

## **De fiscale systematiek van de migrerende ondernemer**

*Een rechtsvormvergelijking tussen de migratie van de ondernemer en diens onderneming en de aanmerkelijkbelanghouder en diens vennootschap of onderneming daarvan*

Naam: Jasper Voorhout

Nummer: 322730

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, september 2014

# Inhoudsopgave

<b>Lijst met afkortingen .....</b>	<b>- 4 -</b>
<b>Hoofdstuk 1: Inleiding .....</b>	<b>- 5 -</b>
1.1 Algemeen.....	- 5 -
1.2 Probleemstelling en toetsingscriteria.....	- 8 -
1.3 Reikwijdte van het onderzoek .....	- 10 -
1.4 De opbouw van het onderzoek .....	- 10 -
<b>Hoofdstuk 2: Emigratie van een IB-ondernemer .....</b>	<b>- 12 -</b>
2.1 Inleiding .....	- 12 -
2.2 De IB-ondernemer en de systematiek bij emigratie.....	- 12 -
2.2.1 De IB-ondernemer binnen de inkomstenbelasting .....	- 12 -
2.2.2 De eindafrekeningsbepalingen .....	- 13 -
2.2.3 Bepaling woonplaats van natuurlijk persoon en vestigingsplaats onderneming .....	- 14 -
2.2.4 Art. 3.61 Wet IB 2001 en de verhouding met art. 3.60 Wet IB 2001 en totaalwinst .....	- 15 -
2.2.5 Invloed van belastingverdragen op eindafrekening .....	- 16 -
2.3 Alleen IB-ondernemer emigreert, onderneming verplaatst niet .....	- 17 -
2.4 De fiscale gevolgen en voorwaarden van verplaatsing IB-ondernemer en onderneming .....	- 18 -
2.4.1 De IB-ondernemer emigreert, de onderneming verplaatst mee .....	- 18 -
2.4.2 Voorwaarden ten aanzien van uitstel van betaling .....	- 21 -
2.5 Samenvatting .....	- 25 -
<b>Hoofdstuk 3: Immigratie van een IB-ondernemer .....</b>	<b>- 28 -</b>
3.1 Inleiding .....	- 28 -
3.2 Ondernemer immigreert naar Nederland, IB-onderneming blijft achter .....	- 28 -
3.3 Onderneming verplaatst naar Nederland, ondernemer immigreert niet .....	- 30 -
3.4 Ondernemer immigreert, IB-onderneming verplaatst mee .....	- 32 -
3.5 Gewenste systematiek EC aangaande grensoverschrijdende verplaatsing onderneming.....	- 33 -
3.6 Samenvatting .....	- 37 -
<b>Hoofdstuk 4: Emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder .....</b>	<b>- 38 -</b>
4.1 Inleiding .....	- 38 -

4.2	Fiscale systematiek emigratie ab-houder en verplaatsing vennootschap .....	- 38 -
4.2.1	De ab-houder en zijn vennootschap.....	- 38 -
4.2.2	De exitheffing en de fictieve vervreemding en conserverende aanslag .....	- 40 -
4.2.2.1	De exitheffing.....	- 40 -
4.2.2.2	Fictieve vervreemding en de conserverende aanslag.....	- 41 -
4.2.3	Invloed van belastingverdragen .....	- 44 -
4.2.3.1	Relevante bepalingen binnen belastingverdragen .....	- 44 -
4.2.3.2	Het vermogenswinstartikel (art. 13 OESO-MV) .....	- 45 -
4.2.2.3	Het dividendartikel (art. 10 OESO-MV).....	- 48 -
4.3	De ab-houder emigreert, vennootschap blijft achter in Nederland.....	- 49 -
4.4	De ab-houder emigreert en de vennootschap verplaatst mee .....	- 52 -
4.5	Samenvatting .....	- 54 -
<b>Hoofdstuk 5: Immigratie van een aanmerkelijkbelanghouder .....</b>		<b>- 57 -</b>
5.1	Inleiding .....	- 57 -
5.2	De verplaatsing van de vennootschap en de ab-houder naar Nederland.....	- 57 -
5.2.1	Fiscale gevolgen voor vennootschap bij verplaatsing naar Nederland .....	- 57 -
5.2.2	Immigratie van de ab-houder naar Nederland: bepaling van de verkrijgingsprijs .....	- 59 -
5.2.2.1	Hoofddregel bepaling verkrijgingsprijs .....	- 59 -
5.2.2.2	Bepaling verkrijgingsprijs bij toepassing van uitzondering .....	- 60 -
5.3	De ab-houder immigrereert, de vennootschap blijft achter in de emigratiestaat .....	- 68 -
5.4	Vennootschap verplaatst naar Nederland, de ab-houder immigrereert niet .....	- 69 -
5.5	Ab-houder immigrereert naar Nederland, vennootschap verplaatst mee.....	- 70 -
5.6	Samenvatting .....	- 71 -
<b>Hoofdstuk 6: Samenvatting en evaluatie .....</b>		<b>- 73 -</b>
6.1	Inleiding .....	- 73 -
6.2	Fiscale systematiek emigratie.....	- 73 -
6.3	Fiscale systematiek immigratie.....	- 78 -
6.4	(Ongerechtvaardigde) verschillen en aanbevelingen .....	- 81 -
6.4.1	Verschillen .....	- 81 -
6.4.2	Aanbevelingen .....	- 84 -
6.5	Tot slot .....	- 89 -
<b>Literatuurlijst .....</b>		<b>- 90 -</b>

## Lijst met afkortingen

ab	aanmerkelijk belang
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingzaken
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
bv	besloten vennootschap
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal weekblad FED
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IB	inkomstenbelasting
IW 1990	Invorderingswet 1990
MvT	Memorie van Toelichting
NFV	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid
nr.	nummer
NTR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht - Beschouwingen
nv	naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO-Modelverdrag
p.	pagina
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Uitv.besl. IB 2001	Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting 2001
vi	vaste inrichting
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Algemeen

In Nederland bestaan twee verschillende heffingssystemen voor belastingheffing bij ondernemers. Enerzijds is er de ondernemer in de inkomstenbelasting (hierna: IB-ondernemer) in box 1 wiens winst progressief is belast. Anderzijds is er de ondernemer die zijn onderneming drijft in de vorm van een bv of nv en hiervan vijf procent of meer van de aandelen (of winstrechten) bezit en hierdoor aanmerkelijkbelanghouder (hierna: ab-houder) is voor de inkomstenbelasting.<sup>12</sup> De bv of nv betaalt vennootschapsbelasting over de winst. Indien deze winst wordt uitgekeerd aan de ab-houder wordt in beginsel dividendbelasting ingehouden door de bv/nv, welke verrekenbaar is met de box 2-heffing die op de ab-houder rust. In box 2 wordt het inkomen uit een ab belast tegen een tarief van 25%. Dit betreffen zowel reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen ontleend aan dit ab.

Het bestaan van twee verschillende fiscale regimes voor wat betreft de belastingheffing op ondernemingswinsten zorgt dikwijls voor discussie.<sup>3</sup> De algemene opinie is dat fiscale overwegingen geen invloed zouden moeten hebben op de keuze voor de rechtsvorm waarin de onderneming gedreven wordt.<sup>4</sup> De realiteit is echter dat door het bestaan van de twee verschillende heffingssystemen fiscale gronden toch vaak een belangrijke rol spelen bij deze keuze. Afgevraagd kan worden of de rechtsvorm ook van invloed is op de fiscale gevolgen wanneer een ondernemer emigreert of immigrereert. Redenen om te emigreren kunnen bijvoorbeeld liggen in economische of politieke redenen, een beter klimaat of een partner in het buitenland (of in Nederland in geval van immigratie). In het geval de rechtsvorm invloed heeft op de fiscale gevolgen van een migratie, kan worden gesteld dat de wettelijke systematiek niet rechtsvormneutraal is.

---

<sup>1</sup> In de literatuur wordt soms gesproken van de directeur-groootaandeelhouder als ondernemer. Ook dit is een ab-houder.

<sup>2</sup> Overigens is het ook mogelijk om een ab te hebben, terwijl men minder dan vijf procent van de aandelen of winstrechten bezit. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een ab door de meetrekregeling.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld: P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld: Crawford en Freedman, *Small business taxation. A special study of the structural issues surrounding the taxation of business profits of owner managed firms*, The Institute for Fiscal Studies/Oxford University Press, 2008. In dit onderzoek wordt gesteld dat een belastingsysteem het best functioneert als deze zo neutraal mogelijk is. Zie ook: S.J. Mol-Verver, *De ondernemingswinstbelasting: een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 10, Amersfoort: Sdu 2008. In dit proefschrift wordt onderzoek gedaan naar de negatieve maatschappelijke gevolgen van het ontbreken van rechtsvormneutraliteit binnen een winstbelastingstelsel.

## *Emigratie*

Wanneer een IB-ondernemer met zijn IB-onderneming emigreert zal in beginsel een eindheffing plaatsvinden conform art. 3.61 Wet IB 2001. Deze bepaling houdt in dat wanneer de IB-ondernemer emigreert en deze ophoudt in Nederland winst uit onderneming te genieten, de voordelen uit de onderneming die nog niet in de heffing zijn betrokken, in het jaar van emigratie betrokken worden in de heffing. Een duidelijk onderscheid moet gemaakt worden tussen het feit of slechts de IB-ondernemer emigreert of dat de IB-ondernemer en zijn IB-onderneming de grens over gaan. In het eerste geval vindt namelijk vaak nog geen afrekening plaats, omdat de IB-ondernemer dan nog niet stopt met in Nederland winst uit onderneming te genieten. Indien de IB-ondernemer en onderneming emigreren is dat dus wel het geval. Sinds het arrest National Grid Indus (HvJ 29 november 2011, C-371/10, *BNB* 2012/40) en de daarop gevolgde wetwijziging op grond van de Wet uitstel van betaling exitheffingen<sup>5</sup> is uitstel van betaling over deze heffing mogelijk.

In het geval van een emigratie van een ab-houder heeft Nederland als uitgangspunt dat Nederland belasting heft over fiscale claims die in Nederland zijn opgebouwd.<sup>6</sup> Een in Nederland woonachtige ab-houder wordt in de heffing betrokken wanneer deze zijn ab vervreemdt. Wanneer de ab-houder echter emigreert en de vennootschap verhuist mee raakt Nederland in veel gevallen de heffing over de in haar land opgebouwde waardeinstijging van dit ab-pakket kwijt indien de wet niet zou voorzien in aanvullende regels. Op dat moment heeft er immers nog geen vervreemding plaatsgevonden van het ab-pakket, terwijl de waarde van het ab mogelijk wel in waarde is gestegen.

Om te voorkomen dat de in Nederland opgebouwde fiscale claim in dat soort gevallen verloren gaat is in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) een fictief vervreemdingsmoment van het ab opgenomen bij een emigratie van de ab-houder. Dit is geregeld in art. 4.16, eerste lid, onderdeel h, Wet IB 2001. De ab-houder hoeft in dat geval echter niet direct af te rekenen over de waardevermeerdering, maar krijgt een conserverende aanslag opgelegd, op grond van art. 25, achtste lid, IW 1990. Dit betekent dat de geëmigreerde ab-houder uitstel van betaling van de aanslag krijgt voor de duur van tien jaar. Indien de ab-houder gedurende deze tien jaar het ab vervreemdt wordt de conserverende aanslag ingevorderd.<sup>7</sup> Na tien jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden. Belangrijk is om hier, net als bij de IB-ondernemer, onderscheid te maken tussen het geval dat de vennootschap in Nederland achterblijft en de situatie dat de vennootschap mee

---

<sup>5</sup> Wet van 14 mei 2013 tot wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffingen), *Stb.* 2013,183.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

<sup>7</sup> Of op een van de andere invorderingsmomenten uit art. 25, achtste lid, IW 1990.

emigreert. Beide gevallen zouden namelijk voor wat betreft de fiscale gevolgen anders kunnen uitwerken.

### *Immigratie*

Bij immigratie van een IB-ondernemer is met name van belang voor welke waarde de vermogensbestanddelen op de balans komen. De fiscale balans van aanvang is in dit geval dus van belang. Nederland heft in beginsel alleen over de claims die in Nederland op zijn gebouwd. In dat kader worden dus de vermogensbestanddelen bij immigratie gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.

Bij immigratie van de ab-houder is vooral de hoogte van de verkrijgingsprijs van belang voor de ab-houder. Immers wordt de ab-houder later belast voor het verschil tussen de vervreemdingsprijs en de verkrijgingsprijs van zijn ab. Voor de ab-houder is in dat geval dus een hogere verkrijgingsprijs fiscaal gunstiger. Voorts is de ab-houder ook mogelijk al belast bij emigratie uit zijn voormalig woonland over het verschil tussen de waarde van zijn ab bij emigratie en zijn verkrijgingsprijs. Indien de verkrijgingsprijs in dat geval te laag wordt gesteld bij immigratie bestaat het gevaar van dubbele belastingheffing. In beginsel wordt de verkrijgingsprijs bij immigratie gesteld op de waarde die op het tijdstip van immigratie in het economische verkeer aan die aandelen (of winstbewijzen) kan worden toegekend (art. 4.25 Wet IB 2001).

Net als bij de emigratie, dient ook bij immigratie een duidelijk onderscheid te worden gemaakt of de vennootschap of IB-onderneming in het voormalig woonland achterblijft of dat deze mee immigrereert.

### *Internationaal verdragsbeleid en EU-recht*

Het is mogelijk dat een belastingverdrag de Nederlandse heffing bij emigratie en immigratie beperkt of verbiedt. Belastingverdragen tussen twee landen hebben als doel het afstemmen van het heffen van belastingen om zo dubbele belasting bij de belastingplichtige te voorkomen. In het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht is hierbij afgesproken dat landen niet eenzijdig heffingsrechten naar zich toe mogen trekken als deze in strijd zijn met een belastingverdrag.<sup>8</sup> Mochten landen dat wel doen dan treden deze landen in strijd met de goede verdragstrouw. Het OESO-Modelverdrag (hierna: OESO-MV) wordt veelal als leidraad bij het opstellen van een verdrag tussen twee landen gebruikt.

---

<sup>8</sup> Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969.

Hoe Nederland invulling geeft aan verdragen is beschreven in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid.<sup>9</sup> Op veel vlakken is dit gelijk aan het OESO-Modelverdrag. Dit is niet het geval als het gaat om dividenden en vermogenswinsten uit ab.<sup>10</sup> Getracht wordt om het in Nederland opgebouwde ab-dividend en de in Nederland opgebouwde ab-winsten na emigratie hier te kunnen belasten. Dit standpunt staat echter niet gelijk met het OESO-MV, waardoor het voor Nederland vaak lastig is om dit in belastingverdragen op te nemen. Dit heeft tot gevolg dat Nederland soms belemmerd wordt in haar heffing.

Tot slot speelt het EU-recht een grote rol. Zeker met betrekking tot het verleden heeft Nederland meerdere malen haar wetgeving moeten aanpassen, omdat deze niet EU-conform was. Het gaat hierbij met name om de vrijheid van vestiging. Zo heeft onder meer de conserverende aanslag lang ter discussie gestaan op EU-rechtelijk gebied. Diverse studies zijn verricht om te bestuderen of de conserverende aanslag wel EU-proof is.<sup>11</sup> De bekendste arresten op dit gebied zijn het arrest *Lasteyrie du Saillant* (HvJ 11 maart 2004, C-9/02, *BNB* 2004/258) en het arrest N (HvJ 7 september 2006, C-470/04, *BNB* 2007/22). Bij beide arresten ging het voornamelijk om de voorwaarden bij het opleggen van een conserverende aanslag die ter discussie stonden en in laatstgenoemd arrest werd beslist dat de conserverende aanslag met de kenmerken van destijds EU-rechtelijk niet was toegestaan. Waar mogelijk dus aanbevelingen worden gedaan in deze scriptie, dient steeds beoordeeld te worden of deze EU-rechtelijk geoorloofd zijn.

## **1.2 Probleemstelling en toetsingscriteria**

In deze scriptie wordt onderzocht wat de fiscale gevolgen zijn van een emigratie en immigratie van zowel de IB-ondernemer als de ab-houder voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De huidige systematiek bij emigratie en immigratie wordt beoordeeld en voorts wordt gekeken naar verschillen tussen de fiscale gevolgen van emigratie en immigratie van een IB-ondernemer en van een ab-houder. Daarbij wordt tevens gekeken naar het verschil of de ondernemer zijn onderneming mee laat verhuizen, of dat de onderneming achterblijft in het voormalig woonland. Dit onderscheid wordt tevens gemaakt voor het wel of niet verplaatsen van de vennootschap. In dit onderzoek worden hierbij ook de belastingverdragen tegen het licht gehouden,

---

<sup>9</sup> Meest recente notitie omtrent het verdragsbeleid betreft de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011), par. 2.9.3 en 2.9.4.

<sup>11</sup> Zie onder meer: E.J.M. Jansen, 'De conserverende aanslag volledig EU-proof?', *Europese Fiscale Studies*, april 2008.



aangezien deze een Nederlandse heffing mogelijk kan belemmeren. Voorts wordt aandacht gegeven aan het EU-recht. Zoals hiervoor besproken neemt het EU-recht bij deze problematiek een belangrijke positie in. Indien er verschillen bestaan in behandeling tussen de IB-ondernemer en ab-houder wordt gekeken of deze verschillen gerechtvaardigd zijn ten opzichte van de rechtsvormneutraliteit. Indien ongerechtvaardigde verschillen worden geconstateerd wordt gekeken of er alternatieven zijn die deze ongerechtvaardigde verschillen kunnen wegnemen.

Dit onderzoek bevat daarom de volgende te toetsen stelling:

*De ondernemer natuurlijke persoon en de aanmerkelijkbelanghouder dienen in geval van emigratie en immigratie voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting vergelijkbaar behandeld te worden.*

Om te kunnen komen tot een juiste beargumentering op de probleemstelling, wordt deze gesplitst in een aantal deelvragen. Het gaat om de volgende deelvragen:

- Wat zijn de fiscale gevolgen van een emigratie van een IB-ondernemer?
- Wat zijn de fiscale gevolgen van een immigratie van een IB-ondernemer?
- Wat zijn de fiscale gevolgen van een emigratie van een ab-houder?
- Wat zijn de fiscale gevolgen van een immigratie van een ab-houder?
- Bestaan er verschillen tussen de fiscale gevolgen van migratie bij beide typen ondernemers en zijn deze gerechtvaardigd, en indien het antwoord ontkennend luidt, bestaan hier alternatieven voor?

In de eerste vier deelvragen kijk ik naar de fiscale uitwerking van een migratie van de IB-ondernemer en de ab-houder. Vervolgens vergelijk ik deze uitwerkingen en beoordeel ik of er verschillen zijn, of die gerechtvaardigd zijn en, indien dat niet het geval is, op welke wijze aanpassingen kunnen worden aangebracht. Als uitgangspunt hierbij hanteer ik rechtsvormneutraliteit. Hiermee bedoel ik dat de fiscale gevolgen van migratie vergelijkbaar dienen te zijn voor elke ondernemer ongeacht de rechtsvorm van de onderneming. Indien dit niet het geval is zal getoetst worden of dit gerechtvaardigd is en welke alternatieven er zijn om dit aan te passen.

De huidige regeling en de eventuele alternatieven worden getoetst of deze rechtsvormneutraal zijn. Daarnaast worden deze getoetst aan doelmatigheid en uitvoerbaarheid. Deze zijn doelmatig als het Nederland lukt te heffen over fiscale claims die in Nederland zijn ontstaan. Voorts wordt de uitvoerbaarheid getoetst, zowel aan de kant van de Belastingdienst als de ondernemer. Er is bij

emigratie of immigratie sprake van grensoverschrijdend verkeer, waardoor het voor de Belastingdienst lastig kan zijn om de emigrerende ondernemer tot in de lengte van dagen te volgen, zeker in het geval als de vennootschap mee verhuist. Aan de kant van de ondernemer is het van belang om te kijken naar de administratieve lasten. Een stijging van de administratieve lasten zou in het nadeel zijn van de ondernemer. Daarnaast mogen de alternatieven in ieder geval niet in strijd zijn met het EU-recht. Voorts moet voorkomen worden dat dubbele belastingheffing en non-belasting plaatsvindt. Afstemming met andere landen is daarbij mogelijk noodzakelijk. Tot slot mag niet in strijd worden getreden met de goede verdragstrouw.

### **1.3 Reikwijdte van het onderzoek**

Het onderzoek richt zich op de emigratie vanuit Nederland en de immigratie naar Nederland. Primair richt dit onderzoek zich daarmee op de Nederlandse gevolgen van emigratie en immigratie en in beginsel wordt dan ook niet ingegaan wat de fiscale gevolgen in andere landen zijn. Er wordt rekening gehouden met het al dan niet toepasselijk zijn van een verdrag, waarbij in beginsel het OESO-MV en de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid als leidraad worden gehanteerd. Voorts zullen de verschillen in de winstbepaling van de IB-onderneming en de vennootschap niet aan bod komen.

Met de ab-houder wordt bedoeld een natuurlijk persoon die conform afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 kwalificeert als ab-houder. In deze scriptie wordt niet ingegaan op de diverse soorten ab.

### **1.4 De opbouw van het onderzoek**

De opbouw van de scriptie zal conform bovenstaande subvragen worden ingedeeld. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de fiscale gevolgen van de emigratie van de IB-ondernemer. Hierbij wordt een verschil gemaakt tussen de IB-ondernemer, waarbij de onderneming achterblijft in het voormalig woonland en de IB-ondernemer die zijn onderneming meeneemt naar het land van emigratie. Gekeken wordt welke fiscale gevolgen de wetgever heeft geïntroduceerd bij de emigratie van de IB-ondernemer en waarom deze daarvoor gekozen heeft. Gekeken wordt tevens of het verdragsrecht mogelijk nog van invloed is. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op de immigratie van de IB-ondernemer. Ook hiervan worden de fiscale gevolgen in kaart gebracht.

Voorts zijn hoofdstuk 4 en 5 hetzelfde opgebouwd als de hoofdstukken 2 en 3. Echter gaat het hier over de ab-houder die emigreert dan wel immigrereert. Ook hier wordt net als bij de IB-ondernemer

een onderscheid gemaakt tussen de ab-houder die emigreert, terwijl de vennootschap achterblijft en de ab-houder die emigreert waarbij de vennootschap Nederland verlaat. Dit geldt tevens voor het geval bij immigratie, maar dan natuurlijk andersom.

In hoofdstuk 6 wordt vervolgens gekeken of er daadwerkelijk verschillen zijn tussen de behandeling van de rechtsvormen en of deze gerechtvaardigd zijn en wordt daarmee een antwoord gegeven op de hoofdvraag. Tot slot wordt in het hoofdstuk gekeken naar alternatieven om de systematiek mogelijk neutraler qua rechtsvorm te maken.

## **Hoofdstuk 2: Emigratie van een IB-ondernemer**

### **2.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk worden de fiscale gevolgen van een emigratie van een IB-ondernemer behandeld. Hierbij wordt eerst ingegaan op de IB-ondernemer en de eindafrekeningsbepalingen. Vervolgens is het voor de verdere inhoud van het hoofdstuk noodzakelijk om te bepalen wat onder een emigratie en een verplaatsing van een onderneming wordt verstaan. Daarna komt de achtergrond van de eindafrekeningsbepaling bij emigratie aan bod, waarbij onder andere de motieven van de wetgever, de verhouding tussen de eindafrekeningsbepalingen onderling en de invloed van belastingverdragen op de eindafrekeningsbepaling de revue passeren. Voorts wordt gekeken naar de situatie dat de IB-ondernemer emigreert, maar waarbij zijn onderneming niet verplaatst. Daarna wordt beoordeeld wat de fiscale gevolgen zijn als de IB-ondernemer emigreert en de onderneming mee verplaatst met de IB-ondernemer. Bij beide situaties worden ook de belastingverdragsrechtelijke en de EU-rechtelijke aspecten in de beschouwing betrokken en wordt de huidige systematiek nader beoordeeld.

In par. 2.2 ingegaan op de IB-ondernemer en de systematiek bij emigratie. Hierbij komen onder meer de eindafrekeningsbepalingen en de rol van belastingverdragen aan bod. Vervolgens wordt in par. 2.3 en par. 2.4 de diverse situaties besproken waarbij de IB-ondernemer wel, niet of beiden verplaatsten naar het buitenland. Tot slot wordt in par. 2.5 afgesloten met een conclusie.

### **2.2 De IB-ondernemer en de systematiek bij emigratie**

#### ***2.2.1 De IB-ondernemer binnen de inkomstenbelasting***

In art. 3.1, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001 is bepaald dat belastbare winst uit onderneming behoort tot het belastbaar inkomen uit werk en woning van de belastingplichtige (box 1). Kenmerkend hierbij is dat de winst niet op het niveau van de onderneming wordt geheven, maar op het niveau van de ondernemer die winst uit de onderneming geniet. De ondernemer staat als subject voor de heffing dus centraal.<sup>12</sup> Wel dient sprake te zijn van een daadwerkelijke onderneming om als ondernemer winst uit onderneming te kunnen genieten. In de wet is niet direct een definitie van een onderneming opgenomen, maar in de jurisprudentie zijn hier kaders voor gegeven.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Kluwer, digitaal, par. 3.2.1.

<sup>13</sup> Het gaat voor een IB-onderneming om de kenmerken dat sprake moet zijn van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, die deelneemt aan het economische verkeer en beoogt winst te maken. Zie onder meer HR

De belastbare winst van de IB-ondernemer wordt bepaald conform het totaalwinstbeginsel (art. 3.8 Wet IB 2001). Dit houdt in dat alle voordelen (en nadelen) vanaf het bestaan tot staking van de onderneming in de heffing betrokken dienen te worden.<sup>14</sup> Door middel van goed koopmansgebruik wordt de totaalwinst verdeeld over de jaren dat de onderneming wordt uitgeoefend (art. 3.25 e.v. Wet IB 2001).<sup>15</sup> Op het moment dat de ondernemer ophoudt winst uit zijn onderneming te genieten dient de ondernemer conform het totaalwinstbeginsel belast te worden voor alle voordelen die hij heeft genoten uit zijn onderneming en die nog niet in de heffing zijn betrokken. Het betreft in hoofdzaak de stille reserves en goodwill, maar ook de fiscale reserves. De meerwaarden van deze vermogensbestanddelen vormen bij staking de zogeheten stakingswinst.

### **2.2.2 De eindafrekeningsbepalingen**

Er zijn verschillende stakingsmomenten waarbij een ondernemer ophoudt winst uit onderneming te genieten. Een vorm van staking is de overdracht van de onderneming. Hierbij draagt de ondernemer zijn onderneming over aan een derde en staakt de ondernemer (het subject) de onderneming. Ook de liquidatie van de onderneming is een veel voorkomende vorm van staking.<sup>16</sup> De wetgever heeft in bepaalde situaties, waarbij niet zeker is of sprake is van een staking zekerheidshalve een eindafrekeningsbepaling in de wet gecreëerd. Het betreft hier de eindafrekeningsbepalingen van art. 3.58 tot en met art. 3.61 Wet IB 2001. Bij deze gevallen is het niet zeker of sprake is van een fiscale vervreemding van de onderneming, maar wil de wetgever wel dat een eindafrekening plaatsvindt en daarom heeft de wetgever dit voor die gevallen geregeld. Het gaat hier onder meer om situaties waarbij sprake is van overlijden (art. 3.58 Wet IB 2001). Voorts is ook geregeld dat de ontbinding van een huwelijksgemeenschap, waarbij het ondernemingsvermogen tot die huwelijksgemeenschap behoort, geldt als een eindafrekeningsmoment (art. 3.59 Wet IB 2001). Daarnaast is een eindafrekeningsmoment opgenomen wanneer vermogensbestanddelen worden overgebracht van een in Nederland gedreven onderneming naar een in het buitenland gedreven onderneming en de belastingplichtige daarbij ophoudt in Nederland winst uit onderneming te genieten. In dat geval wordt geacht dat de bestanddelen zijn vervreemd op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het moment wanneer men stopt in Nederland winst uit onderneming te genieten (art. 3.60 Wet IB 2001). Tot slot is in art. 3.61 Wet IB 2001 opgenomen dat wanneer de

---

21 juni 1946, B.8137; HR 7 oktober 1981, 20 733, *BNB* 1981/299 en HR 28 september 1983, nr. 21 851, *BNB* 1984/72.

<sup>14</sup> Hoewel hier soms inbreuk op wordt gemaakt. Denk aan de beperkte verliesverrekeningstermijn, waardoor verliesverdamming kan ontstaan.

<sup>15</sup> M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Kluwer, 2014, digitaal, par. 3.2.6.

<sup>16</sup> L.L. Van Benthem, 'Commentaar artikel 3.61 Wet IB 2001 Eindafrekening', *NDFR Deel inkomstenbelasting*, par. 2.

belastingplichtige in Nederland ophoudt winst uit onderneming te genieten alle voordelen die nog niet uit anderen hoofde in aanmerking zijn genomen gerekend worden tot de winst. De eindafrekeningsbepaling in art. 3.61 Wet IB 2001 is onder meer van belang bij de emigratie van IB-ondernemers en speelt dus een grote rol in dit hoofdstuk.

### **2.2.3 Bepaling woonplaats van natuurlijk persoon en vestigingsplaats onderneming**

Voordat dieper ingegaan wordt op art. 3.61 Wet IB 2001 en de verschillende fiscale gevolgen bij emigratie van de IB-ondernemer en de verplaatsing van de onderneming is eerst van belang te schetsen wat onder de emigratie van een IB-ondernemer en de verplaatsing van een onderneming wordt verstaan. De woonplaats van een natuurlijk persoon wordt in beginsel bepaald aan de hand van art. 4 Awr, waarin is bepaald dat de woonplaats van een natuurlijk persoon naar de omstandigheden worden beoordeeld. Dit betreft het land, waarmee de natuurlijk persoon een duurzame betrekking van persoonlijke aard heeft.<sup>17</sup> Het gaat daarbij niet slechts om het economische belang, maar om het middelpunt van iemands levensbelangen. Het middelpunt van iemands leven is dan ook meestal op de plek van iemands woning, indien de woning dient als hoofdverblijf.<sup>18</sup> Verplaatst dit middelpunt naar een ander land, dan is er dus sprake van een emigratie van de natuurlijk persoon.

Ook de vestigingsplaats van een vennootschap wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden als bedoeld in art. 4 Awr. Het belangrijkste feit voor deze beoordeling betreft waar de feitelijke leiding van de onderneming is gevestigd. Voorts kan gekeken worden naar andere omstandigheden, bijvoorbeeld waar de plaats van de bedrijfsuitoefening is gevestigd of waar de administratie wordt gevoerd.<sup>19</sup> In het geval de IB-ondernemer emigreert kan het dus het geval zijn dat de feitelijke leiding van de onderneming daarmee ook wordt verplaatst naar het buitenland, indien bijvoorbeeld de IB-ondernemer vanuit zijn woonplaats leiding geeft aan zijn onderneming. Het gevolg is dan dus dat de onderneming dus mogelijk mee wordt verplaatst met de ondernemer naar het buitenland.

Overigens is niet in alle situaties waarbij de onderneming een andere vestigingsplaats krijgt sprake van een verplaatsing van de onderneming. Er kan namelijk ook sprake zijn dat de onderneming zich staakt en dat ergens anders een nieuwe onderneming wordt gestart. In die situatie is er dus geen sprake van een verplaatsing van de onderneming, maar treedt er een staking van de onderneming op. Er is dus meer nodig dan dat slechts de verplaatsing van de leiding van de onderneming om te

---

<sup>17</sup> HR 9 december 1942, B. 7583.

<sup>18</sup> HR 28 januari 1948, B.8454. Het gaat deze scriptie te buiten om de diverse uitzonderlijke situaties te bespreken met betrekking tot het bepalen van iemands woonplaats.

