in de grensoverschrijdende situatie in de eerste jaren ook de betalingscapaciteit heeft om de jaarlijkse betalingen te

<sup>744</sup> Persbericht van de Commissie van 18 september 2008, IP/08/1362 en F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar*, Kluwer, Deventer: 2011, blz. 92.

<sup>745</sup> Zie bijv. F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar*, Kluwer, Deventer: 2011, blz. 92.

<sup>746</sup> Behalve dat bij emigratie het belastbare bedrag berekend moet worden, zal eveneens daarbij het onderscheid tussen de materiële- en immateriële activa worden vastgesteld.

<sup>747</sup> Verderop worden de afschrijvingsmethoden van Zweden beschreven.

<sup>748</sup> In feite wil Zweden dat jaarlijks een verklaring wordt ingeleverd waarna het uitstel desgewenst verlengd kan worden. Nederland wil jaarlijks ook de benodigde administratieve gegevens ontvangen, maar zal het uitstel beëindigen ingeval de belastingplichtige hier niet aan voldoet.

<sup>749</sup> F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar*, Kluwer, Deventer: 2011, blz. 94.

<sup>750</sup> De invordering in de grensoverschrijdende situatie ten aanzien van vaste activa geschiedt in vijf jaar ('even lang') dan wel tien jaar ('langer').

voldoen. Toch zal wanneer de onderneming in de grensoverschrijdende situatie tegelijkertijd een hogere afschrijving geniet,<sup>751</sup> in de regel wel voldoende betalingscapaciteit aanwezig zijn. In combinatie gezien met de eenvoud, de wenselijke uitvoering, geen rente in rekening wordt gebracht en geen zekerheidstelling wordt geëist, acht ik de kans groot dat het HvJ de Zweedse regeling in overeenstemming met het EU-recht beslist.

De lering die Nederland uit de Zweedse oplossing kan trekken, is dat Zweden geen rente in rekening brengt. Dit is ook één van de voorgestelde wijzigingen die ik zowel bij het uitstel tot realisatie dan wel de betaling in termijnen heb voorgesteld. Daarnaast is uitvoerbaarheid van de Zweedse regeling indrukwekkend. Voor een groot deel van de belastingschuld vindt de betaling in vastgestelde termijnen plaats en dat zorgt voor minimale administratieve vereisten.<sup>752</sup> De verschillende invorderingstermijnen met betrekking tot de materiële- en immateriële activa biedt voldoende maatwerk en Nederland zou dit onderscheid bij de betaling in gelijke termijnen wellicht ook kunnen aanbrenge<sup>753</sup>.

|   |  |
|---|--|
| + | Er wordt geen rente in rekening gebracht.  |
| + | Relatief eenvoudig en makkelijk uitvoerbaar.   |
| + | Voldoende maatwerk geboden bij de invordering in vijf dan wel tien termijnen.                      |
| - | Mogelijk bezit de onderneming in de eerste jaren na emigratie een onvoldoende betalingscapaciteit. |

Tabel 6.5: Belangrijkste voor- en nadelen van de Zweedse exithetffingregeling.

#### 6.4.3.2 De Oostenrijkse oplossingsrichting

Sinds 2007 bezit Oostenrijk ten aanzien van de exithetffing eveneens een uitstelmogelijkheid (onder andere) ingeval een vennootschap de feitelijke leiding naar een EU of EER-staat verplaatst.<sup>754</sup> Op verzoek kan de belastingplichtige uitstel aanvragen over het van toepassing zijnde bedrag. Bij emigratie geldt voor de zelfontwikkelde immateriële activa een terugname van de eerder afgetrokken kosten, welke forfaitair wordt vastgesteld op 65% van de waarde van het immateriële activum.<sup>755</sup> Oostenrijk houdt vervolgens rekening met waardeverminderingen indien de lidstaat van ontvangst dit niet doet en na tien jaar wordt het uitstel beëindigd en het resterende openstaande bedrag kwijtgescholden.<sup>756</sup> Voor zover bekend wordt geen rente berekend en vindt geen zekerheidstelling plaats.<sup>757</sup> Hieronder volgt een schematisch overzicht:

<sup>751</sup> Ingeval de lidstaat van ontvangst een step-up hanteert.

<sup>752</sup> De momenten van belastinginvordering zijn voor een groot deel al vastgelegd en omdat geen zekerheid wordt vereist kunnen daarover ook geen discussies optreden.

<sup>753</sup> Bij Nederland sluit dit eveneens aan bij de in de Wet gestelde afschrijvingsbeperkingen: zie art. 3.30, eerste en tweede lid Wet IB 2001.

<sup>754</sup> Zie F. Pötgens, *Exithetffingen; Quo vadunt?*, VU Amsterdam: Kluwer 2012, blz. 160 en 161. De regeling geldt ook bij zetelverplaatsing naar een staat waarmee Oostenrijk een verdrag heeft gesloten inzake de wederzijdse bijstand bij invordering.

<sup>755</sup> J.W. Bellingwout en M. Koerts, *Cartesio, drie jaar later...*, WFR 2012/12, onderdeel 4.4.2: Oostenrijk. Een tegenbewijsregeling bestaat met betrekking tot de terugname van de eerder afgetrokken kosten.

<sup>756</sup> Zie F. Pötgens, *Exithetffingen; Quo vadunt?*, VU Amsterdam: Kluwer 2012, blz. 160 en 161.

<sup>757</sup> Idem.

|   |  |
|---|--|
| Uitstelfaciliteit                               | Een verzoek voor uitstel tot realisatie kan worden gedaan.                         |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (i)  | Bij de uiteindelijke vervreemding of bij staking.                                  |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (ii) | Na tien jaar wordt het uitstel beëindigd en het resterende bedrag kwijtgescholden. |
| Waardeverminderingen                            | Indien nodig wordt rekening gehouden met waardeverminderingen.                     |
| Administratie                                   | Administratievereisten zijn niet bekend.   |
| Rente   | Geen rente wordt berekend.   |
| Zekerheidstelling                               | Geen bankgarantie of een andere zekerheid wordt geëist.                            |

Tabel 6.6: Overzicht belangrijkste onderdelen van de Oostenrijkse exitheffingregeling.

De Oostenrijkse oplossing is op bijna alle onderdelen zeer gunstig voor de belastingplichtige en lijkt dan ook – zeker gezien de Commissie in het verleden geen infractieprocedure tegen Oostenrijk is begonnen – in overeenstemming met het EU-recht. Het feit dat geen rente in rekening wordt gebracht is positief. Alleen de terugname van de eerder afgetrokken kosten ten aanzien van de zelfontwikkelde immateriële activa, zou mogelijk een strijdigheid kunnen opleveren.<sup>758</sup>

Oostenrijk is in haar beleid omtrent de exitheffingen wellicht een beetje doorgeschoten. Gezien het feit dat de regeling sinds het jaar 2007 van kracht is, heeft zij de diverse voorwaarden in grote mate gebaseerd op de arresten De Lasteyrie en N.<sup>759</sup> Oostenrijk bereikt met deze regeling niet het doel waarvoor de exitheffing bedoeld is: het voor de lidstaat van vertrek mogelijk maken om daadwerkelijk te heffen en in te vorderen overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel. Dit komt met name doordat rekening wordt gehouden met waardeverminderingen en dat na tien jaar uitstel het resterende bedrag wordt kwijtgescholden.<sup>760</sup>

Hoewel Oostenrijk een beetje is doorgeschoten, kan Nederland hier lering uit trekken dat de belastingheffing niet noodzakelijkerwijs op alle punten volledig waterdicht hoeft te zijn. Het kan wenselijk om budgettair iets in te leveren als in ruil daarvoor de vrijheid van vestiging wordt bevorderd.

Het voordeel van de Oostenrijkse regeling is dat de belastingplichtige – behalve wellicht ter zake van de teruggenomen kosten – op vrijwel geen enkele manier wordt belemmerd bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

|   |   |
|---|---|
| + | Oostenrijk heeft de exitheffingregeling op tijd aangepast en de regeling is naar alle waarschijnlijkheid in overeenstemming met het EU-recht. |
| + | Gunstig voor de belastingplichtige: bijna geen belemmering te constateren.  |
| + | Geen rente wordt geheven.   |
| - | Doel van de exitheffing wordt in onvoldoende mate bereikt.  |
| - | Geen partiële realisatie vindt plaats voor de vermogensbestanddelen die normaliter niet worden verkocht.                                      |

Tabel 6.7: Belangrijkste voor- en nadelen van de Oostenrijkse exitheffingregeling.

<sup>758</sup> De terugname van de eerder afgetrokken kosten ten aanzien van de zelfontwikkelde immateriële activa, kan in relatie tot het feit dat het resterende bedrag na tien jaar uitstel wordt kwijtgescholden, evenredig zijn. Als door verkoop toch realisatie plaatsvindt van de goodwill, dan zal Oostenrijk eigenlijk de heffing moeten verminderen ter hoogte van de eerder teruggenomen kosten.

<sup>759</sup> Voor informatie over deze arresten en de Mededeling exitheffingen wordt terugverwezen naar Hoofdstuk 4.

<sup>760</sup> Ik zou de Oostenrijkse wetgever willen voorstellen zijn wetgeving aan te passen opdat zij het resterende bedrag na tien jaar uitstel invordert in plaats van kwijtscheldt. Om de belastingplichtige tegemoet te komen kan een tegenbewijsregeling in het leven worden geroepen waarin de belastingplichtige eventueel kan aantonen dat voor een aanzienlijk deel van de belastingschuld nog geen realisatie heeft plaatsgevonden. Hiernaast zal Oostenrijk een mate van zekerheidstelling kunnen gaan hanteren, als blijkt dat belastingontwijking in de afgelopen jaren heeft plaatsgevonden.

### 6.4.3.3 De Deense oplossingsrichting

Op 7 oktober 2013 heeft Denemarken een wetsvoorstel ingediend waarin een uitstel­mogelijkheid is opgenomen met betrekking tot de exitheffing in de winst­feer.<sup>761</sup> De aanleiding hiervoor vormde de op 18 juli 2013 gedane beslissing van het HvJ.<sup>762</sup> Om uitstel van belastingheffing kan worden verzocht – ter zake van de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst - wanneer een onderneming emigreert naar een andere EU of EER-staat. Over het van toepassing zijnde bedrag wordt rente berekend, maar is geen zekerheid­stelling vereist. Belastinginvordering vindt jaarlijks plaats en is het hoogste van:

1. Één zevende deel van de vastgestelde belastingschuld bij emigratie.
2. Het werkelijke ofwel veronderstelde inkomen met betrekking tot de (overgebrachte) vermogensbestanddelen (maal het Deense vennootschapsbelastingtarief).

Bij het veronderstelde inkomen gaat het erom hoeveel opbrengst de belastingplichtige zou hebben gerealiseerd als hij in Denemarken zou zijn gebleven en het vermogensbestanddeel had uitbesteed aan een derde partij.<sup>763</sup>

De nieuwe regeling geldt vanaf het belastingjaar 2013.<sup>764</sup> Hieronder is de nieuwe regeling schematisch opgenomen:

|   |  |
|---|--|
| Uitstelfaciliteit                               | Een verzoek voor uitstel kan worden gedaan.  |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (i)  | Jaarlijks minimaal één zevende deel van de vastgestelde belastingschuld bij emigratie. |
| Wanneer vindt belastinginvordering plaats? (ii) | Het werkelijke of veronderstelde inkomen met betrekking tot de vermogensbestanddelen.  |
| Waardeverminderingen                            | Wordt geen rekening met waardeverminderingen gehouden.                                 |
| Administratie                                   | Administratievereisten zijn niet bekend.   |
| Rente   | Elk jaar wordt minimaal 3% rente in rekening gebracht.                                 |
| Zekerheid­stelling                              | Geen bankgarantie wordt geëist.  |

Tabel 6.8: Overzicht belangrijkste onderdelen van de Deense exitheffing­regeling.

