

**Erasmus School of Economics**

**Masterscriptie**

## **Emigratieheffingen in de winstsfeer**

*Op naar een gecoördineerde aanpak?*

Naam: I.W.G. Lemmens

Studentnummer: 313144

Begeleider: Mr. D.E. van Sprundel

Rotterdam, 18 december 2014

## Voorwoord

Voor u ligt het werk dat de afronding vormt van mijn studie Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Dat werk, een masterscriptie, is voor elke student een uitdaging. Hoewel vele afgestudeerden er met een positief gevoel op terugkijken is de vooruitblik op het moeten gaan schrijven van een scriptie vaak bijna tegenovergesteld.

Ik stond daar anders in en kon niet wachten om te beginnen, ik verheugde me erop. En jeetje, wat liep dat anders dan voorzien. In plaats van een gevecht met de materie waar ik naar had uitgekeken werd het een gevecht met de omstandigheden. Daardoor heeft het veel langer geduurd dan bedoeld. Daar ben ik – kritisch als ik op mezelf ben – allesbehalve trots op. Maar het zij zo. Ik kan het niet meer veranderen.

Desalniettemin hoop ik dat ik over een tijdje met een goed gevoel kan terugkijken op deze periode en alle leuke momenten daarin. Ik hoop ook maar dat het gelukt is een werk af te leveren waar ik straks toch trots op kan zijn.

Aan de mensen die me hebben bijgestaan heeft het in ieder geval niet gelegen. Integendeel zelfs. Een paar woorden van dank zijn meer dan gepast.

Allereerst mijn scriptiebegeleider, dhr. Van Sprundel. Dick, je hebt me perfect aangevoeld. Ik zal nooit vergeten hoe je op een bepaald moment de bedoeling concrete afspraken te maken opzij schoof “omdat iets anders prioriteit had”. Dit soort dingen zijn voor mij net zo belangrijk geweest als je ondersteuning op inhoudelijk vlak. Ik had me geen betere begeleider kunnen wensen.

Mijn dank gaat ook uit naar dhr. De Smit, die bereid is gevonden als tegenlezer te fungeren en bij mijn afstudeerplechtigheid aanwezig te zijn. Ruud, het doornemen van dit werk vind ik een ietwat aparte vorm van dank daarvoor, vandaar deze woorden. Desondanks hoop ik dat je het geheel met plezier doorneemt.

Daarnaast zijn er talloze studiegenoten, vrienden en familieleden met wie het fijn is op te mogen trekken. Ook hen ben ik dank verschuldigd. Ik wil daarbij Nadine in het bijzonder benoemen.

Onvoorwaardelijk is de steun geweest die ik van mijn ouders en zusje heb mogen ontvangen. Papa, mama, bedankt daarvoor, het is altijd fijn ‘thuis komen’ bij jullie. Simone, we hebben volgens de buitenwereld soms een haat-liefdeverhouding, maar wij weten wel beter.