<sup>19</sup> L.A. de Blicq e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2013, par. 3.5.

spreken van een verplaatsing van de onderneming. Zo heeft de HR geoordeeld dat er bijvoorbeeld wel sprake dient te zijn van overbrenging van voor de bedrijfsuitoefening wezenlijke bestanddelen<sup>20</sup> en dient de identiteit van de onderneming te worden behouden.<sup>21</sup>

#### **2.2.4 Art. 3.61 Wet IB 2001 en de verhouding met art. 3.60 Wet IB 2001 en totaalwinst**

De eindafrekeningsbepaling van art. 3.61 Wet IB 2001 is gebaseerd op art. 16 Wet IB 1964, welke weer is gebaseerd op art. 7, lid 2, Besluit IB 1941. Bij de parlementaire behandeling van de invoering van art. 16 Wet IB 1964 is gesteld dat 'fiscale afrekening wordt voorgeschreven en geregeld voor alle gevallen waarin zij noodzakelijk is en niet reeds uit goed koopmansgebruik of art. 15 voortvloeit'.<sup>22</sup> Het artikel wordt daarom ook wel aangeduid als vangnetbepaling.<sup>23</sup> Mijns inziens functioneert het artikel meer dan slechts als vangnetbepaling, aangezien deze in het geval van de emigrerende ondernemer werkt als emigratieheffing. Naast een vangnetbepaling is het artikel mijns inziens dan ook te kwalificeren als emigratieheffing. Desalniettemin vormt het artikel wel het sluitstuk van de totaalwinst. Met de invoering van art. 3.61 Wet IB 2001 is verder geen inhoudelijke wijziging beoogd ten opzichte van art. 16 Wet IB 1964.<sup>24</sup>

Ook art. 3.60 Wet IB 2001 zorgt voor een heffing bij de overheveling van vermogensbestanddelen van een binnenlandse onderneming naar een onderneming in het buitenland. Het zorgt ervoor dat deze twee artikelen nauw samenhangen. Het verschil is echter dat art. 3.60 Wet IB 2001 slechts betrekking heeft op enkele vermogensbestanddelen van een onderneming die worden overgebracht naar een buitenlandse onderneming en waarbij de belastingplichtige gelijktijdig of later ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. Om de Nederlandse grondslag voor die vermogensbestanddelen te beschermen worden de meerwaarden van de overgebrachte vermogensbestanddelen op dat moment in de heffing betrokken. De eindafrekeningsbepaling van art. 3.61 Wet IB 2001 heeft een breder bereik en ziet bijvoorbeeld ook op het feit dat de ondernemer met zijn gehele onderneming zich verplaatst naar het buitenland.<sup>25</sup> De voordelen die onder art. 3.60 Wet IB 2001 al in de heffing zijn betrokken worden vervolgens niet in de heffing betrokken als gevolg van de uitwerking van art. 3.61 Wet IB 2001. In dat kader kan gesteld worden dat art. 3.60 Wet IB 2001 voor art. 3.61 Wet IB 2001 gaat.

---

<sup>20</sup> HR 27 april 2012, nr. 11/033880, *BNB* 2012/286.

<sup>21</sup> HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, *BNB* 2010/213.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 1958/59, 5380, nr. 3, p. 38 (MvT).

<sup>23</sup> L.L. Van Benthem, 'Commentaar artikel 3.61 Wet IB 2001 Eindafrekening', *NDFR Deel inkomstenbelasting*.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 118 (MvT).

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 118 (MvT).

Voorts kan afgevraagd worden of art. 3.61 Wet IB 2001 niet overbodig is, omdat in beginsel uit totaalwinst al een eindafrekening volgt. Uit totaalwinst volgt immers dat de ondernemer belast dient te worden over alle voordelen vanaf ontstaan tot staking van de onderneming. Getwijfeld kan worden of er echter daadwerkelijk gestaakt wordt. Immers wordt de onderneming niet gestaakt, maar wordt deze voortgezet in het buitenland en zijn de meerwaarden nog niet gerealiseerd. Men houdt echter wel op belastingplichtig te zijn in Nederland en om een Nederlandse heffing nog mogelijk te maken is daarmee een emigratieheffing als in art. 3.61 Wet IB 2001 noodzakelijk.

### ***2.2.5 Invloed van belastingverdragen op eindafrekening***

Voordat in par. 2.3 op de diverse situaties wordt ingegaan waarbij de IB-ondernemer emigreert en daarbij mogelijk wel of niet zijn onderneming mee verplaatst, moet bedacht worden dat een Nederlandse heffing beperkt kan worden door belastingverdragen. Een belastingverdrag is een verdrag tussen twee staten waarin is afgesproken hoe de belastingheffing tussen twee staten op elkaar wordt afgestemd. Een belastingverdrag heeft (voor Nederland) als voornaamste doel het voorkomen dat er dubbele of geen belastingheffing plaatsvindt over vermogensbestanddelen van een belastingplichtige.<sup>26</sup> Het OESO-Modelverdrag (hierna: OESO-MV) wordt hierbij vaak als handvat gebruikt bij onderhandelingen tussen staten voor het opstellen van het belastingverdrag. Staten kunnen hier evenwel van afwijken.

Het kan dus voorkomen dat de Nederlandse wet een heffing voorschrijft, maar dat een belastingverdrag de heffing verbiedt of beperkt. Voor wat betreft ondernemingswinsten is in art. 7 OESO-MV bepaald dat ondernemingswinsten worden belast in de staat van vestiging van de onderneming, tenzij er sprake is van een vaste inrichting in een andere staat. De winsten van de vaste inrichting worden belast in de staat waar de vaste inrichting is gevestigd. Indien Nederland dus wil heffen over ondernemingswinsten van een onderneming die is gevestigd in het buitenland, dan wordt dit verboden door het belastingverdrag.

Er zijn staten waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten. Om toch dubbele belastingheffing te voorkomen bestaat er voor inwoners van Nederland het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: Bvdb 2001). Het Bvdb 2001 is een unilaterale regeling waarin staat opgenomen dat inwoners van Nederland een belastingvrijstelling of –verrekening kunnen toepassen op inkomen waar reeds al belasting over is betaald aan het niet-verdragsland. Voor inkomen als

---

<sup>26</sup> Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, Kluwer, 2014, digitaal, onderdeel 1, aantekening 4.



winst uit een buitenlandse onderneming is in het besluit bepaald dat deze vrijgesteld is voor de Nederlandse inkomstenbelasting.<sup>27</sup>

Bij een mogelijke eindafrekening dient dus rekening te worden gehouden met belastingverdragen. In de volgende paragrafen worden de fiscale gevolgen beschreven van de emigratie van de IB-ondernemer, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen het feit of de onderneming wel of niet mee verplaatst.

### **2.3 Alleen IB-ondernemer emigreert, onderneming verplaatst niet**

Als eerst wordt gekeken naar de fiscale gevolgen wanneer de IB-ondernemer emigreert en zijn onderneming blijft achter in Nederland. Dan zien we dat de IB-ondernemer volgens de nationale bepalingen buitenlands belastingplichtig wordt voor de inkomstenbelasting als bedoeld in art. 2, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001. De belastbare winst uit de Nederlandse onderneming vormt dan belastbaar inkomen voor de IB-ondernemer op basis van art. 7.2 Wet IB 2001. Er vindt dus geen eindafrekening plaats. Een voorbeeld is de IB-ondernemer die emigreert naar Duitsland, maar zijn onderneming in Nederland blijft uitoefenen. In deze situatie vindt er dan geen afrekening plaats over stille reserves, goodwill of fiscale reserves, maar blijft de geëmigreerde IB-ondernemer winst uit onderneming genieten als buitenlands belastingplichtige.

Het kan dat de IB-ondernemer, woonachtig in het buitenland, zijn inkomen vrijwel geheel in Nederland gaat verdienen door middel van de IB-onderneming. Het zou dan kunnen voorkomen dat de IB-ondernemer zijn persoonlijke aftrekposten en heffingskortingen in de woonstaat niet zou kunnen effectueren vanwege het gebrek aan inkomen aldaar. In dat kader kan de IB-ondernemer er dan voor kiezen om zich te kwalificeren als binnenlands belastingplichtige (art. 2.5 Wet IB 2001). Vanaf 1 januari 2015 zal geen sprake meer zijn van een keuzeregeling, maar dient de IB-ondernemer werkelijk zijn gehele of nagenoeg gehele (>90%) deel van zijn inkomen in Nederland te verdienen. Het keuze-element vervalt dus, waardoor men zich wel of niet kwalificeert voor de regeling.<sup>28</sup>

Art. 3.61 Wet IB 2001 vindt in beginsel wel toepassing als een in Nederland wonende IB-ondernemer emigreert die winst uit onderneming geniet van een onderneming in het buitenland. In dat geval houdt de in Nederland wonende ondernemer immers op in Nederland winst uit onderneming te

---

<sup>27</sup> Art. 8 en art. 9 Bvdb 2001.

<sup>28</sup> Wet van 18 december 2013 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2014), *Stb.* 2013,565.

genieten en vindt er dus een eindafrekening plaats. In dergelijke situaties dient rekening te worden gehouden met het feit of Nederland niet beperkt wordt in haar heffing door belastingverdragen. Zoals in par. 2.2.5 besproken wordt belasting over ondernemingswinsten slechts geheven daar waar de onderneming is gevestigd. Indien in dat geval de IB-ondernemer emigreert met een IB-onderneming in het buitenland, zal Nederland worden beperkt in haar heffing. Is er dan sprake van latente meerwaarden die nog niet in de heffing zijn betrokken en die zijn opgebouwd buiten Nederland, dan zal veelal geen daadwerkelijke heffing plaatsvinden, omdat heffing toebehoort aan de staat waar de onderneming wordt uitgeoefend. Ook voor niet-verdragssituaties zal Nederland een vrijstelling verlenen voor de belaste meerwaarden van de buitenlandse onderneming conform art. 8 en art. 9, Bvdb 2001.

Mijns inziens valt er weinig aan te merken op de huidige Nederlandse fiscale gevolgen van de IB-ondernemer, wanneer deze emigreert en de onderneming blijft achter in Nederland. De ondernemer blijft belastingplichtig in Nederland en ook de heffingsbevoegdheid over de ondernemingswinst blijft volgens het verdrag toegewezen aan Nederland. Een eindafrekening bij emigratie zal in dat geval dus niet aan de orde komen. Waar voorts wel naar gekeken moet worden is of andere landen ook net als Nederland worden beperkt voor wat betreft het heffen over de in Nederland behaalde ondernemingswinsten. In verdragssituaties zal dit het geval zijn, aangezien dan Nederland met de verdragspartner afspraken zal hebben gemaakt voor wat betreft de heffingsverdeling van de ondernemingswinsten. In niet-verdragssituaties is er geen sprake van een dergelijk verdrag waar de ondernemer zich op kan beroepen. Omdat de ondernemer na de emigratie geen inwoner is in Nederland (deze is immers geëmigreerd) kan hij zich ook niet beroepen op het Bvdb 2001 en zal er dus sprake kunnen zijn van een dubbele belastingheffing als het nieuwe woonland de ondernemer belast voor zijn wereldwinst. Dit is mijns inziens een voorbeeld van hoe belangrijk belastingverdragen kunnen zijn. De oplossing voor deze vorm van dubbele belasting kan mijns inziens dan ook alleen worden voorkomen door een belastingverdrag tussen de landen of dat het woonland een unilaterale voorkoming voor inwoners hanteert vergelijkbaar met het van toepassing zijnde Bvdb 2001 in Nederland.

## **2.4 De fiscale gevolgen en voorwaarden van verplaatsing IB-ondernemer en onderneming**

### ***2.4.1 De IB-ondernemer emigreert, de onderneming verplaatst mee***

Wanneer de IB-ondernemer emigreert en de onderneming verplaatst mee, betekent dit dat de ondernemer ophoudt in Nederland winst te genieten als in art. 3.3 Wet IB 2001. De IB-ondernemer valt daardoor onder het toepassingsbereik van art. 3.61 Wet IB 2001 en dient af te rekenen over de

meerwaarden van zijn onderneming die nog niet in de heffing zijn betrokken. In dat geval vindt dan een afrekening plaats over de meerwaarden in de onderneming die nog niet in de heffing zijn betrokken. Art. 3.61 Wet IB 2001 vindt tevens zijn uitwerking als een in het buitenland wonende ondernemer zijn onderneming verplaatst vanuit Nederland. Ook dan houdt de in het buitenland wonende ondernemer als buitenlands belastingplichtige op in Nederland winst uit onderneming te genieten.

De ondernemer waarop art. 3.61 Wet IB 2001 van toepassing is, moet direct over deze meerwaarden afrekenen bij emigratie. Lang bestond echter twijfel over de Europese aanvaardbaarheid hiervan.<sup>29</sup> De directe eindafrekening vormt immers een mogelijke belemmering indien men zich wil vestigen in een ander land. Bij een binnenlandse zetelverplaatsing hoeft de onderneming namelijk niet direct af te rekenen over de latente meerwaarden in de onderneming, waar dit bij een grensoverschrijdende verplaatsing wel wordt verplicht. Hier is de strijd tussen de soevereiniteit van landen en de Europese eenwording voelbaar. Het fiscale territorialiteitsbeginsel speelt hierbij een grote rol.<sup>30</sup> Het beginsel houdt in dat staten mogen heffen over inkomens die op hun territorium opkomen. Nederland (en andere lidstaten) wil dan ook haar heffingsrechten beschermen ten aanzien van de meerwaarden die in Nederland zijn aangegroeid. In het kader van Europese eenwording wordt echter gestreefd naar het beschermen van de verkeersvrijheden binnen de Europese Unie.

Voor wat betreft de heffing bij emigratie mag Nederland mijns inziens heffen over de latente meerwaarden in de onderneming. De goodwill, stille reserves en fiscale reserves zijn immers ook ontstaan toen de onderneming gevestigd was in Nederland. Desalniettemin is het niet proportioneel om deze aanslag direct in te vorderen. De EC heeft daarom via een Mededeling de lidstaten opgeroepen om hun wetgeving aan te passen en uitstel van betaling aan te bieden bij een dergelijke emigratieheffing.<sup>31</sup> Nadat Nederland hier geen gehoor aan gaf volgde bij persbericht op 18 maart 2010 het verzoek van de EC aan Nederland om het artikel aan te passen, omdat het artikel volgens de EC strijdig is met de vrijheid van vestiging van art. 49 VwEU.<sup>32,33</sup> De EC vond hierbij steun in het arrest De Lasteyrie (HvJ 11 maart 2004, C-9/02, *BNB* 2004/258) en het arrest N (HvJ 7 september 2006, C-470/04, *BNB* 2007/22), waarin al besloten was dat een directe heffing bij emigratie over de

---

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld: E.C.C.M. Kemmeren, Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar, *WFR* 2005/1613.

<sup>30</sup> Ook wel aangeduid als de 'evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid' of 'fiscale coherentie'.

<sup>31</sup> Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM (2006) 825 definitief. De Mededeling ging hierbij ook overigens in op het verlenen van een step-up bij immigratie van een onderneming. Zie hiervoor hoofdstuk 3.

<sup>32</sup> Persbericht EC 18 maart 2010, IP/10/299.

<sup>33</sup> Dit ging overigens ook over art. 3.60 Wet IB 2001 en de exitheffingen in de vpb-sfeer.

waardestijging van een aanmerkelijk belang tegen het EU-recht in ging.<sup>34</sup> Dit feit werd door de EC doorgetrokken naar de winstsfeer. Ook op het persbericht gaf Nederland echter geen gehoor. Pas na het arrest van het HvJ op 29 november 2011 (HvJ 29 november 2011, C-371/10, *BNB* 2012/40, *National Grid Indus*) ging Nederland toch over tot aanpassing van de wetgeving.

In dit arrest stond *National Grid Indus bv* centraal. Dit betrof een Nederlandse bv die haar feitelijke bestuurszetel verplaatste naar het Verenigd Koninkrijk. *National Grid Indus*, de belanghebbende, had een niet-gerealiseerde koerswinst op een vordering en door de zetelverplaatsing ontstond een eindafrekening over deze aanwezige latente meerwaarde. Het belasten van deze latente meerwaarde vormde een verboden beperking van de vrijheid van vestiging, aldus het HvJ. Immers zou deze niet belast zijn zonder zetelverplaatsing. Het HvJ stelde echter dat de waarborging van de verdeling van de heffingsbevoegdheid een voldoende rechtvaardigingsgrond is voor deze belemmering en dat deze bovendien proportioneel is.<sup>35</sup> Het direct invorderen was echter wel in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Er dient een mogelijkheid te bestaan tot uitstel van betaling. De aan de uitgestelde invordering verbonden administratieve lasten of rentelasten moeten hierbij worden aanvaard, aldus het HvJ.<sup>36</sup> Ook het stellen van een bankgarantie is daarbij toegestaan.<sup>37</sup> Geen rekening hoeft te worden gehouden met eventuele latere waardedalingen van de vermogensbestanddelen waarop de meerwaarden rusten.<sup>38</sup> Op het moment dat waardedalingen optreden, zal het land waar naartoe is geëmigreerd hier rekening mee moeten houden. Als voorstander van het fiscale territorialiteitsbeginsel kan ik dit alleen maar beamen. De waardedalingen vinden immers plaats in het nieuwe land van vestiging. Dit land zal daar dus rekening mee moeten houden.

Nederland besloot op basis van het arrest haar wetgeving aan te passen. Onmiddellijke invordering bij eindafrekening is EU-rechtelijk niet toegestaan. Als antwoord op het arrest heeft de staatssecretaris vooruitlopend op aanpassing van de wetgeving een besluit uitgevaardigd op 14 december 2011 waarmee uitstel van betaling van de aanslag mogelijk werd.<sup>39</sup> Het aanpassen van de wetgeving is uiteindelijk vorm gegeven in de Wet uitstel van betaling exitheffingen gepubliceerd op 29 mei 2013.<sup>40</sup> Hierin is met terugwerkende kracht tot 29 november 2011 geregeld dat uitstel van

---

<sup>34</sup> Zie voor de inhoud van het arrest meer in hoofdstuk 4.

<sup>35</sup> *National Grid Indus*, r.o. 46.

<sup>36</sup> *National Grid Indus*, r.o. 66 en r.o. 73.

<sup>37</sup> *National Grid Indus*, r.o. 74.

<sup>38</sup> *National Grid Indus*, r.o. 56-57.

<sup>39</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën op 14 december 2011, BLKB 2011/2477M, *NTR* 2011/2935.

<sup>40</sup> Wet van 14 mei 2013 tot wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffingen), *Stb.* 2013,183.

betaling mogelijk is bij belastingaanslagen voor de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting die betrekking hebben op voordelen ter zake van vermogensbestanddelen die bij het vaststellen van de aanslag in aanmerking zijn genomen, maar die niet in aanmerking zouden zijn genomen indien de belastingschuldige belastingplichtig in Nederland zou zijn gebleven. De Wet uitstel van betaling exitheffingen biedt de belastingschuldige de keuze tussen drie betalingsregelingen:

- De belastingplichtige kan ervoor kiezen om de aanslag direct te betalen.
- De belastingschuldige kan ervoor kiezen om de aanslag in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen (art. 25a, derde lid, IW 1990). Dit is ongeacht het moment dat hij als belastingplichtige in Nederland ook de voordelen ter zake van de vermogensbestanddelen in aanmerking zou moeten nemen. Het uitstel wordt dan niet ineens ingetrokken, maar de betaling van de tien gelijke jaarlijkse termijnen blijft in stand. Wel wordt het uitstel ingetrokken, zodra hij zich buiten de EU/EER vestigt. De keuze voor de betaling in tien gelijke jaarlijkse termijnen was in het Besluit van 14 december 2011 nog niet mogelijk.
- De belastingschuldige kan ervoor kiezen om de aanslag te betalen op het moment dat hij als belastingplichtige in Nederland ook de voordelen ter zake van de vermogensbestanddelen in aanmerking zou moeten nemen (art. 25a, eerste lid, IW 1990).

Ondanks dat het arrest *National Grid Indus* dus over een bv ging is ook de wetgeving omtrent de eindafrekeningsbepalingen in de inkomstenbelasting aangepast. Ook voor art 3.60 en art. 3.61 Wet IB 2001 wordt de mogelijkheid van uitstel van betaling aangeboden. Dit is mijns inziens terecht, omdat het hier gelijke gevallen betreft. Ook voor een IB-onderneming geldt immers dat het onevenredig is om direct te heffen over stille reserves, goodwill en fiscale reserves bij emigratie. De uitspraak van het HvJ op de infractieprocedure die de EC was gestart tegen Nederland ruim een jaar later bleek daarna slechts de bevestiging dat Nederland inderdaad haar wetgeving terecht had gewijzigd, zowel voor de inkomstenbelasting als voor de vennootschapsbelasting.<sup>41</sup>

#### **2.4.2 Voorwaarden ten aanzien van uitstel van betaling**

De Wet uitstel van betaling exitheffingen biedt de belastingschuldige drie betalingsregelingen om de belastingaanslag over de meerwaarden in de onderneming bij emigratie te betalen. Aan de mogelijkheid om de aanslag te betalen op het moment dat hij als belastingplichtige in Nederland ook de voordelen ter zake van de vermogensbestanddelen in aanmerking zou moeten nemen zitten enkele voorwaarden aan verbonden:

- Emigratie vindt plaats naar een land binnen de EU/EER.

---

<sup>41</sup> HvJ 31 januari 2013, C-301/11 (Commissie vs. Nederland), V-N 2013/9.9.

- Om in aanmerking te komen voor uitstel van betaling zal een verzoek moeten worden gedaan. Er zal niet automatisch uitstel verleend worden.
- Geen rekening hoeft te worden gehouden met eventuele latere waardedalingen of -stijgingen van de vermogensbestanddelen, waar de latente meerwaarden op rusten.
- In het geval de belastingschuldige ervoor kiest om de aanslag te betalen op het moment dat hij als belastingplichtige in Nederland ook de voordelen in aanmerking zou moeten nemen, zal de belastingschuldige jaarlijks aan de hand van schriftelijke bescheiden aannemelijk moeten maken dat de voordelen nog niet in aanmerking zijn genomen in het geval hij belastingplichtig in Nederland zou zijn gebleven. Hierbij dient elk jaar conform de parlementaire toelichting een op de Nederlandse fiscale regelgeving gebaseerde fiscale balans en winst- en verliesrekening overlegd te worden.
- Er dient voldoende zekerheid te worden gesteld voor het bedrag waarvoor uitstel is verleend.
- De belastingschuldige is invorderingsrente verschuldigd over het bedrag waarover uitstel van betaling is verleend.

Deze voorwaarden voor uitstel van betaling vormen geregeld voer voor discussie. Onder meer Van Sprundel<sup>42</sup> en Lambooij<sup>43</sup> hebben kritiek op de voorwaarden die betrekking hebben op het onbeperkte uitstel van betaling tot het moment dat de belastingschuldige ook als binnenlands belastingplichtige de latente meerwaarden gerealiseerd zou hebben. Hieronder wordt per voorwaarde op de kritiek ingegaan. Het zal in latere hoofdstukken blijken dat deze voorwaarden ook behoorlijk verschillen ten opzichte van de voorwaarden van uitstel van betaling bij de emigratie van een ab-houder.<sup>44</sup>

#### *Administratieve verplichtingen*

In de parlementaire toelichting van de Wet uitstel van betaling exitheffingen wordt gesteld dat de belastingschuldige elk jaar een op de Nederlandse fiscale regelgeving gebaseerde fiscale balans en winst- en verliesrekening dient te overleggen aan de fiscus om het uitstel van betaling voort te kunnen zetten.<sup>45</sup> Van Sprundel stelt met betrekking tot deze administratieve verplichting dat de wetgever hier te veel eist. Op basis van het arrest Futura (HvJ 15 mei 1997, C-250/95, FED 1998/365), waarbij het weliswaar ging om de verrekening van vaste inrichtingverliezen, is beslist dat de eis van

<sup>42</sup> D.E. van Sprundel, 'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof', *WFR* 2012/914.

<sup>43</sup> M.V. Lambooij, 'De exitheffing: geconserveerd of toch niet?', *NFR-B* 2012/11.

<sup>44</sup> Vooruitlopend op hoofdstuk 4 en 6 is dit opvallend ten aanzien van de rechtsvormneutraliteit. In hoofdstuk 4 en 6 wordt verder ingegaan op deze verschillen.

<sup>45</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 4 (MvT).

het overleggen van een dergelijke afzonderlijke boekhouding te verging in die situatie. In dit arrest stonden de Luxemburgse boekhoudeisen centraal van een Franse vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg. Om verliezen van de Luxemburgse vaste inrichting met de winsten van deze vaste inrichting te kunnen verrekenen werd een Luxemburgse boekhouding van de Franse vennootschap geëist. Deze eis was voor het HvJ te vergaand. Het HvJ erkende dat een dergelijke belemmering van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd kan worden in verband met het doeltreffend maken van fiscale controles. Een dergelijke eis was volgens het HvJ echter onevenredig. Ik deel dan ook de mening van Van Sprundel dat de administratieve eis die de wetgever stelt in art. 25a IW 1990 ook strijdig is met het EU-recht. Weliswaar geeft het HvJ in het arrest *National Grid Indus* aan dat bij het uitstel een administratieve last mag 'toegevoegd' worden.<sup>46</sup> Als voorbeeld wordt in het arrest een eenvoudige jaarlijkse verklaring genoemd, waaruit blijkt dat de activa waarin de latente meerwaarden zitten nog niet zijn vervreemd. Het gaat mij echter te ver om een fiscale balans en winst- en verliesrekening te eisen die gebaseerd is op de Nederlandse fiscale regelgeving, terwijl de onderneming geëmigreerd is naar een ander land met andere fiscale regelgeving. Dit zou kunnen betekenen dat de ondernemer mogelijk tot in de lengte van jaren twee boekhoudingen zou moeten voeren indien de latente meerwaarden niet worden gerealiseerd. Daarnaast is het voor lidstaten onder meer via de Invorderingsrichtlijn voldoende mogelijk om inlichtingen te verkrijgen over de realisatie van de desbetreffende winstbestanddelen.<sup>47</sup> Naar mijn mening zou de belastingplichtige dan ook slechts aannemelijk moeten maken (met bijvoorbeeld een dergelijke jaarlijkse verklaring) dat de winstbestanddelen waarvoor het uitstel is verleend nog niet zijn gerealiseerd. De controle zou in dat geval in handen moeten liggen van de fiscus in het land van vestiging.

### *Zekerheidsstelling*

Ook de zekerheidsstelling is een opvallende voorwaarde. Het HvJ noemt het stellen van een bankgarantie een toegestane maatregel in verband met het risico van niet-invordering.<sup>48</sup> Het is opvallend dat het HvJ dit toestaat, omdat dit haaks staat op het arrest N (HvJ 7 september 2006, C-470/04), waarbij stellig is geoordeeld dat bij een emigrerende ab-houder geen zekerheid mag worden gesteld.<sup>49</sup> Voor mij is het, ook afzonderlijk gezien van het arrest N, een onbegrijpelijke keuze van het HvJ om zekerheid te mogen eisen voor het verlenen van uitstel. Er wordt immers uitstel verleend om emigratie niet te belemmeren, maar met een zekerheidsstelling bijvoorbeeld in de vorm

---

<sup>46</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*), *BNB* 2012/40, r.o. 66.

<sup>47</sup> Richtlijn 76/308/EEG van de Raad van 15 maart 1976 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen. Huidig: Richtlijn 2010/24 EU van 16 maart 2010.

<sup>48</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*), *BNB* 2012/40, r.o. 74.

<sup>49</sup> Zie ook hiervoor hoofdstuk 4.

van een bankgarantie vormt dit mijns inziens dan uiteindelijk toch een niet-proportionele belemmering om te emigreren.<sup>50</sup> Zoals ook eerder gesteld werd bij de eisen met betrekking tot de administratieve verplichtingen ben ik van mening dat in bepaalde gevallen de Bijstandsrichtlijn voldoende mogelijkheden biedt tussen EU-lidstaten, waardoor een eventueel risico van niet-invordering voor een groot deel wordt geminimaliseerd. Het HvJ heeft dit in het arrest Commissie Spanje ook in algemene zin gesteld en gewezen naar het feit dat gekeken moet worden of er mogelijkheden zijn tot invorderingsbijstand en dat hier de proportionaliteit van de maatregelen met betrekking tot verlening van het uitstel aan gekoppeld moet worden.<sup>51</sup> Lambooy stelt dan ook terecht dat maximale zekerheidsstelling niet in alle gevallen is toegestaan, maar dat dit van de situatie afhangt of invorderingsbijstand mogelijk is.<sup>52</sup> Binnen de EU is invorderingsbijstand altijd mogelijk, onder andere via de hiervoor al genoemde Invorderingsrichtlijn, waardoor mijns inziens de Nederlandse wetgever het arrest National Grid Indus dan ook te ruim heeft geïnterpreteerd. Dit zorgt ervoor dat de huidige eis van de wetgever waarbij zekerheidsstelling wordt geëist wringt met het EU-recht.

De zekerheidsstelling leidt volgens Van Sprundel tot een stijging van de uitvoeringskosten. De wetgever heeft hierover echter een andere mening en stelt dat de Wet Uitstel van betaling exitheffingen niet voor extra uitvoeringskosten zorgt voor de Belastingdienst. De uitvoeringskosten die met het wetsvoorstel samenhangen zijn verwaarloosbaar voor de Belastingdienst en bedrijfsleven, stelt de wetgever.<sup>53</sup> Zekerheidsstelling voor ondernemers zorgt naar mijn mening echter voor een stijging van de administratieve lasten voor de onderneming. Voorts merkt Van Sprundel terecht op dat de vorm van de te stellen zekerheden afhankelijk zal zijn per geval, wat mogelijk leidt tot discussie tussen Belastingdienst en ondernemer en daarmee ook leidt tot een stijging van de uitvoeringskosten.

### *Invorderingsrente*

De belastingschuldige is invorderingsrente verschuldigd over het bedrag waarover uitstel is verleend.<sup>54</sup> Dit geldt zowel voor uitstel van betaling in de vorm van de betaling in tien gelijke jaarlijkse termijnen als in de vorm van het onbeperkte uitstel tot de latente meerwaarden zijn gerealiseerd. Ook dit is naar mijn mening en ook naar de mening van de EC een discutabele

---

<sup>50</sup> De verklaring voor het verschil in rechtspraak tussen het arrest N en het arrest National Grid Indus wordt behandeld in hoofdstuk 4 en 6.

<sup>51</sup> HvJ 12 juli 2012, C-269/09 (Commissie vs. Spanje), *V-N* 2012/37.31.5, r.o. 96-99.

<sup>52</sup> M.V. Lambooy, 'Exithheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen', *NTRF-B* 2013/3, par. 8.

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 3 (MvT).

<sup>54</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (National Grid Indus), *BNB* 2012/40, r.o. 73 geeft aan dat overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling het heffen van rente is toegestaan.



voorwaarde met betrekking tot het uitstel van betaling. De EC trekt hierbij de vergelijking met de onderneming die niet emigreert.<sup>55</sup> Bij de onderneming die niet emigreert wordt voorts ook geen rente geheven. Daarmee is er bij emigratie dus geen sprake van een rentenadeel van de staat. Ook Lambooij is deze mening toegedaan en mocht er wel rente worden geheven dan mag deze in geen geval disproportioneel zijn.<sup>56</sup> De advocaat-generaal (hierna: A-G) bij het arrest Commissie Portugal gebruikt echter een andere beredenering. Deze stelt dat wanneer een aanslag wordt opgelegd en hiervoor uitstel van betaling wordt verleend dat het logisch is dat de vertrekstaat wordt gecompenseerd voor de duur van het uitstel. In de binnenlandse situatie van een zetelverplaatsing wordt er simpelweg geen aanslag opgelegd, waardoor in dat geval dus ook geen sprake kan zijn van invorderingsrente. In het arrest Commissie Portugal (HvJ 28 juni 2012, C-38/10, V-N 2012/47.11) wordt verder niet ingegaan op de mening van de A-G, behalve dat rente geheven mag worden 'overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling', zoals ook reeds is aangehaald in het arrest National Grid Indus.