Het eerste wat opvalt, is dat de gewijzigde Deense regelgeving met betrekking tot de exitheffing niet heel gunstig voor de belasting­plichtige is. Net als bij de Nederlandse Wet uitstel van betaling exitheffingen is het maar de vraag of de Deense regelgeving EU-proof is. De Deense strijdigheid lijkt overigens flagranter te zijn. Er wordt – conform de jurisprudentie - rente in rekening gebracht, hetgeen een onevenredige economische belemmering voor de belasting­plichtige teweeg brengt. Temeer gezien het feit dat elk jaar minimaal één zevende deel van de belastingschuld wordt ingevorderd – waar bovenop het bijbehorende rente(na)deel komt – acht ik dit onnodig.<sup>765</sup> De belasting­plichtige heeft daar in de eerste jaren na emigratie wellicht niet de benodigde betalingscapaciteit voor. Het HvJ zou dit in strijd met het EU-recht kunnen verklaren. Anderzijds is in het kader van de eenvoud en uitvoerbaarheid positief dat deels vaststaat hoeveel belasting op welk tijdstip wordt ingevorderd.<sup>766</sup> Het is mij niet precies bekend hoe stringent de administratieve vereisten in Denemarken zijn. Maar aangezien het veronderstelde inkomen van de emigrant ook berekend moet worden, zal dit nog niet zo eenvoudig zijn.

<sup>761</sup> Verschillende auteurs bij EY, 'Denmark publishes proposed exit tax rules', Global Tax Alert (online) van 15 oktober 2013.

<sup>762</sup> Zie HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken). De exitheffing­regeling van Denemarken werd in strijd met het recht op vrije vestiging geacht en aanpassing was nodig.

<sup>763</sup> Informatie verkregen op aanvraag van een auteur bij EY Kopenhagen.

<sup>764</sup> Door verschillende auteurs bij EY, 'Denmark publishes proposed exit tax rules', Global Tax Alert (online) van 15 oktober 2013.

<sup>765</sup> Het uitstel van de invordering kan zodoende niet langer dan zeven jaar voortduren.

<sup>766</sup> Er wordt eveneens geen zekerheid­stelling vereist en het afschrikwekkende effect dat daarvan uitgaat, wordt vermeden. Een mate van zekerheid­stelling is mijns inziens gerechtvaardigd; geen zekerheid­stelling is wel wenselijker dan een volledige zekerheid­stelling.

Een belangrijke vraag die resteert, is hoe het veronderstelde inkomen berekend moet worden. Is dit vergelijkbaar met de Nederlandse partiële realisatie of kan de belastinginvordering nog hoger zijn gelegen dan bij de Nederlandse partiële realisatie? Met de informatie die ik tot mijn beschikking heb, lijkt het er niet op dat Denemarken met het ‘veronderstelde inkomen’ alleen aansluit bij de vermogensbestanddelen die normaliter niet verkocht zullen worden. Als het HvJ (een vorm van) de partiële realisatie strikt wil voorbehouden aan vermogensbestanddelen die normaliter niet verkocht worden, levert dit ook een strijdigheid met het EU-recht op.

Er valt voor Nederland weinig te leren van de nieuwe Deense regelgeving inzake de exitheffingen. De kans dat de Deense regelgeving in strijd komt met het EU-recht is wellicht nog groter dan de Nederlandse regelgeving. Een klein positief punt in het kader van de eenvoud en uitvoerbaarheid is dat het uitstel niet langer dan zeven jaar kan voortduren. Bij Nederland kan (een deel van) de belastingheffing wel vijftien of twintig jaar worden uitgesteld. Echter, eerder was vermeld dat de Staatssecretaris gepleit heeft voor een beperking van het uitstel in de tijd. Nederland wilde alleen het risico niet lopen om op voorhand het uitstel in de tijd te beperken en daarmee mogelijk in strijd met het EU-recht te handelen.

|   |   |
|---|---|
| - | Er wordt rente in rekening gebracht.  |
| - | Door met de belastinginvordering aan te sluiten bij het ‘veronderstelde inkomen’ gaat Denemarken mogelijk verder dan noodzakelijk kan worden geacht.                          |
| - | Door aan te sluiten bij zowel een vorm van (partiële) realisatie als de invordering in zeven gelijke termijnen, loopt Denemarken het risico op strijdigheid met het EU-recht. |
| + | Klein pluspunt is dat de invordering niet vijftien of twintig jaar in de toekomst kan zijn gelegen.   |

Tabel 6.9: Belangrijkste voor- en nadelen van de Deense exitheffingregeling.

#### 6.4.4 Onderneemt het kabinet nog actie?

De Wet uitstel van betaling exitheffingen is in mei 2013 door de Eerste Kamer aangenomen. De belofte van de Staatssecretaris om met betrekking tot de mate van zekerheidstelling aan te sluiten op de van toepassing zijnde risico’s is schijnbaar waargemaakt daar de Leidraad Invordering in juni 2013 is gewijzigd. Nadien heeft het kabinet geen actie meer ondernomen. Vermoedelijk is zij tot op heden tevreden over de huidige Wet uitstel van betaling exitheffingen. Het meest recente arrest - Commissie vs. Denemarken - heeft geen baanbrekende gevolgen gehad, behalve dat de partiële realisatie zoals Nederland die toepast mogelijk te vergaand is. De beslissing van het HvJ aldaar, lijkt echter niet voldoende om Nederland haar Wet te doen wijzigen zodat deze werkelijk als evenredig en evenwichtig kan worden bestempeld.

Wellicht dat de infractieprocedures tegen Ierland en Engeland nog nieuwe EU-rechtelijke inzichten zullen brengen. Anderzijds zou de Commissie een nieuwe infractieprocedure kunnen opstarten tegen Nederland (en bijvoorbeeld Denemarken).<sup>767</sup> Tot slot zou een belastingplichtige die geconfronteerd wordt met de huidige belemmeringen van de Wet een zaak voor het gerechtshof kunnen brengen.

Naar alle waarschijnlijkheid zal Nederland alleen de Wet wijzigen wanneer in een arrest (zoals voorheen was gebeurd met National Grid Indus) letterlijk wordt vastgesteld dat bepaalde voorwaarden een onevenredige of

<sup>767</sup> De Commissie heeft recent – op 20 november 2013 – de infractieprocedure tegen Nederland inzake exitheffingen gesloten. Dit hoeft er niet op te wijzen dat de Commissie werkelijk tevreden is. Zij besteedt haar aandacht vermoedelijk op zaken in de EU die reeds meer de aandacht verdienen. Zie website van de Europese Commissie, ‘infringement cases’: EG-C 18 maart 2010, nr. IP/10/299.

onevenwichtige uitwerking hebben. Mijn opvatting is dat Nederland beter nu actie kan ondernemen, dan het onvermijdelijke oordeel van het HvJ af te wachten.

#### 6.4.5 De voordelen voor Nederland en de EU door een gewijzigde Wet

In de vorige onderdelen zijn wijzigingen van de Wet voorgesteld en andere oplossingsrichtingen bekeken. Hier werden twee opties gepresenteerd die de Wet mijns inziens meer EU-proof zullen maken doordat die minder onevenredig en onevenwichtig uitpakken dan de huidige Wet uitstel van betaling exitheffingen. Ook zijn de opties qua eenvoud en uitvoerbaarheid wenselijker. Deze twee opties kunnen in principe nog verder worden gewijzigd, door dit bijvoorbeeld aan te vullen met enkele van de pluspunten die de oplossingsrichtingen van Zweden, Oostenrijk en Denemarken bevatten.

De voordelen die een gewijzigde Wet kan bieden zijn met name economisch van aard. Als Nederland een exitheffingregeling hanteert die de vrijheid van vestiging bevordert, dan kunnen bedrijven makkelijker de feitelijke leiding en de bedrijfsactiviteiten verplaatsen naar het land waar zij graag zaken willen doen. Dit zendt ook een goed signaal uit naar de andere lidstaten. Zij zullen op hun beurt meer geneigd zijn om een exitheffingregeling te construeren waaraan eveneens zo min mogelijk voorwaarden zijn verbonden. De neiging om fiscaal altijd ‘defensief’ te reageren moet worden doorbroken. Als de vrijheid van vestiging wordt bevordert kan uiteindelijk heel de EU erop vooruit gaan. Wel Utopisch, maar het komt wel overeen met de oergedachte van de EU-vorming.

Tot slot moet Nederland de imagoschade van een tweede infractieprocedure voorkomen. Het risico bij een tweede procedure bestaat er eveneens in dat in grote mate afbreuk wordt gedaan ter zake van de gestelde voorwaarden bij belastinguitstel. Door tijdig aanpassingen in de Wet in te voeren, waarbij het doel van de exitheffing niet uit het oog wordt verloren en nog steeds wordt behaald, anticipeert Nederland daarop en wordt het risico op een mogelijke infractieprocedure of andere procedure kleiner.

### 6.5 Conclusie:

In dit hoofdstuk is de Wet uitstel van betaling exitheffingen aan het EU-recht onderworpen en in het bijzonder de vrijheid van vestiging. De twee deelvragen waren de volgende: *‘Welke belangrijke punten zijn neergelegd in de Wet uitstel van betaling exitheffingen en is deze Wet in overeenstemming met het EU-recht?’* en: *‘Ongeacht het antwoord op de eerste vraag, welke verbeteringen zouden in de Wet geïmplementeerd kunnen worden?’*

Voordat de toetsing aan het EU-recht plaatsvond, werd eerst de inhoud van de Wet uitstel van betaling exitheffingen besproken. Duidelijk werd dat de belastingplichtige die een exitheffing tegemoet ziet – bij onder andere de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding binnen de EU of EER - voor uitstel van de invordering (art. 25a IW’90) kan verzoeken en daarbij uit twee opties kan kiezen. Als voor de eerste optie wordt gekozen, wordt de belastinginvordering in beginsel uitgesteld totdat (partiële) realisatie heeft plaatsgevonden. Anderzijds kan de belastingplichtige opteren voor de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen. Beide uitstel mogelijkheden gaan gepaard met invorderingsrente en een mate van zekerheidstelling vanaf het emigratiemoment. De mate van zekerheidstelling zal – op basis van de gewijzigde Leidraad Invordering 2008 - afhankelijk zijn van de verwachte duur van het uitstel, de aard van de activa en het fiscale gedrag van de ondernemer in kwestie. Ingeval uit wordt gesteld tot realisatie moet de belastingplichtige tevens aan verschillende administratieve verplichtingen voldoen. De benodigde gegevens moeten verschaft worden, die de voor de ontvanger de partiële realisatie en de realisatie weergeven. Om de partiële realisatie weer te geven zullen de

economische en fiscale afschrijvingen moeten worden bijgehouden. Bij de bespreking van de inhoud van de Wet uitstel van betaling exithellingen werd duidelijk dat de Staatssecretaris de randvoorwaarden als geïnterpreteerd op basis van National Grid Indus, nauwgezet heeft gevolgd.