Tot slot mijn vriendin, de liefde van mijn leven. Mascha, *we'll fight to win!*

Ivo Wilhelmus Gerardus Lemmens

Rotterdam, 18 december 2014

## Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen.....	6
Hoofdstuk 1: Introductie onderzoek.....	8
1.1    Achtergrond en onderwerp van het onderzoek .....	8
1.2    Onderzoeksvraag en opbouw van het onderzoek .....	9
1.3    Reikwijdte van het onderzoek .....	10
Hoofdstuk 2: Emigratieheffingen in het Nederlandse belastingrecht .....	11
2.1    Inleiding.....	11
2.2    Achtergrond, doel en ontstaan van de eindafrekeningsbepalingen .....	12
2.2.1    Totaalwinst: het centrale begrip in de ‘winst uit onderneming’ .....	12
2.2.2    Jaarwinst .....	13
2.2.3    De interactie tussen de totaalwinst en de jaarwinst .....	13
2.2.4    Het doel van de eindafrekeningsbepalingen: een manifestatie van totaalwinst .....	15
2.2.5    Tegengaan belastingontwijking: een (bijkomend) doel? .....	16
2.2.6    Verloren gaan heffingsbevoegdheid: nationaal of internationaal? .....	17
2.2.7    Van algemene bepaling naar maatwerk .....	19
2.3    Het belastingsubject .....	21
2.3.1    De subjectieve belastingplicht in de inkomstenbelasting.....	22
2.3.2    De subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting .....	24
2.3.3    De vaste inrichting .....	27
2.4    Het belastingobject en de eindafrekeningsbepalingen .....	31
2.4.1    Emigratieheffing: het overhevelen van vermogensbestanddelen.....	33
2.4.2    Eindafrekening .....	35
2.4.3    Het stakingsbegrip en de invloed hiervan op de eindafrekeningsbepalingen.....	36
2.5    Enkele aspecten met betrekking tot de invordering .....	37
2.5.1    Vergelijking met de emigratieheffing voor de aanmerkelijk belanghouder .....	37
2.5.2    Ingrepen naar aanleiding van jurisprudentie.....	38
2.6    Samenvatting en conclusie .....	40
Hoofdstuk 3: Emigratieheffingen en het internationale belastingrecht.....	42
3.1    Inleiding.....	42
3.2    Internationaal dubbele belasting en belastingverdragen.....	42
3.2.1    Dubbele belasting en het verlichten daarvan .....	43

3.2.2	De interpretatie van verdragen .....	43
3.3	Toepassing van het OESO-modelverdrag op emigratieheffingen.....	44
3.3.1	De verdeling van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van ondernemingswinsten ....	45
3.3.2	De verdeling van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van vermogenswinsten .....	47
3.4	Jurisprudentie inzake het toerekeningsvraagstuk.....	48
3.5	Ondermijning van de belastingverdragen? Treaty override?.....	54
3.6	Samenvatting en conclusie .....	55
Hoofdstuk 4: Emigratieheffingen en het Europese belastingrecht .....		57
4.1	Inleiding.....	57
4.2	De EU, het EU-recht en de plaats daarin van belastingen .....	58
4.2.1	Achtergrond en doelen Europese Unie.....	58
4.2.2	De bevoegdheden van de EU.....	58
4.2.3	Harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten: positieve en negatieve integratie..	59
4.2.4	Positieve integratie met betrekking tot emigratieheffingen .....	60
4.3	Basisbeginselen rechtspraak Hof van Justitie .....	61
4.3.1	Internationaal belastingrecht en Europees belastingrecht botsen .....	61
4.3.2	Conceptueel raamwerk rechtspraak Hof van Justitie .....	63
4.4	Toegang tot de vrijheid van vestiging .....	68
4.4.1	Emigratieheffingen vallen onder de vrijheid van vestiging.....	68
4.4.2	Zetelverplaatsing van vennootschappen en toegang tot de vrijheid van vestiging .....	69
4.5	Hof van Justitie toetst emigratieheffingen in de persoonlijke sfeer.....	75
4.6	Hof van Justitie buigt zich over emigratieheffingen in de winstsfeer.....	79
4.6.1	Het arrest National Grid Indus: het doorbraakarrest .....	79
4.6.2	Diverse inbreukprocedures: (n)iets nieuws onder de zon? .....	82
4.6.3	Nadere jurisprudentie: nuanceringen over zekerheidstelling en renteberekening .....	85
4.7	Beschouwing jurisprudentie .....	87
4.7.1	De stand van zaken bij emigratieheffingen van vennootschappen.....	87
4.7.2	Vennootschappen en natuurlijke personen: verschillend, maar ook weer niet.....	92
4.8	Samenvatting en conclusie .....	94
Hoofdstuk 5: Toetsingskader .....		96
5.1	Inleiding.....	96
5.2	Manier van toetsen.....	96
5.3	Fiscaalrechtelijke randvoorwaarden.....	97
5.3.1	Randvoorwaarden nationaal fiscaal recht .....	97