Voor wat betreft het heffen van invorderingsrente steun ik de lijn van de EC en Lambooij. Invorderingsrente zou slechts mogen worden geheven, wanneer dat bij een binnenlandse zetelverplaatsing ook zou plaatsvinden. In dit kader vindt er dus een ongelijke behandeling plaats tussen een binnenlands en buitenlands belastingplichtige die mijns inziens niet gerechtvaardigd kan worden. Het HvJ heeft hier dus echter anders over beslist.

Bovenstaande voorwaarden zijn om uiteenlopende redenen discutabel. In hoofdstuk 6 wordt verder ingegaan op een rechtsvormvergelijking met de emigrerende ab-houder en daarmee ook op de verschillen en overeenkomsten met betrekking tot de voorwaarden bij eventueel uitstel van betaling bij emigratie.

## **2.5 Samenvatting**

In dit hoofdstuk staan de gevolgen van de emigratie van de IB-ondernemer centraal. Hierbij is eerst de positie geschetst van de ondernemer binnen de inkomstenbelasting. De belastbare winst van de IB-ondernemer wordt bepaald conform het totaalwinstbeginsel, wat inhoudt dat alle voordelen (en nadelen in geval van verlies) vanaf het bestaan tot staking van de onderneming in de heffing worden

---

<sup>55</sup> Conclusie A-G P. Mengozzi bij HvJ 28 juni 2012, C-38/10 (Commissie vs. Portugal), V-N 2012/47.11. In de conclusie van het arrest onderschrijft de EC in r.o. 72 tot en met 74 dat ook rente een discriminerende werking heeft.

<sup>56</sup> M.V. Lambooij, 'Exitheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen', *NTRF-B* 2013/3, par. 7.

betrokken. De wetgever heeft voorts enkele eindafrekeningsbepalingen in de wet gecreëerd, waarbij de wetgever twijfels had of daadwerkelijk een stakingsmoment optreedt. Een van de eindafrekeningsbepalingen betreft art. 3.61 Wet IB 2001, welke van toepassing kan zijn bij de emigratie van een IB-ondernemer.

*Ondernemer emigreert, onderneming blijft achter in Nederland*

Indien de in Nederland gevestigde onderneming van de IB-ondernemer niet mee emigreert zal er nog geen sprake zijn van eindafrekening. In dat geval wordt de ondernemer buitenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. De belastingplichtige heeft de keuze om zich te kwalificeren als binnenlands belastingplichtige. Vanaf 1 januari 2015 vervalt deze keuze en dient de buitenlands belastingplichtige te voldoen aan de voorwaarden om hier in aanmerking voor te komen.

*Ondernemer emigreert en onderneming emigreert mee*

In het geval de ondernemer emigreert, waarbij de onderneming mee verhuist houdt de belastingplichtige op winst uit onderneming te genieten en treedt art. 3.61 Wet IB 2001 in werking. Voorheen betekende dit dat de ondernemer direct over de latente meerwaarden moest afrekenen. EU-rechtelijk bleek dit echter niet aanvaardbaar. Met de invoering van de Wet uitstel van betaling exitheffingen heeft de wetgever de emigrerende IB-ondernemer daarom drie opties gegeven met betrekking tot het invorderen van de heffing. Onderstaand schema bevat samengevat de opties met betrekking tot de invordering van de emigratieheffing:

<b>Manier van invordering:</b>	<b>Voorwaarden:</b>
1. Direct afrekenen over meerwaarden bij emigratie.	Geen voorwaarden
2. Afrekenen in tien gelijke jaarlijkse termijnen.	-Alleen mogelijk bij emigratie naar ander land binnen EU/EER. -Er is invorderingsrente verschuldigd over het bedrag waarvoor uitstel is verleend.
3. Afrekenen op het moment dat hij als belastingplichtige in Nederland ook de voordelen ter zake van de vermogensbestanddelen in aanmerking zou nemen.	-Alleen mogelijk bij emigratie naar ander land binnen EU/EER. -Geen automatisch uitstel, maar op verzoek. -Zekerheidsstelling voor het uitgestelde bedrag. -Nederland hoeft geen rekening te houden met latere waardedalingen of –stijgingen van de betreffende vermogensbestanddelen. -Er is invorderingsrente verschuldigd over het bedrag waarvoor uitstel is verleend.

De voorwaarden met betrekking tot de derde mogelijkheid van uitstel van betaling zijn discutabel. Onder meer de huidige administratieve verplichtingen en de zekerheidsstelling zijn mijns inziens een te zware eis. Ook het heffen van invorderingsrente is wat mij betreft een niet-gerechtvaardigd verschil in behandeling tussen een binnenlandse zetelverplaatsing, waarbij geen rente wordt geheven en een emigratie waarbij dit wel het geval is.

In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de fiscale gevolgen voor de inkomstenbelasting van de immigratie van de IB-ondernemer. Ook hier wordt opnieuw het onderscheid gemaakt tussen de immigrerende ondernemer met immigrerende onderneming en de immigrerende ondernemer waarbij de onderneming achterblijft in de voormalig woonstaat.

## **Hoofdstuk 3: Immigratie van een IB-ondernemer**

### **3.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wat de fiscale gevolgen zijn van de immigratie van een IB-ondernemer. Hierbij wordt met een immigrerende IB-ondernemer bedoeld een ondernemer die een onderneming drijft in het buitenland met een vergelijkbare vorm als een Nederlandse IB-onderneming en waarbij de ondernemer immigrereert naar Nederland. De ondernemer kan bij een immigratie zijn onderneming mee verplaatsen of niet. Net als in hoofdstuk 2 worden daarom de diverse situaties met betrekking tot de immigratie van de ondernemer en onderneming gescheiden behandeld, wat betekent dat wordt gekeken naar de fiscale gevolgen wanneer alleen de ondernemer immigrereert naar Nederland. Vervolgens wordt gekeken naar de situatie dat alleen de onderneming verplaatst naar Nederland. Daarna worden de fiscale gevolgen geschetst wanneer zowel de ondernemer als de onderneming zich verplaatsen naar Nederland.<sup>57</sup> Voorts wordt gekeken of de beschreven fiscale gevolgen wenselijk zijn, waarbij tevens de gewenste systematiek ten aanzien van de immigratie van een onderneming naar de mening van de EC aan de orde komt.

De indeling met betrekking tot de paragrafen zal overeenkomen met hetgeen hierboven beschreven is. In par. 3.2 tot en met 3.4 worden de diverse situaties besproken waarbij de ondernemer of de onderneming of beiden verplaatsen naar Nederland. In par. 3.5 worden deze fiscale gevolgen tegen het licht gehouden. Tot slot wordt in par. 3.6 het hoofdstuk afgesloten met een conclusie.

### **3.2 Ondernemer immigrereert naar Nederland, IB-onderneming blijft achter**

De ondernemer die immigrereert naar Nederland en waarbij zijn IB-onderneming (of een onderneming in een vergelijkbare buitenlandse vorm) achterblijft in het voormalig woonland van de ondernemer wordt binnenlands belastingplichtig in Nederland voor de inkomstenbelasting. De ondernemer is immers woonachtig in Nederland conform art. 4 Awr, wat ervoor zorgt dat hij binnenlands belastingplichtig is als bedoeld in art. 2.1, onderdeel a, Wet IB 2001. De binnenlands belastingplichtige is belastbaar voor zijn gehele wereldinkomen, wat ervoor zorgt dat de winst van de in het buitenland gevestigde IB-onderneming ook tot dit wereldinkomen behoort. Zoals al eerder is vermeld in par. 2.2.4 wordt het heffingsrecht van ondernemingswinsten conform art. 7 OESO-MV toebedeeld aan het land waar de winsten opkomen. De winsten komen op in het buitenland, wat

---

<sup>57</sup> Voor een uiteenzetting van de begrippen 'verplaatsen' en 'emigreren' verwijs ik naar par. 2.2.3 van het vorige hoofdstuk.

ervoor zorgt dat Nederland onder verdragstoepassing niet heffingsbevoegd is over de ondernemingswinsten van de onderneming.<sup>58</sup> De ondernemingswinsten worden in dat geval dan ook wel betrokken in de wereldwinst, maar er zal een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting worden verleend voor zover het gaat om de winsten behaald in het buitenland. Voor een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting wordt voor ondernemingswinsten de vrijstellingsmethode gehanteerd.<sup>59</sup> Dit betekent dat een vermindering voor de belastingheffing wordt verleend ten aanzien van de verhouding tussen het inkomen uit de onderneming waarover Nederland niet mag heffen en het totale wereldinkomen. Voor het gedeelte van het inkomen uit het buitenland wordt op die manier een vermindering verleend voor wat betreft de verschuldigde Nederlandse belasting.

Effectief gezien zal Nederland dus niet heffen over de winsten van de onderneming die opgekomen zijn in het voormalig woonland van de ondernemer. In de situatie dat geen belastingverdrag is gesloten wordt er voor de binnenlands belastingplichtige ondernemer een voorkoming voor de in het buitenland behaalde ondernemingswinst verleend conform art. 8 en art. 9, Bvdb 2001. Ook dan zal Nederland dus niet heffen over de in het buitenland opgekomen ondernemingswinsten.

Doordat de ondernemingswinsten wel onder de wereldwinst vallen voor de immigrerende ondernemer is de ondernemer genoodzaakt de in het buitenland opgekomen ondernemingswinsten in zijn aangifte aan te geven. Het zorgt er dus voor dat de winst uit de buitenlandse onderneming ook op basis van de Nederlandse fiscale regelgeving dient te worden vastgesteld.<sup>60</sup> Dit kan theoretisch gezien tot lastige situaties leiden. Zo kan het voorkomen dat een actief wordt verkocht met meerwaarde die betrekking heeft op zowel de periode voor als na immigratie. In dit geval zal mogelijk moeten worden gecompartmenteerd voor dat deel van de meerwaarde dat na de immigratie is ontstaan en wat dus binnen de wereldwinst valt voor de Nederlandse aangifte. Praktisch gezien zal mijns inziens echter discussie over de hoogte van de vast te stellen winst uit de buitenlandse onderneming weinig voorkomen in deze situatie, omdat in deze situatie zoals hierboven aangegeven immers een voorkoming wordt verleend voor het deel van het wereldinkomen wat voortvloeit als winst uit de buitenlandse onderneming.

---

<sup>58</sup> Art. 7 OESO-MV.

<sup>59</sup> Art. 23A OESO-MV.

<sup>60</sup> In dit hoofdstuk wordt geregeld gesproken over de begrippen emigratiestaat en immigratiestaat. In dit geval wordt met de immigratiestaat bedoeld de staat waar de onderneming/ondernemer naar toe verplaatst en met de emigratiestaat wordt bedoeld de staat waar de onderneming/ondernemer voor de verplaatsing was gevestigd.

### 3.3 Onderneming verplaatst naar Nederland, ondernemer immigrereert niet

Een andere situatie is dat de onderneming verplaatst naar Nederland, maar de ondernemer in het buitenland blijft wonen. Het betreft hier bijvoorbeeld de situatie van de Duitse ondernemer, die zijn bedrijf net over de grens in Nederland gaat uitoefenen, maar zelf in Duitsland blijft wonen.<sup>61</sup> We zien hier een vergelijkbare situatie opdoemen als geschetst in par. 2.3, waarbij de ondernemer in het buitenland ging wonen en de onderneming achterbleef in Nederland. De ondernemer wordt dus net als in die situatie buitenlands belastingplichtig voor de winst uit de Nederlandse onderneming.<sup>62</sup>

Een verschil met de situatie uit par. 2.3 is wel dat in dit geval de onderneming verplaatst naar Nederland (in par. 2.3 emigreerde de ondernemer naar het buitenland). Het zorgt ervoor dat in Nederland een fiscale openingsbalans voor de onderneming dient te worden opgesteld. De waardering van de vermogensbestanddelen op de fiscale openingsbalans is van invloed op de vraag of er bij de verplaatsing van de onderneming mogelijk een dubbele (non)heffing ontstaat. Indien de emigratiestaat een aangrijpingspunt heeft voor de heffing ten aanzien van het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van de verplaatsende activa en passiva kan een lagere waardering van activa op de openingsbalans bij binnenkomst in de immigratiestaat ten opzichte van de waardering van de activa in de emigratiestaat er voor zorgen dat een deel van de meerwaarden dubbel wordt belast. Indien de waarden van de vermogensbestanddelen in de immigratiestaat bijvoorbeeld lager worden geschat dan in de emigratiestaat, dan is het namelijk mogelijk dat de belastingplichtige enerzijds te maken krijgt met een exitheffing door de emigratiestaat, maar anderzijds ook te maken krijgen met een kleiner afschrijvingspotentieel, doordat bij een lagere waardering in de immigratiestaat de onderneming minder zal kunnen afschrijven over de activa. Op deze manier kan bij een verschil van waardering van de activa dubbele belastingheffing kunnen ontstaan over de vermogensbestanddelen. Voorts is het voor landen niet verplicht om een step up te verlenen aan een binnenkomende onderneming.<sup>63</sup> In dat geval wordt er dus mogelijk een exitheffing opgelegd door de emigratiestaat, terwijl de immigratiestaat verder gaat met de boekwaarden van de emigratiestaat. Ook in dat geval vindt er dus dubbele belastingheffing plaats.

---

<sup>61</sup> Hierbij moet de onderneming wel worden verplaatst en niet worden gestaakt, zie par. 2.2.3.

<sup>62</sup> Net als in par. 2.3 kan de ondernemer zich onder voorwaarden ook weer kwalificeren als binnenlands belastingplichtige.

<sup>63</sup> Met een step up wordt bedoeld dat de vermogensbestanddelen op de openingsbalans in het immigratieland worden gewaardeerd op de actuele waarde in het economische verkeer.

<sup>64</sup> Immers is het verlenen van een step up niet opgenomen in secundaire wetgeving.

De omgekeerde situatie is echter ook mogelijk dat een nonheffing plaatsvindt over de meerwaarden. Dit kan enerzijds worden veroorzaakt doordat de activa in de immigratiestaat hoger worden gewaardeerd, dan dat de emigratiestaat dit doet met betrekking tot de exitheffing. Daarnaast kan dit ook voorkomen als landen geen exitheffing opleggen bij emigratie en het land van immigratie wel een step up verleent naar de waarde in het economische verkeer. Ook dan zal een deel van de meerwaarden onbelast blijven.

Gelet op de Nederlandse situatie vloeit uit totaalwinst dat de vermogensbestanddelen van de onderneming op de openingsbalans bij immigratie gewaardeerd worden op de waarde in het economische verkeer. Een definitie voor 'de waarde in het economische verkeer' is in de wet niet gegeven. In de jurisprudentie wordt het begrip gedefinieerd als 'de prijs die bij aanbidding bij verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde zou worden besteed'.<sup>65</sup> Dat er bij deze cryptische omschrijving van het begrip nog vele discussies zijn wat de waarde in het economische verkeer van activa of passiva precies is, mag geen verrassing heten.<sup>66</sup> Indien de vermogensbestanddelen op de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd zullen alleen winsten worden belast die in Nederland zullen ontstaan. Nederland gaat in dit geval dus niet verder met de boekwaarden van de emigratiestaat, maar verleent de zogeheten step up ten aanzien van de vermogensbestanddelen van de grensoverschrijdende verplaatsing van de onderneming. Dit geldt in het geval dat de gehele onderneming wordt verplaatst, maar ook in de specifieke situatie dat een afzonderlijk deel van de onderneming wordt verplaatst. Voor dit deel van de onderneming dat dan naar Nederland wordt verplaatst wordt dan een step up verleend.<sup>67</sup>

Koerts stelt ten aanzien van het verlenen van een step up dat Nederland niet in alle gevallen een step up verleent, maar alleen ten aanzien van landen die een exitheffing bij emigratie hanteren.<sup>68</sup> Immers zijn landen niet verplicht tot het opnemen van een exitheffing in hun wetgeving. Om mogelijk dubbele nonheffing te voorkomen zou Nederland alleen een step up verlenen ten aanzien van landen die een exitheffing hanteren. Vooropgesteld hanteren de meeste lidstaten een exitheffing.<sup>69</sup> Dit is ook niet onbegrijpelijk gezien de positieve budgettaire consequenties van een exitheffing voor de

---

<sup>65</sup> HR 25 oktober 1995, 35 688, *BNB* 1999/189.

<sup>66</sup> Voor een verdere uitweiding van het begrip verwijs ik naar: G.T.K. Meussen en J.E.A.M. Van Dijck, *Waarde in het economische verkeer*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2004.

<sup>67</sup> Hierbij vormt het gedeelte van de onderneming dat naar Nederland verplaatst ook los van het achtergebleven deel van de onderneming een afzonderlijke onderneming.

<sup>68</sup> M. Koerts, 'Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europees perspectief', *WFR* 2009/529.

<sup>69</sup> Zo kennen bijvoorbeeld België, Frankrijk, Duitsland, Denemarken, Italië en Portugal allen een exitheffing, waarbij deze opsomming zeker niet uitputtend is.

staatskas. In tegenstelling tot Koerts ben ik van mening dat Nederland ongeacht of de emigratiestaat een exitheffing hanteert of niet vermogensbestanddelen van een onderneming bij binnenkomst altijd waardeert op de waarde in het economische verkeer. De Staatssecretaris is in een besluit ingegaan op het feit wat de waarde van vermogensbestanddelen dient te zijn wanneer (een deel van) een buitenlandse onderneming overgaat naar in een in het besluit genoemde vaste inrichting in Nederland.<sup>70</sup> Het is een vergelijkbare situatie als een verplaatsing van een IB-onderneming, aangezien ook hier vermogensbestanddelen vanuit het buitenland een onderneming gaan vormen in Nederland. De Staatssecretaris heeft hierbij geoordeeld dat de bedrijfsmiddelen inclusief eventuele immateriële activa en goodwill gewaardeerd dienen te worden op de waarde in het economisch verkeer. In het besluit wordt niet ingegaan op het feit of de emigratiestaat mogelijk een exitheffing heeft opgelegd. Het gevolg hiervan is dus dat het gevaar ontstaat van een heffingslek indien de emigratiestaat geen exitheffing hanteert. Desondanks denk ik dat Nederland toch een step up dient te verlenen ongeacht of de emigratiestaat een exitheffing hanteert. Conform het fiscale territorialiteitsbeginsel zou de emigratiestaat moeten worden verplicht tot het heffen van een exitheffing. In par. 3.5 wordt hierop verder ingegaan naar hoe een ideaal sluitend systeem zou moeten worden vormgegeven.

### **3.4 Ondernemer immigrereert, IB-onderneming verplaatst mee**

In het geval dat de onderneming wordt verplaatst naar Nederland en de ondernemer immigrereert ook naar Nederland, dan zal de ondernemer binnenlands belastingplichtig worden voor de inkomstenbelasting. Dit zorgt er net als in par. 3.2 voor dat de gehele wereldwinst van de IB-ondernemer tot het in Nederland belastbaar inkomen gaat behoren, wat dus ook geldt voor de ondernemingswinsten. De onderneming verplaatst in deze situatie ook naar Nederland. Dit betekent dat de ondernemer vanaf de binnenkomst van de onderneming winst uit een Nederlandse onderneming gaat genieten en Nederland dus recht heeft om over deze winsten te heffen. In dat geval is de eerste stap bij binnenkomst van de onderneming dat een fiscale openingsbalans in Nederland gevormd dient te worden, waarbij ook hier de vermogensbestanddelen net als in de vorige paragraaf zullen worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer en er op deze manier een step up wordt verleend voor de binnenkomende onderneming. Het zorgt dus voor een vergelijkbare situatie als de vorige paragraaf met het verschil dat de ondernemer nu niet buitenlands maar binnenlands belastingplichtig is voor de inkomstenbelasting.

---

<sup>70</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 24 augustus 1999, IFZ 99/427, V-N 1999/48.7.



### **3.5 Gewenste systematiek EC aangaande grensoverschrijdende verplaatsing onderneming**

Zoals ook in het vorige hoofdstuk is vermeld streeft de EC ernaar om dubbele (non)heffing op EU-rechtelijk gebied te voorkomen en daarom pleit de EC via een Mededeling voor coördinatie van lidstaten op het gebied van de exitheffingen.<sup>71</sup> In de Mededeling wordt ingegaan op de waardering van vermogensbestanddelen bij een grensoverschrijdende verplaatsing van activa van een onderneming. Geconstateerd wordt dat lidstaten de activa op een verschillende manier waarderen. De EC constateert hierbij dat de ene lidstaat activa van de onderneming bij binnenkomst waardeert tegen de historische boekwaarde, waarbij andere lidstaten dit doen tegen de waarde in het economische verkeer. Om deze incongruenties weg te nemen tussen lidstaten noemt de EC als mogelijke oplossing dat de lidstaat waar de activa naartoe worden verplaatst de waarde van de activa overneemt van de emigratiestaat. In het geval van de verplaatsing van een onderneming naar Nederland zouden dus de marktwaarden van de emigratiestaat overgenomen moeten worden en wordt een dubbele (non)heffing voorkomen. Landen zullen dan dus verplicht worden waarde van andere lidstaten over te nemen. Een andere oplossing die de EC noemt om de incongruenties weg te nemen is dat er wel een step up wordt verleend, maar dat eventuele waarderingsverschillen tussen de emigratiestaat en immigratiestaat voorkomen worden door middel van een procedure. Hierbij wordt voor waarderingsverschillen tussen lidstaten geschillenbeslechting als in het EU-Arbitrageverdrag of een algemeen mechanisme ter voorkoming van dubbele belastingheffing genoemd. Ondanks de extra administratieve lasten die ontstaan door een dergelijke procedure denk ik dat deze wijze meer kans van slagen heeft, omdat ik verwacht dat lidstaten op het gebied van belastingen het heft graag in eigen hand houden en niet de boekwaarden van het andere land zomaar willen overnemen ten aanzien van de openingsbalans. Opvallend is dat de EC in de Mededeling vooral ingaat op de verplaatsing van individuele activa en verder niet op het grensoverschrijdend verplaatsen van een gehele onderneming. Voorts blijven ook de verschillen in waardering van passiva onbesproken. Het zorgt ervoor dat de Mededeling qua inhoud een wat vlakke uitstraling heeft, zo constateert ook Kavelaars in zijn artikel.<sup>72</sup>

Tot op heden is het van coördinatie op het gebied van immigratie van ondernemingen binnen de EU nog niet gekomen. Lidstaten zijn nog steeds niet verplicht tot het verlenen van een zogeheten step up bij de binnenkomst van de onderneming en de Mededeling van de EC heeft daar geen

---

<sup>71</sup> Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM (2006) 825 definitief.

<sup>72</sup> P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *TFO* 2007/1.

verandering ingebracht.<sup>73</sup> Ook de resolutie van de Raad van Ministers voor wat betreft exitheffingen heeft nog niet gezorgd voor de verplichting van het verlenen van een step up.<sup>74</sup> In de resolutie is slechts de intentie uitgesproken door de ministers van de Europese Unie dat de nieuwe vestigingsstaat rekening moet houden met een eventuele heffing in de emigratiestaat, maar is er nog steeds geen wettelijke verplichting opgelegd net als dat het niet verplicht is dat lidstaten een exitheffing opleggen bij de emigratie van ondernemingen.

Mijns inziens is het een tekortkoming dat de lidstaten nog niet verplicht zijn een step up te verlenen. Het ideale en meest sluitende systeem zou mijns inziens zo ingericht moeten zijn dat de emigratiestaat standaard een exitheffing zou opleggen over de meerwaarden in de onderneming. De immigratiestaat zou dan een step up moeten verlenen en de vermogensbestanddelen bij binnenkomst dus moeten waarderen op de waarde in het economische verkeer. Op deze manier wordt aangesloten bij het fiscale territorialiteitsbeginsel en is er geen sprake van het gevaar van dubbele (non)heffing.

Van den Hurk, Van den Broek en Korving gaan in op het feit of landen op de een of andere manier gedwongen kunnen worden tot het verlenen van een step up.<sup>75</sup> De Mededeling van de EC betreft immers slechts 'soft law' en is daarmee niet bindend voor lidstaten. Het dwingen van een verlening van een step up kan volgens de auteurs via de weg van de negatieve integratie of via de weg van positieve integratie bewandeld worden.

#### *Positieve integratie*

Indien op basis van positieve integratie de lidstaten verplicht worden tot verlening van een step up, zal secundaire EU-wetgeving ingevoerd moeten worden, waarin moet worden opgenomen dat lidstaten verplicht worden tot toepassing van een step up bij immigratie van de ondernemer of onderneming. Er dient dan te worden bepaald dat de immigratiestaat verplicht is bij de grensoverschrijdende verplaatsing de vermogensbestanddelen van de onderneming te waarderen op de waarde in het economische verkeer. De lidstaat moet in dat geval dus een step up verlenen, waarbij de emigratiestaat een exitheffing toepast over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de boekwaarde. Op deze manier ontstaat een sluitend systeem. Van der

---

<sup>73</sup> Zo verleent bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk geen step up bij binnenkomst van een onderneming: HMRC, *Company Taxation Manual*, par. 34080.

<sup>74</sup> Raad van de Europese Unie, resolutie van 2 december 2008 betreffende coördinatie inzake exitheffingen, 2008C 323/01.

<sup>75</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.

Hurk e.a. noemen voor de verplichtstelling van de verlening van een step up in EU-verband een mogelijke aanpassing van de Fusierichtlijn als meest geschikte middel.<sup>76</sup> In de richtlijn is al een faciliteit voor de zetelverplaatsingen van SE's en SCE's opgenomen.<sup>77</sup> De auteurs zouden dit willen uitbreiden naar alle andere soorten vennootschappen en hieraan toevoegen dat de immigratiestaat de vermogensbestanddelen bij een zetelverplaatsing dient te waarderen op de waarde in het economische verkeer. Aangezien is aangegeven in de pre-ambule van de Fusierichtlijn dat een doel van de richtlijn het voorkomen van dubbele belasting is, past deze toevoeging volgens de auteurs perfect binnen de richtlijn. In de Fusierichtlijn wordt tot op heden voornamelijk de focus gelegd op de vennootschappen in de Wet Vpb 1969, maar de step up zou dan tevens voor IB-ondernemingen moeten gelden. Voor het uitbreiden van de zetelverplaatsingsfaciliteit naar overige vennootschappen moet mijns inziens wel het vennootschapsrecht van de diverse lidstaten in het oog worden gehouden. Het opnemen van een verplichting tot het verlenen van een step up juich ik alleen maar toe.

#### *Negatieve integratie*

De weg van de negatieve integratie loopt langs het HvJ. Indien deze weg bewandeld wordt om te komen tot een verplichting tot het verlenen van een step up, zal moeten worden bewezen dat het niet verlenen van een step up een niet-gerechvaardigde inbreuk vormt ten aanzien van de vrijheid van vestiging. Alleen op die manier zou het HvJ lidstaten eventueel kunnen verplichten tot het verlenen van een step up. Lidstaten die nu geen step up verlenen, maar de activa waarderen op de historische boekwaarde, kunnen echter stellen dat zij een grensoverschrijdende verplaatsing van een onderneming gelijk behandelen met een binnenlandse verplaatsing van een onderneming. Immers worden bij beide verplaatsingen de activa na de verplaatsing gewaardeerd op de historische boekwaarden. Per saldo ben ik echter net als Van den Hurk e.a. van mening dat bovenstaande beredenering onjuist is en dat het niet verlenen van een step up wel een belemmering vormt.<sup>78</sup> Indien de lidstaat immers geen step up verleent en dit bekeken wordt in het 'totale economische plaatje', dan trekt de immigratiestaat een deel van de heffing naar zich toe wat niet toe behoort aan die staat. Indien namelijk geen step up wordt verleend, zal de lidstaat uiteindelijk heffen over meerwaarden die niet zijn ontstaan ten tijde van de plaats van vestiging van de onderneming in de

---

<sup>76</sup> Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

<sup>77</sup> Artikel 12-14 van de Richtlijn 2009/133/EG.

<sup>78</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.

lidstaat. Dit is strijdig met het fiscale territorialiteitsbeginsel.<sup>79</sup> Het HvJ zou dan ook de beredenering moeten voeren dat de staat die geen step up verleent in strijd treedt met het fiscale territorialiteitsbeginsel en daarmee strijdig is met de vrijheid van vestiging. De staat die geen step up verleent trekt een deel van de ondernemingswinst naar zich toe wat niet op haar grondgebied is ontstaan en waardoor daarmee de immigrerende onderneming gediscrimineerd wordt ten opzichte van de onderneming die binnen de grenzen van een staat zijn onderneming verplaatst. De onderneming die binnen de landsgrenzen zijn onderneming verplaatst krijgt immers niet te maken met een mogelijke exitheffing en daarmee ook niet te maken met een dubbele heffing. Dat het voor wat betreft de verplaatsende ondernemingen om gelijke gevallen gaat kan duidelijk gemaakt worden met de situatie dat een onderneming in België aan de rand van Zuid-Limburg zich verplaatst net over de grens in Nederland. Indien geen step up wordt verleend door Nederland wordt de onderneming gediscrimineerd ten opzichte van de onderneming die zich binnen de Nederlandse grenzen verplaatst. Op basis hiervan zou het HvJ lidstaten moeten verplichten tot het creëren van een step up voor immigrerende activa of ondernemingen.

Gezien het bovenstaande zie ik ten aanzien van de fiscale gevolgen van de grensoverschrijdende verplaatsing van ondernemingen binnen de EU en dan met name de immigratie van een onderneming in ieder geval nog genoeg werk voor de EC en het HvJ. Europese eenwording op basis van positieve integratie zal voor wat betreft het verplicht verlenen van een step up een langdurig proces worden, aangezien landen hierover unaniem eens moeten worden. Mede gezien het feit dat de EC na de Mededeling van 2006 verder geen actie meer heeft ondernomen op het gebied van het creëren van secundaire EU-wetgeving ten aanzien van de exitheffingen, denk ik dat de hoop gevestigd moet worden op het HvJ. Het HvJ zal lidstaten moeten verplichten tot verlening van een step up. Het aanpassen van bijvoorbeeld de Fusierichtlijn, zoals Van den Hurk e.a. voorstellen, zie ik immers niet zo snel gebeuren. De rol van de EC kan liggen in het aangaan van infractieprocedures ten aanzien van lidstaten die geen step up verlenen. Dat voor deze Europese eenwording de rechterlijke macht moet worden gebruikt is mijns inziens niet de meest nette manier en een teken van zwakte van de EU als instituut, maar wel de meest effectieve manier.

Kijkend naar de Nederlandse fiscale regelgeving ten aanzien van de binnenkomst van een onderneming stemt dat mij tot tevredenheid. Nederland verleent immers een step up bij binnenkomst, wat recht doet aan het territorialiteitsbeginsel en voldoet daarmee dus ook aan het wensbeeld van de EC.

---

<sup>79</sup> Zie hoofdstuk 2 voor een toelichting op dit beginsel.

### **3.6 Samenvatting**

In dit hoofdstuk is ingegaan op de fiscale gevolgen van de immigratie van een IB-ondernemer. Hierbij is eerst ingegaan op de fiscale gevolgen wanneer alleen de ondernemer immigrereert. In dat geval zal de winst uit de buitenlandse onderneming onder de wereldwinst vallen van de ondernemer, maar wordt een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting verleend voor de in het buitenland behaalde winst.