Na de bespreking van de inhoud werd de Wet uitstel van betaling exithellingen aan het EU-recht onderworpen. Hierbij vormde het beslisschema - dat doorgaans gebruikt wordt om een bepaalde nationale regeling aan het EU-recht te toetsen - de leidraad. Het beslisschema bestaat uit een zestal vragen, zie onderstaande tabel:

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Toegangsvraag</b>   | 1. Heeft de belanghebbende toegang tot de vrijheid van vestiging?   |
| <b>Beperking</b>       | 2. Vormt de regeling een beperking van de vrijheid van vestiging?   |
| <b>Rechtvaardiging</b> | 3. Kan de regeling worden gerechtvaardigd door een legitiem doel van algemeen belang?   |
| <b>Geschiktheid</b>    | 4. Is de regeling geschikt om het beoogde doel te bereiken?   |
| <b>Evenredigheid</b>   | 5. Gaat de regeling niet verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken?  |
| <b>Evenwichtigheid</b> | 6. Leidt de regeling tot een redelijk evenwicht tussen de belangen van de interne markt aan de ene kant tegenover de belangen van de lidstaat aan de andere kant? |

Tabel 6.10: Beslisschema bestaande uit zes vragen.

Op basis van de eerdere hoofdstukken was reeds duidelijk geworden dat de eerste vier vragen bevestigend worden beantwoord. Een vennootschap die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst vanuit Nederland heeft de toegang tot de vrijheid van vestiging (vraag 1). Daarnaast vormt het opleggen van een belastingschuld over de ongerealiseerde meerwaarden een beperking, (vraag 2) die echter gerechtvaardigd wordt door het in stand houden van de evenwichtige heffingsbevoegdheden van de lidstaten (vraag 3). De exithelling is ook geschikt om het beoogde doel van Nederland – het belasten van de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst – te bereiken (vraag 4). Bij de EU-rechtelijke toetsing van de Wet moest dan ook vooral worden ingegaan op de laatste twee vragen. Bij de vijfde vraag gaat het erom of de regeling voldoende evenredig is. Dat wil zeggen gaat de regeling niet verder dan noodzakelijk kan worden geacht? Tot slot houdt de zesde vraag een evenwichtigheidstoets in: leidt de regeling tot een redelijk evenwicht tussen de belangen van de interne markt aan de ene kant tegenover de belangen van Nederland aan de andere kant?

Alvorens een eigen analyse werd gepresenteerd omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet, werd de discussie die plaats had gevonden in de Eerste Kamer geschetst. Het kwam er met name op neer dat Kamerleden van het CDA sterk twijfelden of het uitstel van de invordering met de Wet wel een reële optie inhield voor de belastingplichtigen aangezien zij gepaard gaat met onder andere invorderingsrente en een zekerheidstelling. Zijn er geen oplossingen aan te dragen die hetzelfde doel bereiken maar een meer proportionele uitwerking hebben? De Staatssecretaris wees er in zijn antwoord herhaaldelijk op dat de aanpassingen die de Wet biedt in overeenstemming zijn met de beslissingen als neergelegd in National Grid Indus. Behalve op het punt van de zekerheidstelling – waar rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval – hield hij voet bij stuk en achtte de Wet in overeenstemming met het EU-recht.

De eigen analyse omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet spitste zich toe op de vier belangrijkste onderdelen (of voorwaarden) van de Wet uitstel van betaling exithellingen, namelijk: het in rekening brengen van invorderingsrente, de mate van zekerheidstelling, de administratieve verplichtingen en het partiële realisatiemoment.

Wat betreft het in rekening brengen van invorderingsrente vanaf het emigratiemoment, werd geconcludeerd dat dit een onevenredige en onevenwichtige uitkomst heeft voor de belastingplichtige. Het is onevenredig omdat het

heffen van rente niet nodig is om de evenwichtige heffingsbevoegdheden van de lidstaten te bewaren dat in overeenstemming is met het territorialiteitsbeginsel. De belastingplichtige wordt hiermee economisch belemmerd. Liquiditeitsproblemen kunnen eveneens optreden als de ontvanger bedingt dat de rente na drie jaar jaarlijks zal moeten worden betaald. Hiernaast kwam uit de evenwichtigheidstoets naar voren dat het evenwicht wordt verstoord omdat de overheid zichzelf verrijkt ten koste van de belastingplichtige. De vraag is of het HvJ hierover in de toekomst een overeenkomstig oordeel zal vellen, daar zij in National Grid Indus een vorm van rente rechtvaardig achtte.

Bij de vereiste zekerheidstelling is naar voren gekomen dat deze eis in theorie voldoende evenredig en evenwichtig is. Daar de Invorderingsverdragen tot op heden een onvoldoende uitwerking schijnen te hebben, is het noodzakelijk dat de belastingplichtige – waaraan uitstel tot realisatie is verleend – een bepaalde mate van zekerheid verschaft. Het is immers voor de lidstaat van vertrek gerechtvaardigd om de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst te belasten en een behoorlijke zekerheid moet verschaft worden dat de lidstaat daadwerkelijk kan heffen en invorderen. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. Dit is positief want alleen indien maatwerk wordt geboden, acht ik een bepaalde mate van zekerheidstelling in overeenstemming met het EU-recht. Blijkt dat in de uitvoering het vereisen van een volledige zekerheidstelling eerder regel is dan uitzondering, dan is de regeling echter niet voldoende evenredig en evenwichtig.

Ten aanzien van het stellen van bepaalde administratieve verplichtingen kan geconcludeerd worden dat deze noodzakelijk zijn voor de correcte invordering van de belastingen. De Staatssecretaris meldt dat alleen de relevante gegevens verschaft moeten worden en dat is dan ook positief. De administratieve verplichtingen zijn echter niet helder vastgelegd in de Wet, dus het ontbreekt aan de nodige duidelijkheid. Hoewel tot nu toe als evenredig en evenwichtig geacht, komt het vereisen van administratie de eenvoud van de Wet en de uitvoering daarvan niet ten goede.

Tot slot was het de vraag of het in overeenstemming is met het EU-recht, dat met de belastinginvordering behalve bij realisatie ook bij de partiële realisatiemomenten wordt aangesloten. Het HvJ zou op basis van het arrest Commissie vs. Denemarken kunnen beslissen dat de partiële realisatie zoals opgenomen in de Wet uitstel van betaling extheffingen (ten aanzien van alle vermogensbestanddelen) verder gaat dan noodzakelijk kan worden geacht. Nederland zal echter moeten beargumenteren dat zij hiermee de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie gelijk probeert te trekken. Om als voldoende evenredig en evenwichtig te worden gekenmerkt, zal Nederland wel in verliessituaties coulance moeten tonen en iets meer belastinguitstel verlenen indien in die situatie partieel gerealiseerd wordt. De partiële realisatie en de verlenging van het belastinguitstel met behulp van de fiscale reserves maakt de regeling er administratief niet eenvoudiger op.

Op basis van de voorgaande beoordeelde onderdelen van de Wet, werd duidelijk dat de Wet uitstel van betaling extheffingen niet in overeenstemming is met het EU-recht. In paragraaf 6.3.3 werden de strijdigheden opgedeeld in evidente strijdigheden, mogelijk strijdigheden (mede afhankelijk van de uitvoering) en een strijdigheid (de rente) die op basis van de eigen analyse in strijd is verklaard, maar de jurisprudentie tot op heden nog in een andere richting op wijst.

Behalve dat de Wet op onderdelen strijdigheden vertoont met het EU-recht, zijn de voorwaarden die verbonden zijn met belastinguitstel in combinatie gezien zo bezwarend, dat het evenwicht tussen de belangen van Nederland en de interne markt niet gewaarborgd is. De onderneming die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst,



wordt – ook bij uitstel tot realisatie - geconfronteerd met diverse economische nadelen en mogelijk optredende liquiditeitsproblemen. Het zal voor Nederland een moeilijk opgave zijn om in een (toekomstige) zaak aan te tonen dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen werkelijk de evenwichtigheidsstoets zal doorstaan.

Uit de nadere opmerkingen die volgden, kwam naar voren dat het Nederland ontbreekt aan een lange termijn visie. Het lijkt erop dat de Staatssecretaris hoopt dat de Wet de Europeesrechtelijke toets op dit moment *net aan* kan doorstaan en de gereede kans op strijdigheid in de toekomst daarbij op de koop toe neemt. Wat dat betreft ben ik het eens met Lamboij die aangaf dat de aanpak van Nederland wel erg op *'Europeesrechtelijke grensverkenning'* lijkt. Nederland heeft met de Wet uitstel van betaling exitheffingen te weinig eigen verantwoordelijkheid getoond. Had Nederland een Wet geïmplementeerd die minder zou belemmeren, dan werd daarmee een goed signaal uitgezonden naar de andere lidstaten. De lidstaten – waaronder – Nederland zijn gebaat bij exitheffingregelingen die zo min mogelijk belemmeren, daarmee het ondernemersklimaat in de EU bevorderend.

Nadat geconcludeerd was dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen niet in overeenstemming is met het EU-recht, werd toegekomen aan de beantwoording van de tweede deelvraag van dit hoofdstuk. Welke verbeteringen kunnen in de Wet geïmplementeerd worden die de Wet meer EU-proof zullen maken? Er werden twee opties voorgesteld met elk hun eigen wijzigingen. Daarnaast werden drie andere oplossingsrichtingen bekeken, namelijk die van Zweden, Oostenrijk en Denemarken.

Voordat de wijzigingen in detail werden voorgesteld, werd het doel van de voorgestelde wijzigingen doorgenomen. Het doel hiervan is kortgezegd om het uitstel van de invordering minder belemmerend vorm te geven dan in de huidige Wet uitstel van betaling exitheffingen. Het zal de Wet meer EU-proof maken en de kans op een tweede infractieprocedure – met bijbehorende imagoschade voor Nederland - verkleinen. Tegelijkertijd moet het doel van de exitheffing niet uit het oog worden verloren: het voor de lidstaat mogelijk maken om de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst daadwerkelijk te belasten en in te vorderen. Tot slot zullen de algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving een rol spelen, waarbij met name de eenvoud en de uitvoering van de (gewijzigde) regeling tegen het licht wordt gehouden.

Er werden twee opties voorgesteld die elk op hun eigen manier de Wet beduidend zullen verbeteren. De eerste optie werd aangeduid als *'economisch voordelig'* en de tweede optie als een optie die *'meer belastinguitstel verleend en beter uitvoerbaar'* is. Bij implementatie van de eerste optie is de belangrijkste wijziging dat er geen invorderingsrente meer wordt geheven vanaf het emigratiemoment. De belastingplichtige zal dan niet meer – ongerechtvaardigd - economisch worden belemmerd. De tweede optie heeft hiernaast als belangrijkste wijziging, dat met de invordering van de belasting alleen zal worden aangesloten op het uiteindelijke vervreemdingsmoment(en) van de betreffende vermogensbestanddelen. Er vloeien hier twee voordelen uit voort: enerzijds zal de belastingplichtige in de grensoverschrijdende situatie meer belastinguitstel genieten dan in de binnenlandse situatie en daarnaast zullen de administratieve verplichtingen vergaand gesimplificeerd kunnen worden. Een jaarlijkse verklaring waarin vermeld wordt of er vervreemding heeft plaatsgevonden en wat de stand van de fiscale reserves zijn, is dan voldoende informatief. Omdat de ontvanger in deze optie in wezen meer belastinguitstel verleend dan in de binnenlandse situatie, is het heffen van invorderingsrente (in combinatie gezien) voldoende evenredig en evenwichtig geworden. Ten aanzien van beide opties zal wat betreft de mate van zekerheidstelling – indien dit met de huidige Wet in onvoldoende mate gebeurt – aangesloten moeten worden bij de werkelijke risico's die de ontvanger loopt. Tot slot zal de ontvanger zich in verschillende situaties flexibel moeten opstellen.