5.3.2	Randvoorwaarden internationaal fiscaal recht .....	98
5.3.3	Randvoorwaarden Europees fiscaal recht .....	98
5.4	Praktische aspecten .....	101
5.4.1	Haalbaarheid .....	101
5.4.2	Uitvoerbaarheid en eenvoud .....	102
5.5	Samenvatting en conclusie .....	103
Hoofdstuk 6: De huidige emigratieheffingen .....		104
6.1	Inleiding .....	104
6.2	De Nederlandse uitstelfaciliteiten .....	104
6.2.1	Uitstel tot het moment van realisatie .....	104
6.2.2	Betaling in tien jaarlijkse termijnen .....	105
6.3	Uitstelfaciliteiten in andere lidstaten .....	106
6.3.1	De Zweedse uitstelfaciliteit .....	107
6.3.2	De Oostenrijkse uitstelfaciliteit .....	108
6.4	Uitstel-van-betalings-faciliteit 2.0 .....	109
6.5	Samenvatting en conclusie .....	110
Hoofdstuk 7: Alternatieven voor emigratieheffingen .....		112
7.1	Inleiding .....	112
7.2	Het leerstuk van compartimentering .....	113
7.3	Handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims .....	117
7.4	Koppeling tussen belastingbetaling en belastingvoordelen .....	119
7.5	Emigratieheffingen nieuwe stijl .....	123
7.6	Samenvatting en conclusie .....	125
Hoofdstuk 8 Samenvatting en conclusie .....		127
Bijlagen .....		130
Literatuurlijst .....		132

## Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art.	Artikel
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
B.	Belastingrechtspraak
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BRCN	Belastingregeling Curaçao Nederland
BRK	Belastingregeling van het Koninkrijk
BRN	Belastingregeling voor het land Nederland
BV	Besloten vennootschap
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele Belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
EVA	Europese vrijhandelsassociatie
FED	Fiscaal weekblad FED
FM	Fiscale Monografieën
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IW 1990	Invorderingswet 1990
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
jo.	Juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
LGO's	Landen en gebieden overzee
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen

NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NTFR-B	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht Beschouwingen
nr.	Nummer
NV	Naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OVR	Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid
r.o.	Rechtsoverweging
SE	Societas Europaea
SCE	Societas Cooperative Europaea
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Trb.	Traktatenblad
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
Uitv.besl.	Uitvoeringsbesluit
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
v.i.-staat	Vaste inrichtingsstaat
VEU	Verdrag inzake de Europese Unie
VvW	Verdrag van Wenen
VwEU	Verdrag inzake de werking van de Europese Unie
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

# Hoofdstuk 1: Introductie onderzoek

## 1.1 Achtergrond en onderwerp van het onderzoek

Ondernemingen die hun activiteiten vanuit Nederland verplaatsen naar het buitenland worden geconfronteerd met een acute belastingheffing over de aanwezige meerwaarden in de daarbij betrokken vermogensbestanddelen, voor zover deze na de verplaatsing buiten het Nederlandse heffingsbereik vallen. Een dergelijke emigratieheffing<sup>1</sup> in de winstsfeer is bedoeld om de belastingclaim veilig te stellen, want in het buitenland gevestigde ondernemingen lijken in veel gevallen namelijk niet (meer) te belasten door de Nederlandse fiscus. Staten kunnen namelijk belastingverdragen met elkaar afsluiten waarin zij afspraken maken over de toewijzing en verdeling van de heffingsbevoegdheid over bepaalde vormen van inkomen of vermogen, zodat de personen die in de twee verdragsluitende staten aan een belastingheffing worden onderworpen met betrekking tot hetzelfde inkomens- of vermogensbestanddeel hiervan (deels) worden ontlast. Het spreekt voor zich dat als een land op basis van een belastingverdrag geheel dient terug te treden bepaalde vormen van inkomen of vermogen mogelijk nimmer meer kunnen worden belast door dit land. Indien het hierbij vormen van inkomen of vermogen betreft waarover een land meent wel belasting te mogen heffen, dan zou de onwenselijke situatie ontstaan dat de bijdrage van een belastingplichtige aan de schatkist van dat land onterecht achterwege blijft.