Vervolgens zijn de situaties geschetst dat de onderneming zich verplaatst naar Nederland en vervolgens dat zowel de ondernemer als de onderneming zich verplaatst naar Nederland. In beide situaties zal Nederland het heffingsrecht krijgen over de ondernemingswinsten. De winsten ontstaan immers in Nederland. Nederland zal bij het vormen van de openingsbalans een step up verlenen door de vermogensbestanddelen te waarderen op de waarde in het economische verkeer. Op deze manier zal Nederland alleen heffen over de winsten die in Nederland opkomen.

Het verlenen van een step up is nog geen verplichting voor de lidstaten. Via een Mededeling roept de EC de lidstaten op tot coördinatie, maar dat is er nog niet van gekomen. In een ideaal sluitend systeem zou elke lidstaat bij emigratie van een onderneming een exitheffing opleggen, waarbij de immigratiestaat een step up bij binnenkomst verleent. Dit zou het meest wenselijk zijn en het beste recht doen aan het fiscale territorialiteitsbeginsel. Nederland voldoet hieraan. Aan de EC de taak om dit via positieve dan wel negatieve integratie te verplichten binnen de gehele EU.

## **Hoofdstuk 4: Emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder**

### **4.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de fiscale gevolgen van de emigratie van een ab-houder. De opbouw is vergelijkbaar met die van hoofdstuk 2. In tegenstelling tot de IB-ondernemer wordt van de ab-houder en de vennootschap geheven conform een tweefasensystematiek, wat zorgt voor een andere uitwerking dan bij de emigratie van de IB-ondernemer. Eerst wordt daarom ingegaan op de positie van de ab-houder en zijn vennootschap binnen de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Voorts wordt ingegaan op de nationale bepalingen die bij de emigratie van een ab-houder en verplaatsing van een vennootschap een rol spelen. Hierbij wordt ook ingegaan of belastingverdragen een mogelijke heffing kunnen verbieden of beperken. Vervolgens wordt gekeken naar de fiscale gevolgen als de ab-houder emigreert, waarbij zijn vennootschap achterblijft in Nederland. Daarna bekijken we de situatie dat beiden verplaatsen naar het buitenland, waarbij een onderscheid wordt gemaakt naar de situatie dat de ab-houder eerst emigreert en de vennootschap later wordt verplaatst en omgekeerd.

In par. 4.2 wordt ingegaan op de fiscale systematiek bij emigratie van de ab-houder en de verplaatsing van de vennootschap. Hierbij komen ook de belastingverdragen aan bod. In par. 4.3 en 4.4 wordt vervolgens ingegaan op de situaties dat de ab-houder emigreert of de vennootschap verplaatst, dan wel beiden verplaatsen naar het buitenland. In par. 4.5 wordt vervolgens afgesloten met een samenvatting, conclusies en aanbevelingen.

### **4.2 Fiscale systematiek emigratie ab-houder en verplaatsing vennootschap**

#### ***4.2.1 De ab-houder en zijn vennootschap***

Waar de winst van de IB-onderneming op het niveau van de ondernemer wordt geheven (op niveau van het subject), wordt de winst van de vpb-onderneming zelfstandig geheven op het niveau van de onderneming (op niveau van het object). De vennootschapsbelasting betreft daarmee een directe belasting geheven over de winsten van lichamen als bedoeld in art. 2 en 3 Wet Vpb 1969.<sup>80</sup> Indien de vennootschap vervolgens winstuitkeringen doet aan een natuurlijk persoon die een aanmerkelijk belang (afgekort: ab) bezit dan worden de voordelen (zoals dividend) uit het ab in box 2 belast tegen

---

<sup>80</sup> Indien een onderneming wordt gedreven dan is dit veelal in de vorm van een nv of bv. In dit hoofdstuk wordt dan ook vaak gesproken over de nv/bv als het om een vpb-plichtige onderneming gaat.

een tarief van 25%.<sup>81</sup> Het zorgt ervoor dat de nv/bv enerzijds door de heffing ter hoogte van de onderneming ten aanzien van de ondernemingswinsten als een economische zelfstandig entiteit beschouwd kan worden. Anderzijds zorgt de heffing via de tweefasensystematiek er ook voor dat de bv/nv kan worden gezien als verlengstuk van de ondernemer.<sup>82</sup> De ondernemer wordt immers belast ter hoogte van de onderneming in de vennootschapsbelasting en ter hoogte van de ab-houder via de inkomstenbelasting. Effectief betekent dit dat de ab-houder wordt belast voor de voordelen uit ab tegen een maximaal tarief van 43,75%. Dit komt ongeveer overeen met het toptarief in de inkomstenbelasting verminderd met de zelfstandigenaftrek en de mkb-winstvrijstelling. Het is geen toeval dat het maximale tarief in de inkomstenbelasting ongeveer overeenkomt met het maximale tarief in de vennootschapsbelasting. Het idee dat deze ongeveer gelijk dient te zijn komt voort uit het principe van het globale evenwicht. Daarmee wordt bedoeld dat globaal naar een gelijke belastingdruk wordt gestreefd ten aanzien van de ondernemer in de inkomstenbelasting en de ondernemer die zijn onderneming uitoefent via een bv/nv. De gedachte hierachter betreft het voorkomen dat ondernemers een toevlucht nemen naar ofwel de IB-onderneming ofwel de Vpb-onderneming om een mogelijk tariefsvoordeel te kunnen behalen.<sup>83</sup>

Tot de invoering van de ab-regeling werden vervreemdingsvoordelen ten aanzien van een ab-pakket niet in de heffing betrokken.<sup>84</sup> Het zorgde ervoor dat aandeelhouders belastingheffing in de inkomstenbelasting konden voorkomen door simpelweg geen winst uit te keren. De onderneming met de opgepote winstreserves werd vervolgens vervreemd en de vervreemdingswinst viel buiten de inkomstenbelasting. Dit regime werd met de invoering van de Wet IB 1964 gewijzigd, waardoor ook vervreemdingswinsten onder de ab-regeling gingen vallen, zij het tegen een gematigd tarief. Dit diende destijds echter voornamelijk als voorheffing op de heffing van de uiteindelijke inkomsten uit vermogen. Later zorgde de ongelijke behandeling qua belastingdruk tussen vervreemdingswinsten van een ab enerzijds (belast tegen tarief van 20%) en dividenduitkeringen uit een ab anderzijds (progressief belast tegen tarief van max. 60%) er echter alsnog voor dat ondernemingen zoveel mogelijk op hun geld gingen 'zitten'. Het uitkeren van winstreserves via dividenden werd immers zwaarder belast dan een vervreemdingswinst van het ab. Het zorgde ook voor de bekende kasgeld- en holdingproblematiek, waarbij dividenduitkeringen zoveel mogelijk 'verpakt' werden als

---

<sup>81</sup> Uiteraard hoeft het hier niet expliciet te gaan om aandelen, maar gaat het ook om ander soort ab's conform art. 4.6 Wet IB 2001.

<sup>82</sup> S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, digitaal, par. 0.0.1.c.

<sup>83</sup> De leer van het globale evenwicht is oorspronkelijk afkomstig uit het proefschrift van Grapperhaus: F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV*, Amsterdam: FED 1966, p. 85.

<sup>84</sup> E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en R.M. Freudenthal, *Inkomstenbelasting*, FED Fiscale Studietoets, nr. 35, Deventer: Kluwer 2014, par. 4.1.2.

vervreemdingswinst.<sup>85</sup> Uiteindelijk werd deze problematiek een das omgedraaid door de invoering van een de herziene ab-regeling per 1 januari 1997.<sup>86</sup> Met de herziening van de ab-regeling werd de ab-houder steeds meer gezien als ondernemer en kwam ook het principe van het globale evenwicht steeds meer in beeld. Het zorgde ervoor dat bij deze herziening het karakter van de ab-regeling veranderde naar een echte eindheffing en het werd daarmee een soort pseudo-ondernemingsregeling. Hierbij werd het vervreemdingsbegrip verder uitgebreid en werden alle voordelen uit het ab in de heffing betrokken tegen een gelijk tarief van 25%, waardoor het niet meer uitmaakte op welke manier voordelen uit het ab werden genoten. Met de invoering van de Wet IB 2001 is de wijze van belastingheffing ten aanzien van ab-inkomen op hoofdlijnen ongewijzigd gebleven.

## ***4.2.2 De exitheffing en de fictieve vervreemding en conserverende aanslag***

### ***4.2.2.1 De exitheffing***

De winstbepaling binnen de Wet Vpb 1969 is in beginsel gelijk aan de winstbepaling binnen de Wet IB 2001.<sup>87</sup> Het zorgt ervoor dat de onderneming in de Wet Vpb 1969 ook te maken kan hebben met aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Om deze onbelaste meerwaarden bij emigratie in de heffing te kunnen betrekken kent de Wet Vpb 1969 net als in de Wet IB 2001 daarom een exitheffing ten aanzien van ondernemingen die hun zetel verplaatsen naar het buitenland. In artikel 15d Wet Vpb 1969 is opgenomen dat voordelen die uit anderen hoofde (nog) niet in aanmerking zijn genomen, worden gerekend tot de winst van het jaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Het artikel is vergelijkbaar met de eindafrekeningsbepaling in de inkomstenbelasting. Hierbij vormt art. 15d Wet Vpb 1969 net als art. 3.61 Wet IB 2001 het sluitstuk voor het totaalwinst, maar in dit geval dus voor Vpb-lichamen. Net als bij de eindafrekeningsbepaling in de inkomstenbelasting was ook hier in eerste instantie sprake van een directe invordering van de exitheffing bij verplaatsing van de vennootschap, maar bleek dit in strijd met het EU-recht na het arrest National Grid Indus (HvJ 29 november 2011, C-371/10, *BNB* 2012/40). Met de invoering van de Wet uitstel van betaling exitheffingen heeft de wetgever uitstel van betaling geregeld voor zowel de exitheffing in de inkomstenbelasting als in de

---

<sup>85</sup> Een voorbeeld van een dergelijk kasgeldarrest is HR 11 juli 1990, nr. 25 579, *BNB* 1990/290.

<sup>86</sup> Wet van 13 december 1996 tot wijziging van enige belastingwetten (herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang, consumptieve rente en vermogensbelasting), *Stb.* 1996,652.

<sup>87</sup> Zie ook de koppeling tussen de winstbepaling in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting in art. 8, eerste lid, Wet Vpb 1969.



vennootschapsbelasting.<sup>88</sup> Voor de bv/nv gelden daarom nu dezelfde voorwaarden voor het uitstel van betaling van een exitheffing als voor de exitheffing in de inkomstenbelasting.<sup>89</sup>

#### 4.2.2.2 Fictieve vervreemding en de conserverende aanslag

Zoals geschetst in par. 4.2.1 wordt de aandeelhouder belast volgens een tweefasensysteem, waarbij een heffing plaatsvindt over de ondernemingswinsten in de Wet Vpb 1969 en een heffing over de ab-voordelen in de Wet IB 2001. De ab-voordelen bestonden voorheen slechts uit de reguliere voordelen uit het ab, maar sinds de invoering van de Wet IB 1964 vallen de vervreemdingsvoordelen ook onder het ab-regime. Dit betreffen de voordelen die worden behaald bij een vervreemding van een ab-pakket als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001. De wetgever heeft daarnaast enkele vervreemdingsmomenten bij de herziening in 1997 ingevoerd, waarbij het niet zeker is of deze onder het algemene vervreemdingsbegrip vallen. Een van deze fictieve vervreemdingsmomenten is opgenomen in art. 4.16, onderdeel h, Wet IB 2001 en ziet op het feit wanneer de ab-houder anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn. Het betreft hier onder meer de situatie van een emigratie van een ab-houder. De ab-houder houdt bij emigratie op binnenlands belastingplichtige te zijn en in dit kader wordt dit gezien als een vervreemding van het ab. Het motief van de wetgever voor dit fictieve vervreemdingsmoment is het voorkomen dat de ab-claim verloren gaat bij emigratie.<sup>90</sup> Met het opnemen van dit fictieve vervreemdingsmoment beoogde de wetgever een einde te maken aan fiscaal geïndiceerde emigraties, waarbij de ab-houder voor een korte periode emigreert om vervolgens tegen een gunstig tarief zijn ab te kunnen vervreemden. In artikel 4.46, eerste lid, Wet IB 2001 is opgenomen dat het genietingstijdstip van deze fictieve vervreemding op het moment vlak voor emigratie ligt, hetgeen meebrengt dat belastingverdragen daarop in principe niet van invloed zijn. De vraag in dit kader is of het in de nationale wet opgenomen fictieve vervreemdingsmoment ook zijn doorwerking vindt ten aanzien van de belastingverdragen. In eerdere arresten stonden andere ficties ook al ter discussie of deze doorwerken naar belastingverdragen. Zo oordeelde de Hoge Raad al eerder dat Nederland niet heffingsbevoegd was ten aanzien van het fictief loon van een Belgische DGA, omdat de fictiefloonregeling een nationaalrechtelijke fictie betrof met als uitkomst dat Nederland heffingsrechten zich toe eigende die behoorde aan het andere verdragsland, in casu België.<sup>91</sup> Het zorgde ervoor dat de fictiefloonregeling in die casus niet doorwerkte naar het belastingverdrag Nederland-België. Ten aanzien van de fictieve vervreemding heeft de Hoge Raad echter geoordeeld

---

<sup>88</sup> Wet van 14 mei 2013 tot wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffingen), *Stb.* 2013,183.

<sup>89</sup> Voor de diverse voorwaarden en de kritiek daarop verwijs ik naar par. 2.4.2.

<sup>90</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 18 (MvT).

<sup>91</sup> HR 5 september 2003, 37 670, *NTFR* 2003/1512.

dat deze is toegestaan ten aanzien van de goede verdragstrouw.<sup>92</sup> Hierbij wordt verwezen naar het commentaar van art. 13 van het OESO-MV, waarin is opgenomen dat niet beoogd is uit te sluiten dat een staat voor de heffing van vermogenswinst aanknoopt bij een geconstateerde vermogensaanwas, die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen. Op basis daarvan concludeerde de Hoge Raad dat het fictieve vervreemdingsmoment wel doorwerking kan vinden naar belastingverdragen.

De fictieve vervreemding van art. 4.16, eerste lid, onderdeel h, Wet IB 2001 lijkt op de eindafrekeningsbepaling in de winstsfeer (art. 3.61 Wet IB 2001). De wetgever geeft bij de invoering ook aan dat het als complement van de eindafrekening in de winstsfeer moet worden gezien.<sup>93</sup> Net als in de winstsfeer moet ook in het ab-regime worden afgerekend over de meerwaarden, waarbij het in dit geval om de nog niet belaste waardestijging van het ab-pakket gaat. Dit betreft het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het ab-pakket en de verkrijgingsprijs. Net als in de winstsfeer is ook hier uitstel van betaling mogelijk doordat geen 'normale' aanslag wordt opgelegd, maar een conserverende aanslag. Deze conserverende aanslag is een aanslag met een uitsteltermijn van tien jaar conform art. 25, achtste lid, IW 1990. De conserverende aanslag zorgt er dus voor dat niet direct hoeft te worden afgerekend over de meerwaarden van het ab-pakket. Een verschil met de exithedding is echter dat deze aanslag wordt kwijtgescholden na tien jaar conform art. 26, tweede lid, IW 1990 als aan alle voorwaarden is voldaan. Zolang geen 'besmette' handeling wordt verricht, zoals een vervreemding van het ab-pakket, loopt de tienjarige uitsteltermijn door, waarbij na tien jaar kwijtschelding volgt.<sup>94</sup> Mijns inziens is dit opvallend en doet dit geen eer aan het fiscale territorialiteitsbeginsel. De wetgever vindt het antimisbruikarakter van de conserverende aanslag blijkbaar belangrijker, dan het bewerkstelligen van een daadwerkelijke inning.<sup>95</sup> Het gaat de wetgever er meer om dat een tijdelijke emigratie wordt voorkomen, waarbij het ab-pakket tegen een gunstig tarief zou worden vervreemd, dan dat daadwerkelijk geheven wordt ten aanzien van de ab-claim die in Nederland is ontstaan. De eventueel geheven dividendbelasting of inkomstenbelasting gedurende de tien jaar dat de conserverende aanslag loopt wordt afgeboekt op de verschuldigde belasting op de conserverende aanslag. Dit is mijns inziens wel terecht, omdat anders mogelijk dubbele heffing zou ontstaan. Indien geen afboeking plaats zou vinden zou eventueel worden geheven ten aanzien van de winstuitkering en ten aanzien van het openstaande bedrag van de conserverende aanslag.

---

<sup>92</sup> HR 20 februari 2009, 42 701, 43 760 en 07/12314, *BNB* 2009/260-262, r.o. 4.3.2.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 18 (MvT).

<sup>94</sup> De andere twee besmette handelingen die in de wet worden genoemd betreffen de situatie dat de vennootschap haar onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt en de reserves geheel of nagenoeg geheel zijn uitgekeerd en de situatie dat er sprake is van een teruggaaf van wat op aandelen is gestort.

<sup>95</sup> Dit heeft de wetgever ook aangegeven in: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 750, nr. IX, Bijlage 3 'Emigrerende aanmerkelijkbelanghouders'.

Net als het geval was met de exitheffing bestond er ook ten aanzien van het opleggen van een conserverende aanslag discussie of deze niet in strijd is met het EU-recht en dan met name met de vrijheid van personenverkeer (art. 45 VwEU).<sup>96</sup> Het opleggen van de conserverende aanslag kan immers een belemmering vormen bij een grensoverschrijdende verplaatsing van de ab-houder. Daarnaast waren de voorwaarden verbonden aan het uitstel van betaling van de conserverende aanslag discutabel ten opzichte van het EU-recht. Zo diende voor het openstaande bedrag zekerheid te worden gesteld en diende om in aanmerking te komen voor uitstel van betaling een schriftelijk verzoek ingediend te worden. In het arrest *De Lasteyrie* (HvJ 11 maart 2004, C-9/02, BNB 2004/258) stonden deze voorwaarden van de conserverende aanslag ter discussie. Dit betrof een Franse zaak waarbij de Franse ab-regeling (vergelijkbaar met de Nederlandse ab-regeling) ter discussie stond. De belanghebbende in deze zaak emigreerde van Frankrijk naar België, waarbij er sprake was van een latente ab-winst in een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Uitstel van betaling was voor belanghebbende mogelijk onder voorwaarden, waarbij onder meer een van de voorwaarden was dat zekerheid moest worden gesteld. Ter discussie stond of de ab-regeling en de voorwaarden met betrekking tot een mogelijke uitstel van betaling EU-rechtelijk toegestaan waren. Het HvJ kwam tot de conclusie dat de Franse ab-regeling een niet-gerechtvaardigde belemmering vormde voor de belanghebbende en daarmee in strijd was met de vrijheid van vestiging. De door Frankrijk aangedragen rechtvaardigingsgrond dat sprake was van een antimisbruikmaatregel ging niet op. Het door Nederland aangedragen fiscale territorialiteitsbeginsel als rechtvaardigingsgrond werd terzijde gelegd, omdat Frankrijk deze rechtvaardigingsgrond zelf niet had aangedragen. Voorts concludeerde het HvJ ten aanzien van de voorwaarden met betrekking tot het uitstel van betaling dat het niet verlenen van automatisch uitstel van betaling, het verstrekken van een waarborg en het niet rekening houden met waardedalingen een belemmerende werking heeft en daarmee in strijd was met het EU-recht.<sup>97</sup>

Na de uitspraak van het HvJ in het arrest *De Lasteyrie* heeft de Staatssecretaris met ingang van de datum van het arrest de voorwaarden met betrekking tot de conserverende aanslag gewijzigd.<sup>98</sup> Zo wordt automatisch uitstel verleend indien de ab-houder emigreert naar een andere EU-staat, hoeft niet langer zekerheid te worden gesteld binnen EU-verband en worden met waardedalingen na

---

<sup>96</sup> Dikwijls wordt ook gesproken van schending van de vrijheid van vestiging (art. 49, VwEU). Dit is ook correct. In dat geval kan gesteld worden dat de ab-houder beperkt wordt in de vrijheid om zich ergens te vestigen. In het hierna te bespreken arrest *De Lasteyrie* werd ingegaan op een inbreuk op de vrijheid van vestiging. In het daarna besproken arrest N ging het om een inbreuk op de vrijheid van personenverkeer.

<sup>97</sup> *De Lasteyrie*, r.o. 47.

<sup>98</sup> Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten (OFM 2005), *Stb.* 2004,654.

emigratie rekening gehouden door de conserverende aanslag met een vierde gedeelte van de waardedaling te verlagen. Gezien het feit dat een heffing tegen een tarief van 25% belast wordt, zorgt het verlagen met een vierde gedeelte van de waardedaling ervoor dat de conserverende aanslag met het juiste bedrag wordt gecorrigeerd. Later is in het Nederlandse arrest N (HvJ 7 september 2006, C-470/04, BNB 2007/22) gesteld dat de systematiek van het opleggen van een conserverende aanslag op basis van het fiscale territorialiteitsbeginsel gerechtvaardigd is,<sup>99</sup> maar is nogmaals bevestigd dat de zekerheidsstelling en het niet rekening houden met waardedalingen voorwaarden betreffen die in strijd zijn met het EU-recht.<sup>100</sup> De Staatssecretaris heeft deze voorwaarden dus terecht aangepast. Later zijn dus tevens de voorwaarden met betrekking tot de exitheffing voor vennootschappen gewijzigd als gevolg van het EU-recht. Dit is hiervoor al geschetst in par. 4.2.2.1.

De aandeelhouder die met zijn bv/nv verplaatst naar het buitenland krijgt dus te maken met twee verschillende eindafrekeningen. De ene eindafrekening ziet op de verplaatsing van de vpb-plichtige vennootschap, waarbij de stille reserves, fiscale reserves en goodwill in de heffing worden betrokken, maar waarvoor onbeperkt uitstel kan worden verleend zolang de reserves niet worden gerealiseerd. De voorwaarden voor het uitstel zijn hetzelfde als het uitstel van betaling met betrekking tot de exitheffing in de inkomstenbelasting. Voorts wordt aan de verplaatsende aandeelhouder een eindafrekening opgelegd ten aanzien van de ab-claim door de emigratie te zien als fictief vervreemdingsmoment van het ab. Ook hier is uitstel van betaling voor mogelijk voor een duur van tien jaar. Indien voldaan aan de voorwaarden wordt de conserverende aanslag na tien jaar kwijtgescholden.

### **4.2.3 Invloed van belastingverdragen**

#### **4.2.3.1 Relevante bepalingen binnen belastingverdragen**

Al eerder in hoofdstuk 2 is geschetst dat belastingverdragen een Nederlandse heffing kunnen verbieden of beperken. In het geval dat een exitheffing wordt opgelegd aan een bv/nv ten aanzien van de stille reserves, fiscale reserves en goodwill is in hoofdstuk 2 tevens geschetst dat conform art. 7 van het OESO-MV de heffingsrechten ten aanzien van ondernemingswinsten worden toebedeeld aan het land waar deze opkomen. Nederland heeft dus het recht om te heffen ten aanzien van de meerwaarden in een onderneming die in Nederland zijn ontstaan, ook als de onderneming in de vorm van een bv/nv is gegoten. Een heffing bij een grensoverschrijdende verplaatsing van een bv/nv wordt dus op basis van belastingverdragen niet beperkt of verboden. Dit

---

<sup>99</sup> N, r.o. 39-47.

<sup>100</sup> N, r.o. 55.

ligt anders ten aanzien van een emigratieheffing bij ab-houders. Bij de emigratie van een ab-houder is zowel het vermogenswinstartikel (art. 13 OESO-MV) als het dividendartikel (art. 10 OESO-MV) van belang.

#### 4.2.3.2 Het vermogenswinstartikel (art. 13 OESO-MV)

Het OESO-MV stelt in art. 13, vijfde lid, dat ten aanzien van de heffing van vermogenswinsten, deze in beginsel worden belast in de staat waar de inwoner is gevestigd. Het betekent dat wanneer bijvoorbeeld aandelen of winstrechten worden vervreemd, de heffingsrechten voor wat betreft de vervreemdingswinst toekomen aan het land waar de natuurlijk persoon is gevestigd. Niet vergeten moet worden dat het hier gaat om het OESO-MV, wat dus slechts een leidraad is voor verdragsonderhandelingen tussen staten. Nederland streeft bij belastingverdragsonderhandelingen naar een extra bepaling in het vermogenswinstartikel. Er wordt gestreefd dat een zogeheten ab-voorbehoud wordt opgenomen.<sup>101</sup> Een dergelijk ab-voorbehoud houdt in dat Nederland ten aanzien van de vervreemdingsvoordelen van aandelen en winstbewijzen na emigratie van de natuurlijk persoon nog het heffingsrecht bezit over de in Nederland opgebouwde claim ten aanzien van de meerwaarde van de aandelen of winstbewijzen. Voorheen was het verdragsbeleid dat Nederland dit heffingsrecht behield voor een periode van vijf jaar na emigratie, maar deze periode is sinds ongeveer 1997 in nadien tot stand gekomen verdragen opgerekt naar tien jaar met onder meer als doel om beter aan te sluiten bij de periode van uitstel van een conserverende aanslag. Hedendaags wordt geprefereerd om geen termijn op te nemen binnen de belastingverdragen. Hierbij wordt ten aanzien van de heffing van een ab slechts verwezen naar de nationale wet en gesteld dat het desbetreffende land conform de nationale wet mag heffen over ab-winsten. Overigens heeft de Staatssecretaris daarbij duidelijk gesteld dat ten aanzien van belastingverdragen met landen waarbij voor de heffing van een ab wordt verwezen naar de nationale wet, dat Nederland alleen zal heffen ten aanzien van in Nederland opgebouwde ab-claims.<sup>102</sup> In principe zou Nederland, als verwezen wordt naar de nationale wetgeving, mogen heffen over in het buitenland ontstane ab-claims, indien de bijvoorbeeld in België woonachtige ab-houder buitenlands belastingplichtig is voor de Nederlandse wet. In dit geval zal Nederland alleen het heffingsrecht effectueren ten aanzien van de

---

<sup>101</sup> *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011)*, p. 49-50.

<sup>102</sup> *Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6, V-N 2002/40.1*. Overigens is later in het NFV 2011 gesteld dat de Staatssecretaris toch zou heffen indien de woonstaat van de ab-houder de waardevermindering van het ab niet zou belasten. Dit rijmt niet met wat is afgesproken met onder meer de wetsgeschiedenis ten aanzien van het belastingverdrag met België (en ook met latere gesloten belastingverdragen). De Staatssecretaris is niet ingegaan op hoe dit verder zou uitwerken. De aantekening bij V-N stelt dat de Staatssecretaris dit dan ook niet bedoeld zou hebben. Wat echter wel bedoeld wordt is niet duidelijk (*V-N 2011/12.4*).

ab-claim die in Nederland is opgebouwd. Het betreft een gedachte die ik met het fiscale territorialiteitsbeginsel in het achterhoofd niet meer dan terecht vind.

Landen hoeven ten aanzien van een dergelijke ab-bepaling niet in te stemmen om dit op te nemen in een belastingverdrag en afgevraagd kan worden of Nederland niet in strijd handelt met de goede verdragstrouw, indien Nederland een conserverende aanslag zou opleggen, terwijl het ab-voorbehoud bijvoorbeeld niet zou opgenomen zijn in een belastingverdrag of dat slechts een termijn van vijf jaar in een (oud) belastingverdrag zou zijn opgenomen. Met name met oude belastingverdragen is dit discutabel, omdat hier enerzijds vaak een vijfjaarstermijn is opgenomen ten aanzien van de heffing van vervreemdingswinsten van een ab na emigratie. Anderzijds was pas in 1997 het fictieve vervreemdingsmoment ten aanzien van de emigratie van een ab-houder geïntroduceerd in de nationale wet. Doorwerking is daardoor des te meer discutabel, omdat het fictieve vervreemdingsmoment bij de verdragsonderhandelingen dus nog niet was geïntroduceerd.<sup>103</sup> In het reeds eerder in par. 4.2.2.2 genoemde arrest van 20 februari 2009 stond de goede verdragstrouw ten aanzien van een opgelegde conserverende aanslag ter discussie.<sup>104</sup> Het ging hier om een situatie dat een ab-houder van Nederland naar België emigreerde en waarbij een conserverende aanslag werd opgelegd. De opgelegde conserverende aanslag met een duur van tien jaar stond hierbij ter discussie. Discussabel was of dit niet inging tegen de goede verdragstrouw met het belastingverdrag met België waar een vijfjaarstermijn in was opgenomen (betreft het oude belastingverdrag van 1970) en met het OESO-MV, dat stelt dat vervreemdingswinsten conform art. 13, vijfde lid, OESO-MV toekomen aan het land waar de inwoner is gevestigd. De Hoge Raad oordeelde dat het opleggen van een conserverende aanslag is toegestaan. Zoals al eerder gesteld werkte de fictieve vervreemding door naar (ook de oudere) belastingverdragen op basis van het commentaar bij art. 13 van het OESO-MV. Daarbij werd geoordeeld dat sprake was van een vervreemdingswinst die op Nederlands territorium is ontstaan en waarbij de conserverende aanslag werd opgelegd op het moment voordat de ab-houder emigreert. Hiermee oordeelde de HR dat dit conform het commentaar van het OESO-MV was toegestaan. De HR is daarmee verder niet ingegaan op een mogelijk ab-voorbehoud en een mogelijke termijn opgenomen in belastingverdragen, maar richtte zich puur op het moment van het opleggen van de conserverende aanslag.

---

<sup>103</sup> Voorbeelden van landen waarin een vijfjaarstermijn is opgenomen zijn de belastingverdragen met Ierland, Italië en Spanje. Voor 1997 was de fictieve vervreemding bij emigratie nog niet geïntroduceerd. Landen met wie belastingverdragen voor 1997 zijn afgesloten hebben bij verdragsonderhandelingen dus geen rekening gehouden met de fictieve vervreemding, zoals deze nu is opgenomen in de inkomstenbelasting.

<sup>104</sup> HR 20 februari 2009, 42.701, 43.760 en 07/12314, *BNB* 2009/260-262. In de twee andere zaken ging het om een emigratie naar het Verenigd Koninkrijk en een emigratie naar de Verenigde Staten. Dit is dezelfde casus waarin beslist werd dat het in de nationale wet opgenomen fictieve vervreemdingsmoment doorwerkte naar belastingverdragen.

Afgevraagd kan worden waarom Nederland dan in eerste instantie zou streven naar een ab-voorbehoud in het vermogenswinstartikel, terwijl het opleggen van een conserverende aanslag door de HR is toegestaan ongeacht wat in de belastingverdragen is opgenomen. In het NFV 2011 wordt gesteld dat Nederland met het opnemen van het ab-voorbehoud slechts verduidelijking beoogt.<sup>105</sup> Dat wil zeggen dat Nederland wil verduidelijken dat de voormalig woonstaat een heffingsrecht heeft over de meerwaarden die ontstaan zijn in de binnenlandse periode. Mijns inziens valt de uitspraak van de HR op 20 februari 2009 en de daaraan verbonden uitleg van de wetgever in onder meer de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid nog steeds moeilijk te begrijpen. Het opleggen van de conserverende aanslag is conform de uitspraak van de HR toegestaan en komt niet in strijd met het vermogenswinstartikel binnen belastingverdragen. Tot zover ben ik het eens met de HR. Desalniettemin had de HR verder moeten ingaan op de termijn die is opgenomen in belastingverdragen. Nu kon Nederland een conserverende aanslag met een duur van tien jaar opleggen terwijl in het desbetreffende verdrag met België een vijfjaarstermijn is opgenomen en leek het alsof Nederland de termijn in belastingverdragen daarmee kon negeren. Dit was ook de mening van Heithuis en Albert na het arrest, waarbij zij concludeerden dat Nederland haar termijn oprekten aanzien van de opgenomen termijn in (oude) belastingverdragen, waar een vijfjaarstermijn in was opgenomen.<sup>106</sup>

Terecht bleek later in het arrest van de HR op 15 april 2011 dat van het negeren van de termijn in belastingverdragen geen sprake kon zijn.<sup>107</sup> In dit arrest stond een Nederlandse emigrant centraal die pensioenaanspraken in België had opgebouwd. De vraag stond centraal of de emigratieheffing over de in Nederland opgebouwde pensioenaanspraak in strijd was met de goede verdragstrouw. Net als bij een emigratie van een ab-houder wordt in dat geval namelijk een conserverende aanslag opgelegd over de opgebouwde pensioenaanspraak. De HR besliste hier dat een emigratieheffing in strijd met de goede verdragstrouw kan komen als daarmee een voordeel wordt belast die naar zijn werkelijke aard, dan wel potentieel, toekomt aan de immigratiestaat. In deze casus bleek dat Nederland in een groot aantal gevallen als emigratiestaat echter een bronstaatheffing kon opleggen en daarmee oordeelde de HR dat de emigratieheffing ten aanzien van de pensioenaanspraak niet in strijd met de goede verdragstrouw.