De Wet uitstel van betaling exithellingen biedt zoals gezegd ook de mogelijkheid om de exithelling in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen. Deze uitstelmogelijkheid werd geprezen om de eenvoud en uitvoering. Zal de wetgever besluiten om eveneens bij deze uitstelmogelijkheid geen rente meer in rekening te brengen, dan vormt het een aantrekkelijke optie voor de belastingplichtige. Een kanttekening is dat het HvJ de betaling in tien gelijke jaarlijkse termijnen in strijd met het EU-recht kan verklaren, daar met de belastinginvordering niet wordt aangesloten op de realisatiemoment(en). Gezien de voordelen die deze mogelijkheid biedt, hoop ik echter dat het HvJ enige flexibiliteit zal laten zien.

Interessant was tot slot, om de oplossingsrichtingen van enkele andere lidstaten te behandelen en te kijken of Nederland daar eventueel lering uit kan trekken. Daar de lidstaten in de EU op basis van de negatieve integratie gedwongen werden (en zijn) om hun exithellingbepalingen in overeenstemming met het EU-recht te brengen, zijn de verschillende oplossingsrichtingen sterk uiteen gaan lopen. Het zal in de toekomst interessant zijn te vernemen of het HvJ de lidstaten enige flexibiliteit gaat bieden met betrekking tot de geboden oplossingen.

De (recent) gewijzigde regelgevingen van respectievelijk Zweden, Oostenrijk en Denemarken ten aanzien van exithellingen werden onder de loep genomen en aan een beoordeling onderworpen. De lering die Nederland uit de Zweedse regeling kan trekken ziet met name - naast dat geen rente in rekening wordt gebracht - op de eenvoud en de uitvoerbaarheid van de regeling. Voor een groot deel van de uitgestelde invordering staat de betaling die plaatsvindt in vijf (materiële activa) dan wel tien termijnen (immateriële activa) vast. Nederland zou het onderscheid naargelang het type activa ook kunnen aanbrengen bij de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen. Ten aanzien van de Oostenrijkse regeling werd geconstateerd dat zij in haar gewijzigde regelgeving wellicht iets is doorgeschoten en daardoor het doel van de exithelling in onvoldoende mate heeft bereikt. Nederland kan hier toch lering uit trekken, op basis van het feit dat een uitgestelde exithelling niet noodzakelijkerwijs op alle punten `waterdicht` hoeft te zijn. Het kan wellicht wenselijk zijn om budgettair iets in te leveren als in ruil daarvoor de vrijheid van vestiging voor de inwoners van de Europese Unie wordt bevorderd. Nederland kan tot slot weinig leren van de recente gewijzigde Deense regelgeving omtrent exithellingen. De Deense regelgeving is mogelijk wederom in strijd met het EU-recht. Toch kan de Deense regeling als praktisch worden gekenmerkt. Het uitstel kan namelijk niet langer duren dan zeven jaar. Nederland zou de Wet uitstel van betaling exithellingen ook kunnen beperken in de tijd, door bijvoorbeeld na tien of twaalf jaar de resterende belastingschuld in te vorderen. Liquiditeitsproblemen zullen zich na zo'n lange termijn niet meer voordoen en zowel de ontvanger als de belastingplichtige kunnen dan van elkaar afscheid nemen.

Om de huidige Wet uitstel van betaling exithellingen alsnog EU-proof te maken, raad ik Nederland aan om één van de twee voorgestelde opties te implementeren. Daarnaast kunnen de wijzigingen nog aangevuld worden met de beoordeelde pluspunten van de Zweedse, Oostenrijkse en Deense regelgevingen.

# Hoofdstuk 7: Conclusie

## 7.1 Inleiding

De vrijheid van vestiging is één van de vrijheden die in de EU van kracht is. De verschillende lidstaten in de EU zullen deze vrijheid moeten eerbiedigen, ook op fiscaal terrein. Tot op de dag van vandaag bestaan er fiscale bepalingen in de wetgeving van Nederland en andere lidstaten die het recht op vrije vestiging van hun onderdanen kunnen belemmeren. Fiscale bepalingen die door onder andere de Europese Commissie (hierna: Commissie) als belemmerend werden geacht, waren de exitheffingbepalingen in de winstsfeer. Nederland heeft ook verschillende exitheffingbepalingen in haar wetgeving opgenomen. In deze scriptie stond de exitheffing als neergelegd in de artikelen 15c en 15d Wet Vpb 1969 centraal (hierna: exitheffing). Deze exitheffing treedt in werking als een kapitaalvennootschap in Nederland besluit om de feitelijke leiding te verplaatsen naar het buitenland en wel ten aanzien van de vermogensbestanddelen voor zover deze niet meer in de Nederlandse winst worden betrokken. Het doel van de exitheffing is om de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst (stille reserves, vrijval van fiscale reserves en goodwill) te belasten die overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel aan Nederland toerekenbaar wordt geacht. De exitheffing vormt tevens een geschikte bepaling om dit doel te kunnen bereiken.

Op 29 november 2011 – toen het arrest *National Grid Indus* door het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ) werd gewezen – werd duidelijk dat de onmiddellijke invordering die de exitheffing teweeg brengt, strijdig is met het Europees recht en in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Voor lidstaten is het in beginsel gerechtvaardigd om – in het kader van de verdeling van de evenwichtige heffingsbevoegdheden – een dergelijke exitheffing te hanteren. Het punt is wel dat de belastingplichtige die emigreert door de exitheffing in liquiditeitsproblemen kan komen. Dit dient, aldus het HvJ, te worden opgelost door een uitstelmogelijkheid (op verzoek van belastingplichtige) te bieden. Dit arrest wordt als een grote doorbraak beschouwd binnen de vraag of de exitheffingbepalingen in de winstsfeer in overeenstemming zijn met het EU-recht.

Met de implementatie van de Wet uitstel van betaling exitheffingen in de nationale wetgeving, heeft de Nederlandse Staat beoogd om de bestaande exitheffingbepalingen in overeenstemming te brengen met het EU-recht en in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Naar aanleiding van het voorgaande luidt de probleemstelling in deze scriptie als volgt: *‘Is de Nederlandse implementatie van de gevolgen van het arrest National Grid Indus – de Wet uitstel van betaling exitheffingen – nu volledig in overeenstemming met Europees recht (‘EU-proof’)?’*

Om tot een zo volledig mogelijke beantwoording van de probleemstelling te komen, zijn de onderstaande deelvragen aan bod gekomen:

- Hoe heeft de exitheffing zich ontwikkeld en wat is het doel van de exitheffing? (Hoofdstuk 2)
- Wanneer heeft een kapitaalvennootschap toegang tot de vrijheid van vestiging? (Hoofdstuk 3)
- Hoe heeft de positieve integratie zich op het terrein van de exitheffingen ontwikkeld en in het bijzonder wat voor beleid heeft de Commissie vanaf 2006 gevoerd? (Hoofdstuk 4)
- Hoe heeft het HvJ in de zaak *National Grid Indus* geoordeeld, hetgeen bepalend is geweest voor de uiteindelijke Wet uitstel van betaling exitheffingen? Heeft de recente jurisprudentie daartoe nog nieuwe inzichten veroorzaakt? (Hoofdstuk 5)

- Welke belangrijke punten zijn neergelegd in de Wet uitstel van betaling exitheffingen en is deze wet in overeenstemming met het EU-recht? Ongeacht het antwoord op de eerste vraag, welke verbeteringen zouden in de Wet geïmplementeerd kunnen worden? (Hoofdstuk 6)

## 7.2 Samenvatting en conclusie

Om de Wet uitstel van betaling exitheffingen te toetsen aan het EU-recht werd het beslisschema gebruikt als leidraad. In de onderstaande tabel is te zien dat daarvoor zes stappen moeten worden doorlopen. Indien alle vragen positief kunnen worden beantwoord is de Wet in overeenstemming met het EU-recht.

|                        |   |
|------------------------|---|
| <b>Toegangsvraag</b>   | 1. Heeft de belanghebbende toegang tot de vrijheid van vestiging?   |
| <b>Beperking</b>       | 2. Vormt de regeling een beperking van de vrijheid van vestiging?   |
| <b>Rechtvaardiging</b> | 3. Kan de regeling worden gerechtvaardigd door een legitiem doel van algemeen belang?   |
| <b>Geschiktheid</b>    | 4. Is de regeling geschikt om het beoogde doel te bereiken?   |
| <b>Evenredigheid</b>   | 5. Gaat de regeling niet verder dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken?  |
| <b>Evenwichtigheid</b> | 6. Leidt de regeling tot een redelijk evenwicht tussen de belangen van de interne markt aan de ene kant tegenover de belangen van de lidstaat aan de andere kant? |

Tabel 7.1: Beslisschema bestaande uit zes vragen.

De (standaard)situatie die met behulp van het beslisschema werd doorlopen is de volgende: een kapitaalvennootschap zal de feitelijke leiding vanuit Nederland verplaatsen naar een andere EU-lidstaat. Zij krijgt daarbij een exitheffing opgelegd, maar doet vervolgens een verzoek voor het uitstel van betaling op basis van de Wet uitstel van betaling exitheffingen (art. 25a Invorderingswet 1990).

*De eerste vraag* van het beslisschema vormt de toegangsvraag. Hierbij kwam aan het licht dat, voor een vennootschap om toegang te krijgen tot de vrijheid van vestiging, zij moet vallen binnen de personele, territoriale en materiële werkingssfeer. In de eerste plaats valt een vennootschap binnen de territoriale werkingssfeer wanneer zij gevestigd is op het grondgebied van de EU. Dit omvat tevens zowel de primaire als secundaire vestiging. Vervolgens valt een vennootschap binnen de personele werkingssfeer wanneer voldaan is aan art. 54 VwEU juncto art. 49 VwEU. Dit houdt in dat een vennootschap opgericht moet zijn op de wijze die in overeenstemming is met de nationale wetgeving en daarnaast moet aan één van de drie vestigingscriteria worden voldaan (de statutaire zetel óf wel het hoofdbestuur óf wel de hoofdvestiging is binnen de EU gevestigd). Tot slot valt een vennootschap binnen de materiële werkingssfeer wanneer sprake is van een grensoverschrijdende en economische activiteit. Van een dergelijke economische activiteit is sprake wanneer vastgesteld kan worden dat *‘een daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit door middel van een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd in een andere lidstaat heeft plaatsgevonden’*. Indien een vennootschap op enig moment niet meer binnen alle drie de werkingssferen valt, gaat de toegang tot de vrijheid van vestiging verloren en is Nederland vrij om een heffing op te leggen die de vrijheid van vestiging belemmert.

Indien de vennootschap de werkelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, kunnen op vennootschapsrechtelijk vlak problemen optreden. De problemen zijn gelegen in de personele werkingssfeer en kunnen tot gevolg hebben dat een vennootschap – op het moment dat de vennootschap een exitheffing tegemoet ziet – zich niet op de vrijheid van vestiging kan beroepen. Tot op heden bestaat deze moeilijkheid, omdat er op vennootschapsrechtelijk vlak nog geen Europese harmonisatie heeft plaatsgevonden.

De vennootschapsrechtelijke stelsels van de lidstaten kunnen in grofweg twee hoofdstromingen worden ingedeeld, te weten: het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel. Nederland hanteert het incorporatiestelsel. Wanneer de werkelijke zetel wordt verplaatst vanuit een land met het incorporatiestelsel, blijft het toepasselijk recht van de lidstaat van oprichting van toepassing en vindt in beginsel geen ontbinding en liquidatie plaats. Wanneer de werkelijke zetel wordt verplaatst vanuit een werkelijke zetel lidstaat, houdt de vennootschap doorgaans op te bestaan en zal een heroprichting plaatsvinden in de lidstaat van ontvangst. Het gevolg van de ontbinding en liquidatie van de vennootschap is dat de aanknopng met het nationale vennootschapsrecht wordt doorbroken en de vennootschap (op dat moment) niet meer binnen de personele werkingssfeer valt. Een exitheffing die gepaard gaat bij zetelverplaatsing zal in dat geval niet aan de vrijheid van vestiging kunnen worden getoetst. Een tot op heden essentieel vennootschapsrechtelijk onderscheid tussen de lidstaten is dan ook of de verplaatsing van de werkelijke zetel met of zonder behoud van recht kan plaatsvinden.