Gevolg van de bovenstaande acute belastingheffing bij het verplaatsen van vermogensbestanddelen naar het buitenland is echter een ongelijke behandeling met de ondernemer die zijn vermogensbestanddelen wel verplaatst, maar niet tot buiten de landsgrenzen. Binnenlandse verplaatsingen leiden namelijk niet tot onmiddellijke belastingheffing. Dit soort ongelijkheden zijn in het bijzonder onwenselijk als wordt bedacht dat de – momenteel 28 – landen van de Europese Unie hebben bedoeld een interne markt tot stand te brengen waarbinnen het verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal vrij is. Het verschillend behandelen van een binnenlandse en grensoverschrijdende verplaatsing van een van voornoemde zaken betekent immers dat er van een *echte* interne markt geen sprake is, maar ten hoogste van een intern gefragmenteerde markt.

Het voorgaande houdt in dat er een bepaald spanningsveld bestaat tussen enerzijds de autonomie die de lidstaten wensen te hebben met betrekking tot de directe belastingen en anderzijds de belangen van een volkomen perfecte interne Europese markt. Evenzo is er sprake van een mogelijk spanningsveld tussen de financiële belangen van een verdragsluitende staat en de door deze staat met een belastingheffing geconfronteerde belastingplichtige.

Vragen naar de verenigbaarheid van emigratieheffingen met het Europese recht en met gesloten belastingverdragen zijn aldus begrijpelijk en terecht en hebben menigeen beziggehouden. Een partij waarop de ogen vele malen gericht zijn geweest is de rechterlijke macht, in het bijzonder het hoogste Europese rechtscollege, het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU). Uit een stroom aan uitspraken van dit college blijkt dat de lidstaten bij het vormgeven van emigratieheffingen geen absolute vrijheid hebben, maar op diverse manieren beperkt zijn. De systemen die diverse lidstaten hanteren of hanteerden bleken niet binnen de kaders te passen,

---

<sup>1</sup> In hoofdstuk 2 zal blijken dat het een samenstel van bepalingen betreft die ik samen de eindafrekeningsbepalingen noem. Ter inleiding van het onderwerp acht ik het nog niet noodzakelijk deze nuancering al te nadrukkelijk in de schijnwerpers te zetten.



zodat sprake is van voldoende stof tot nadenken over de vormgeving van de emigratieheffingen in de winstsfeer.

## **1.2 Onderzoeksvraag en opbouw van het onderzoek**

Doelstelling van dit onderzoek is het in kaart brengen van het Nederlandse belastingstelsel met betrekking tot emigratieheffingen en de vraag hoe dit past binnen de internationaal fiscaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kaders, die af te leiden zijn uit regelgeving en jurisprudentie, om zodoende te komen tot een solide oplossingsrichting voor de vormgeving van de emigratieheffingen in de winstsfeer. Deze doelstelling verwoord ik in de volgende onderzoeksvraag:

*Op welke wijze kan de wetgever de emigratieheffingen in de winstsfeer inrichten zodat maximaal recht wordt gedaan aan de randvoorwaarden die op nationaal, internationaal en Europees fiscaalrechtelijk gebied hiervoor onderscheiden kunnen worden?*