---

<sup>105</sup> *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011)*, p. 50.

<sup>106</sup> E.J.W. Heithuis, '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', *TFO* 2007/157, p.5 en P.G.H. Albert, 'Verdragsrechtelijke complicaties bij de intrekking van het belastinguitstel van een conserverende aanslag na emigratie', *WFR* 2004/753.

<sup>107</sup> HR 15 april 2011, 10/00990, *BNB* 2011/160.

De HR bracht echter mijns inziens een belangrijke nuance aan in dit arrest waarbij werd gesteld dat een invordering van de conserverende aanslag wel in strijd met de goede verdragstrouw werd geacht indien op het moment van invordering de heffingsrechten aan de immigratiestaat zijn toegewezen. Kavelaars merkt in de noot terecht op dat de Hoge Raad hier een nieuw verdragstoetstingstijdstip creëert. Mijns inziens een niet meer dan terecht verdragstoetsingstijdstip, wat de uitspraak van de HR van 20 februari 2009 daarmee behoorlijk nuanceert. Het is Nederland dus wel toegestaan om een conserverende aanslag op te leggen ongeacht de termijn die is opgenomen in belastingverdragen, maar ook een eventuele invordering dient getoetst te worden aan het feit of Nederland op dat moment de heffingsrechten bezit.

#### 4.2.2.3 Het dividendartikel (art. 10 OESO-MV)

Art. 10 van het OESO-MV gaat in op de heffingsrechten ten aanzien van dividenden. In beginsel liggen de heffingsrechten ten aanzien van deze dividenduitkeringen conform het OESO-MV bij de woonstaat van de ab-houder. Desalniettemin kan de bronstaat, waar de onderneming is gevestigd, een bronheffing opleggen tegen een tarief van 15%. Indien Nederland een bronheffing heft zal de heffing worden verrekend met de openstaande conserverende aanslag.

De NFV 2011 streeft echter naar het opnemen van een speciale bepaling in het dividendartikel van belastingverdragen ten aanzien van ab-dividend.<sup>108</sup> Het betreft een bepaling waarin is opgenomen dat indien ab-dividend wordt uitgekeerd, net als in binnenlandse situaties, een heffing mogelijk is naar het in de Wet IB 2001 opgenomen tarief van 25%. Het gaat dan om situaties waarbij in Nederland een ab-claim is opgebouwd en deze na emigratie is 'vastgelegd' via een conserverende aanslag. In geval het ab wordt vervreemd, dan wordt de conserverende aanslag ingevorderd. De ab-claim kan echter ook worden 'uitgekeerd' door middel van het verstrekken van dividend. Nederland wil ten aanzien van deze dividenden het volledige heffingsrecht om op deze manier meer ruimte te creëren om de conserverende aanslag in te vorderen.

De bepaling is zo vorm gegeven dat Nederland mogelijk ook tegen een tarief van 25% zou mogen heffen, indien de vennootschap met de ab-houder mee verplaatst. Er wordt voor het inwonerschap van de vennootschap namelijk verwezen naar de nationale wet en conform art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 wordt een vennootschap die ten minste vijf jaar in Nederland was gevestigd gedurende tien jaar na de verplaatsing van de werkelijke leiding van het lichaam nog geacht in Nederland te zijn

---

<sup>108</sup> *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 51 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).*



gevestigd. Het zorgt er dus voor dat indien een vennootschap, die reeds vijf jaar in Nederland was gevestigd wordt verplaatst naar het buitenland, Nederland gedurende de daarop volgende tien jaar het heffingsrecht bezit om tegen het IB-tarief van 25% te heffen ten aanzien van dividenduitkeringen van de vennootschap aan de ab-houder voor zover er een conserverende aanslag open staat. Mijns inziens doet een dergelijke bepaling recht aan het fiscale territorialiteitsbeginsel en moet Nederland zich daarom blijven inzetten voor een dergelijke bepaling binnen verdragen. Het verwijzen naar de nationale wet noem ik een slimmigheidje van de wetgever. Bij een emigratie van een ab-houder zal immers veelal de vennootschap ook mee verplaatsen, waardoor zonder verwijzing naar de nationale wet heffing tegen een tarief van 25% alsnog onmogelijk zou worden. Kanttekening bij onderhavige bepaling is dat het opnemen van een dergelijke bepaling nog slechts in enkele belastingverdragen is gelukt. In de meeste nieuwe belastingverdragen is de bepaling wel opgenomen.<sup>109</sup> Het sluiten of vernieuwen van de belastingverdragen is echter een tijdrovend proces en indien de ab-houder emigreert zal dan ook vaak slechts geheven kunnen worden tegen een tarief van 15%. Positief is in ieder geval dat in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland, het land waar percentueel de meeste Nederlanders naartoe emigreren, een dergelijke bepaling is opgenomen.<sup>110</sup>

In de volgende twee paragrafen wordt uitgebreid ingegaan op de diverse situaties dat een ab-houder emigreert of de vennootschap wordt verplaatst naar het buitenland. Hierbij worden zowel de voorgaande nationaalrechtelijke aspecten als voorgaande aspecten rondom de belastingverdragen in de situaties verder belicht.

#### **4.3 De ab-houder emigreert, vennootschap blijft achter in Nederland<sup>111</sup>**

Wanneer de ab-houder emigreert en de vennootschap blijft achter, wordt de ab-houder buitenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting als bedoeld in art. 2.1, onderdeel b, Wet IB 2001. Het ab-inkomen is onderdeel van het Nederlands inkomen conform art. 7.1, onderdeel b, Wet IB 2001 en art. 7.5 Wet IB 2001. Conform de nationale wet worden dus de voordelen uit het ab in de heffing betrokken tegen een tarief van 25%. Dit geldt dus zowel voor eventuele vervreemdingsvoordelen als de reguliere voordelen uit een ab (denk aan dividenduitkeringen). Eventueel geheven

---

<sup>109</sup> *Kamerstukken II 2013/2014*, 33 750, nr. IX, Bijlage 3 'Emigrerende aanmerkelijkbelanghouders'. Enkele belastingverdragen waarbij de bepaling wel opgenomen is zijn de belastingverdragen met onder andere Hongkong (2010), Zwitserland (2010) en het nieuwe belastingverdrag met Duitsland (2012).

<sup>110</sup> In 2011 waren er 12.400 emigranten die vertrokken naar Duitsland op een totaal van 133.300 Nederlandse emigranten. Daarmee waren er meer emigranten naar Duitsland dan naar bijvoorbeeld België (9.800) of Spanje (4.300) (Bron: CBS Statline).

<sup>111</sup> Voor de begrippen verplaatsen en emigreren verwijs ik opnieuw naar par. 2.2.3.

dividendbelasting dient als voorheffing conform art. 9.2, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 en mag verrekend worden met de verschuldigde inkomstenbelasting in box 2.

Voorts wordt voor de emigratie van de ab-houder een conserverende aanslag opgelegd ten aanzien van het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het ab-pakket en de verkrijgingsprijs. Hierbij wordt, zoals eerder besproken in par. 4.2.2.2 ten aanzien van de conserverende aanslag:

- Renteloos en automatisch uitstel verleend in EU/EER-verband.
- Rekening gehouden met latere waardedalingen.
- Hoeft geen zekerheid te worden gesteld in EU/EER-verband.
- Na tien jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden indien gedurende de tien jaar geen 'besmette' handeling als in art. 25, achtste lid, IW 1990 is voorgekomen.

Om eventuele dubbele heffing te voorkomen wordt de conserverende aanslag afgeboekt bij een eventuele heffing ten aanzien van een dividenduitkering. Zou dit niet het geval zijn, dan zou dubbele heffing kunnen ontstaan, namelijk ten aanzien van de dividenduitkering en ten aanzien van de invordering van de conserverende aanslag.

De bovenstaande uitwerking betreft de uitwerking van de nationale wet. Belastingverdragen kunnen deze uitwerking beperken. Kijkend naar de fiscale gevolgen van de emigratie van de ab-houder is dit ook zeker het geval. De ab-houder die buitenlands belastingplichtig is doordat de vennootschap in Nederland is gevestigd wordt conform de nationale wet tegen een tarief van 25% belast voor de reguliere voordelen uit een ab. Zoals in par. 4.2.3 is geschetst beperkt het OESO-MV echter een eventuele heffing ten aanzien van bijvoorbeeld dividend voor de bronstaat tot een tarief van 15%. Nederland probeert dit te voorkomen door het opnemen van een extra dividendbepaling, waarin een voorbehoud wordt opgenomen ten aanzien van de Nederlandse ab-claim. In dat geval wordt geprobeerd om het heffingsrecht toe te eigenen ten aanzien van de in Nederland opgebouwde ab-claim, waardoor een heffing conform de nationale wet mogelijk wordt. In dat geval is tot tien jaar na emigratie wel een heffing tegen een tarief van 25% mogelijk. Indien de dividendbepaling zoals deze is geschetst in het NFV 2011 niet is opgenomen in het belastingverdrag met het land van emigratie, zal een heffing dus beperkt worden tot 15%.

Gelet op de bovenstaande nationaalrechtelijke en belastingverdragsaspecten, zien we dat ten aanzien van de kenmerken van de conserverende aanslag in de nationale wet deze vooral voortvloeien uit de rechtspraak van het HvJ. Voor wat betreft de huidige conserverende aanslag heb ik met name kritiek op het feit dat Nederland rekening moet houden met de waardedalingen na

emigratie en het feit dat Nederland de conserverende aanslag kwijt scheldt na tien jaar.<sup>112</sup> Beide kenmerken zijn in strijd met het fiscale territorialiteitsbeginsel, zo constateert ook Heithuis.<sup>113</sup> In principe zou het land waar de ab-houder naar toe emigreert rekening moeten houden met eventuele waardedalingen, omdat deze ook mogen heffen over mogelijke waardeinstijgingen van het ab-pakket. Het HvJ heeft hier dus in het arrest *De Lasteyrie* helaas anders over beslist, wat opvallend is omdat ten aanzien van ondernemingswinsten geen rekening hoeft worden gehouden met waardeinstijgingen en –dalingen conform het arrest *National Grid Indus*.<sup>114</sup>

Ook een kwijtschelding van een conserverende aanslag doet niet recht aan het fiscale territorialiteitsbeginsel. Mogelijk liggen hier de extra administratieve lasten ten aanzien van het onbeperkte uitstel aan ten grondslag. Dit zou echter in contrast staan met de Wet uitstel van betaling exithellingen. Hier is een onbeperkt uitstel voor de eindafrekening bij ondernemingen opgenomen, waarbij ten aanzien van de uitvoeringskosten is gesteld dat deze minimaal zouden zijn.<sup>115</sup> Dit lijkt mij dan ook ten aanzien van de administratieve lasten van een onbeperkte termijn bij de eindafrekening voor de ab-houder. Wel zou de termijn dan nog verder worden opgerekt ten aanzien van de (oude) belastingverdragen waar een vijf- of tienjaarstermijn of geen ab-voorbehoud in is opgenomen. Aangezien de wetgever echter bij het opleggen van een conserverende aanslag toch leunt op de arresten van de HR van 20 februari 2009 en 15 april 2011 kan dat geen reden zijn om niet de termijn van de conserverende aanslag te verlengen. Voorts is bij een oprekking van de termijn van de conserverende aanslag de kans op een nonheffing kleiner. Indien het land waar de ab-houder naar toe verhuist een step up verleent en Nederland na tien jaar de conserverende aanslag kwijtscheldt, zal immers een nonheffing ontstaan ten aanzien van de ab-claim die in Nederland was opgebouwd. Daarmee bepleit ik dus om de termijn van de conserverende aanslag te verlengen (het liefst naar onbeperkt). De eventuele invordering zal dan afhangen van wat is opgenomen in belastingverdragen. Wat wel in het oog dient te worden gehouden is de administratieve rompslomp voor de belastingplichtige. Het mag niet de bedoeling zijn dat deze tot in onbeperkte tijd de Nederlandse Belastingdienst moet informeren omtrent de realisatie van de ab-claim. Dit is helemaal overbodig al zou Nederland niet eens het heffingsrecht hebben ten aanzien van de invordering van de conserverende aanslag. Mogelijk ligt hier een taak voor samenwerking tussen de verschillende

---

<sup>112</sup> Dit terwijl bij de exithelling bij ondernemingen geen rekening hoeft te worden gehouden met waardedalingen en de uitsteltermijn onbeperkt is. Voor de vergelijking zie verder hoofdstuk zes.

<sup>113</sup> E.J.W. Heithuis, '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', *TFO* 2007/157, p.3.

<sup>114</sup> In hoofdstuk zes wordt verdere kritiek op dit punt geuit bij de vergelijking tussen de behandeling van de IB-ondernemer en de Vpb-onderneming/ab-houder.

<sup>115</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 262, nr. 3, p.3.

Belastingdiensten, waarbij via uitwisseling van informatie de belastingplichtige alleen in de woonstaat de informatie omtrent het ab dient door te geven.

Ik vind het voorts positief dat Nederland zich inzet voor een volledig heffingsrecht in de dividendbepaling van belastingverdragen ten aanzien van de ab-claim die in Nederland is ontstaan. Ondanks dat dit niet OESO-conform is doet dit wel recht aan het fiscale territorialiteitsbeginsel.

Voorts dient nog gesteld te worden wat er gebeurt met de verkrijgingsprijs van het ab indien de conserverende aanslag wordt kwijt gescholden na tien jaar. Immers is er dan geen heffing aan de orde geweest, maar is de ab-houder nog wel buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de in Nederland gevestigde vennootschap. Art. 7.6, derde lid, Wet IB 2001 in combinatie met art. 21, eerste lid, Uitv.besl. 2001 stelt dat de verkrijgingsprijs in dat geval wordt gesteld op de historische kostprijs van het ab. Dit is logisch. Op die manier wordt een buitenlands belastingplichtige die eerst in Nederland woonde en daarna emigreerde gelijk behandeld met een buitenlands belastingplichtige die altijd in het buitenland heeft gewoond. Die laatste categorie krijgt immers ook geen ophoging van de verkrijgingsprijs.

#### **4.4 De ab-houder emigreert en de vennootschap verplaatst mee**

In de situatie dat zowel de ab-houder emigreert en de vennootschap zich ook mee verplaatst kan het zijn dat de ab-houder conform de nationale wet buitenlands belastingplichtig wordt, ondanks het feit dat de vennootschap zich ook verplaatst naar het buitenland. Indien de vennootschap voor de verplaatsing naar het buitenland vijf jaar in Nederland was gevestigd, wordt de vennootschap immers nog tien jaar fictief geacht in Nederland te zijn gevestigd, conform art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001. Voorts wordt zowel ter hoogte van de vennootschap als ter hoogte van de ab-houder een emigratieheffing opgelegd. De vennootschap krijgt een exitheffing opgelegd op basis van art. 15d Wet Vpb 1969 met uitstel van betaling conform art. 25a IW 1990. De ab-houder krijgt een conserverende aanslag opgelegd doordat het ab wordt geacht fictief vervreemd te zijn. De voorwaarden omtrent de conserverende aanslag zijn geschetst in de vorige paragraaf.

De belastingverdragsrechtelijke aspecten zijn in de vorige paragraaf besproken. Een mogelijke beperking door de uitoefening van een belastingverdrag ten aanzien van de heffing conform de nationale wet treedt daarom ook hier uiteraard op. Indien een bepaling in het dividendartikel is opgenomen, zoals deze luidt in het NFV 2011, waarbij Nederland nog wel haar volledige heffingsrecht behoudt ten aanzien van dividenden die zien op een in Nederland opgebouwde

ab-claim en de vennootschap bevond zich voor de verplaatsing vijf jaar in Nederland, dan kan Nederland nog wel conform de nationale wet heffen over mogelijk uitgekeerde dividenden tegen een tarief van 25% voor zover het een in Nederland opgebouwde ab-claim betreft.

Het kan voorkomen dat de vennootschap en ab-houder zich niet tegelijkertijd verplaatsen naar het buitenland, maar dat een van de twee pas later volgt. In de situatie dat eerst de vennootschap verplaatst blijft de ab-houder binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. Het ab-inkomen behoort in dat geval gewoon tot zijn wereldinkomen. Daarnaast wordt er een exitheffing ten aanzien van de meerwaarden van de vennootschap opgelegd op basis van art. 15d Wet Vpb 1969 met mogelijk uitstel van betaling als bedoeld in art. 25a IW 1990. Indien vervolgens de ab-houder emigreert zal een conserverende aanslag worden opgelegd ten aanzien van het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het ab-pakket en de verkrijgingsprijs.

Indien de ab-houder eerst emigreert en de vennootschap later pas verplaatst, wordt de ab-houder bij emigratie buitenlands belastingplichtig ten aanzien van het ab in de in Nederland gevestigde vennootschap. Er wordt een conserverende aanslag opgelegd bij de emigratie van de ab-houder ten aanzien van de meerwaarden van het ab-pakket. De situatie wordt complexer als daarna tevens de vennootschap verplaatst. Ten aanzien van de vennootschap wordt een exitheffing opgelegd ten aanzien van de meerwaarden in de onderneming. Ten aanzien van de ab-houder betekent het dat opnieuw een vervreemding van het ab optreedt op basis van art. 7.5, zevende lid, Wet IB 2001 en dat daarmee een (tweede) conserverende aanslag op wordt gelegd ten aanzien van het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het ab-pakket en de verkrijgingsprijs van het ab-pakket. Opgemerkt moet worden dat deze 'tweede' verkrijgingsprijs is opgehoogd tot de waarde in het economische verkeer van de eerste opgelegde conserverende aanslag. Vervolgens is het mogelijk dat na de verplaatsing van de vennootschap de ab-houder buitenlands belastingplichtig blijft voor de inkomstenbelasting. Conform art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 wordt de vennootschap voor de buitenlandse belastingplicht nog tien jaar geacht in Nederland te zijn gevestigd indien deze ten minste vijf jaar in Nederland was gevestigd voor de verplaatsing naar het buitenland. Samenvattend kan in het uiterste geval dus de volgende situatie zich voordoen:

*“-Een ab-houder in een Nederlandse vennootschap emigreert naar het buitenland en krijgt over de meerwaarden van het ab een conserverende aanslag opgelegd. De ab-houder blijft buitenlands belastingplichtig.*

*-De vennootschap verplaatst ook naar het buitenland. De ab-houder krijgt een tweede conserverende aanslag opgelegd op basis van art. 7.7, zevende lid, Wet IB 2001, waarbij de verkrijgingsprijs van deze*

*conserverende aanslag is opgehoogd tot de waarde waarvoor de eerste conserverende aanslag is opgelegd. Beide conserverende aanslagen hebben een eigen tienjaarstermijn.*

*-Indien de Nederlandse vennootschap voor verplaatsing naar het buitenland vijf jaar in Nederland was gevestigd blijft de ab-houder nog tien jaar buitenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting.*"<sup>116</sup>

Dit betreft dus slechts de uitwerking voor de nationale wet, waarbij dus nog rekening dient te worden gehouden of belastingverdragen deze uitwerking nog kunnen beperken of verbieden. Het laat zien dat de fiscale gevolgen ten aanzien van de emigratie van een ab-houder zeer gecompliceerd kunnen zijn en er mag dan ook niet verwacht worden dat dit door de 'fiscale leek' wordt begrepen. Het is krankzinnig dat bij bovenstaande situatie de belastingplichtige dus te maken krijgt met drie tienjaarstermijnen. Het gaat hierbij om de twee tienjaarstermijnen van de conserverende aanslagen en de tienjaarstermijn ten aanzien van de fictief in Nederland gevestigde vennootschap. Vereenvoudiging blijkt echter niet even simpel mede gezien de hoeveelheid verschillende situaties die er zijn met betrekking tot een emigratie van ab-houder en vennootschap, de verschillende inhoud van belastingverdragen en de invloed van het EU-recht. Slechts een grondige herziening zou de werkelijke verschillen tussen een emigratie van de IB-ondernemer en de emigratie van een ab-houder kunnen oplossen en voor eventuele gedachtenuitwisseling daarover verwijs ik daarvoor naar hoofdstuk 6.

#### **4.5 Samenvatting**

De ab-houder en zijn vennootschap worden belast conform een tweefasensystematiek. Er wordt geheven op het niveau van de vennootschap en er wordt geheven op het niveau van de ab-houder. Schematisch levert dat de volgende fiscale gevolgen op bij een emigratie van de ab-houder en/of de vennootschap:

<b>1: Ab-houder emigreert / vennootschap blijft in NL</b>	
<i>Gevolgen ab-houder:</i>	Ab-houder wordt buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de voordelen uit ab. Heffing geschiedt tegen 25%, waarbij eventuele geheven dividendbelasting dient als voorheffing. Het OESO-MV beperkt echter heffing van de bronstaat tot 15%. Het Nederlands fiscaal verdragsbeleid zet zich wel in voor een ab-voorbehoud voor zowel het dividendartikel als het vermogenswinstartikel die een volledige heffing wel kan van de in Nederland ontstane ab-claim realiseren.

<sup>116</sup> Voorbeeld deels ontleend aan: E.J.W. Heithuis, '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', TFO 2007/147, p. 9.

	Bij de emigratie wordt een conserverende aanslag opgelegd met de kenmerken: renteloos, automatisch uitstel, geen zekerheidsstelling, rekening houden met waardedalingen, kwijtschelding na tien jaar en eventuele heffing wordt afgeboekt op de conserverende aanslag. Het opleggen van de conserverende aanslag is niet in strijd met (oude) belastingverdragen zonder ab-voorbehoud van tien jaar. De HR heeft aangegeven dat innen wel in strijd met goede verdragstrouw komt, indien een beperking van de termijn is opgenomen en inning na deze termijn plaatsvindt.
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	De vennootschap blijft gevestigd in Nederland. De winsten van de vennootschap blijven daarmee ook belastbaar in Nederland.
<b>2. Ab-houder blijft in NL / vennootschap verplaatst naar buitenland</b>	
<i>Gevolgen ab-houder:</i>	Ab-houder blijft binnenlands belastingplichtig. Ab-inkomen behoort tot de wereldwinst en wordt belast tegen tarief van 25%.
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	Vennootschap krijgt een exitheffing opgelegd met onbeperkt uitstel: niet renteloos, niet automatisch, met zekerheidsstelling, geen rekening houden met waardedalingen. Conform het OESO-MV en het Nederlands fiscaal verdragsbeleid heeft NL zowel het heffingsrecht ten aanzien van de exitheffing, als het heffingsrecht over de voordelen uit ab. De winsten van de vennootschap na verplaatsing zijn uiteraard niet meer belast in Nederland.
<b>3: Ab-houder en vennootschap verplaatsen naar buitenland.</b>	
<i>Gevolgen ab-houder:</i>	Ab-houder blijft alleen buitenlands belastingplichtig indien vennootschap voor verplaatsing vijf jaar in NL was gevestigd door vestigingsplaatsfictie. Indien sprake is van buitenlandse belastingplicht dan wordt conform de nationale wet geheven tegen een tarief van 25% ten aanzien van het inkomen uit ab.  Bij emigratie wordt tevens een conserverende aanslag opgelegd als in situatie 1. Belastingverdragen kunnen een eventuele heffing ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht en ten aanzien van de invordering van de conserverende aanslag belemmeren. Dit is afhankelijk of in het desbetreffende belastingverdrag een ab-voorbehoud is opgenomen.
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	De gevolgen voor de vennootschap komen overeen met de gevolgen in situatie 2.

De belastingverdragsrechtelijke aspecten zijn binnen dit kader dus van groot belang ten aanzien van een heffing ter hoogte van de ab-houder. Art. 13, vijfde lid, OESO-MV en art. 10 OESO-MV schrijven immers voor dat heffing ten aanzien van vermogenswinsten en dividenden toekomen aan het woonland van de ab-houder. Met behulp van het opnemen van een speciale bepaling in zowel het vermogenswinstartikel als het dividendartikel binnen belastingverdragen tracht Nederland haar heffing ten aanzien van de in Nederland ontstane ab-claim te beschermen.

Met de uitkomsten van hoofdstuk 2 in gedachten verschillen de fiscale gevolgen bij emigratie tussen de ab-houder/vpb-onderneming en de IB-ondernemer behoorlijk. In hoofdstuk 6 wordt verder ingegaan op deze verschillen.



## **Hoofdstuk 5: Immigratie van een aanmerkelijkbelanghouder**

### **5.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de fiscale systematiek van de immigratie van een ab-houder. Wanneer een natuurlijk persoon die een ab in bezit heeft immigrereert naar Nederland wordt deze binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. Het zorgt ervoor dat het ab-inkomen tot het wereldinkomen gaat behoren ongeacht of het een ab betreft in een in Nederland gevestigde vennootschap of een in het buitenland gevestigde vennootschap. De bepaling van de verkrijgingsprijs van het ab speelt bij immigratie een essentiële rol. De ab-houder zal immers bij vervreemding van het ab belast worden voor het verschil tussen de waarde bij vervreemding van het ab en de verkrijgingsprijs. In dit hoofdstuk wordt daarom ingegaan op de bepaling van die verkrijgingsprijs bij immigratie. Naast de immigratie van de ab-houder wordt tevens ingegaan op de fiscale systematiek bij verplaatsing van een vennootschap naar Nederland, waarbij het vormen van een openingsbalans van de vennootschap en de waardering van de diverse vermogensbestanddelen op deze balans van belang zijn. Na het schetsen van de fiscale systematiek wordt vervolgens ingegaan op de fiscale gevolgen van de diverse situaties dat alleen de ab-houder immigrereert, dat alleen de vennootschap verplaatst naar Nederland en de situatie dat beiden naar Nederland verplaatsen.

In par. 5.2 van dit hoofdstuk wordt eerst de fiscale systematiek van immigratie van een vennootschap en van een ab-houder geschetst. Hierbij wordt voornamelijk ingegaan op de bepaling van de waarde van de activa en passiva op de openingsbalans van de vennootschap en de bepaling van de verkrijgingsprijs van het ab. Vervolgens worden in par. 5.3, 5.4 en 5.5 achtereenvolgens de fiscale gevolgen besproken van de situaties dat alleen de ab-houder immigrereert, dat alleen de vennootschap verplaatst naar Nederland en de situatie dat beiden naar Nederland verplaatsen. Tot slot wordt in par. 5.6 afgesloten met een conclusie.

### **5.2 De verplaatsing van de vennootschap en de ab-houder naar Nederland**

#### ***5.2.1 Fiscale gevolgen voor vennootschap bij verplaatsing naar Nederland***

In deze deelparagraaf wordt eerst ingegaan op de fiscale systematiek van de verplaatsing van een vennootschap naar Nederland. Met de verplaatsing van de vennootschap wordt bedoeld dat de feitelijke leiding verplaatst wordt naar Nederland. Voor een verdere uiteenzetting voor de bepaling van de vestigingsplaats van een vennootschap verwijs ik naar par. 2.2.3. In de situatie, waarbij de vennootschap zijn zetel verplaatst naar Nederland en waarbij de ondernemingsactiviteiten mee

verplaatsen komen de fiscale gevolgen overeen met de gevolgen bij de verplaatsing van de IB-onderneming naar Nederland. Het houdt in dat bij binnenkomst van de vennootschap een openingsbalans dient te worden gevormd, waarbij de vermogensbestanddelen op basis van totaalwinst op de balans worden gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer. Op deze manier wordt een step up verleend ten aanzien van mogelijk aanwezige stille reserves of goodwill. Hetzelfde gebeurt bij de immigratie van een IB-onderneming wat ervoor zorgt dat ten aanzien van de verplaatsing van een vennootschap naar Nederland weinig verschillen bestaan ten opzichte van de verplaatsing van de IB-onderneming naar Nederland als we kijken naar de fiscale gevolgen op het niveau van de vennootschap.

Er kan echter tevens de situatie bestaan dat de vennootschap zijn zetel verplaatst naar Nederland door de feitelijke leiding naar Nederland te verplaatsen, maar dat de ondernemingsactiviteiten achterblijven in het voormalig vestigingsland, waarbij de ondernemingsactiviteiten een zogeheten vaste inrichting (vi) vormen van de vennootschap. In dat geval werken de fiscale gevolgen anders uit dan in de situatie dat de vennootschap met alle ondernemingsactiviteiten naar Nederland verplaatst. Ten aanzien van het vormen van een openingsbalans is dit nog niet het geval. Zowel de activa en passiva ten aanzien van de vi als de activa en passiva welke wel mee verplaatsen naar Nederland worden opgenomen op de openingsbalans tegen de waarde in het economische verkeer bij binnenkomst. In dergelijke situaties wordt deze balans in de literatuur ook wel de 'generale' balans genoemd.<sup>117</sup> Vervolgens wordt ten aanzien van de gehele onderneming (dus inclusief de winst van de vi, de zogeheten bijdragewinst) de wereldwinst berekend. De winst van de vi komt echter op basis van art. 7 OESO-MV niet aan Nederland toe. Om deze winst uit de Nederlandse heffingsgrondslag te elimineren is hiervoor dan ook in de nationale wet de zogeheten objectvrijstelling opgenomen, vormgegeven in art. 15e Wet Vpb 1969. Op basis van dit artikel wordt de op basis van de Nederlandse wetgeving vastgestelde winst van de vi afgetrokken (dan wel opgeteld in geval van een vi-verlies) van de generale winst van de vennootschap. Hierbij wordt voor de winstberekening van de vi uitgegaan van de zelfstandigheidsfictie, wat wil zeggen dat de vi wordt beschouwd als zelfstandige en onafhankelijke onderneming. Dit deel dat wordt afgetrokken van de wereldwinst wordt ook wel de aftrekwinst genoemd.

Door het bestaan van de zelfstandigheidsfictie van de vi bij bepaling van de aftrekwinst kan het voorkomen dat vermogensbestanddelen op de generale balans voor een andere waarde op de balans staan dan op de vi-balans. Dit is voornamelijk te zien wanneer vermogensbestanddelen met

---

<sup>117</sup> G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, digitaal, par. 3.4.2.A.

stille reserves van de generale onderneming worden overgedragen aan de vi. In dat geval zal namelijk vanwege de zelfstandigheidsfictie van de vi de vermogensbestanddelen op de vi-balans worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Op de generale balans blijven deze echter genoteerd tegen boekwaarden. Indien in dat geval wordt afgeschreven op het vermogensbestanddeel zullen de winstbepaling van de aftrekwinst en de bijdragewinst uit elkaar gaan lopen wat veroorzaakt wordt door het verschil in afschrijvingspotentieel. Voor de aftrekwinst wordt het vermogensbestanddeel immers afgeschreven vanaf de waarde in het economische verkeer, terwijl voor de bijdragewinst er wordt afgeschreven vanaf de boekwaarde.<sup>118</sup>

Voorts moet opgemerkt worden dat de vastgestelde Nederlandse vi-winst (of verlies) hierbij kan verschillen ten opzichte van de vastgestelde vi-winst in het buitenland. Dit is niet uitzonderlijk, omdat de aftrekwinst wordt berekend conform Nederlandse fiscale wetgeving, terwijl in het vi-land deze winst wordt bepaald conform de fiscale wetgeving aldaar. De vastgestelde aftrekwinst behoeft dus niet gelijk te zijn aan de belastbare vi-winst voor het buitenland.