Het vennootschapsrecht in combinatie met de vrijheid van vestiging is echter volop in ontwikkeling geweest en de behandelde jurisprudentie heeft hierin meer duidelijkheid verschaft. Het begon met het arrest *Daily Mail* (1988), waardoor voor een lange tijd werd aangenomen dat zetelverplaatsingen (al dan niet inclusief een exitheffing) aangelegenheden zijn waar de vrijheid van vestiging geen rol dient te spelen. Vervolgens werden in *Überseering* (2002) de overwegingen uit *Daily Mail* in hoofdlijnen bevestigd, maar is wel duidelijk geworden dat de lidstaat van ontvangst het oprichtingsrecht en de rechtspersoonlijkheid van een inkomende vennootschap dient te erkennen. Daarna werd in *Cartesio* (2008) - in tegenstelling tot wat voorheen gedacht werd - duidelijk gemaakt dat het gebrek aan harmonisatie voor wat betreft de verschillende vennootschapsrechtelijke stelsels in de EU, niet mag inhouden dat de materieelrechtelijke gevolgen van een zetelverplaatsing immuun zijn voor de bepalingen van de vrijheid van vestiging. Meer concreet kwam naar voren dat als de lidstaat van ontvangst een omzettingsregeling (inreisregeling) kent, de lidstaat van vertrek de mogelijkheid tot een grensoverschrijdende omzetting van de vennootschap niet op enige wijze mag verhinderen, bijvoorbeeld door het vereisen van de ontbinding en liquidatie bij vertrek. Tot slot voegt het meer recente arrest *Vale* (2012) hier aan toe dat als een lidstaat een omzettingsregeling kent, zij deze niet mag beperken tot slechts nationale situaties, maar ook open moet stellen voor inkomende vennootschappen.

Naar aanleiding van de jurisprudentie is geconcludeerd dat de vrijheid van vestiging bij zetelverplaatsingen en omzettingen in de loop der jaren een groter bereik heeft gekregen en dat exitheffingen die daaraan gepaard gaan in de regel aan de vrijheid van vestiging kunnen worden getoetst. Op dit moment zijn lidstaten echter nog steeds autonoom over het vennootschapsrecht. Er zijn dus situaties denkbaar waarbij lidstaten een wetgeving bezitten (of construeren) die een vennootschap de toegang tot de vrijheid van vestiging kunnen verhinderen. Een naar Nederlandse recht opgerichte vennootschap - die de feitelijke leiding verplaatst naar het buitenland - behoudt haar hoedanigheid van vennootschap echter wel. De toegang tot de vrijheid van vestiging is dan vrij, waardoor de opgelegde exitheffing aan het EU-recht kan worden getoetst.

*Een antwoord op de tweede, de derde en de vierde vraag van het beslisschema (beperking, rechtvaardiging en geschiktheid) is praktisch gevonden in de hoofdstukken 4 en 5. Centraal stond eerst de positieve integratie en daarna de negatieve integratie. De Commissie heeft een grote rol gespeeld inzake de exitheffingen. Dit begon met de publicatie van de Mededeling exitheffingen (2006) en later met een reeks infractieprocedures (vanaf 2008) teneinde de exitheffingbepalingen van de lidstaten – waaronder die van Nederland - in overeenstemming met het EU-recht te brengen. Het bleek dat de Commissie geïnspireerd raakte door de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*, waarbij overwogen werd dat een exitheffing in de aanmerkelijk belangsfeer wel opgelegd mag worden, maar dat de belastinginvordering moet worden uitgesteld tot realisatie. Daarnaast mogen geen belemmerende voorwaarden aan het belastinguitstel worden verbonden, zoals het stellen van een bankgarantie en het in rekening brengen van*

rente. De Commissie beargumenteerde dat de overwegingen in die arresten eveneens zouden moeten gelden voor de exitheffingen in de winstsfeer. De Commissie raadde de lidstaten aan om de exitheffingbepalingen te wijzigen overeenkomstig de punten als neergelegd in de Mededeling exitheffingen. De Mededeling exitheffingen bevatte hiernaast enkele gecoördineerde oplossingen om onder andere dubbele belasting en non-belasting, die het gevolg kunnen zijn van het wel of niet heffen bij exit, te voorkomen. Ook de Raad van (Europese) Ministers kwam in haar Resolutie met enkele praktische oplossingen om het risico op dubbele belastingheffing en non-belasting te voorkomen. Geconcludeerd werd dat hierop geanticipeerd wordt als geheven wordt bij exit en bij binnenkomst een step-up (fiscale balans gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer) wordt verleend.

Met het arrest National Grid Indus (2011) bracht het HvJ - zoals aangegeven - de nodige duidelijkheid. Uit het arrest kwam naar voren dat de exitheffingen in de winstsfeer fiscaal anders mogen worden vormgegeven dan de exitheffingen in de aanmerkelijk belangssfeer. Het arrest bracht dan ook een wending aan in de discussie die tussen Nederland en de Commissie had plaatsgevonden ten tijde van de infractieprocedure tegen Nederland. Nederland zag zich naar aanleiding van het arrest genoodzaakt om de exitheffingregeling te wijzigen. De Commissie kwam er bekoord vanaf, doordat de voorwaarden bij een uitgestelde exitheffing stringenter mogen zijn dan op basis van de arresten De Lasteyrie du Saillant en N destijds verwacht kon worden. Hetgeen in de Mededeling exitheffingen is vermeld en afwijkt van het oordeel van het HvJ in National Grid Indus, is heden ten dage dan ook enigszins achterhaald.

Bij de negatieve integratie – behandeld in Hoofdstuk 5 – vormde National Grid Indus in eerste instantie het uitgangspunt. Zoals vermeld vormde National Grid Indus de doorbraak waar de Commissie, de lidstaten en legio belastingplichtigen een lange tijd op hadden moeten wachten. Tal van lidstaten zijn toen genoodzaakt geweest om de exitheffingenregelingen in overeenstemming met het EU-recht te brengen.

Bij het doornemen van de overwegingen in National Grid Indus werd duidelijk dat de exitheffing een beperking vormt (vraag twee), maar dat het gerechtvaardigd is – in het kader van de evenwichtige heffingsbevoegdheid – om de ongerealiseerde meerwaarden van de vermogensbestanddelen in de heffing te betrekken wanneer de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst wordt (vraag drie). De exitheffing vormt tevens een geschikte mogelijkheid om het beoogde doel te bereiken (vraag 4). Het HvJ achtte echter de *onmiddellijke invordering* van de exitheffing, daar dit voor de ondernemer in kwestie tot liquiditeitsproblemen kan leiden, onvoldoende proportioneel. In de onderstaande tabel zijn de belangrijkste overwegingen ten aanzien van een uitgestelde exitheffing overzichtelijk weergegeven:

|                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| <b>1. Waardeverminderingen:</b>   | De belastingschuld mag definitief vastgesteld worden en de lidstaat van vertrek hoeft geen rekening te houden met waardeverminderingen die naderhand plaatsvinden. |
| <b>2. Keuzemogelijkheid:</b>      | Een keuzemogelijkheid moet geboden worden waarbij gekozen kan worden om de invordering al dan niet uit te stellen.   |
| <b>3. Administratieve lasten:</b> | Indien gekozen is voor uitstel moet de onderneming een jaarlijkse verklaring afgeven plus de melding maken wanneer realisatie heeft plaatsgevonden.                |
| <b>4. Rente:</b>                  | Indien gekozen is voor uitstel wordt er rente berekend overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling.   |
| <b>5. Bankgarantie:</b>           | Indien gekozen is voor uitstel mag er rekening worden gehouden met de kans op niet-invordering door het stellen van een bankgarantie.                              |

Tabel 7.2: De belangrijkste overwegingen van het HvJ in het arrest National Grid Indus opgesomd.

Op basis van deze overwegingen kan geconcludeerd worden dat het HvJ van opvatting is dat – in het kader van de evenwichtigheid – de lidstaten in de grensoverschrijdende situaties daadwerkelijk moeten kunnen heffen en invorderen. De overwegingen die toezien op de rente en de bankgarantie hebben in de literatuur tot veel kritiek geleid. Zo ook bij de Commissie, die het arrest National Grid Indus classificeerde als een *‘Pyrrhus overwinning van de interne markt’*.

Na de behandeling van National Grid Indus is de recente jurisprudentie (2012 – 2013) besproken voor zover zij nieuwe inzichten heeft veroorzaakt. Met name was interessant dat in het arrest Arcade Drilling van het EVA-Hof naar voren kwam dat een bankgarantie slechts op zou moeten worden gelegd, wanneer sprake is van een *‘werkelijk en ernstig risico’*. Afgevraagd kan worden of het HvJ – hoewel zij hiertoe niet verplicht is – dit genuanceerde standpunt inzake de zekerheidstelling op een zeker moment zal gaan overnemen. Daarnaast heeft het HvJ in het recent gewezen arrest Commissie vs. Denemarken geoordeeld dat met de uitgestelde belastinginvordering niet in alle gevallen hoeft te worden aangesloten op het uiteindelijke realisatiemoment van de betreffende vermogensbestanddelen. De recente jurisprudentie lijkt er ten slotte op te wijzen dat de vennootschappen die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatsen – ongeacht de mogelijke implicaties van het vennootschapsrecht – de toegang tot de vrijheid van vestiging behouden. Echter, daarover is het laatste woord vermoedelijk nog niet gesproken.

*Op de vijfde en zesde vraag van het beslisschema* - die zien op de evenredigheid en evenwichtigheid van een bepaalde nationale regeling – werd uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 6. De Wet uitstel van betaling exithellingen is getoetst aan het EU-recht en in het bijzonder de vrijheid van vestiging.

Eerst werd de inhoud van de Wet uitgebreid doorgenomen. Met behulp van de Wet kan de belastingplichtige ten aanzien van de exithelling verzoeken om uitstel van betaling. De Wet biedt daarbij twee uitstel mogelijkheden. Indien voor de eerste optie is gekozen wordt de belastinginvordering in beginsel uitgesteld totdat (partiële) realisatie heeft plaatsgevonden. Anderzijds kan de belastingplichtige opteren voor de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen. Beide uitstel mogelijkheden gaan gepaard met invorderingsrente en een mate van zekerheidstelling vanaf het emigratiemoment. De benodigde administratieve gegevens, die de partiële realisatie en realisatie weergeven, moeten verschaft worden. Bij de bespreking van de inhoud van de Wet uitstel van betaling exithellingen werd duidelijk dat de Staatssecretaris van Financiën (hierna: Staatssecretaris) de randvoorwaarden als geïnterpreteerd op basis van National Grid Indus, nauwgezet heeft gevolgd.

De eigen analyse omtrent de EU-rechtelijke houdbaarheid van de Wet – tevens met de huidige jurisprudentie in het achterhoofd gehouden – spitst zich toe op de vier belangrijkste onderdelen (ofwel voorwaarden) van de Wet, namelijk: het in rekening brengen van invorderingsrente, de mate van zekerheidstelling, de administratieve verplichtingen en het partiële realisatiemoment.

Ten eerste is geconcludeerd dat het in rekening brengen van invorderingsrente onevenredig en onevenwichtig is. De binnenlandse en grensoverschrijdende situatie worden hiermee niet gelijk behandeld en een rechtvaardiging is hiervoor niet aanwezig. De belastingplichtige wordt geconfronteerd met economische nadelen en mogelijk optredende liquiditeitsproblemen.