Om tot een beantwoording van deze vraag te kunnen komen is uiteraard van belang eerst uiteen te zetten welke randvoorwaarden voor de vormgeving van emigratieheffingen in de winstsfeer uit nationaal, internationaal en Europees fiscaal gedestilleerd kunnen worden – in het bijzonder uit regelgeving en jurisprudentie. Aan elk van deze gebieden besteed ik een hoofdstuk. In hoofdstuk 2 is aandacht voor de achtergrond, het doel en het ontstaan van de Nederlandse emigratieheffingen in de winstsfeer. Ook komt de systematiek ervan aan bod, net als enkele invorderingskwesaties. Hoofdstuk 3 staat in het teken van het internationale belastingrecht en de rol die belastingverdragen hierin hebben. Zodoende kan worden nagegaan of de belastingverdragen Nederland inderdaad dwingen tot terugtreden met de belastingheffing over de bij de emigratieheffingen betrokken inkomensbestanddelen. Bijzondere aandacht hierbij gaat uit naar een door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) opgesteld modelverdrag (hierna: OESO-modelverdrag). Daarnaast biedt deze analyse mogelijk inzichten die niet beperken, maar juist mogelijkheden bieden bij het vormgeven van emigratieheffingen. In hoofdstuk 4 komt de Europeesrechtelijke dimensie van de emigratieheffingen aan bod, waarbij veel aandacht uit zal gaan naar de stroom van rechtspraak van het HvJ EU en de eisen die dit rechtscollege stelt aan emigratieheffingen. Met voorgaande in het achterhoofd stel ik in hoofdstuk 5 een toetsingskader op. Hierin zullen de randvoorwaarden die uit de hoofdstukken 2 t/m 4 volgen een belangrijke plaats innemen. Ook is plaats voor enkele praktische voorwaarden, met name met als doel te komen tot een oplossing die niet alleen binnen de kaders past, maar eveneens haalbaar en werkbaar is. Het spreekt bijna voor zich dat als slechts kleine aanpassingen noodzakelijk blijken om recht te doen aan de gestelde randvoorwaarden dit een aantrekkelijk idee is. In hoofdstuk 6 onderzoek ik of mogelijk is binnen de huidige Nederlandse systematiek verbeteringen aan te brengen. Toch wil ik het daar niet bij laten, zo wil ik duidelijke maken met term ‘maximaal’ in de hoofdvraag. In hoofdstuk 7 ga ik namelijk op zoek naar een alternatief *systeem* voor de huidige Nederlandse vormgeving van de emigratieheffingen in de winstsfeer. Een alternatief systeem zal vermoedelijk lastiger te implementeren blijken, bijvoorbeeld omdat daarvoor extra onderzoek nodig is of het een oplossing betreft waarvoor coördinatie tussen (belasting)verdragspartners of EU-lidstaten gewenst of zelfs vereist is. Dit gevolg accepteer ik. Echter, blijkt het alternatieve systeem te prefereren boven het thans geldende Nederlandse stelsel – al dan niet met de aanpassingen uit hoofdstuk 6 – dan kan dit laatste slechts kan worden gezien als tussenoplossing. Er dient dan gestreefd te worden naar introductie van het in hoofdstuk 7 gevonden alternatieve systeem. Een samenvatting van de

hoofdpunten en een beantwoording van de hoofdvraag vormen samen de afronding van dit onderzoek in hoofdstuk 8.

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

Centraal staan de emigratieheffingen in de winstsfeer, waarmee ik bedoel de systematiek die thans in de inkomsten- en vennootschapsbelasting geldt voor de emigratieheffingen. Lange tijd werd bij gebrek aan arresten van het HvJ EU die direct op deze emigratieheffingen betrekking hebben aansluiting gezocht bij rechtspraak met betrekking tot andere emigratieheffingen, voornamelijk de emigratieheffing bij de particuliere eigenaars van aandelenpakketten in vennootschappen, in Nederland het zogenaamde aanmerkelijk belang. Deze aansluiting hoeft nu er een stroom van rechtspraak op gang is gekomen die direct ziet op de emigratieheffingen in de winstsfeer niet meer te worden gezocht, zodat er slechts beperkt aandacht is voor de andere emigratieheffingen.