Indien in dit hoofdstuk gesproken wordt van de verplaatsing van de vennootschap, dan wordt hiermee bedoeld dat tevens de gehele onderneming mee wordt verplaatst tenzij dit anders is vermeld.

## **5.2.2 Immigratie van de ab-houder naar Nederland: bepaling van de verkrijgingsprijs**

### 5.2.2.1 Hoofdregel bepaling verkrijgingsprijs

Als een ab-houder immigrereert is voornamelijk van belang welke verkrijgingsprijs wordt gehanteerd voor het ab bij binnenkomst. Indien een emigratieheffing wordt opgelegd door de emigratiestaat ten aanzien van de meerwaarde van het ab-pakket en de verkrijgingsprijs wordt in het immigratieland lager of hoger gewaardeerd dan de 'eindwaarde' die gehanteerd wordt in de emigratiestaat dan ligt dubbele (non)belastingheffing op de loer.

Bij de bepaling van de verkrijgingsprijs heeft Nederland als uitgangspunt dat ten aanzien van een waardeontwikkeling die is ontstaan in een binnenlandse periode deze waardeontwikkeling uiteindelijk eenmalig dient te worden betrokken in de ab-heffing.<sup>119</sup> De hoofdregel voor de bepaling

---

<sup>118</sup> Voor een verdere uiteenzetting en voorbeelden van de werking van de objectvrijstelling verwijs ik onder meer naar: F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/654 en A.J.A. Stevens, 'De objectvrijstelling', *NtFR-B* 2012/4 en C. van Raad en G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, digitaal, Hoofdstuk III.

<sup>119</sup> Besluit van 20 december 2000, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000,641, *V-N* 2001/5.7.2, p. 30.

van de verkrijgingsprijs van een ab bij immigratie is vastgelegd in art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001. Hierin is bepaald dat de waarde van het ab-pakket bij immigratie wordt vastgesteld op de waarde in het economische verkeer. Deze waarde kan hoger of lager liggen dan de historische kostprijs van het ab-pakket. Door het ab-pakket bij binnenkomst vast te stellen op de waarde in het economische verkeer wordt alleen de waardestijging (of -vermindering) belast die in Nederland ontstaat en wordt dubbele belastingheffing of een dubbele nonheffing met het oog op een mogelijke heffing in de emigratiestaat voorkomen.

In het tweede en derde lid van art. 4.25 Wet IB 2001 zijn uitzonderingen opgenomen ten aanzien van de hoofdregel. Het tweede lid van art. 4.25 Wet IB 2001 betreft de ab-houder die remigreert. Het derde lid betreft de ab-houder die immigrereert en waarbij het ab-pakket betrekking heeft op een in Nederland gevestigde vennootschap. Vanwege de veelheid aan denkbare situaties, waarbij ten tijde van vóór de immigratie bijvoorbeeld sprake geweest kan zijn van buitenlandse belastingplicht, een eerdere emigratie uit Nederland of een emigratieheffing in de voormalig woonstaat ten aanzien van de verplaatsing naar Nederland is ervoor gekozen om de fiscale uitwerking van deze situaties op te nemen in art. 16 Uitv.besl. IB 2001.<sup>120</sup> In beginsel wordt de verkrijgingsprijs in de gevallen van art. 4.25, tweede en derde lid, Wet IB 2001 conform art. 4.21 Wet IB 2001 gesteld op de historische kostprijs. Vervolgens wordt deze verminderd of vermeerderd met de situaties beschreven in art. 16 Uitv.besl. IB 2001. In de volgende deelparagraaf wordt ingegaan op de bepaling van de verkrijgingsprijs in het geval een uitzondering van toepassing is en wordt met voorbeelden uitgebreider ingegaan op art. 16 Uitv.besl. IB 2001. Daarbij wordt nader beoordeeld of het doel van de bepaling wel wordt bereikt in het geval een uitzondering van toepassing is, namelijk het doel dat ten aanzien van waardeontwikkelingen in een binnenlandse periode deze uiteindelijk eenmalig betrokken dienen te worden in de ab-heffing.

#### 5.2.2.2 Bepaling verkrijgingsprijs bij toepassing van uitzondering

Zoals hiervoor gesteld zijn er in art. 4.25, tweede en derde lid, Wet IB 2001 uitzonderingen opgenomen op de hoofdregel uit art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001. Het betreffen de situaties van een emigratie van een ab-houder en de situatie van een immigratie van een ab-houder met een ab in een Nederlandse vennootschap. In art. 16 Uitv.besl. IB 2001 zijn ten aanzien van deze uitzonderingen nadere regels gesteld. In het geval een uitzondering van toepassing is wordt in beginsel voor de verkrijgingsprijs conform art. 16, eerste lid, Uitv.besl. IB 2001 teruggegrepen naar art. 4.21 Wet IB

---

<sup>120</sup> *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 213.*

2001, de historische kostprijs. Deze historische kostprijs wordt vervolgens vermeerderd of verminderd indien één van de daaropvolgende bepalingen van toepassing is. De belangrijkste bepalingen voor het vaststellen van de verkrijgingsprijs zijn het tweede tot en met het vierde lid van art. 16 Uitv.besl. IB 2001:

-In het tweede lid van art. 16 Uitv.besl. IB 2001 is bepaald dat de verkrijgingsprijs wordt vermeerderd met de waardeangroei voor zover blijkt dat van de belastingplichtige in verband met het naar Nederland immigreren hierover een naar het inkomen naar Nederlandse maatstaven redelijke buitenlandse belasting is geheven. Door de bepaling wordt eventuele dubbele belasting voorkomen.

*'Voorbeeld: Een buitenlands belastingplichtige bezit aandelen in een Nederlandse vennootschap. De historische verkrijgingsprijs is € 100. Bij immigratie van de belastingplichtige zijn de aandelen € 150 waard. Over de waardestijging van € 50 wordt in het buitenland belasting geheven. De verkrijgingsprijs wordt daarom opgehoogd naar € 150.'*<sup>121</sup>

-In het derde lid van art. 16 Uitv.besl. IB 2001 is opgenomen dat de verkrijgingsprijs wordt vermeerderd met de waardeangroei boven de verkrijgingsprijs indien deze is ontstaan in een periode waarin geen Nederlandse belastingplicht bestond en de vermeerdering nog niet is opgenomen in voorgaand tweede lid. De bepaling is opgenomen om te voorkomen dat Nederland gaat heffen over ab-winsten die zijn ontstaan terwijl de ab-houder geen enkele connectie met Nederland had. Door de bepaling in het derde lid wordt de verkrijgingsprijs hierdoor opgehoogd naar de waarde in het economische verkeer en zal Nederland niet heffen over ab-winsten die ontstaan zijn gedurende de periode dat geen sprake was van binnenlandse of buitenlandse belastingplicht.

*'Voorbeeld: Een buitenlands belastingplichtige bezit aandelen in een net opgerichte Nederlandse vennootschap. De historische verkrijgingsprijs is € 100. De Nederlandse vennootschap verplaatst naar het buitenland op het moment dat de aandelen € 80 waard zijn. De belastingplicht eindigt bij de emigratie ofwel de vennootschap valt niet onder de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001. Vervolgens immigrereert de belastingplichtige na een aantal jaar en is op dat moment het ab € 200 waard. In dat geval wordt de verkrijgingsprijs opgehoogd met het verschil tussen de waarde van het ab en de verkrijgingsprijs ad € 100, wat een verkrijgingsprijs bij immigratie maakt van € 200.'*<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Voorbeeld ontleend aan artikelsgewijze toelichting art. 16 Uitv.besl. IB 2001, Besluit van 20 december 2000, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000,641, V-N 2001/5.7.2.

<sup>122</sup> Voorbeeld opnieuw ontleend aan artikelsgewijze toelichting art. 16 Uitv.besl. IB 2001, Besluit van 20 december 2000.

-Het vierde lid van art. 16 Uitv.besl. IB 2001 is de tegenpool van het derde lid , namelijk in het geval een vermindering van de waarde van het ab is opgetreden in een periode dat er geen sprake was van belastingplicht. In dat geval treedt eenzelfde situatie op als hiervoor, alleen wordt de verkrijgingsprijs in dat geval verminderd.

Op grond van bovenstaande bepalingen ben ik van mening dat het op het eerste gezicht lijkt dat de uitwerking van art. 4.25 Wet IB 2001 jo. art. 16 Uitv.besl. IB 2001 er inderdaad voor zorgt dat de waardeontwikkelingen in een binnenlandse periode uiteindelijk slechts eenmalig betrokken worden in de ab-heffing. Zo wordt rekening gehouden met een eerdere belastingheffing en wordt de verkrijgingsprijs opgehoogd, als sprake is van een waardestijging van het ab die plaats heeft gevonden toen nog geen sprake was van Nederlandse belastingplicht. Als de uitwerking van de uitzonderingen echter nader worden bekeken in bepaalde situaties, dan valt er toch het een en ander aan te merken. Zo ziet de uitzondering van art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 op het feit dat een ab-houder immigrereert en daarbij een ab heeft in een in Nederland gevestigde vennootschap. Naast de feitelijk in Nederland gelegen vennootschappen horen daarbij ook de vennootschappen die als gevolg van de vestigingsplaatsfictie van art. 4.35 Wet IB 2001 in Nederland zijn gevestigd. In art. 4.35 Wet IB 2001 is de fictie opgenomen dat voor de bepalingen in afdeling 4.6 Wet IB 2001, waaronder dus de bepaling van de verkrijgingsprijs bij immigratie, een naar Nederlands recht opgerichte bv altijd wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Het zorgt ervoor dat bij immigratie van de ab-houder met een ab in een naar Nederlands recht opgerichte bv altijd de historische kostprijs in beginsel van toepassing is. Voor de bepaling of de vennootschap in Nederland is gevestigd is het opvallend dat hierbij niet wordt aangesloten op de bepaling van de vestigingsplaats van een vennootschap voor een buitenlands belastingplichtige als bedoeld in art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001. De vestigingsplaatsfictie in art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 stelt dat een vennootschap die reeds vijf jaar in Nederland was gevestigd, geacht wordt gedurende tien jaar na verplaatsing van de werkelijke leiding uit Nederland nog in Nederland te zijn gevestigd. Mijns inziens had voor de vestigingsplaatsfictie beter kunnen worden aangesloten bij de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001. De situatie kan nu ontstaan dat een natuurlijk persoon die immigrereert met een ab in een vennootschap die naar Nederlands recht is opgericht, maar feitelijk nooit in Nederland gevestigd is geweest, geen step up/step down wordt verleend, terwijl dit wel het geval zou zijn indien de vennootschap naar buitenlands recht was opgericht.

Voorts heb ik kritiek op de uitzondering in art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001. De uitzondering is op zich logisch. Het ziet op de ab-houder die immigrereert en voordien buitenlands belastingplichtig was ten aanzien van het ab-pakket. In dat geval is er dus al een fiscale claim ontstaan gedurende de periode

dat de ab-houder buitenlands belastingplichtig was. Het is dan niet logisch om deze claim bij immigratie op te geven.<sup>123</sup> Hierbij vind ik echter dat tevens beoordeeld dient te worden of een daadwerkelijke effectuering van deze claim mogelijk is conform de belastingverdragen. Indien de ab-houder immers nimmer in Nederland woonachtig is geweest of dermate lang weg uit Nederland is dat er conform belastingverdragen geen heffingsrecht meer bestaat voor Nederland<sup>124</sup> dan wordt een heffing ten aanzien van het ab vrijwel altijd beperkt door belastingverdragen. Heithuis stelt dat het lijkt dat art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 ook in dat geval zijn werking vindt ondanks dat de claim op verdragsrechtelijk niveau dan niet eens zou kunnen worden geëffectueerd.<sup>125</sup> Ik ben het met hem eens dat het discutabel is als de wetgever hier het nationale recht als leidend wil beschouwen. Het zou ervoor zorgen dat geen step up/step down mogelijk is ten aanzien van de periode dat de immigrant buitenlands belastingplichtig was voor de Wet IB 2001, terwijl een daadwerkelijke heffing op basis van belastingverdragen van die claim lang niet altijd helemaal niet tot de mogelijkheden zou behoren. Er wordt in dat geval dus teruggedaan naar de historische kostprijs van het ab, terwijl Nederland nimmer recht hoeft te hebben gehad om te heffen ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht. Indien vervolgens sprake van heffing zou zijn in het land van emigratie, dan zou dit weliswaar worden recht getrokken door art. 16, tweede lid, Uitv.besl. 2001. Indien dit echter niet het geval is, zou Nederland dit deel van het heffingsrecht opeisen door geen step up/step down te verlenen. De doorwerking van belastingverdragen moet dan ook mijns inziens meegenomen worden in de bepaling of een step up/step down dient te worden verleend.

Wel zal in dat geval een onderscheid ontstaan tussen verdrags- en niet-verdragsituaties. In niet-verdragsituaties zou in dit geval dan nooit een step up worden verleend, terwijl bij toepassing van een belastingverdrag dit wel het geval zou kunnen zijn. Daarnaast kan de inhoud van belastingverdragen zelf natuurlijk ook verschillen, wat ook mogelijk zorgt voor een verschillende behandeling tussen ab-houders. Desalniettemin ben ik van mening dat dit onderscheid gerechtvaardigd is. Indien de wetgever geen rekening houdt met de toepassing van belastingverdragen en dus geen step up wordt verleend zal Nederland bij een latere vervreemding van het ab heffen over vervreemdingswinsten die ontstaan zijn gedurende een periode waarbij het heffingsrecht niet aan Nederland lag en daarmee gebruik maken van heffingsrechten die niet aan Nederland liggen. Gezien dit feit wordt het verschil in behandeling tussen ab-houders die immigreren uit verschillende landen met verschillende belastingverdragen dan gerechtvaardigd. Overigens stelt

---

<sup>123</sup> *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 213.*

<sup>124</sup> Nederland heeft conform diverse belastingverdragen na een emigratie van de ab-houder slechts een beperkte termijn om te heffen over de vervreemdingswinsten. In oude belastingverdragen is dit veelal vijf jaar. In de nieuwere belastingverdragen (sinds 1997) is dit tien jaar of er wordt verwezen naar de nationale wet.

<sup>125</sup> E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, *TFO 2007/147*, p. 11.

Heithuis hierbij terecht dat de soep uiteindelijk in dit soort situaties niet zo heet gegeten wordt als het lijkt. Nogmaals, door de werking van art. 16, tweede lid, Uitv.besl. IB 2001, zal bij een buitenlandse heffing bij immigratie die naar Nederlandse maatstaven redelijk is de verkrijgingsprijs in dit geval alsnog worden opgehoogd met de waardeangroei.<sup>126</sup>

Een opening om een step up/step down af te dwingen als gevolg van de doorwerking van het belastingverdrag leek het zogenoemde Engelandarrest.<sup>127</sup> In dit arrest stond de verkrijgingsprijs van een ab-pakket ter discussie. Belanghebbende had een ab-pakket in 1991 vervreemd wat deels krachtens erfrecht verkregen was in 1978 van de vader van belanghebbende die ten tijde van overlijden woonachtig was in het Verenigd Koninkrijk en het ab-pakket al sinds 1939 in bezit had. Belanghebbende stelde dat het ab-pakket diende gewaardeerd te worden op de waarde in het economische verkeer ten tijde van het jaar 1978. Inspecteur stelde echter dat destijds geen verzoek tot afrekening van de meerwaarden van het ab-pakket was ingediend, als bedoeld in art. 39, tiende lid, Wet IB 1964 en dat hierdoor de verkrijgingsprijs niet op de waarde in het economische verkeer diende te worden gesteld, maar op de verkrijgingsprijs waarvoor vader van belanghebbende het ab-pakket in 1939 had verkregen. Men kan stellen dat belanghebbende het verzoek destijds vergeten was in te dienen, omdat bij een afrekening op dat moment heffing zou worden belemmerd, omdat de heffingsrechten bij het Verenigd Koninkrijk lagen. De HR kwam hier echter belanghebbende tegemoet en stelde dat indien bij toepassing van art. 39, tiende lid, Wet IB 1964 niet zou worden geheven er ook geen fiscale claim aanwezig is en omdat geen fiscale claim aanwezig is dient de verkrijgingsprijs daarom verhoogd te worden naar de waarde in het economische verkeer. Verondersteld werd dat dit arrest ook wel van belang kon zijn voor het verlenen van een step up/step down ten aanzien van een immigrerende ab-houder, die reeds buitenlands belastingplichtig was, maar waarbij de heffingsrechten in de emigratiestaat liggen. Ook Heithuis noemde dit arrest als mogelijke aanknopingspunt voor het geval Nederland geen step up/step down zou verlenen. Indien de link gelegd zou worden tussen de situatie in het Engeland-arrest en de situatie dat een ab-houder immigrereert met een ab-claim, waarbij de heffingsrechten ten tijde van de opbouw van deze claim in de voormalig woonstaat lagen, dan zou conform het Engeland-arrest de nieuwe woonstaat mogelijk een step up moeten verlenen. Immers is er voor de nieuwe woonstaat, net als in de situatie bij het Engelandarrest, geen sprake van een effectueerbare ab-claim.

---

<sup>126</sup> E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, *TFO* 2007/147, p. 12.

<sup>127</sup> HR 11 november 1998, 32 883, *BNB* 1999/52.



In een uitspraak van de Rechtbank Breda werd de link tussen het Engeland-arrest en de bepaling van de verkrijgingsprijs bij immigratie van een ab-houder echter niet gelegd.<sup>128</sup> In deze casus betrof het een in België woonachtig persoon die reeds in 1993 uit Nederland was geëmigreerd en die in 1994 in Nederland een bv had opgericht waarvan de feitelijke leiding zich ook in Nederland bevond. Vervolgens remigreerde belanghebbende in 2001. Ten aanzien van de periode dat de ab-houder in België woonde was de natuurlijk persoon buitenlands belastingplichtig. Op grond van het oude belastingverdrag met België van 1970, die op dat moment van toepassing was, lagen de verdragsrechtelijke heffingsrechten van een eventuele vervreemding van het ab tot het moment van remigratie bij België. Bij de remigratie in 2001 naar Nederland was in geschil of Nederland een step up diende te verlenen ten aanzien van de verkrijgingsprijs van het ab naar de waarde in het economische verkeer. De inspecteur stelde dat geen step up verleend hoefde te worden, omdat de in België woonachtig persoon buitenlands belastingplichtig was ten aanzien van het ab conform art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 jo. art. 16 Uitv.besl. IB 2001. Het feit dat België en niet Nederland het heffingsrecht bezat gedurende de periode dat sprake was van buitenlandse belastingplicht is daarbij niet van belang. Rechtbank Breda volgde deze benadering en er werd dan ook geen step up verleend. Een onjuist oordeel naar mijn mening, omdat Nederland uiteindelijk heft over vermogenswinsten die niet in Nederland zijn ontstaan en waar bovendien geen heffingsrecht voor bestond. Indien immers de ab-claim zou zijn uitgekeerd via dividend, dan wel het ab vervreemdt ten tijde van de Belgische periode, dan had Nederland niet kunnen heffen. Omdat de ab-houder vervolgens immigreerde, terwijl de dividenden zich nog in de vennootschap bevinden zou Nederland opeens kunnen heffen ten aanzien van de in België ontstane ab-claim. Mijn inziens een vreemde situatie die voor een groot deel wordt veroorzaakt door de 'spanning' tussen het belasting van vermogenswinsten en het belasting van dividend, welke toch communicerende vaten betreffen.<sup>129</sup> Kanttekening bij deze rechtsspraak is dat het hier 'slechts' een uitspraak van de rechtbank betreft en geen hoger beroep is aangetekend.

Zoals ik al eerder stelde biedt art. 16, tweede lid, Uitv.besl. IB 2001 nog wel enigszins een oplossing. In het geval een ab-houder immigreert met een in Nederland gevestigde vennootschap wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de historische kostprijs (art. 4.21 Wet IB 2001) vermeerderd met de waardeaanwinst van het ab indien daarvoor naar Nederlandse maatstaven een redelijk naar inkomen geheven belasting over is betaald. Heeft het land van emigratie dus geen emigratieheffing en belast het land daardoor de waardevermeerdering in dit land niet, dan zal Nederland dit deel van het

---

<sup>128</sup> Rb. Breda 8 maart 2010, AWB 09/99, V-N 2010/27.10.

<sup>129</sup> Vooruitlopend op hoofdstuk zes, zal aldaar verder worden ingegaan op deze 'spanning' tussen het winstartikel (art. 7 OESO-MV), dividendartikel (art. 10 OESO-MV) en vermogenswinstartikel (art. 13 OESO-MV).

heffingsrecht opeisen door de verkrijgingsprijs niet te verhogen naar de waarde in het economische verkeer. Als we het beleid van het verlenen van een step up bij immigratie vergelijken met hoe de Staatssecretaris omgaat met ab-claims die zijn ontstaan tijdens de buitenlandse belastingplicht wanneer de vennootschap emigreert, zien we dat de uitwerkingen geheel tegenover elkaar staan. In de situatie dat een vennootschap emigreert en de ab-houder in het buitenland woont heeft de Staatssecretaris gesteld dat Nederland heffing achterwege zou laten indien het gaat om een waardestijging van het ab, die is ontstaan op buitenlands grondgebied.<sup>130</sup> Nederland zou immers als gevolg van de buitenlandse belastingplicht conform de nationale wet wel kunnen heffen, indien in het belastingverdrag opgenomen zou zijn dat landen conform hun nationale wet mogen heffen over ab-winsten (nieuwe ab-bepaling in belastingverdragen). Als de situatie nu bekeken wordt ten aanzien van een immigratie, dan zien we in de hiervoor geschetste situatie dat de wetgever geen step up verleent ten aanzien van de in het buitenland ontstane ab-claim. Enige symmetrie bij de heffing bij de emigratie en immigratie van een ab-houder lijkt hier te ontbreken en het zou de wetgever sieren als hij aangeeft dat ook voor de in het buitenland ontstane ab-claim een step up wordt verleend bij de immigratie van de ab-houder.<sup>131</sup>

Een situatie als in de zaak van de Rechtbank Breda kan voorkomen worden door het ab in de in Nederland gevestigde vennootschap eerst door middel van een aandelenruil in een door de ab-houder in bezit zijnde buitenlandse holding te plaatsen waarbij de ab-houder daarna pas immigrereert (mits de aandelenruil in het woonland natuurlijk niet zorgt voor een heffing). Vervolgens immigrereert de ab-houder en wordt als verkrijgingsprijs bij de immigratie de waarde in het economische verkeer gehanteerd conform art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001. Op die wijze wordt de verkrijgingsprijs van de holding dus opgehoogd naar de waarde in het economische verkeer en wordt op die manier wel een step up verleend bij immigratie. De wetgever schaarde dit onder het kopje belastingbesparende constructies en heeft daarom art. 16, elfde lid, Uitv.besl. IB 2001 ingevoerd.<sup>132</sup> De bepaling stelt dat de gecreëerde hoge verkrijgingsprijs van de holding wordt verminderd met het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte aandelen verminderd met de verkrijgingsprijs, waardoor het beoogde effect zich niet kan voordoen. Naar het lijkt is de invloed van

---

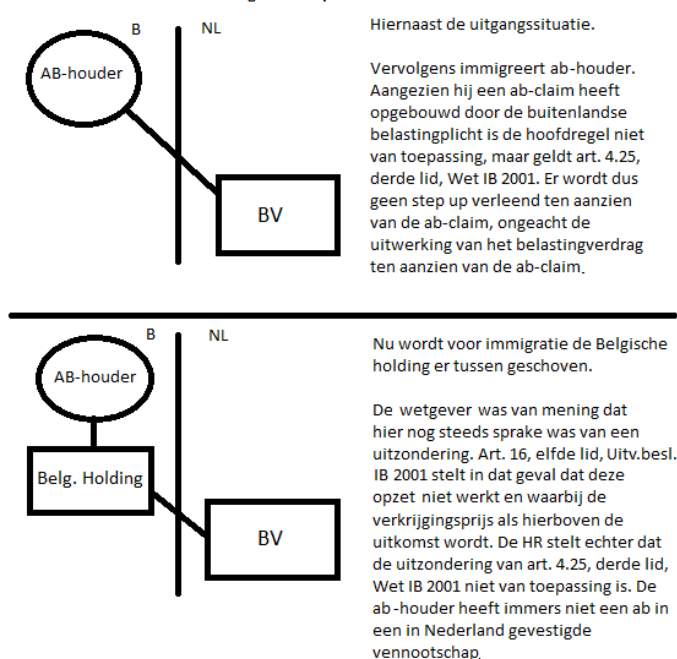
<sup>130</sup> *Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6.* Overigens is later in het NFV 2011 gesteld dat de Staatssecretaris toch zou heffen indien de woonstaat van de ab-houder de waardestijging van het ab niet zou belasten. Zoals al eerder gesteld in een voet noot, rijmt dit niet met wat is afgesproken met onder meer de wetsgeschiedenis ten aanzien van het belastingverdrag met België (en ook met latere gesloten belastingverdragen). De Staatssecretaris is niet ingegaan op hoe dit verder zou uitwerken. De aantekening bij V-N stelt dat de Staatssecretaris dit dan ook niet bedoeld zou hebben. Wat echter wel bedoeld wordt is niet duidelijk (V-N 2011/12.4).

<sup>131</sup> Zo concludeert ook R.P.C. Cornelisse, 'Remigratie en AB', *NtFR* 2012-362.

<sup>132</sup> Besluit van 20 december 2000, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000,641, V-N 2001/5.7.2.

art. 16, elfde lid, Uitv.besl. IB 2001 echter flink ingeperkt na HR 27 september 2013, 12/00189, *BNB* 2014/16. In dit arrest bezat een in België wonende belanghebbende een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap waarin voor rekening en risico van de vennootschap een dierenartsenpraktijk werd bedreven. In 2004 verkocht hij dit ab om niet-zakelijke redenen aan een Belgische holding die belanghebbende tevens in bezit had. In 2006 immigreerde hij vervolgens naar Nederland. In geschil was of bij de bepaling van de verkrijgingsprijs bij immigratie van het ab in de Belgische holding een vermindering dient te worden toegepast als gevolg van art. 16, elfde lid, Uitv.besl. IB 2001. Immers, was de vennootschap voor 2004 in Nederland gevestigd. De HR stelde in dit arrest dat men slechts toekomt aan de delegatiebepaling van art. 16 Uitv.besl. IB 2001 indien art. 4.25, tweede of derde lid, Wet IB 2001 van toepassing is. Dit is dus slechts het geval indien de belastingplichtige voorheen in Nederland heeft gewoond of dat de ab-houder bij immigratie aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap in bezit heeft. Indien een ab-houder dus immigrereert, zoals in de casus van 27 september 2013, waarbij de ab-houder voorheen nog niet in Nederland heeft gewoond en waarvan het Nederlandse ab voor immigratie in een buitenlandse holding (in de casus een Belgische BVBA) wordt gefuseerd, zal art. 16, elfde lid, Uitv.besl. IB 2001 niet van toepassing zijn. In dat geval geldt dus ‘gewoon’ de hoofdregel van art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001. Er is bij immigratie immers geen ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. De immigrerende ab-houder, die voorheen niet in Nederland woonde, kan op deze manier dus voorkomen dat Nederland geen step up verleent door de in Nederland gevestigde onderneming (waarvoor hij buitenlands belastingplichtig was) te verhangen onder een buitenlandse holdingvennootschap. Ik denk dat deze uitkomst daarmee tegen de wil in gaat van de wetgever. Immers wordt op deze manier door middel van een aandelenruil een step up afgedwongen.

#### Uitwerking HR 27 september 2013



Naar mijn mening is dit een juiste uitkomst van het arrest ten aanzien van vennootschappen waar Nederland geen step up voor verleent, terwijl het heffingsrecht van het ab aan de emigratiestaat wordt toegekend. Eerder heb ik al mijn kritiek geuit op het niet verlenen van een step up bij immigratie van een ab-houder, terwijl ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht niet gekeken wordt of er mogelijk een heffingsrecht wel of niet aanwezig is ten aanzien van de claim opgebouwd tijdens de buitenlandse belastingplicht. Indien deze niet aanwezig zou zijn, zou Nederland mijns inziens heffingsrecht naar zich toetrekken. Echter door de uitspraak van de HR in het arrest van 27 september 2013 zou de immigrerende ab-houder, weliswaar via een omweg met het tussenvoegen van een holding, alsnog een step up kunnen verkrijgen.

### **5.3 De ab-houder immigrereert, de vennootschap blijft achter in de emigratiestaat**

Nu de fiscale systematiek in kaart is gebracht ten aanzien van de immigratie van een vennootschap en een ab-houder zal gekeken worden naar de specifieke situaties van de immigratie van de ab-houder en verplaatsing van de vennootschap. Wanneer de ab-houder immigrereert wordt deze binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. Ten aanzien van de verkrijgingsprijs van het ab bij binnenkomst geldt zoals voorgaand is geschetst de hoofdregel. Dat wil zeggen dat conform art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001 de waarde van het ab bij binnenkomst wordt bepaald op de waarde in het economische verkeer. Er wordt in dat geval dus een step up (of step down) verleend ten aanzien van een mogelijke waardevermindering (of –daling) van het ab.

Dit ligt anders indien een uitzondering van toepassing is. Dit kan zijn als het een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap betreft. Hiervoor hoeft de vennootschap niet feitelijk in Nederland gevestigd te zijn, maar is een oprichting van een vennootschap naar Nederlands recht voldoende conform art. 4.35 Wet IB 2001. Zoals in par. 5.2 al is gesteld vind ik dit discutabel en lijkt het mij beter om aan te sluiten bij de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001. Indien de ab-houder nu immigrereert en de naar Nederlands recht opgerichte, maar in het buitenland gevestigde vennootschap verplaatst niet dient in dat geval dus te worden gekeken naar art. 4.25, derde lid jo. art. 16 Uitv.besl. IB 2001. Hierbij wordt de verkrijgingsprijs niet op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd, maar op de historische kostprijs vermeerderd of verminderd met de gevallen van tweede tot het elfde lid. Het kan dus voorkomen dat een ab in een niet in Nederland opgerichte en gevestigde vennootschap een andere verkrijgingsprijs krijgt dan de verkrijgingsprijs in een in Nederland opgerichte vennootschap (niet in Nederland gevestigd) bij immigratie van de ab-houder, als de emigratiestaat geen emigratieheffing hanteert en een vermeerdering van de verkrijgingsprijs als bedoeld in art. 16, tweede lid, Uitv.besl. IB 2001 daardoor niet van toepassing is.

Het zorgt voor een vreemde situatie van twee verschillende verkrijgingsprijzen in twee gelijke situaties, wat het gevolg is van de vestigingsplaatsfictie van art. 4.35 Wet IB 2001.