De Staatssecretaris heeft ten aanzien van de mate van zekerheidstelling aangegeven dat rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. Dit is een positief punt. Indien namelijk rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden, acht ik een bepaalde mate van zekerheidstelling in overeenstemming met het EU-recht.

Als blijkt dat in de uitvoering het vereisen van een volledige zekerheidstelling eerder regel is dan uitzondering, dan is de regeling echter niet voldoende evenredig en evenwichtig.

Ten aanzien van het stellen van bepaalde administratieve verplichtingen kan geconcludeerd worden dat deze noodzakelijk worden geacht om tot de correcte invordering van de belastingen over te gaan. Is het daarnaast in overeenstemming met het EU-recht, dat met de belastinginvordering behalve bij realisatie ook bij de partiële realisatiemomenten wordt aangesloten? Het HvJ zou op basis van het arrest Commissie vs. Denemarken kunnen beslissen dat de partiële realisatie zoals opgenomen in de Wet uitstel van betaling exitheffingen (ten aanzien van alle vermogensbestanddelen) verder gaat dan noodzakelijk kan worden geacht. Nederland zal echter moeten beargumenteren dat zij hiermee de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie gelijk probeert te trekken. Daarnaast zullen de liquiditeiten doorgaans aanwezig zijn, omdat in de lidstaat van ontvangst veelal een hogere afschrijving wordt genoten als gevolg van een toegekende step-up.

Op basis van de beoordeelde onderdelen van de Wet, is duidelijk geworden dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen op onderdelen strijdigheden vertoont met het EU-recht. Daarnaast zijn de voorwaarden die verbonden zijn aan het belastinguitstel in combinatie bezien zo bezwarend, dat het evenwicht tussen de belangen van Nederland en de interne markt niet gewaarborgd is. De onderneming die de feitelijke leiding grensoverschrijdend verplaatst, wordt – ook bij uitstel tot realisatie – geconfronteerd met diverse economische nadelen en mogelijk optredende liquiditeitsproblemen. Het zal voor Nederland een moeilijke opgave zijn om in een (toekomstige) zaak werkelijk aan te tonen dat de Wet uitstel van betaling exitheffingen de evenwichtigheidstoets zal doorstaan.

Doordat de probleemstelling negatief moet worden beantwoord, is beknopt ingegaan op de tweede deelvraag van Hoofdstuk 6: *Welke verbeteringen kunnen in de Wet geïmplementeerd worden die de Wet meer EU-proof zullen maken?* Een gewijzigde Wet zal de vrijheid van vestiging bevorderen en de kans op een tweede infractieprocedure verkleinen. Tegelijkertijd moet het doel van de exitheffing niet uit het oog worden verloren: voor de lidstaten moet het mogelijk blijven om de opgebouwde maar nog niet gerealiseerde winst daadwerkelijk te belasten en in te vorderen.

Er zijn twee opties voorgesteld die de Wet mijns inziens beduidend zullen verbeteren. De eerste optie wordt beargumenteerd als *'economisch voordelig'* en de tweede optie als één die *'meer belastinguitstel verleent en beter uitvoerbaar'* is. Bij implementatie van de eerste optie is de belangrijkste aanpassing dat er geen invorderingsrente meer wordt geheven vanaf het emigratiemoment. De belastingplichtige zal dan niet langer economisch worden belemmerd. De tweede optie heeft als belangrijkste aanpassing, dat met de invordering van de belasting alleen zal worden aangesloten op het uiteindelijke vervreemdings- of realisatiemoment van de betreffende vermogensbestanddelen. Bijkomend voordeel is dat de huidige administratieve verplichtingen dan gesimplificeerd kunnen worden. Ten aanzien van beide opties zal wat betreft de mate van zekerheidstelling – indien dit met de huidige Wet in onvoldoende mate gebeurt – aangesloten moeten worden bij de werkelijke risico's die de ontvanger loopt. Verder zal de ontvanger zich in verschillende situaties flexibel moeten opstellen.

De Wet uitstel van betaling exitheffingen biedt zoals gezegd ook de mogelijkheid om de exitheffing in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen. Deze uitstelmogelijkheid wordt geprezen om de eenvoud daarvan. Besluit de wetgever om bij een dergelijke uitstelmogelijkheid eveneens geen rente in rekening te brengen, dan vormt dit een aantrekkelijke uitsteloptie voor de belastingplichtige.

Tot slot zijn de gewijzigde exitheffingregelingen van respectievelijk Zweden, Oostenrijk en Denemarken aan een beoordeling onderworpen. Kan Nederland lering trekken uit deze andere oplossingsrichtingen? Nederland zou net



als Zweden een groot deel van de belastingheffing in vijf (materiële activa) dan wel tien termijnen (immateriële activa) kunnen invorderen. Dit onderscheid zou bij de invordering in tien gelijke jaarlijkse termijnen kunnen worden aangebracht. Verder kan Nederland van de Oostenrijkse regeling leren dat een uitgestelde exitheffing niet noodzakelijkerwijs op alle punten ‘waterdicht’ hoeft te zijn. Dit wil zeggen dat het wenselijk kan zijn om budgettair iets in te leveren als in ruil daarvoor de vrijheid van vestiging voor de inwoners van de Europese Unie wordt bevorderd. De Deense regelgeving is mogelijk in strijd met het EU-recht. Toch kan er een kleine les worden geleerd: een beperking van het uitstel in de tijd naar bijvoorbeeld tien of twaalf jaar. Hoewel niet bekend is of een beperking in de tijd EU-rechtelijk zal volstaan, is het wel zo praktisch. Liquiditeitsproblemen zullen zich na zo een lange termijn niet meer voordoen en zowel de belastingautoriteit als de belastingplichtige kunnen dan eindelijk afscheid van elkaar nemen.

### 7.3 Afsluiting

De huidige Wet uitstel van betaling exitheffingen is duidelijk niet geslaagd in de taak waarvoor deze in mei 2013 door de Eerste Kamer is aangenomen: een uitstelmogelijkheid bieden die materieel minder belemmerend is dan de onmiddellijke invordering van de exitheffing. Nederland heeft mijns inziens te weinig verantwoordelijkheid getoond bij de invoering van de Wet; de Staatssecretaris heeft zich stevig vastgehouden aan de geïnterpreteerde overwegingen van het arrest National Grid Indus. Had Nederland een wet geïmplementeerd die minder belemmerend zou uitpakken, dan zou daarmee een goed signaal uitgezonden zijn naar de andere lidstaten. Alle lidstaten zijn gebaat bij exitheffingregelingen die zo min mogelijk belemmeren, zodat daarmee het ondernemersklimaat in de EU wordt bevorderd.

De Commissie heeft op 20 november 2013 de infractieprocedure Commissie vs. Nederland (zie ook: arrest HvJ EU 31 januari 2013, nr. C-301/11) definitief gesloten. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat de Commissie werkelijk tevreden is; zij richt zich vermoedelijk op andere zaken die op dit moment problematischer zijn en meer de aandacht verdienen. De Commissie kan in een later stadium ten aanzien van de gewijzigde exitheffingregeling een nieuwe infractieprocedure starten. Daarnaast kan de Wet uitstel van betaling exitheffingen onderdeel zijn van een nieuwe procedure bij het HvJ. Ik acht de kans dan groot dat de Wet (op onderdelen) in strijd wordt verklaard met het EU-recht, en daaropvolgend in grote mate afbreuk wordt gedaan aan de voorwaarden die verbonden zijn met het belastinguitstel. Het is voor Nederland echter nog niet te laat: zij kan één van de twee voorgestelde opties in haar wetgeving implementeren en daarmee een toekomstige zaak voorkomen. Helaas zal de kans klein zijn dat Nederland – zeker nu de infractieprocedure is afgesloten - op eigen initiatief de Wet uitstel van betaling exitheffingen gaat wijzigen. Nederland zal waarschijnlijk pas in actie komen wanneer door het HvJ wordt aangetoond, dat de Wet de strijdigheid met het EU-recht niet heeft weggenomen.

Tot slot zal met spanning worden uitgekeken naar de EU-rechtelijke ontwikkelingen op het terrein van de exitheffingen. Hoe het uitstel op diverse onderdelen precies mag worden vormgegeven, verdient de aandacht. Met name zal interessant zijn, of het HvJ evenwel de invordering in vijf of tien jaarlijkse termijnen in overeenstemming met het EU-recht beslist.

# Appendix

In Centros<sup>768</sup> was er sprake van een Deens echtpaar die van plan was activiteiten in Denemarken te ontplooiën, maar de Deense oprichtingseisen wilden omzeilen door een Britse Ltd. op te richten. Enige tijd erna hadden zij een filiaal in Denemarken opgericht. De Deense kamer van koophandel weigerde inschrijving in het handelsregister en stelde dat de Britse Ltd. slechts was opgericht om van de gunstiger voorwaarden gebruik te maken. In het Verenigd Koninkrijk werden bovendien geen activiteiten ontplooid. Het HvJ oordeelde dat in het kader van de vrijheid van vestiging het mogelijk moet zijn om met behulp van een vennootschap die in een lidstaat overeenkomstig de wetgeving is opgericht, een filiaal in een andere lidstaat op te richten. Dit mag niet geweigerd worden door laatstgenoemde lidstaat, ook wanneer de vennootschap in de lidstaat van oprichting aldaar geen activiteiten ontplooid en alleen gebruikt wordt om van de gunstige voorwaarden te genieten. Uit dit arrest blijkt dat als via een primaire vestiging die geen economische activiteiten ontplooid een secundaire vestiging wordt opgericht die wel economische activiteiten ontplooid, dit in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.

De kwestie in Inspire Art<sup>769</sup> is in grote mate vergelijkbaar met die in Centros. In dit geval was er eveneens een vennootschap in het Verenigd Koninkrijk opgericht. De bestuurder woonde daarentegen in Nederland en er werd een filiaal in Amsterdam opgezet. De filiaal werd ingeschreven in de Kamer van Koophandel, echter niet werd vermeld dat het een `formeel buitenlandse vennootschap` in de zin van art. 1 WFBV<sup>770</sup> betrof. Dit was verplicht omdat Inspire Art Ltd. nagenoeg of geheel haar ondernemingsactiviteiten in Nederland ontplooid. De toepassing van de WFBV leidde ertoe dat aanvullende voorwaarden werden opgelegd indien het Nederlandse recht strengere voorwaarden bevatte dan de lidstaat van oprichting. Het HvJ oordeelde hier – deels te verwachten naar aanleiding van Centros - dat Nederland geen aanvullende voorwaarden mag opleggen aan de filiaal waarvan de vennootschap in een andere lidstaat is opgericht, ook indien de ondernemingsactiviteiten nagenoeg tot geheel in Nederland worden verricht. Kortom, de secundaire vestiging mag op geen enkele wijze belemmerd worden, ook al ontplooid de primaire vestiging geen economische activiteiten en wordt zij slechts opgericht om gebruik te maken van de gunstige voorwaarden inzake onder andere de oprichting van vennootschappen en de volstorting van aandelen.

In Sevic<sup>771</sup> tot slot was er sprake van een grensoverschrijdende fusie. Sevic Systems AG, gevestigd in Duitsland, had een fusieovereenkomst gesloten met Security Vision Concept SA, gevestigd te Luxemburg. De Duitse vennootschap was in deze fusie de verkrijgende vennootschap. Duitsland weigerde echter de inschrijving van de fusie in het handelsregister. Het HvJ oordeelde dat de weigering daarvan strijdig is en een grensoverschrijdende fusie (evenals de binnenlandse fusie) mogelijk moet worden gemaakt. Het HvJ deed daarbij een interessante overweging: *`Grensoverschrijdende fusies beantwoorden , evenals overige omzettingen van vennootschappen, aan de behoeften aan samenwerking en reorganisatie van vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zij vormen bijzondere wijzen van uitoefening van de vrijheid van vestiging, die belangrijk zijn voor de goede werking van de interne markt, en behoren dus tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in artikel 43 EG bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.`*<sup>772</sup>

<sup>768</sup> HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (Centros).