Kenmerk van belastingverdragen is dat deze tussen twee landen worden afgesloten, zodat wereldwijd grote aantallen van steeds verschillende – op hoofdpunten of in de details – belastingverdragen kunnen voorkomen. Nederland heeft ondertussen ruim 90 belastingverdragen afgesloten, de verdragen met betrekking tot het verstrekken van informatie en met betrekking tot andere punten dan inkomen en vermogen, bijvoorbeeld het successierecht, daarbij niet eens meegeteld. Om deze reden kies ik bij de bespreking van de emigratieheffingen in internationaal verband voor een analyse van het OESO-modelverdrag. Het grote succes dat dit modelverdrag heeft door de basis te vormen van vele specifieke belastingverdragen is hiervoor voldoende reden.

Centraal in dit onderzoek staat de Nederlandse systematiek, zodat buitenlandse emigratieheffingen slechts aan de orde komen als hiervoor de noodzaak bestaat omdat een arrest van het HvJ EU ziet op dit specifieke buitenlandse systeem en dan alleen indien en voor zover dit relevant is voor de beantwoording van de probleemstelling. Voorts zijn in buitenlandse systemen mogelijk oplossingsrichtingen te herkennen.

Tot slot is van belang te constateren dat ingeval van grensoverschrijdende reorganisatie door middel van bijvoorbeeld fusies of splitsingen van ondernemingen eveneens een emigratieheffing aan de orde kan komen. In de Nederlandse systematiek zijn ook hiervoor regels gesteld in de inkomsten- en vennootschapsbelasting en het verbaast dan ook niet dat in de systematiek daarvan parallellen zijn te vinden met de emigratieheffingen in de winstsfeer. Gevolg van deze gelijkenissen is dat de systematiek in dit onderzoek als beste wordt bestempeld ook zou moeten gaan gelden voor de bedoelde handelingen. Hiervoor is meer onderzoek nodig, zodat ik dit punt verder laat rusten.

## Hoofdstuk 2: Emigratieheffingen in het Nederlandse belastingrecht

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk vindt een fiscaalrechtelijke analyse plaats van de bepalingen<sup>2</sup> waarmee een belastingplichtige ondernemer of belastingplichtig lichaam te maken krijgt bij het verplaatsen van de bedrijfsactiviteiten naar het buitenland. Tezamen strekken deze bepalingen er in essentie toe alle door een onderneming in Nederland behaalde winst in de belastingheffing te betrekken. Deze bepalingen voorzien daarmee in genoemde gevallen in het sluitstuk van het bepalen van de zogenaamde winst uit onderneming. Met andere woorden, deze bepalingen completeren de verzameling wetsartikelen die dienen ter bepaling van het object van heffing.

De emigratieheffingen van art. 3.60 Wet IB 2001 en 15c Wet Vpb 1969 regelen dit in het geval van het overbrengen van bestanddelen van het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming, dan wel een zelfstandig gedeelte van een onderneming, naar een buiten Nederland gedreven onderneming, terwijl gelijktijdig daarmee of daarna de ondernemer of het lichaam niet meer als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. De eindafrekeningen van art. 3.61 Wet IB 2001 en 15d Wet Vpb 1969 vormen als het ware een vangnetbepaling voor alle voordelen die niet reeds uit andere hoofde in de belastingheffing zijn betrokken ingeval de belastingplichtige ophoudt in Nederland (belastbare) winst te genieten. In het bijzonder valt hierbij te denken aan stille reserves, daaronder begrepen goodwill, en fiscale reserves. Een voorbeeld van een geval waarin uit andere hoofde tot belastingheffing wordt overgegaan is het zogenaamde staken van een onderneming. Kort gezegd behoren – op de een of andere manier – alle voordelen die met de uitoefening van ondernemingsactiviteiten worden behaald in de belastingheffing te worden betrokken. Dit zogenoemde totaalwinstbeginsel komt uiteraard aan de orde en zal van groot belang blijken.