#### **5.4 Vennootschap verplaatst naar Nederland, de ab-houder immigrereert niet**

Wanneer de vennootschap naar Nederland verplaatst en de ab-houder immigrereert niet, zal ten aanzien van de vennootschap een openingsbalans moeten worden gevormd. Nederland zal de vermogensbestanddelen in de vennootschap waarderen tegen de waarde in het economische verkeer en zal na de verplaatsing kunnen heffen over de winsten uit de vennootschap. De onderneming bevindt zich immers in Nederland. Dit ligt anders indien sprake is van een vi, die achterblijft in het buitenland. Indien de feitelijke leiding naar Nederland verplaatst hoeft dit immers nog niet zozeer te betekenen dat de onderneming mee verplaatst naar Nederland. Indien de onderneming achterblijft en een vi gaat vormen bepaalt art. 7 OESO-MV dat de heffingsrechten ten aanzien van de ondernemingswinsten van de vi gelegen liggen in het land waar de vi is wordt uitgeoefend. De vermogensbestanddelen van de gehele onderneming komen in dat geval op de openingsbalans van de vennootschap te staan tegen de waarde in het economische verkeer, waarbij in beginsel vennootschapsbelasting wordt geheven over de gehele wereldwinst. Vervolgens wordt de winst (of het verlies) van de vi vrijgesteld. Dit betekent dat de vi-winst wordt afgetrokken van de wereldwinst conform art. 15e Wet Vpb 1969, waarbij de vi-winst wordt bepaald alsof het een zelfstandige onderneming zou vormen. Omgekeerd wordt een eventueel verlies van de vi bij de wereldwinst opgeteld.

Ten aanzien van de fiscale gevolgen voor de ab-houder zal deze buitenlands belastingplichtig worden voor de voordelen uit het ab. Opvallend genoeg is in de wet niets geregeld over de verlening van een step up. Naar mijn mening zou de verkrijgingsprijs bepaald moeten worden conform de hoofdregel naar de waarde in het economische verkeer. Echter, is hierover in art. 7.6 Wet IB 2001 niets geregeld. In art. 7.5 Wet IB 2001 dient het belastbare inkomen berekend te worden volgens de regels van hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk wordt teruggeregrensd op de historische kostprijs. De wetgever zou goed doen om hier een extra bepaling op te nemen in art. 7.6 Wet IB 2001.

Of Nederland daadwerkelijk zal kunnen heffen ten aanzien van de voordelen uit het ab van de buitenlands belastingplichtige hangt af van wat is opgenomen in belastingverdragen met de woonstaat van de ab-houder. Veelal is heffing ten aanzien van een mogelijke vervreemding van het ab niet mogelijk. Vervreemdingswinsten worden immers ter heffing in beginsel toegewezen aan de woonstaat van de ab-houder. Ook ten aanzien van reguliere voordelen liggen meestal de

heffingsrechten bij de woonstaat, hoewel daarnaast een bronstaatheffing vaak wel mogelijk is. Nederland streeft er wel naar om een ab-voorbehoud in de vermogenswinstbepaling op te nemen in belastingverdragen, zodat wel geheven kan worden indien het ab wordt vervreemd. Een dergelijke bepaling ziet echter alleen op de situatie dat de ab-houder voorheen in Nederland een ab had en vervolgens emigreert naar het buitenland en het ab daar vervreemdt. In de huidige situatie waarbij de vennootschap verplaatst naar Nederland, maar de ab-houder niet immigrereert zullen de heffingsrechten ten aanzien van het vervreemdingsvoordeel dan ook veelal in de woonstaat liggen.

### **5.5 Ab-houder immigrereert naar Nederland, vennootschap verplaatst mee**

Net als in par. 5.4 wordt er ten aanzien van de verplaatsende vennootschap een openingsbalans gevormd, waarbij de vermogensbestanddelen gewaardeerd worden tegen de waarde in het economische verkeer.

Voor de ab-houder zijn de fiscale gevolgen onder meer afhankelijk of hij direct met de vennootschap mee immigrereert of dat deze eerder of later dan de vennootschap immigrereert naar Nederland. In het geval de ab-houder tegelijk met de vennootschap immigrereert, geldt opnieuw de hoofdregel van art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001, waarbij het ab wordt gewaardeerd naar de waarde in het economische verkeer. Uitzonderingen hierop zijn net als in voorgaande paragraaf het geval dat de vennootschap naar Nederlands recht is opgericht of dat sprake is van een remigratie. In dat geval treden de uitzonderingen van het tweede en derde lid van art. 4.25 Wet IB 2001 in werking. De uitwerking daarvan is hiervoor uitvoerig besproken.

Immigreert de ab-houder later dan dat de vennootschap naar Nederland is verplaatst, dan wordt de ab-houder eerst buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de in Nederland gevestigde vennootschap. Wanneer de ab-houder vervolgens later immigrereert, treedt niet de hoofdregel in werking, omdat de uitzondering van art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 van toepassing is. De ab-houder heeft immers een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. De uitwerking zal dan zijn dat de verkrijgingsprijs wordt gesteld op de waarde toen de ab-houder buitenlands belastingplichtig werd, dus ten tijde van de verplaatsing van de vennootschap. Dit is ongeacht of Nederland tijdens de buitenlandse belastingplicht het heffingsrecht had ten aanzien van de ab-claim. Hier heb ik al eerder mijn kritiek op geuit in dit hoofdstuk, waarbij ik vind dat voor het verlenen van een step up afgewogen moet worden of Nederland verdragsrechtelijk het heffingsrecht bezat ten tijde van de buitenlandse belastingplicht.

Indien de ab-houder eerst immigrereert en de vennootschap volgt pas later, dan wordt de ab-houder bij binnenkomst binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. In dat geval wordt de hoofdregel gehanteerd (indien weer geen uitzondering van toepassing is) en wordt de verkrijgingsprijs van het ab bepaald op de waarde in het economische verkeer. Indien later de vennootschap verplaatst naar Nederland heeft dit geen gevolgen voor de verkrijgingsprijs van het ab. Deze blijft staan op de verkrijgingsprijs ten tijde van de immigratie van de ab-houder.

## 5.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk zijn de fiscale gevolgen van de immigratie van een ab-houder geschetst. De fiscale gevolgen voor de vennootschap bij verplaatsing naar Nederland zijn mijns inziens vrij helder. Hierbij wordt een openingsbalans gevormd, waarbij de vermogensbestanddelen naar de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd. Nederland mag heffen over de winsten van de vennootschap na verplaatsing naar Nederland. Indien de onderneming in de vorm van een vi achterblijft ligt dit anders en heeft het land waar de vi is gevestigd het recht om te heffen over de winsten die uit de vi ontstaan en wordt een voorkoming voor deze buitenlandse winst verleend. Het zorgt ervoor dat op de openingsbalans wel de vermogensbestanddelen van de gehele onderneming worden opgenomen, maar dat bij berekening van de heffingsgrondslag het vi-resultaat wordt vrijgesteld. Hierbij wordt het vi-resultaat bepaald alsof de vi een zelfstandige onderneming is. De bepaling van de verkrijgingsprijs bij immigratie van de ab-houder is complexer. Onderstaand schema bevat samengevat de fiscale gevolgen van de diverse situaties van immigratie van de ondernemer/vennootschap en de bepaling van de verkrijgingsprijs van een ab:

<b>1: Ab-houder immigrereert, waarbij de vennootschap achterblijft</b>	
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	Er verandert niets op het niveau van de vennootschap.
<i>Gevolgen ab-houder / verkrijgingsprijs:</i>	De ab-houder immigrereert en wordt binnenlands belastingplichtig. Hierbij dient een verkrijgingsprijs voor het ab te worden vastgesteld: -Hoofdregel art. 4.25, eerste lid, Wet IB 2001: Verkrijgingsprijs wordt gewaardeerd naar waarde in het economische verkeer. -Uitzonderingen art. 4.25, tweede en derde lid, Wet IB 2001 (remigratie en ab in een in Nederland gevestigde vennootschap): Voor toepassing van art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 geldt ook de vestigingsplaatsfictie van art. 4.35 Wet IB 2001. Een in Nederland opgerichte vennootschap wordt daardoor geacht zich in Nederland te bevinden. Verkrijgingsprijs wordt bij toepassing van uitzondering gesteld op de historische kostprijs. Deze wordt vermeerderd of verminderd als gevolg van de bepalingen van art. 16 Uitv.besl. IB 2001: *2 <sup>e</sup> lid: Verkrijgingsprijs wordt vermeerderd met waardeaan groei voor

	<p>zover blijkt dat over de waardeangroei in verband met naar Nederland immigreren hierover een naar het inkomen naar Nederlandse maatstaven redelijke buitenlandse belasting is geheven.</p> <p>*3<sup>e</sup> lid: Verkrijgingsprijs wordt vermeerderd met waardeangroei indien deze is ontstaan in periode waarin geen Nederlandse belastingplicht bestond.</p> <p>*4<sup>e</sup> lid: Verkrijgingsprijs wordt verminderd met waardedaling indien deze is ontstaan in periode waarin geen Nederlandse belastingplicht bestond.</p> <p>Het feit of er sprake is van heffingsrecht ten aanzien van belastingverdragen wordt (onterecht) niet meegewogen bij bepaling of er sprake is van de uitzondering van art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001.</p>
<b>2: Vennootschap immigrereert, waarbij ab-houder niet verplaatst</b>	
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	<p>Zoals hiervoor in deze conclusie is beschreven wordt de vennootschap binnenlands belastingplichtig en wordt een openingsbalans gevormd waarbij alle vermogensbestanddelen worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Vermogensbestanddelen van een eventueel achtergebleven vi komen ook op deze balans, maar het vi-resultaat wordt vrijgesteld.</p>
<i>Gevolgen ab-houder / verkrijgingsprijs:</i>	<p>De ab-houder wordt buitenlands belastingplichtig. Ten aanzien van een verkrijgingsprijs is hiervoor niets geregeld in afdeling 7 van de Wet IB 2001, waardoor terug zal worden gevallen op de historische kostprijs. Aanbevolen zou daarom worden om hiervoor een bepaling op te nemen in art. 7.6 Wet IB 2001, waarbij het ab wordt gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.</p> <p>Overigens bevinden de heffingsrechten ten aanzien van de voordelen uit dit ab zich meestal in het woonland en is voor Nederland meestal slechts een bronstaatheffing mogelijk ten aanzien van uitgekeerde dividenden.</p>
<b>3: Zowel vennootschap als ab-houder verplaatst</b>	
<i>Gevolgen vennootschap:</i>	Zie situatie 2.
<i>Gevolgen ab-houder / verkrijgingsprijs:</i>	Zie situatie 1.

In dit hoofdstuk en de voorgaande hoofdstukken zijn achtereenvolgens de fiscale gevolgen van de emigratie en de immigratie van de IB-ondernemer en de ab-houder met de vennootschap los van elkaar geschetst en beoordeeld. In hoofdstuk 6 wordt een vergelijking gemaakt tussen de gevolgen voor de IB-ondernemer en voor de ab-houder met de vennootschap. Er worden aanbevelingen gedaan om enerzijds de systematiek te verbeteren en anderzijds de fiscale verschillen tussen beiden te beoordelen en mogelijk te verkleinen.



## **Hoofdstuk 6: Samenvatting en evaluatie**

### **6.1 Inleiding**

In deze scriptie staan de fiscale gevolgen ten aanzien van de emigratie en immigratie van zowel de IB-ondernemer met zijn onderneming als de ab-houder met zijn vennootschap centraal. Dit is gebeurd aan de hand van de volgende probleemstelling:

*‘De ondernemer natuurlijke persoon en de aanmerkelijkbelanghouder dienen in geval van emigratie en immigratie voor de toepassing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting vergelijkbaar behandeld te worden.’*

In dit afsluitende hoofdstuk worden de fiscale gevolgen van de emigratie en immigratie van de IB-ondernemer en ab-houder samengevat, vergeleken en geëvalueerd. Met het oog op de probleemstelling worden de verschillen in systematiek geëvalueerd en wordt gekeken of deze gerechtvaardigd zijn. Vervolgens worden aanbevelingen gedaan om enerzijds de mogelijke ongerechtvaardigde verschillen te verkleinen en anderzijds de fiscale systematiek te verbeteren. Deze aanbevelingen dienen in dat geval beter te voldoen aan het toetsingskader dan de huidige systematiek en dienen doelmatig en uitvoerbaar te zijn en niet in strijd te komen met het EU-recht of de goede verdragstrouw. Daarnaast moet voorkomen worden dat dubbele belastingheffing plaatsvindt, dan wel een heffingsvacuüm ontstaat.

In par. 6.2 wordt de fiscale systematiek van emigratie samengevat. Dit betreft hetgeen is besproken in de hoofdstukken 2 en 4. Vervolgens wordt in par. 6.3 hetzelfde gedaan voor de immigratie respectievelijk betreffende het behandelde in de hoofdstukken 3 en 5. In par. 6.4 worden conclusies getrokken en worden tevens aanbevelingen gedaan. Tot slot wordt in par. 6.5 afgerond met een slotwoord.

### **6.2 Fiscale systematiek emigratie**

De fiscale gevolgen voor de emigrerende IB-ondernemer en de ab-houder zijn besproken in de hoofdstukken 2 en 4. In deze paragraaf worden kort de conclusies uit deze hoofdstukken uiteengezet, waaruit een overzicht volgt van de fiscale gevolgen. Voor de uitgebreide toelichting van de fiscale gevolgen verwijs ik naar de diverse hoofdstukken die hieraan gewijd zijn.

### *Emigratie IB-ondernemer en zijn onderneming*

Bij de IB-ondernemer wordt de winst niet op het niveau van de onderneming geheven, maar op het niveau van de ondernemer die de winst geniet. De winst wordt bepaald conform het totaalwinstbegrip. Indien de onderneming naar het buitenland wordt verplaatst, vindt een eindafrekening plaats ingevolge art. 3.61 Wet IB 2001. Hierbij wordt afgerekend over alle stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Een dergelijke exitheffing is toegestaan volgens het EU-recht. Wel zijn als gevolg van het arrest National Grid Indus (HvJ 29 november 2011, C-371/10, *BNB* 2012/40) voorwaarden gesteld aan de exitheffing. Als gevolg van dit arrest heeft de wetgever de wetgeving omtrent de eindafrekening aangepast. Nu kan de IB-ondernemer ten aanzien van de eindafrekening kiezen om de aanslag direct te betalen, deze in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen of deze te betalen wanneer de vermogensbestanddelen worden gerealiseerd. Aan deze laatste voorwaarden zijn diverse voorwaarden verbonden:

- De emigratie moet plaatsvinden binnen de EU/EER en er dient een verzoek te worden gedaan.
- Er wordt geen rekening gehouden met waardedalingen.
- Er moet elk jaar een op de Nederlandse fiscale regelgeving gebaseerde balans en winst- en verliesrekening overlegd worden waaruit blijkt dat de vermogensbestanddelen nog niet zijn vervreemd.
- Er dient zekerheid te worden gesteld en er is invorderingsrente verschuldigd.

De voorwaarden zijn discutabel en zeker met betrekking tot de zekerheidsstelling en administratieve eis heb ik mijn vraagtekens al eerder getoond in hoofdstuk 2. Er wordt uitstel verleend om emigratie niet te belemmeren, maar met een zekerheidsstelling bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie vormt dit uiteindelijk toch een niet-proportionele belemmering om te emigreren. Tevens wordt elk jaar een op de Nederlandse fiscale regelgeving gebaseerde fiscale balans en winst- en verliesrekening geëist, waar mijns inziens het voldoende moet zijn dat aannemelijk wordt gemaakt dat de winstbestanddelen waarvoor het uitstel is verleend nog niet zijn gerealiseerd (met bijvoorbeeld een jaarlijkse verklaring).

De exitheffing wordt alleen opgelegd bij verplaatsing van de onderneming. Indien de ondernemer verplaatst zal geen eindafrekening plaatsvinden en is de winst ook nog steeds belastbaar in Nederland.

### *Emigratie ab-houder en zijn vennootschap*

De ab-houder en zijn vennootschap worden volgens een tweefasensysteem belast. Eerst wordt ten aanzien van winsten van de vennootschap vennootschapsbelasting geheven en voorts wordt ter hoogte van de ab-houder over de voordelen uit het ab inkomstenbelasting geheven. Wanneer

sprake is van een verplaatsing van de vennootschap naar het buitenland krijgt de vennootschap een exitheffing opgelegd met dezelfde kenmerken als de exitheffing bij emigratie van de IB-onderneming. Wanneer er sprake is van de emigratie van een ab-houder heeft de wetgever ten aanzien van de emigratie van een natuurlijk persoon met een ab een fictief vervreemdingsmoment in de wet opgenomen. Hierbij wordt een conserverende aanslag opgelegd over de meerwaarden van het ab. Deze aanslag heeft de volgende kenmerken:

- Er wordt automatisch uitstel verleend.
- Er wordt rekening gehouden met waardedalingen na emigratie.
- Kwijtschelding van de aanslag vindt plaats na tien jaar indien geen 'verboden' handeling wordt verricht zoals een vervreemding van het ab-pakket.
- Er hoeft geen zekerheid te worden gesteld en het uitstel is renteloos.
- Indien na emigratie van de ab-houder geheven wordt ten aanzien van ontvangen dividenden uit dit ab, dan zal dit worden verrekend met de nog openstaande conserverende aanslag.

Belastingverdragen kunnen de heffing bij emigratie beperken of verbieden. Conform het OESO-MV liggen de heffingsrechten van de voordelen uit een ab in beginsel in de woonstaat. Voor dividenden is in beginsel wel een bronstaatheffing mogelijk indien de vennootschap zich in Nederland bevindt. Nederlands streeft er bij de verdragsonderhandelingen naar om in verdragen een bepaling binnen het vermogenswinstartikel op te nemen die er op is gericht om bij een eventuele vervreemding binnen tien jaar nadat de conserverende aanslag is opgelegd, deze nog steeds kan worden ingevorderd. Ook voor dividend dat na het opleggen van de conserverende aanslag wordt uitgekeerd probeert Nederland zich het volledige heffingsrecht toe te eigenen indien nog een conserverende aanslag openstaat ten aanzien van een geëmigreerde ab-houder, maar het opnemen van een dergelijke bepaling ligt lastiger. Net als bij de exitheffing heeft de conserverende aanslag ook een belemmerende werking ten aanzien van een grensoverschrijdende verplaatsing en kan daarmee in strijd komen met het EU-recht. Na de uitspraak van de HR op 20 februari 2009, 42.701, 43.760 en 07/12314, *BNB* 2009/260-262 is in ieder geval gebleken dat het verdragsrechtelijk is toegestaan om een conserverende aanslag op te leggen. In HR 5 april 2011, 10/00990, *BNB* 2011/160 kwam hierop wel de nuancering dat het opnemen van een ab-voorbehoud wel noodzakelijk was om de conserverende aanslag in te vorderen.

Voorgaande analyse mondt uit in de volgende schema's waarbij voor een verdere toelichting wordt verwezen naar de desbetreffende hoofdstukken.

<b>Schema 1: Ondernemer emigreert, onderneming verplaatst niet</b>	
<b>Gevolgen IB-ondernemer:</b>	<p>-IB-ondernemer wordt in deze situatie buitenlands belastingplichtig ten aanzien van Nederlands inkomen. Er vindt geen afrekening plaats ter hoogte van de IB-onderneming. Wel vindt een eindafrekening plaats al zou de IB-onderneming zich in het buitenland bevinden. Dan houdt de ondernemer immers wel op in Nederland winst uit onderneming te genieten. Nederland is conform art. 7 OESO-MV gerechtigd ten aanzien van heffing over de winsten van de IB-onderneming indien de onderneming zich in Nederland bevindt.</p> <p>-Tot 2015 was er keuze om te kwalificeren als binnenlands belastingplichtige. Vanaf 1 januari 2015 vervalt de keuze en dient de in het buitenland wonende IB-ondernemer te voldoen aan de voorwaarden.</p>
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	<p>-De ab-houder wordt buitenlands belastingplichtig ten aanzien van de in Nederland gevestigde vennootschap. De voordelen uit ab worden belast tegen een tarief van 25%, waarbij eventueel geheven dividendbelasting dient als voorheffing. Veelal is echter ten aanzien van dividenden slechts een bronstaatheffing mogelijk van 15%. Ter hoogte van de vennootschap verandert er niets.</p> <p>-Bij het vertrek van de ab-houder wordt voorts een conserverende aanslag opgelegd, waarbij kwijtschelding na tien jaar volgt. De conserverende aanslag heeft de volgende kenmerken:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Renteloos en automatisch uitstel</li> <li>▪ Rekening gehouden met waardedalingen</li> <li>▪ Geen zekerheid</li> </ul> <p>Eventuele heffing ten aanzien van de voordelen uit het ab wordt afgeboekt op de conserverende aanslag.</p> <p>- Het Nederlands verdragsbeleid zet zich in voor een extra dividendbepaling en vermogenswinstbepaling die heffing van 25% wel mogelijk maakt ten aanzien van een opgebouwde ab-claim in Nederland. Dit is niet OESO-conform en zeker ten aanzien van de extra dividendbepaling gaan landen daar meestal niet mee akkoord.</p> <p>-Opleggen van conserverende aanslag is niet in strijd met (oude) belastingverdragen zonder een ab-voorbehoud van tien jaar. In theorie is dus een conserverende aanslag mogelijk met een onbepaalde termijn. De HR heeft aangegeven dat het innen van een conserverende aanslag wel in strijd met de goede verdragstrouw komt, indien een beperking van de termijn is opgenomen in het belastingverdrag en de inning na deze termijn plaatsvindt.</p>

<b>Schema 2: Onderneming verplaatst naar buitenland, ondernemer verplaatst niet</b>	
<b>Gevolgen IB-</b>	-Indien slechts de IB-onderneming verplaatst naar het buitenland, dan blijft de

<b>ondernemer:</b>	<p>IB-ondernemer binnenlands belastingplichtig en wordt deze belast voor het wereldinkomen. Er wordt in dat geval een voorkoming verleend voor de winst van de IB-onderneming, omdat deze heffingsrechten hiervan conform art. 7 OESO-MV worden toegewezen aan de staat waar deze opkomen.</p> <p>-De IB-ondernemer stopt wel in Nederland winst uit onderneming te genieten. Er vindt dus een eindafrekening plaats over de meerwaarden van de onderneming. Voor de aanslag ten aanzien van de eindafrekening wordt uitstel van betaling verleend met onbeperkt uitstel en de volgende kenmerken:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ uitstel op verzoek</li> <li>▪ geen rekening houden met waardedalingen</li> <li>▪ zekerheidsstelling</li> <li>▪ invorderingsrente verschuldigd gedurende uitstel van betaling</li> </ul>
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	<p>-De ab-houder blijft binnenlands belastingplichtig. Het ab-inkomen behoort tot de wereldwinst en wordt belast tegen tarief van 25%. De vennootschap krijgt een exitheffing opgelegd met onbeperkt uitstel.<sup>133</sup> Conform het OESO-MV en het Nederlands fiscaal verdragsbeleid heeft NL zowel het heffingsrecht ten aanzien van de exitheffing, als het heffingsrecht over de voordelen uit ab. Na verplaatsing van de vennootschap zullen de winsten worden belast in het buitenland, waar deze opkomen.</p>

<b>Schema 3: Ondernemer en onderneming verplaatsen naar het buitenland</b>	
<b>Gevolgen IB-ondernemer:</b>	<p>-Indien de IB-ondernemer en IB-onderneming verplaatsen naar buitenland dan houdt de IB-ondernemer op in Nederland uit de onderneming winst te genieten en vindt er conform art. 3.61 Wet IB 2001 een eindafrekeningsmoment plaats en wordt een aanslag opgelegd, waarbij uitstel van betaling mogelijk is.<sup>134</sup></p>
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	<p>-Ab-houder blijft alleen buitenlands belastingplichtig indien vennootschap voor verplaatsing vijf jaar in NL was gevestigd door vestigingsplaatsfictie. Indien de ab-houder buitenlands belastingplichtig wordt dan wordt er naar de nationale wet geheven tegen tarief van 25% ten aanzien van het inkomen uit ab. Voorts krijgen zowel de ab-houder als de vennootschap een conserverende aanslag/exitheffing opgelegd.<sup>135</sup> Heffing ten aanzien van mogelijke dividenduitkeringen na emigratie en verplaatsing van de onderneming is conform het OESO-MV niet mogelijk. Wel wordt getracht een ab-voorbehoud op te nemen in de dividendbepaling en de vermogenswinstbepaling. Zeker in het geval bij de dividendbepaling wordt dit zelden verwezenlijkt. De vermogenswinstbepaling is wel vaker in belastingverdragen opgenomen, wat verwezenlijking van de conserverende aanslag wel mogelijk maakt in het geval een vervreemding binnen tien jaar plaatsvindt.</p>

<sup>133</sup> Hierbij heeft de aanslag dezelfde kenmerken als in de IB-sfeer in schema 2.

<sup>134</sup> Hierbij heeft de aanslag dezelfde kenmerken als in de IB-sfeer in schema 2.

<sup>135</sup> Hierbij heeft de conserverende aanslag dezelfde kenmerken als de conserverende aanslag genoemd in de ab-sfeer in schema 1 en de exitheffing dezelfde kenmerken als de exitheffing in de IB-sfeer genoemd in schema 2.

### **6.3 Fiscale systematiek immigratie**

De fiscale gevolgen voor de immigrerende IB-ondernemer en ab-houder zijn besproken in de hoofdstukken 3 en 5. In deze paragraaf worden kort de conclusies uit deze hoofdstukken uiteengezet, waaruit een overzicht volgt van de fiscale gevolgen.

#### *Immigratie IB-ondernemer en zijn onderneming*

De ondernemer die immigrereert naar Nederland wordt binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting en wordt dus belast voor zijn gehele wereldinkomen. Indien de onderneming niet mee verplaatst zal het heffingsrecht ten aanzien van de IB-onderneming toekomen aan waar de onderneming is gevestigd. Zodoende zal een voorkoming worden verleend ten aanzien van dit inkomensbestanddeel voor de IB-ondernemer. Omdat de winst uit onderneming wel opgegeven dient te worden in de aangifte van de ondernemer zal ongeacht of de onderneming wel of niet mee verplaatst een openingsbalans dienen te worden gevormd en dient de winst van de onderneming te worden vastgesteld.

Voor het opstellen van de openingsbalans van de IB-onderneming worden de vermogensbestanddelen gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Nederland gaat in deze gevallen dus niet verder met de boekwaarden van de emigratiestaat, maar verleent een step up ten aanzien van de vermogensbestanddelen. Op deze manier wordt slechts geheven ten aanzien van de winsten die in Nederland ontstaan en wordt dubbele belastingheffing voorkomen.

Niet elke lidstaat waardeert de vermogensbestanddelen bij binnenkomst op de waarde in het economische verkeer en lidstaten zijn hier ook niet toe verplicht. De EC roept daarom op om dit te coördineren om eventuele dubbele belastingheffing te voorkomen.<sup>136</sup> Tot op heden is het echter van fiscale coördinatie op het gebied van de verplaatsing van ondernemingen nog niet gekomen. Het meest ideale systeem zou zijn dat de emigratiestaat bij vertrek van de onderneming een exitheffing oplegt en het land van immigratie hiervoor een step up verleent. Op deze manier zou het meest recht worden gedaan aan het territorialiteitsbeginsel en wordt dubbele (non)heffing voorkomen.

#### *Immigratie ab-houder en zijn vennootschap*

In hoofdstuk 5 is ingegaan op de immigratie van de ab-houder en zijn vennootschap. Hierbij is eerst de fiscale systematiek van de immigratie van een vennootschap tegen het licht gehouden. De fiscale

---

<sup>136</sup> Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM (2006) 825 definitief.

systematiek van de verplaatsing van een vennootschap naar Nederland lijkt op de verplaatsing van de IB-onderneming naar Nederland. Ook in dit geval dient een openingsbalans te worden gevormd, waarbij de vermogensbestanddelen worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Het kan echter voorkomen dat een deel van de onderneming achterblijft in de voormalig vestigingsstaat en een vi gaat vormen. Ook in dat geval wordt een openingsbalans gevormd, waarbij zowel de vermogensbestanddelen van de vi, als de vermogensbestanddelen die mee verplaatsen worden opgenomen op de openingsbalans voor de waarde in het economische verkeer. De winst van de vi wordt echter geëlimineerd uit de heffingsgrondslag door middel van de objectvrijstelling. Hierbij wordt de op basis van de Nederlandse wetgeving vastgestelde winst van de vi afgetrokken, waarbij voor de winstberekening van de vi uitgegaan wordt van de zelfstandigheidsfictie.

Bij de immigratie van de ab-houder is vooral de bepaling van de verkrijgingsprijs van belang. Bij een latere vervreemding dient immers afgerekend te worden over het verschil tussen de waarde van het ab en de verkrijgingsprijs. De bepaling van de verkrijgingsprijs is gecompliceerd. De hoofdregel is dat deze bij binnenkomst wordt vastgesteld op de waarde in het economische verkeer. Uitzonderingen zijn er wanneer sprake is van een remigratie of sprake is van een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. In dat geval wordt de verkrijgingsprijs vastgesteld op de historische kostprijs verminderd of vermeerderd met de bepalingen uit art. 16 Uitv.besl. IB 2001. Voor de bepaling of er sprake is van een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap geldt tevens de vestigingsplaatsfictie van art. 4.35 Wet IB 2001, die stelt dat een in Nederland opgerichte vennootschap wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Voorts wordt ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht van de ab-houder geen rekening gehouden met belastingverdragen. Op beide punten heb ik mijn kritiek. De HR biedt naar aanleiding van het arrest van 27 september 2013, 12/00189, *BNB 2014/16* in enkele situaties wel een oplossing door middel van het ‘tussenschuiven’ van een buitenlandse holding. In die gevallen kan soms aan de uitzonderingssituatie worden ontsnapt en geldt in dat geval dus de hoofdregel.

Bovenstaande analyse mondt uit in de volgende schema’s. Voor een verdere toelichting verwijs ik naar de desbetreffende hoofdstukken.

<b>Schema 4: Ondernemer immigrereert, onderneming blijft achter</b>	
<b>Gevolgen IB-ondernemer:</b>	-De IB-ondernemer wordt bij immigratie binnenlands belastingplichtig en wordt belast voor zijn wereldinkomen. Er zal dus bij binnenkomst van de ondernemer een openingsbalans moeten worden opgesteld, waarbij de winst zal worden gerekend tot het wereldinkomen. De vermogensbestanddelen zullen bij binnenkomst gewaardeerd worden op de waarde in het economische verkeer. De heffingsrechten van de winst liggen echter bij het land waar de onderneming is

	gevestigd en er zal dus een voorkoming ten aanzien van deze winst worden verleend.
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	<p>-De ab-houder wordt binnenlands belastingplichtig bij immigratie. Hiervoor dient de verkrijgingsprijs van zijn ab te worden vastgesteld conform art. 4.25 Wet IB 2001. In beginsel zal dit de waarde in het economische verkeer bij binnenkomst zijn, waardoor op deze manier een step up wordt verleend. De vermogenswinsten uit het ab zijn in beginsel belast in de woonstaat. Vanaf het moment dat de ab-houder is geïmmigreerd kan Nederland dus heffen over de dan ontstane ab-claim.</p> <p>-Het is mogelijk dat één van de uitzonderingen van art. 4.25 Wet IB 2001 van toepassing is. Dit is het geval als sprake is van een remigratie of dat sprake is van een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. Voor de vestigingsplaats wordt hierbij gekeken naar art. 4.35 Wet IB 2001. In het geval een uitzondering van toepassing is wordt verwezen naar art. 16 Uitv.besl. IB 2001, waarbij in beginsel de historische kostprijs van toepassing is vermeerderd of verminderd met de bepalingen in art. 16 Uitv.besl. IB 2001.</p>

<b>Schema 5: Onderneming verplaatst naar Nederland, ondernemer immigreert niet</b>	
<b>Gevolgen IB-ondernemer:</b>	-Wanneer alleen de IB-onderneming verplaatst wordt de IB-ondernemer buitenlands belastingplichtig en vormen de inkomsten uit de IB-onderneming winst uit onderneming voor de inkomstenbelasting. Hierbij wordt bij de immigratie van de IB-onderneming een openingsbalans opgesteld, waarbij de vermogensbestanddelen gewaardeerd worden op de waarde in het economische verkeer. De vermogensbestanddelen worden ook gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer indien het voormalig vestigingsland geen exithelling hanteert. Nederland heeft vervolgens conform art. 7 OESO-MV het recht om te heffen over de winsten uit de onderneming.
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	<p>-Wanneer de vennootschap verplaatst naar Nederland wordt er net als bij de IB-onderneming een openingsbalans opgesteld.</p> <p>-De ab-houder wordt in deze situatie buitenlands belastingplichtig. Voor de bepaling van de verkrijgingsprijs is in deze situatie geen bepaling opgenomen in hoofdstuk 7 Wet IB 2001. Daarom wordt teruggevallen op de historische kostprijs. De voordelen uit het ab worden conform de nationale wet belast tegen een tarief van 25%. Veelal verbieden of beperken belastingverdragen in deze situatie echter een heffing. Ten aanzien van uitgekeerde dividenden is in een dergelijke situatie slechts een bronstaatheffing mogelijk. Ook heffing ten aanzien van een vervreemding van het ab wordt in deze situatie vrijwel altijd beperkt door belastingverdragen.</p>

<b>Schema 6: Ondernemer en onderneming verplaatsen naar Nederland</b>	
<b>Gevolgen IB-ondernemer:</b>	-De gevolgen voor de IB-onderneming zijn gelijk aan de gevolgen zoals beschreven in schema 5.