<sup>769</sup> HvJ EG 30 december 2003, nr. C-167/01 (Inspire Art).

<sup>770</sup> Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.

<sup>771</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/01 (Sevic).

<sup>772</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/01 (Sevic), r.o. 19.

Een grensoverschrijdende fusie kan voor een vennootschap een doeltreffende wijze zijn om zich om te zetten. Dit bevordert de (economische) samenwerking tussen de vennootschappen van de lidstaten. Duitsland handelde hier in strijd met de vrijheid van vestiging en aanpassing van haar wetgeving omtrent de fusie was nodig.

Uit de verschillende vennootschapsrechtelijke stelsels en de behandelde jurisprudentie in Hoofdstuk 3 is duidelijk geworden dat grofweg vier verschillende zetelverplaatsingen onderscheiden kunnen worden. Bij het incorporatiestelsel wordt er in beginsel vanuit gegaan dat het een naar Nederlands recht opgericht vennootschap betreft. Zie hieronder de tabel die de relevante gevolgen weergeeft van een werkelijke zetelverplaatsing:

| Zetel - Verplaatsing | Lidstaat van vertrek  | Lidstaat van ontvangst  |
|----------------------|---|---|
| <b>1.</b>            | <b>Incorporatiestelsel</b>  | <b>Incorporatiestelsel</b>  |
| Consequenties:       | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplaatsing van de feitelijke leiding heeft geen betekenis voor welk nationaal vennootschapsrecht van toepassing is.</li> <li>- Blijft in beginsel onderworpen aan het recht van de lidstaat van oprichting.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Een 'non-event'.</li> <li>- De lidstaat van ontvangst blijft het oprichtingsrecht aanwijzen als toepasselijk recht.</li> <li>- Uitzondering wanneer Italië de lidstaat van ontvangst is: Omzetting in Italiaanse vennootschap vindt plaats en Nederlandse nationaliteit wordt afgeschud.<sup>773</sup></li> </ul>  |
| <b>2.</b>            | <b>Incorporatiestelsel</b>  | <b>Werkelijke zetelstelsel</b>  |
| Consequenties:       | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplaatsing van de feitelijke leiding heeft geen betekenis voor welk nationaal vennootschapsrecht van toepassing is.</li> <li>- Blijft in beginsel onderworpen aan het recht van de lidstaat van oprichting.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- De lidstaat van ontvangst onderwerpt de vennootschap aan haar vennootschapsrecht.</li> <li>- Vóór arrest Überseering doorgaans geen erkenning van het oprichtingsrecht.</li> <li>- Op basis van de jurisprudentie kan een keuze van het vennootschapsrecht gemaakt worden:<sup>774</sup> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Op grond van Überseering kan het recht van de lidstaat van oprichting van toepassing blijven en de rechtspersoonlijkheid behouden blijven.</li> <li>(ii) Op grond van Cartesio kan de vennootschap haar Nederlandse nationaliteit afschudden.</li> </ul> </li> </ul> |

<sup>773</sup> Zie J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', WFR 2009/217, onderdeel 7.1.

<sup>774</sup> Idem, onderdeel 7.3.

| <b>3.</b>      | <b>Werkelijke zetelstelsel</b>   | <b>Incorporatiestelsel</b>  |
|----------------|--|---|
| Consequenties: | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplaatsing van de feitelijke leiding resulteert in de wisseling van toepasselijk vennootschapsrecht. Gevolg: nationaliteitswisseling.</li> <li>- In de regel vindt ontbinding en liquidatie plaats, tenzij:</li> <li>- Een omzetting plaatsvindt omdat de lidstaat van ontvangst deze regeling kent en de vennootschap ervoor kiest.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- In beginsel blijft de lidstaat het oprichtingsrecht aanwijzen als toepasselijk recht.</li> <li>- Dit werkt niet ingeval de vennootschap is ontbonden. Een oplossing is dan dat heroprichting plaatsvindt in de lidstaat van ontvangst.</li> <li>- Indien de lidstaat een omzettingsregeling kent, mag de lidstaat van vertrek dit niet verhinderen door de ontbinding en liquidatie te effectueren.</li> </ul> |
| <b>4.</b>      | <b>Werkelijke zetelstelsel</b>   | <b>Werkelijke zetelstelsel</b>  |
| Consequenties: | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplaatsing van de feitelijke leiding resulteert in de wisseling van toepasselijk vennootschapsrecht. Gevolg: nationaliteitswisseling.</li> <li>- In de regel vindt ontbinding en liquidatie plaats, tenzij:</li> <li>- Een omzetting plaatsvindt omdat de lidstaat van ontvangst deze regeling kent en de vennootschap ervoor kiest.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- De lidstaat van ontvangst onderwerpt de vennootschap aan haar vennootschapsrecht.</li> <li>- Heroprichting vindt plaats: voldoen aan de gestelde oprichtingseisen daaromtrent.</li> <li>- Indien de lidstaat een omzettingsregeling kent, mag de lidstaat van vertrek dit niet verhinderen door de ontbinding en liquidatie te effectueren.</li> </ul>   |

Afhankelijk van of een lidstaat een exitheffing hanteert en of zij activa bij binnenkomst waardeert op de waarde in het economisch verkeer of boekwaarde, zijn er vier grensoverschrijdende situaties te onderscheiden die hieronder zijn opgenomen:

|     | Lidstaat van vertrek | Lidstaat van ontvangst | Resultaat belastingheffing? |
|-----|----------------------|------------------------|-----------------------------|
| #1* | Exitheffing          | Step-up                | Eenmaal heffing             |
| #2  | Exitheffing          | Geen step-up           | Dubbele heffing             |
| #3  | Geen exitheffing     | Step-up                | Geen heffing                |
| #4  | Geen exitheffing     | Geen step-up           | Eenmaal heffing             |

\* Op Nederland is de eerste situatie van toepassing. Bij het vertrek van een onderneming heft zij en bij binnenkomst hanteert zij een step-up.

- Situatie #2 en #3 zijn belastingtechnisch niet wenselijk. Lidstaten dienen te streven naar coördinatie om respectievelijk dubbele heffing en geen heffing te voorkomen.
- Situatie #4 wordt niet geplaagd door dubbele heffing of geen heffing. Het is echter niet in lijn met het territorialiteitsbeginsel, want de heffing vindt volledig plaats waar de onderneming zich bevindt op het moment van de vervreemding en niet waar de winst is opgebouwd.

Situatie #1 is mijns inziens ideaal. Er vindt een eenmalige heffing plaats die tevens in lijn is met het territorialiteitsbeginsel omdat hier bij de grensoverschrijdende verplaatsing de lidstaat van vertrek mag heffen over de winst die daar is opgebouwd.

## **Inkomstenbelasting. Vennootschapsbelasting. Invordering. Uitstel van betaling bij eindafrekeningswinst**

### **Belastingdienst/Landelijk Kantoor Belastingregio's, Brieven en beleidsbesluiten**

**Besluit van 20 november nr. BLKB 2011/2477M, Staatscourant 2011, 23186**

#### **De staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten**

*Dit besluit vloeit voort uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 november 2011, C-371/10. Vooruitlopend op wetgeving wordt in afwijking van de wet onder voorwaarden uitstel van betaling toegestaan voor belastingaanslagen voor zover deze zien op eindafrekeningswinst.*

### **1. Inleiding**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft op 29 november 2011 arrest gewezen over de vraag of en onder welke voorwaarden Nederland belasting mag heffen ter gelegenheid van het verplaatsen van de feitelijke bestuurszetel vanuit Nederland naar een andere lidstaat (National Grid Indus BV).

Dit besluit beoogt, vooruitlopend op wetgeving, de uitvoeringspraktijk in overeenstemming te brengen met de voormelde beslissing van het Hof. Dit besluit betreft de invordering van aanslagen inkomsten- en vennootschapsbelasting waarin een heffingscomponent zit die verband houdt met het bepaalde in de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

### **Gebruikte begrippen en afkortingen**

Wet VPB

Wet op de vennootschapsbelasting 1969

### **2. Arrest van het Hof**

#### **2.1 Beslissing inzake exitheffing**

Het Hof heeft beslist dat het recht van de Unie zich niet verzet tegen heffing over latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap die ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Er hoeft daarbij geen rekening te worden gehouden met eventuele later optredende waardeverminderingen. Niet van belang is dat latente meerwaarden betrekking hebben op valutawinsten die in de lidstaat van ontvangst niet tot uitdrukking kunnen komen, gelet op het daar geldende belastingregime.

Het Hof besliste verder dat in bedoelde gevallen aanvaardbaar is een regeling waarbij belastingplichtigen de keuze krijgen tussen onmiddellijke betaling en uitstel van betaling, in voorkomend geval inclusief rente. Met het risico van niet-invordering kan rekening worden gehouden door maatregelen als het stellen van een bankgarantie. De invordering van de belastingschuld wordt uitgesteld tot het moment van de daadwerkelijke realisatie. Het Hof overwoog daarbij dat de keuze voor uitstel noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een administratieve last in verband met de monitoring van de verplaatste activa.

Wellicht ten overvloede wijs ik er op dat het arrest de vrijheid van vestiging betreft. De vrijheid van vestiging werkt voor EU- en EER-landen maar niet voor 'derde' landen. Het arrest en dit besluit gelden dus niet voor deze 'derde' landen.

### **3. Betekenis voor de uitvoeringspraktijk: Belastingsschuldige krijgt keuze**

#### **3.1 Afdoen van bezwaarschriften**

Ik leid uit het arrest af dat aanslagen inkomsten- en vennootschapsbelasting waarin een heffingscomponent zit die verband houdt met het bepaalde in de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB rechtsgeldig zijn.

In de praktijk is soms de afhandeling aangehouden van bezwaarschriften tegen aanslagen inkomsten- en vennootschapsbelasting waarin een heffingscomponent zit die verband houdt met het bepaalde in de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB. Voor zover deze bezwaren zijn aangehouden in verband met de hiervoor besproken procedure C-371/10, kan de inspecteur deze bezwaren nu afwijzen met een verwijzing naar het arrest van het Hof. Bij het afwijzen van het bezwaar wijst de inspecteur op de mogelijkheid te kiezen voor uitstel van betaling bij de ontvanger.

#### **3.2 Opleggen van aanslagen**

Voor zover daartoe aanleiding is, kan de inspecteur een aanslag inkomsten- of vennootschapsbelasting opleggen ingevolge het bepaalde in de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB. De inspecteur zal daarbij zoveel mogelijk verwijzen naar de mogelijkheid te kiezen voor uitstel van betaling.

#### **3.3 Keuze voor uitstel van betaling**

De belastingsschuldige kan de aanslag betalen binnen de betalingstermijn zoals vermeld op het aanslagbiljet. Kiest hij voor uitstel van betaling dan geldt het volgende.