Doel van dit hoofdstuk is het uitwerken van de nationale fiscaalrechtelijke kaders waarbinnen de emigratieheffingen in de winstsfeer zich afspelen. Een bespreking van de thans geldende bepalingen is uiteraard onontbeerlijk, niet alleen omdat dit – vooralsnog? – de realiteit van alledag is, maar eveneens vanwege het feit dat hiermee op concrete wijze inzichtelijk kan worden gemaakt wat het speelveld is waarop de wetgever zich bevindt.

Ik vang aan met een uiteenzetting van de achtergrond, doelstelling en het ontstaan van de eindafrekeningsbepalingen. Daarna wordt aangegeven welke personen in de belastingheffing worden betrokken, in het bijzonder met betrekking tot de emigratieheffingen. Vervolgens komt de techniek van de emigratieheffing en de eindafrekening aan bod. Hierna komen kort aan de orde enkele aspecten met betrekking tot de invordering van de belastingschuld. Afgesloten wordt met een conclusie.

---

<sup>2</sup> Reeds hier is omwille van een eenduidige terminologie de plaats om enkele zaken te definiëren. Onder ‘eindafrekeningsbepalingen’ versta ik art. 3.60 en 3.61 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) alsmede art. 15c en 15d Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet Vpb 1969). Waar ik van ‘emigratieheffing’ of ‘partiële eindafrekening’ spreek doel ik op art. 3.60 Wet IB 2001 en/of art. 15c Wet Vpb 1969. Onder ‘eindafrekening’ versta ik art. 3.61 Wet IB 2001 en/of art. 15d Wet Vpb 1969.

## 2.2 Achtergrond, doel en ontstaan van de eindafrekeningsbepalingen

Het Nederlandse fiscale stelsel kent als twee belangrijkste belastingen waarin de ‘winst uit onderneming’ wordt belast de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.<sup>3</sup> De juridische toestand van degene die winst uit onderneming geniet, is hierin de onderscheidende factor: De belastingheffing van natuurlijke personen, welke belast worden volgens de regels in de Wet IB 2001<sup>4</sup>, wordt onderscheiden van de belastingheffing van lichamen, geregeld in de Wet Vpb 1969.

Bij het bepalen van deze winst uit onderneming komen twee naast elkaar functionerende winstbegrippen aan de orde. Allereerst de ‘totaalwinst’, welke in art. 3.8 Wet IB 2001 is omschreven. Daarnaast is er de ‘jaarwinst’, waarvoor de basis in art. 3.25 Wet IB 2001 is gelegd. Reeds op deze plek is het nuttig te constateren dat het onderwerp van de belastingheffing in de vennootschapsbelasting op dezelfde beginselen gestoeld is. Beide winstbegrippen zijn ingevolge de zogenaamde schakelbepaling van art. 8 Wet Vpb 1969 namelijk van overeenkomstige toepassing in de vennootschapsbelasting. Slechts uit het verschil in wezen tussen de subjecten in de Wet Vpb 1969 en natuurlijke personen kan het tegendeel voortvloeien.<sup>5</sup>

### 2.2.1 Totaalwinst: het centrale begrip in de ‘winst uit onderneming’

De totaalwinst wordt door art. 3.8 Wet IB 2001 omschreven als “het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”. Impliciet ligt in deze definitie een temporele component besloten: de totaalwinst heeft betrekking op de gehele bestaansperiode van de onderneming, dan wel de periode waarin de onderneming onder de Nederlandse heffingsjurisdictie valt. Nagekomen baten en lasten die toerekenbaar zijn aan de reeds gestaakte bedrijfsvoering worden in beginsel eveneens daaraan toegerekend.<sup>6 7 8</sup> Het totaalwinstbegrip strekt zich uit tot al hetgeen – in euro’s<sup>9</sup> – door het drijven van een onderneming<sup>10</sup> wordt genoten boven op het gestorte startkapitaal. De totaalwinst bestaat in mathematische zin aldus uit het eindvermogen minus het beginvermogen, verminderd met de (privé)stortingen en vermeerderd met de (privé)onttrekkingen.