	-De IB-ondernemer wordt bij immigratie binnenlands belastingplichtig en wordt belast voor zijn wereldinkomen, waaronder het inkomen uit de IB-onderneming.
<b>Gevolgen ab-houder / vennootschap:</b>	-De gevolgen voor de vennootschap zijn gelijk aan de gevolgen zoals beschreven in schema 5.  -De ab-houder wordt bij immigratie binnenlands belastingplichtig. Bij binnenkomst dient de verkrijgingsprijs bepaald te worden. Deze wordt bepaald zoals is beschreven in schema 4.

## 6.4 (Ongerechtvaardigde) verschillen en aanbevelingen

### 6.4.1 *Verschillen*

Hiervoor zijn de fiscale gevolgen samengevat van de diverse situaties van emigratie en immigratie van ondernemer en onderneming. Hieruit blijkt dat de IB-ondernemer en de ab-houder niet altijd gelijk worden behandeld. De volgende verschillen vallen hierbij op:

#### *Verskil in heffingssystematiek IB-ondernemer en ab-houder*

Een groot deel van de verschillen in behandeling is te verklaren door het verschil in heffingssystematiek betreffende de ab-houder enerzijds en de IB-ondernemer anderzijds. Ten aanzien van de IB-onderneming wordt geheven op het niveau van de IB-ondernemer, terwijl de heffing ten aanzien van de winst(uitdeling)en uit de vennootschap belast worden door het 'tweefasensysteem': eerst heffing op het niveau van de vennootschap, daarna heffing bij de ab-houder. Een voorbeeld waarbij de verschillen duidelijk worden is de situatie dat alleen de ondernemer emigreert en de onderneming achterblijft. Voor de IB-ondernemer verandert er in dat geval weinig bij emigratie. De ab-houder wordt echter bij emigratie belast ten aanzien van de meerwaarden van zijn ab, waarover een conserverende aanslag wordt opgelegd. Men zou dan ook kunnen zeggen dat een ab-houder bij emigratie nadeliger wordt behandeld ten opzichte van de IB-ondernemer. Bij de IB-ondernemer vindt immers in zijn geheel geen eindheffing plaats ten aanzien van zijn onderneming. Dit nadeel kan in een voordeel overslaan indien de conserverende aanslag na tien jaar wordt kwijtgescholden. In de gangbare situatie dat de emigratiestaat een step up verleent zal de ab-claim in dit geval niet worden belast als de conserverende aanslag wordt kwijtgescholden.

Het alternatief om de heffingssystematiek van de IB-ondernemer en de ab-houder gelijk te trekken zou een ingrijpende wijziging betekenen van ons belastingstelsel en zou dan op meer vlakken beoordeeld moeten worden naar de wenselijkheid daarvan. Een alternatief hiervoor met betrekking tot het heffen van ondernemingswinsten die veelal opduikt in de literatuur is een

ondernemingswinstbelasting.<sup>137</sup> Het doel is in dat geval om ondernemingswinsten op dezelfde wijze te belasten ongeacht in welke rechtsvorm de onderneming wordt gedreven. Primair zou dan echter eerst moeten worden beoordeeld of beide typen ondernemers gelijk zijn om te beoordelen of het verschil in heffingssystematiek ongerechtvaardigd zou zijn. Hierop dient gesteld te worden dat de ab-houder niet alleen ondernemer is, maar tevens de rol als geldschietter of belegger kan hebben. In die rol staat de ab-houder dus niet gelijk met de IB-ondernemer en is mijns inziens een ongelijke behandeling dan ook niet per direct onrechtvaardig. Slechts indien de ab-regeling een daadwerkelijke pseudo-ondernemersregeling vormt, zou er sprake zijn van een onrechtvaardigheid.<sup>138</sup> Zolang de ab-regeling dit niet vormt dient een mogelijke aanpassing van de heffingssystematiek mijns inziens niet aan de orde te zijn.<sup>139</sup>

#### *Verschillen in belastingverdragen tussen winst uit onderneming, dividenden en vermogenswinsten*

Naast het verschil in heffingssystematiek worden de inkomsten winst, dividend en vermogenswinst uit aandelen allen verschillend behandeld in belastingverdragen. De heffingsrechten van de ondernemingswinst uit een IB-onderneming worden conform art. 7 OESO-MV toegewezen aan het land waar deze opkomen. Dit geldt tevens voor de winsten van de vennootschap. Indien er sprake is van een vi van de vennootschap in een ander land, dan worden de winsten van de vi belast waar de vi is gevestigd. Voor voordelen uit ab geldt dat in beginsel dividenden uit een ab worden belast in de woonstaat, waarbij een bronstaatheffing vaak wel mogelijk is. Vermogenswinsten worden conform art. 13 OMV in beginsel tevens belast in de woonstaat. Het zorgt ervoor dat ook hier verschillen ontstaan bij de heffing van inkomsten uit de IB-onderneming en inkomsten uit een ab. Nederland probeert hierop wel een inbreuk te maken ten aanzien van het OESO-MV door een bepaling in het dividendartikel op te nemen die het mogelijk maakt om de conserverende aanslag ook in te vorderen bij latere dividenduitkeringen. Tevens wordt getracht om een ab-voorbehoud op te nemen in het in het vermogenswinstartikel (art. 13 OESO-MV). Beide bepalingen zijn hierbij niet conform het OESO-MV. Met name in het vermogenswinstartikel zien we het ab-voorbehoud vaak terug in belastingverdragen. Hierbij wordt getracht de heffingsrechten ten aanzien van de bij vervreemding vrijkomende ab-claim welke opgebouwd is in Nederland nog enige tijd (meestal tien jaar) toe te wijzen aan Nederland.

---

<sup>137</sup> Zie: S.J. Verver, *De ondernemingswinstbelasting: een zoektocht naar de rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 10, Amersfoort: Sdu 2008.

<sup>138</sup> Zie hiervoor onder meer ook: E.J.W. Heithuis, Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2', *WFR* 2006/291, die aanbevelingen doet om de ab-criteria te verscherpen om ervoor te zorgen dat beleggers niet tot de groep ab-houders zouden gaan behoren.

<sup>139</sup> In de volgende deelparagraaf wordt verder ingegaan op aanbevelingen die ik wel noodzakelijk acht.

Het verschil zorgt ervoor dat inkomensbestanddelen uit een IB-onderneming en inkomensbestanddelen uit de ab/vpb-ondernemingswinsten verdragstechnisch anders worden behandeld. Daarnaast worden binnen de ab/vpb-sfeer dividenden weer anders behandeld ten opzichte van vermogenswinsten. Zeker dat laatste feit is opmerkelijk, omdat dit immers communicerende vaten zijn. Indien een vennootschap dividenden uitkeert zal dit de latere vermogenswinst als het ware 'opeten'. Dat vervolgens de heffingsrechten tussen deze twee inkomensbestanddelen verschillen vind ik daarmee discutabel.

Pleitbaar vind ik daarom om het fiscale territorialiteitsbeginsel een grotere rol te laten spelen binnen belastingverdragen en de heffingsrechten van een opgebouwde ab-claim aan te laten sluiten naar waar deze opgebouwd zijn. Nederland tracht dit al door middel van het opnemen van een ab-voorbehoud binnen belastingverdragen. Ik beschouw dit als goed beleid en dit doet recht aan het feit dat ab-claims worden belast waar deze opkomen. Mogelijk zou het opnemen van een dergelijk ab-voorbehoud in het OESO-MV de volgende stap kunnen zijn. In mijn aanbevelingen kom ik hierop terug.

Wel blijft het verschil bestaan binnen belastingverdragen dat IB-winsten altijd conform art. 7 OESO-MV worden belast, terwijl ab/vpb-winsten enerzijds conform art. 7 OESO-MV op het niveau van de vennootschap worden belast en anderzijds conform art. 10 of art. 13 OESO-MV op het niveau van het ab worden belast. Dit verschil is mijns inziens toe te schrijven aan het bestaan van twee verschillende heffingssystematieken. Hiervoor is dit feit al besproken en gezien het schizofrene karakter van de ab-regeling op dit moment waarbij de ab-houder kan optreden als belegger en als ondernemer acht ik dit verschil op dit moment niet onaanvaardbaar.

#### *Verskil in kenmerken uitstel van betaling conserverende aanslag en exitheffing ondernemingen*

Naast het verschil in heffingssystematiek en het verschil in behandeling van belastingverdragen zijn er ook 'kleinere' verschillen tussen de behandeling van de IB-ondernemer en ab-houder. Zo zien we dat de kenmerken van de conserverende aanslag en exitheffing behoorlijk verschillen. Op de volgende punten is dat het geval:

- Termijn: conserverende aanslag wordt kwijtgescholden na tien jaar; de exitheffing is onbeperkt.
- Rekening houden met waardedalingen: Conserverende aanslag wel, exitheffing niet.
- Zekerheidsstelling: conserverende aanslag niet, exitheffing wel.
- Invorderingsrente: conserverende aanslag niet, exitheffing wel.
- Automatisch uitstel: conserverende aanslag wel, exitheffing niet.

-Administratieve eisen: Bij de exitheffing dient elk jaar een op Nederlandse fiscale wetgeving gebaseerde winst- en verliesrekening te worden overgelegd. Bij de conserverende aanslag dient elk jaar te worden aangegeven of het ab is vervreemd.

-Mogelijkheid tot betaling in tien jaarlijkse termijnen: Conserverende aanslag niet, exitheffing wel. Bovenstaande voorwaarden worden deels opgelegd door het EU-recht. Mijns inziens zou het wenselijk zijn om deze kenmerken op elkaar te laten aansluiten om de verschillen tussen beide type ondernemers te verkleinen. In de volgende paragraaf zal ik ingaan op het feit hoe de voorwaarden dan vorm gegeven zouden dienen te worden.

#### *Verskil in gehanteerde vestigingsplaatsficties bij immigratie en emigratie*

In eerdere hoofdstukken heb ik mijn kritiek geuit op de vestigingsplaatsfictie van art. 4.35 Wet IB 2001. In hoofdstuk 5 heb ik kenbaar gemaakt wat voor onrechtvaardige situaties art. 4.35 Wet IB 2001 kan veroorzaken. Mijns inziens kan voor deze vestigingsplaatsfictie beter worden aangesloten bij de vestigingsplaatsfictie voor de buitenlandse belastingplicht. Indien de vennootschap in dat geval vijf jaar in Nederland gevestigd was wordt de vennootschap nog geacht tien jaar in Nederland te zijn gevestigd. Bij immigratie zou in dat geval de uitzondering van art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 van toepassing zijn. Op deze manier wordt beter aangesloten bij de vestigingsplaatsfictie van de buitenlandse belastingplicht, dan de vestigingsplaatsfictie zoals deze nu wordt gehanteerd in art. 4.35 Wet IB 2001.

#### **6.4.2 Aanbevelingen**

In deze deelparagraaf worden aanbevelingen gedaan om enerzijds de (ongerechtvaardigde) verschillen te verkleinen en anderzijds de fiscale systematiek te verbeteren. Hierbij heb ik een splitsing gemaakt tussen minder vergaande aanbevelingen die direct doorgevoerd zouden kunnen worden en lange termijn aanbevelingen, waarbij de heffingssystematiek fors wordt gewijzigd of waarbij het langer duurt voordat de aanbeveling kan worden gerealiseerd.

##### Korte termijn aanbevelingen:

##### *Opnemen bepaling verkrijgingsprijs voor buitenlands belastingplichtige bij immigratie onderneming*

Het lijkt erop dat de wetgever vergeten is om een bepaling op te nemen ingeval de vennootschap verplaatst naar Nederland, waarbij de ab-houder in het buitenland blijft wonen. Logisch zou zijn om op het moment van verplaatsing van de vennootschap het ab te waarderen op de waarde in het economische verkeer. Echter is er in zijn geheel geen bepaling opgenomen in afdeling 7.3 Wet IB 2001 die dit bewerkstelligt, waardoor men normaliter terug zou vallen op de historische kostprijs.

Naar mijn mening zou daarom ook een bepaling in bijvoorbeeld art. 7.6 Wet IB 2001 moeten worden opgenomen die de verkrijgingsprijs stelt op de waarde in het economische verkeer, waarbij eventueel kan worden aangesloten bij art. 4.23 Wet IB 2001 of art. 4.25 Wet IB 2001. In art. 4.23 Wet IB 2001 wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de waarde in het economische verkeer bij het ontstaan van het ab na een verkrijging. Art. 4.25 Wet IB 2001 bepaalt de verkrijgingsprijs bij het ontstaan van binnenlandse belastingplicht. Het ontstaan van buitenlandse belastingplicht als gevolg van immigratie van de vennootschap zou hier aldus bij kunnen aansluiten.

#### *Afschaffen vestigingsplaatsfictie art. 4.35 Wet IB 2001*

In art. 4.35 Wet IB 2001 is opgenomen dat voor toepassing van onder andere de bepaling van art. 4.25 Wet IB 2001 een lichaam waarvan de oprichting heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht deze steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. In de eerdere hoofdstukken is diverse malen gewezen op de ongelijkheid die de vestigingsplaatsfictie veroorzaakt. Het kan voorkomen dat in een identieke situatie bij een immigratie van de ab-houder een verschillende verkrijgingsprijs wordt vastgesteld wat het gevolg is van het recht in welk land de vennootschap is opgericht. In een dergelijke identieke situatie zorgt dat mijns inziens voor een ongerechtvaardigd verschil. Peters pleit in haar proefschrift om aan te sluiten bij de vestigingsplaatsfictie van art. 7.5, zesde lid, Wet IB 2001.<sup>140</sup> Het zou zorgen dat de buitenlandse en binnenlandse belastingplicht meer synchroon zou lopen. Ik ben het eens met Peters en pleit dan ook voor afschaffing van art. 4.35 Wet IB 2001.

#### *Rekening houden met heffingsrecht bij bepaling verkrijgingsprijs art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001*

In art. 4.25, derde lid, Wet IB 2001 is opgenomen dat de verkrijgingsprijs van het ab niet op de waarde in het economische verkeer wordt vastgesteld indien sprake is van een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap. In dat geval wordt de verkrijgingsprijs vastgesteld op de historische kostprijs vermeerderd of verminderd met de bepalingen van art. 16 Uitv.besl IB 2001. In hoofdstuk 5 heb ik gesteld dat ik deze uitzondering logisch vind. Het is immers begrijpelijk om de claim die is ontstaan gedurende de buitenlandse belastingplicht niet op te geven bij immigratie van de ab-houder.

Hierbij vind ik echter dat tevens meegenomen dient te worden of een daadwerkelijke effectuering van deze claim mogelijk is conform de belastingverdragen. Indien de ab-houder immers nimmer in Nederland woonachtig is geweest of dermate lang weg is uit Nederland dat Nederland conform

---

<sup>140</sup> F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer, 2007, p. 422.

belastingverdragen geen heffingsrecht meer heeft ten aanzien van de buitenlandse belastingplicht,<sup>141</sup> dan wordt een heffing als gevolg van de buitenlandse belastingplicht vrijwel altijd beperkt door belastingverdragen. Mede om die reden vind ik dat Nederland bij de bepaling van de verkrijgingsprijs de periode dat er wellicht wel sprake was van buitenlandse belastingplicht, maar geen sprake was van enig heffingsrecht de verkrijgingsprijs moet worden aangepast naar de waardeinstijgingen of -dalingen die in deze periode zijn ontstaan. Het voorkomen dat Nederland deze heffingsrechten naar zich toe trekt, rechtvaardigt het feit dat ab-houders mogelijk verschillend worden behandeld door het bestaan van verschillende belastingverdragen (of ten aanzien van niet-verdragslanden).

#### *Aansluiting kenmerken van de conserverende aanslag en exitheffing*

De conserverende aanslag wordt opgelegd bij emigratie van de ab-houder en de exitheffing wordt opgelegd bij emigratie van de onderneming. De kenmerken van een conserverende aanslag en de exitheffing verschillen op een groot aantal punten. Ik vind het opvallend dat deze op zoveel punten verschillen mede gelet op het feit dat bij de invoering van de ab-regeling deze vooral werd gezien als pseudo-ondernemersregeling.<sup>142</sup> Een deel van de verschillen is te verklaren op basis van het EU-recht. Ik vind het daarmee ook opmerkelijk dat het HvJ op zoveel punten verschillend heeft geoordeeld ten aanzien van de kenmerken van beide aanslagen. Ten aanzien van de kenmerken pleit ik daarom voor het volgende:

-Oprekken naar een onbeperkte termijn ten aanzien van de conserverende aanslag.

Kwijtschelding van de conserverende aanslag doet niet recht aan het territorialiteitsbeginsel. Bij kwijtschelding zou in dat geval niet geheven worden waar de ab-claim is ontstaan en zal tevens mogelijk een non-heffing ontstaan indien het land van immigratie geen step up verleent ten aanzien van de ab-claim. Mede daarom pleit ik voor het opnemen van een onbeperkte termijn. Een eventuele invordering van de conserverende aanslag zou in dat geval wel mogelijk kunnen worden beperkt door belastingverdragen.

-Afschaffen zekerheidsstelling en invorderingsrente en het verlichten van de administratieve eis ten aanzien van de exitheffing.

Deze drie vereisten conflicteren met de kenmerken van een conserverende aanslag. De zekerheidsstelling en de huidige administratieve eisen acht ik te zware voorwaarden en werken dan

---

<sup>141</sup> Nederland heeft conform diverse belastingverdragen na een emigratie van de ab-houder slechts een beperkte termijn om te heffen over de vervreemdingswinsten. In oude belastingverdragen is dit veelal vijf jaar. In de nieuwere belastingverdragen is dit tien jaar of er wordt verwezen naar de nationale wet.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 14.*

ook belemmerend. Zeker met betrekking tot de mogelijkheden die onder andere de Invorderingsrichtlijn biedt pleit ik voor afschaffing van de zekerheidsstelling en verlichting van de administratieve eisen. Het zou bijvoorbeeld voldoende moeten zijn om de Nederlandse belastingdienst te informeren over de aanwezigheid van de vermogensbestanddelen binnen de onderneming waar de exitheffing op rust. Een volledig Nederlandse winst- en verliesrekening acht ik hierbij overbodig. De exitheffing en de conserverende aanslag verschillen bovendien ten aanzien van de invorderingsrente. Het heffen van invorderingsrente werkt mijns inziens belemmerend, omdat bij een binnenlandse verplaatsing van de onderneming geen invorderingsrente wordt geheven. Mede daarom pleit ik voor afschaffing van invorderingsrente bij exitheffingen.

-Oproep aan HvJ om geen rekening te houden met latere waardedalingen conserverende aanslag. Het rekening houden met waardedalingen druist in tegen het territorialiteitsbeginsel. Onbegrijpelijk vind ik daarom de uitspraak het HvJ van 11 maart 2004 (arrest De Lasteyrie, C-9/02, BNB 2004/258) dat Nederland rekening moet houden met latere waardedalingen ten aanzien van een opgelegde conserverende aanslag.

#### Lange termijn aanbevelingen

##### *Blijven inzetten claimbehoud in belastingverdragen ten aanzien van in Nederland ontstane ab-claims*

Het meest wenselijke systeem om de IB-ondernemer zoveel mogelijk hetzelfde te behandelen als de ab-houder zou het introduceren van een vermogensaanwasbelasting zijn ten aanzien van de waardeveranderingen van het ab.<sup>143</sup> In dat geval wordt de behaalde winst van de onderneming belast zowel op vennootschapsniveau als op ab-houdersniveau. Dit is dan te vergelijken met hoe de IB-ondernemer wordt belast voor zijn behaalde winsten. Bovendien worden in dat geval de voordelen uit ab belast waar deze opkomen. Een vermogensaanwasbelasting is echter op diverse gronden ongewenst. Te denken valt hierbij aan het liquiditeitsprobleem dat een vermogensaanwasbelasting veroorzaakt. Ter hoogte van de ab-houder wordt geheven op het moment van de vermogensaanwas van het ab, maar op dat moment is er echter nog geen sprake van liquiditeit. Dit komt pas vrij bij eventuele dividenduitkeringen of vervreemding van het ab.

Ondanks dat een vermogensaanwasbelasting geen optie is ben ik van mening dat Nederland wel moet streven naar het feit dat ab-claims zoveel mogelijk moeten worden belast waar deze ontstaan. Conform het territorialiteitsbeginsel heeft Nederland recht op uitoefening van heffing ten aanzien

---

<sup>143</sup> Bij een vermogensaanwasbelasting wordt de jaarlijkse vermogenstoename belast, waarbij het irrelevant is of deze is gerealiseerd. A.J.M. Arends, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, digitaal, par. 5.0.5.C.b.

van ab-claims die in Nederland ontstaan. In beginsel worden voordelen uit een ab echter geheven in de woonstaat van de ab-houder, ook als deze zich voor het moment van vervreemding zich heeft verplaatst naar een ander land. Nederland heeft in de nationale wet weliswaar een fictief vervreemdingsmoment ingevoerd bij emigratie, maar een daadwerkelijke invordering hoeft dit daarmee nog niet te betekenen. Daarom ben ik van mening dat Nederland zich moet blijven inzetten voor een ab-voorbehoud binnen belastingverdragen, het liefst met een onbeperkte termijn. Alleen op deze manier doet men recht aan het territorialiteitsbeginsel. Mede vanwege het feit dat dividenduitkeringen en de vervreemdingsvoordelen uit een ab communicerende vaten zijn dient dit ab-voorbehoud ook zoveel mogelijk te worden doorgetrokken in het dividendartikel van belastingverdragen. Heffing in de woonstaat zou in dat geval pas mogelijk zijn als de belasting ten aanzien van de opgebouwde ab-claim in de voormalig woonstaat is 'afbetaald'. Voorwaarde voor een dergelijke systematiek is wel dat het HvJ af moet stappen van het feit dat de voormalig woonstaat rekening moet houden met waardedalingen van het ab. Op deze manier wordt het meest recht gedaan aan het fiscale territorialiteitsbeginsel. Ondanks dat dit tegen het OESO-MV ingaat zal Nederland zoveel mogelijk moeten streven naar het opnemen van een dergelijk ab-voorbehoud in het dividend- en vermogenswinstartikel.

*Step up verlening: Europese aanpak tot verplichting step up in richtlijn of via HvJ*

Zoals ik in hoofdstuk 3 heb gesteld is het voor invoering van de hiervoor geschetste systematiek dan wel van belang dat het land van binnenkomst een step up verleent zowel ten aanzien van de vermogensbestanddelen van de onderneming als ten aanzien van het ab. Vooralsnog is slechts opgeroepen tot het verlenen van een step up, maar is dit nog geen verplichting. In hoofdstuk 3 heb ik aangegeven dat dit eventueel mogelijk kan worden via positieve of negatieve integratie. Ik pleit daarom dat de EC hier verder actie onderneemt. De verplichting voor het opnemen van een bepaling die het verplicht maakt om een step up te verlenen zou mogelijk in een richtlijn kunnen worden opgenomen. Mede gezien het feit dat de EC na de Mededeling van 2006<sup>144</sup> verder geen actie meer heeft ondernomen op het gebied van het creëren van secundaire EU-wetgeving ten aanzien van het verlenen van een step up denk ik dat de hoop gevestigd moet worden op het HvJ. Het HvJ zal lidstaten moeten verplichten tot verlening van een step up. De EC kan hierbij een leidende rol spelen door het starten van eventuele infractieprocedures.

---

<sup>144</sup> Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM (2006) 825 definitief.



## **6.5 Tot slot**

In deze scriptie is een vergelijking gemaakt ten aanzien van de emigratie en immigratie tussen de IB-ondernemer en de ab-houder en hun ondernemingen / vennootschappen. Hieruit zijn enkele aanbevelingen voortgevloeid, die mijns inziens direct toegepast kunnen worden om de wetssystematiek te verbeteren. De verschillen in heffingssystematiek tussen de IB-ondernemer en ab-houder en de verschillen in behandeling van de diverse inkomensbestanddelen in belastingverdragen zijn echter de grote, zo niet de grootste, oorzaken gebleken van de verschillen in fiscale systematiek bij emigratie en immigratie. Oplossing van dergelijke verschillen is complex en vereist een bredere aanpak, zowel ten aanzien van andere vlakken in de inkomstenbelasting als op het internationale vlak. Hiervoor heb ik tevens enkele aanbevelingen gedaan. De systematiek blijkt echter niet eenvoudig, mede gezien de hoeveelheid aan situaties gecombineerd met het nationale en internationale belastingrecht.

## Literatuurlijst

### Boeken:

- A.J.M. Arends, C. van Raad en G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2014, digitaal.
- L.A. de Blicq, P.J. van Amersfoort, J. de Blicq, E.A.G. van der Ouderaa en R.J. Koopman, *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer, 2013.
- Crawford en Freedman, *Small business taxation. A special study of the structural issues surrounding the taxation of business profits of owner managed firms*, The Institute for Fiscal Studies/Oxford University Press, 2008.
- A.C.G.A.C. De Graaf en P. Kavelaars, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer, 2013.
- M.L.M. van Kempen, *Cursus belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer, 2014, digitaal.
- F.H.M. Grapperhaus, *De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV*, Amsterdam: FED 1966.
- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en R.M. Freudenthal, *Inkomstenbelasting*, FED Fiscale Studiereserie, nr. 35, 2014.
- G.T.K. Meussen en J.E.A.M. Van Dijck, *Waarde in het economische verkeer*, FED Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2004.
- S.J. Mol-Verver, *De ondernemingswinstbelasting: een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, nr. 10, Amersfoort: Sdu 2008.
- F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer, 2007.
- S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Venootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, digitaal.
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer, 2012.

### Artikelen:

- P.G.H. Albert, 'Verdragsrechtelijke complicaties bij de intrekking van het belastinguitstel van een conserverende aanslag na emigratie', *WFR* 2004/753.
- L.L. Van Benthem, 'Commentaar artikel 3.61 Wet IB 2001 Eindafrekening', *NDFR* Deel inkomstenbelasting.
- R.P.C. Cornelisse, 'Remigratie en AB', *NTFR* 2012-362
- P.H.J. Essers, 'Rechtsvormneutraliteit', *TFO* 2011/3.
- E.J.W. Heithuis, 'Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2', *WFR* 2006/291
- E.J.W. Heithuis, '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', *TFO* 2007/147.
- 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.

- E.J.M. Jansen, 'De conserverende aanslag volledig EU-proof?', *Europese Fiscale Studies*, april 2008.
- P. Kavelaars, 'EU en directe belastingen', *NTFR* 2007/1.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613.
- M. Koerts, 'Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europees perspectief', *WFR* 2009/529.
- M.V. Lambooi, 'De exitheffing: geconserveerd of toch niet?', *NTFR Beschouwingen* 2012-11.
- M.V. Lambooi, 'Exitheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen', *NTFR Beschouwingen* 2013-3.
- F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/654.
- D.S. Smit en R.C. De Smit, 'De ondernemer in de Nederlandse inkomstenbelasting en het EU-recht', *WFR* 2010/794.
- D.E. Van Sprundel, 'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof', *WFR* 2012/914.
- A.J.A. Stevens, 'De objectvrijstelling', *NTFR Beschouwingen* 2012/4.

#### Digitale bronnen:

- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie IB 2001 (incl. TBTBU), Kluwer, digitaal.
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, Kluwer, digitaal.

#### Parlementaire stukken:

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën 24 augustus 1999, IFZ 99/427, V-N 1999/48.7.
- Besluit van 20 december 2000, houdende vaststelling van het Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001, Stb. 2000,641, V-N 2001/5.7.2.
- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën op 14 december 2011, BLKB 2011/2477M, *NTFR* 2011/2935.
  
- *Kamerstukken II* 1958/1959, 5380, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 727, nr. 3 (MvT).
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 259, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).
- *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 262, nr. 3, (MvT).
- *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 750, nr. IX, Bijlage 3 'Emigrerende aanmerkelijkbelanghouders'.

- Wet van 13 december 1996 tot wijziging van enige belastingwetten (herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang, consumptieve rente en vermogensbelasting), *Stb.* 1996,652.
- Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten (OFM 2005), *Stb.* 2004,654.
- Wet van 14 mei 2013 tot wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffingen), *Stb.* 2013,183.
- Wet van 18 december 2013 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2014), *Stb.* 2013,565.

#### Richtlijnen:

- Richtlijn 76/308/EEG van de Raad van 15 maart 1976 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen, huidig: Richtlijn 2010/24 EU van 16 maart 2010.
- Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

#### Jurisprudentie:

- Rb. Breda 8 maart 2010, AWB 09/99, V-N 2010/27.10.
- HR 9 december 1942, B. 7583.
- HR 21 juni 1946, B.8137.
- HR 28 januari 1948, B.8454.
- HR 7 oktober 1981, 20.733, *BNB* 1981/299.
- HR 28 september 1983, nr. 21 851, *BNB* 1984/72.
- HR 11 juli 1990, nr. 25 579, *BNB* 1990/290.
- HR 25 oktober 1995, 35 688, *BNB* 1999/189.
- HR 11 november 1998, 32 883, *BNB* 1999/52.
- HR 5 september 2003, 37 670, *NTR* 2003/1512.
- HR 20 februari 2009, 42 701, 43 760 en 07/12314, *BNB* 2009/260-262.
- HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, *BNB* 2010/213.
- HR 15 april 2011, 10/00990, *BNB* 2011/160.
- HR 27 april 2012, nr. 11/033880, *BNB* 2012/286.

- HR 27 september 2013, 12/00189, *BNB* 2014/16.
- HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95, *FED* 1998/365 (Futura).
- HvJ 11 maart 2004, C-9/02, *BNB* 2004/258 (Lasteyrie du Saillant).
- HvJ 7 september 2006, C-470/04, *BNB* 2007/22 (N).
- HvJ 29 november 2011, C-371/10, *BNB* 2012/40 (National Grid Indus).
- HvJ 28 juni 2012, C-38/10, *V-N* 2012/47.11 (Commissie vs. Portugal).
- HvJ 12 juli 2012, C-269/09, *V-N* 2012/37.31.5 (Commissie vs. Spanje).
- HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11, *V-N* 2013/9.9 (Commissie vs. Nederland).

Overig:

- CBS Statline, 'Migratie; land van herkomst / vestiging, geboorteland en geslacht,' 2011.
- HMRC, Company Taxation Manual, para. 34080.
- Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exithellingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM (2006) 825 definitief.
- Persbericht Europese Commissie 18 maart 2010, IP/10/299.
- Raad van de Europese Unie, Resolutie van 2 december 2008 betreffende coördinatie inzake exithellingen, 2008C 323/01.