- Uitstel wordt verleend voor zover ertoe aanzien van de vermogensbestanddelen waarover op de voet van de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB is geheven, geen sprake is geweest van realisatie. De beoordeling hiervan vindt plaats op het moment dat gekozen wordt voor uitstel aan de hand van het daarbij te overleggen overzicht van 'niet-gerealiseerde' vermogensbestanddelen.
- Over het bedrag dat onbetaald is gebleven is invorderingsrente verschuldigd vanaf het moment dat de betalingstermijn die op het aanslagbiljet is vermeld, is verstreken.
- De ontvanger verlangt zekerheden voor het uitstel, waarbij een bankgarantie het meest in de rede ligt. De zekerheid moet het bedrag dekken waarvoor het uitstel wordt verleend.
- Het verleende uitstel is niet aan een bepaalde termijn gebonden.
- Het uitstel eindigt indien sprake is van realisatie. De ontvanger stelt daarom als voorwaarde voor het uitstel dat de belastingsschuldige eenmaal per kalenderjaar aan de ontvanger een overzicht verstrekt van de 'niet-gerealiseerde' vermogensbestanddelen opdat het uitstel in zoverre in stand kan blijven. Dat overzicht kan zijn een voortzetting van de balans (met specificatie van de reserves) zoals die van toepassing was voor de heffing op

de voet van de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB. De ontvanger beëindigt het uitstel geheel als de belastingschuldige in gebreke is met het verstrekken van het overzicht.

### **3.4 Einde uitstel bij 'realisatie'**

Het uitstel van betaling geldt niet (meer) voor zover er sprake is van realisatie. Voor het begrip realisatie is het allereerst van belang waarover is geheven bij de toepassing van de artikelen 3.60 en 3.61 van de Wet IB 2001 of de artikelen 15c en 15d van de Wet VPB. Deze heffingsgrondslag kan bestaan uit meer componenten, zoals stille reserves, goodwill, fiscale reserves. Voor zover door een rechtshandeling of anderszins deze componenten in Nederland zouden leiden tot winstrealisatie, is sprake van realisatie die aanleiding geeft het uitstel te beëindigen.

Over hetgeen bij 3.3 en 3.4 is opgenomen, kan een afspraak worden gemaakt met de ontvanger.

### **4. Inwerkingtreding en vervaldatum**

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst en werkt terug tot en met 29 november 2011.

Dit besluit vervalt met ingang van de inwerkingtreding van de wetgeving waarmee het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 29 november 2011, C-371/101, wordt gecodificeerd in Nederlandse wetgeving.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

*Den Haag, .. .... 2011*

*De staatssecretaris van Financiën,  
F.H.H. Weekers.*

-----



# Literatuurlijst

## Boeken:

- C. Barnard, *The substantive law of the EU: the Four Freedoms*, New York: Oxford University press 2010.
- J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1996.
- R.P.C.W.M. Brandsma, R.N.G. van der Paardt, S.R. Pancham en D.M. Weber, *Cursus belastingrecht (Europees belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2011/12.
- F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb. 1969: EU-rechtelijk onhoudbaar*, Deventer: Kluwer 2011.
- Zie G.W.J.M. Kampschoër, *Kwantitatieve aspecten van fiscale verliesverrekening en de consequenties voor de verwerking in de vennootschappelijke jaarrekening*, Maastricht: Datawyse/Universitaire Pers Maastricht: 1992.
- F. Pötgens, *Exitheffingen; Quo vadunt?*, VU Amsterdam: Kluwer 2012
- D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, Deventer: Kluwer 2003
- D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, online geraadpleegd, onderdeel E.B.R. 5.0.4.

## Tijdschriften:

- H.P.A.M. van Arendonk, *National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ?*, MBB 2012/05.
- H.P.A.M. van Arendonk, *Cartesio en exitheffingen: zijn we dichterbij een oplossing?*, MBB 2009/11.
- J.W. Bellingwout en M. Koerts, *Cartesio, drie jaar later...*, WFR 2012/12.
- J.W. Bellingwout, *Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail*, WFR 2009/217.
- J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing in beweging (I), Eindafrekening anno 2001*, WFR 2001/6424.
- J.J. van den Broek, *Wetsvoorstel uitstel van betaling exitheffingen*, WFR 2012/916.
- A.F.M. Dorresteyn en B. Verkerk, *Nakaarten over Cartesio: grensoverschrijdende omzetting en zetelverplaatsing*, O&F 2009.
- S.C.W. Douma, *Het evenredigheidsbeginsel stricto sensu als belangenafweging tussen nationale fiscale soevereiniteit en vrij verkeer*, WFR 2007/247.
- G.C.F. van Gelder, *de grensoverschrijdende omzetting: fiscaal nu beter geregeld?*, WFR 2013/6991.
- G.C.F. van Gelder en B. Niels, *National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?*, WFR 2012/490.
- R. de Graaff en A. de Haan, *National Grid vs. N: verenigbaar of niet?*, WFR 2012/612.
- H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, *Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups.*, WFR 2012/601.
- P. Kavelaars, *EU en directe belastingen*, TFO 2007/1.
- P. Kavelaars, *Grensoverschrijdende zekerheidsstellingen Europeesrechtelijk getoetst*, WFR 2003/575.
- E.C.C.M. Kemmeren, *Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar*, WFR 2005/1613.
- H. Koster, *Bedrijfsjuridische berichten, Vale en grensoverschrijdende omzetting*, Bb 2012/62.
- M.V. Lambooy, *Exit heffing: nog steeds een hot topic?*, NTFRB2013-28.

M.V. Lambooi, *'Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen'*, NTFRB2013-3.

M.V. Lambooi, *'De exitheffing: geconserveerd of toch niet?'*, NTFRB2012-11.

O.C.R. Marres, *'Exit heffing?'*, NTFRB2011-16.

E. Nijkeuter en M.F. de Wilde Kluwer, *'Met de kennis van nu... (deel 1)'*, WFR 2013/138.

P.J.J.M. Peeters, *'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?'*, WFR 2007/6728.

F.G.F. Peters, *'HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing?'*, WFR 2004/1307.

J.D. Pronk, *'Hongaarse regeling bij zetelverplaatsing niet in strijd met vestigingsvrijheid'*, NTFR 2009/46.

H. Schutte-Veenstra, *'Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex. Art. 49 en 54 VwEU'*, Ondernemingsrecht 2012/111.

H. Schutte-Veenstra, *'Onmiddellijke invordering van een fiscale exitheffing is in strijd met het vestigingsrecht'*, OR 2012/41.

D.E. van Sprundel, *'Een nieuwe inbreukprocedure komt tot bloei!'*, De Aanslag, april 2013.

D.E. van Sprundel, *'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof'*, WFR 2012/914.

D.E. van Sprundel, *'Exitheffingen bij ondernemingen'*, WFR 2010/1045.

P.J. Wattel, *'Carry on discriminating'*, NJB 2011/2248.

P.J. Wattel, *'Exit exitheffing?'*, Nederlands juristenblad 2009/11.

P.J. Wattel, *'Handel in exitclaims'*, NTFR 2002/303.

#### **Kamerstukken, brieven en besluiten:**

Kamerstukken I, vergaderjaar 2012/13, 33262.

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012/13, 33262.

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011/12, 33262.

Kamerstukken II, vergaderjaar 2001/02, 28034 nr. 3.

Kamerstukken II, vergaderjaar 1999/2000, 26727 nr. 7.

Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 26728 nr. 2.

Kamerstukken II, vergaderjaar 1998/99, 27627 nr. 2 en 3.

Kamerstukken II, vergaderjaar 1958/59, 5380 nr. 2 en 3.

Brief Staatssecretaris van Financiën, 19 april 2013, nr. AFP 2013 178U, zaak 2008/2207.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.

Besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M.

Besluit van 22 januari 1996, nr. DG096/0691, V-N 1996/754.

#### **Europese Hof van Justitie en EVA-Hof:**

HvJ EU 18 juli 2013, C-261/11 (Commissie vs. Denemarken)

HvJ EU 25 april 2013, C-64/11 (Commissie vs. Spanje)

HvJ EU 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland)  
HvJ EU 13 november 2012, nr. C-35/11 (Test Claimants)  
HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal)  
HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09 (Commissie vs. Spanje)  
HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/10 (Vale)  
HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus)  
HvJ EU 30 juni 2011, nr. C-262/09 (Meilicke)  
HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio)  
HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (Deutsche Shell)  
HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes)  
HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (zaak N)  
HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer)  
HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/01 (Sevic)  
HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant)  
HvJ EG 30 december 2003, nr. C-167/01 (Inspire Art)  
HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering)  
HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars)  
HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (Centros)  
HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95 (Futura)  
HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard)  
HvJ EG 14 februari 1995, nr. C-279/93 (Schumacker)  
HvJ EG 26 februari 1992, nr. C-357/89 (Raulin)  
HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-221/89 (Factortame II)  
HvJ EG 5 oktober 1988, nr. 196/87 (Steymann)  
HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81-87 (Daily Mail)  
HvJ EG 23 maart 1982, nr. 53/81 (Levin)

EVA-Hof 3 oktober 2012, E-15/11 (Arcade Drilling AS)

EVA-Hof 7 mei 2008, nr. E-7/07 (Seabrokers)

EVA-Hof 23 november 2004, nr. E-1/04 (Fokus Bank)

**Advocaat-generaal:**

Conclusie A-G Kokott 8 september 2011, nr. C-371/10 (National Grid Indus)

Conclusie A-G Alber van 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars)

Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, nr. C-38/10 (Commissie vs. Portugal)

### **Nederlandse Rechtspraak:**

Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. BN1231  
HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, V-N 2013/12.18  
HR 26 september 2008, nr. 43 338, BNB 2009/23  
HR 15 november 2000, nr. 35.694, BNB 2001/61  
HR 27 augustus 1997, nr. 32.333, BNB 1998/50  
Rb Haarlem 13 oktober 2010, nr. 09/01232, NTFR 2011/208

### **Infractionprocedures:**

Verenigd Koninkrijk: EG-C 22 maart 2012, nr. IP/12/285, NTFR2012-810 (tweede fase).  
Ierland: EG-C 27 januari 2011, nr. (IP/11/78), NTFR2011-274 (tweede fase).  
Denemarken, Nederland en Spanje: EG-C 24 november 2010, nr. IP/10/1565, NTFR2010-2766.  
België, Denemarken en Nederland: EG-C 18 maart 2010, nr. IP/10/299, NTFR2010-1513 (tweede fase).  
Portugal en Spanje: EG-C 8 oktober 2009, nr. IP/09/1460, NTFR2009-2227.  
Portugal en Spanje: EG-C 27 november 2008, nr. IP/08/1813, NTFR2008-2358 (tweede fase).  
Zweden: EG-C 18 september 2008, nr. IP/08/1362, NTFR2008-1884 (tweede fase).

### **Europese Commissie en Resoluties:**

Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief.  
Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief.  
Raadsresolutie: Ecofin 2 dec 2008, nr. 16412/08, NTFR 2008/2503.  
*Resolutie van het Europees Parlement van 14 juni 2012 over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht*, 2012/2669(RSP).  
*Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende de grensoverschrijdende verplaatsing van zetels van vennootschappen*, 2011/2046(INI).

### **Richtlijnen:**

Richtlijn 2011/16/EU, Raad 15 februari 2011.  
Richtlijn 2010/24/EU, Raad van 16 maart 2010.  
Richtlijn 2005/56/EG, Raad van 26 oktober 2005.

### **NDFR, BNB en Vakstudienieuws**

NDFR, deel Vennootschapsbelasting, commentaar op art. 15c Wet Vpb 1969.  
BNB 2012/40 (Noot: S.C.W. Douma)  
BNB 2005/234 (commentaar P.J. Wattel)  
V-N 2012/47.11  
V-N 2012/51.17  
V-N 2012/20.11

V-N 2010/62.18

V-N 2004/15.9

**Wetten en overige:**

Wet uitstel van betaling exitheffingen (Koninklijk Besluit van 29 mei 2013, Stb. 2013, 183).

Wet wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingschulden 2012, Stb. 2011, 632.

Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2005).

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen, *'NOB Commentaar Wet Exitheffing'*.

EY, Global Tax Alert (online) *'Denmark publishes proposed exit tax rules'*, van 15 oktober 2013.