Het onderscheid tussen vermogensbestanddelen welke wel en welke niet tot het ondernemingsvermogen behoren, wordt bijgevolg door het totaalwinstbegrip beheerst. In beginsel

---

<sup>3</sup> Minder tot de verbeelding zal spreken het staatswinsttaandeel dat wordt geheven krachtens de Mijnbouwwet.

<sup>4</sup> De winst uit onderneming is geregeld in afdeling 3.2 van de Wet IB 2001.

<sup>5</sup> Art. 8, tweede lid, letter c Wet Vpb 1969.

<sup>6</sup> Zie voor een voorbeeld van nagekomen baten bijvoorbeeld HR 26 juni 1957, nr. 13 219, BNB 1957/268; HR 21 oktober 1959, nr. 14 034, BNB 1959/358 en HR 5 december 1990, nr. 26 844, BNB 1991/28.

<sup>7</sup> Van nagekomen lasten was sprake in bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 31 januari 1990, nr. 494/89, BNB 1991/157 en Hof 's-Gravenhage 31 december 1993, nr. 93/1555, FED 1994/181.

<sup>8</sup> Vorderingen op een ondernemingsdebiteur gaan – bij een belastingplichtige in de inkomstenbelasting – verplicht over naar het privévermogen van de (voormalig) ondernemer. Dit lijdt echter uitzondering indien de grootte of het beloop van een dergelijke vordering op het stakingsmoment nog onzeker is. Zie bijvoorbeeld HR 28 oktober 1959, nr. 14 047, BNB 1959/374.

<sup>9</sup> Uitzondering op de regel dat het belastbare bedrag in euro’s dient te worden berekend is de situatie waarin het vennootschapsbelastingplichtige lichaam ex. art. 7, vijfde lid Wet Vpb 1969 een beschikking functionele valuta heeft aangevraagd en ontvangen.

<sup>10</sup> Transacties in de persoonlijke sfeer bij een IB-ondernemer en de kapitaal- dan wel deelnemingsfeer bij lichamen zijn dus van belastingheffing uitgesloten.

is de totaalwinst dus een objectieve grootheid.<sup>11</sup> Ook in de vennootschapsbelasting speelt de vermogensetikettering een rol, zij het niet met betrekking tot de lichamen die onbeperkt belastingplichtig zijn<sup>12</sup>, doch wel voor de beperkt belastingplichtige lichamen<sup>13</sup> en in grensoverschrijdende gevallen in de relaties tussen hoofdhuis en vaste inrichting.

### 2.2.2 Jaarwinst

Eenmaal geconstateerd dat de inkomsten – daaronder begrepen negatieve inkomsten<sup>14</sup> – uit een vermogensbestanddeel tot de totaalwinst behoren, moeten deze aan een fiscaal jaar worden toegerekend alvorens aan heffing kan worden toegekomen. Het jaarwinstbegrip van art. 3.25 Wet IB 2001 bepaalt dat de onderverdeling van de totaalwinst aan de diverse fiscale jaren waarin sprake is van belastingplicht dient te geschieden op basis van goed koopmansgebruik. Een stelsel dat is gebaseerd op de beginselen van de bedrijfseconomie dient gehanteerd te worden, uitgezonderd in gevallen waarin dit zou leiden tot strijd met enig voorschrift of een algemeen beginsel van de belastingwetgeving.<sup>15</sup> De belastingplichtige heeft derhalve enige beoordelingsvrijheid. Deze beoordelingsvrijheid reikt echter niet zo ver dat te pas en te onpas mag worden gewisseld tussen het gekozen stelsel van winstbepaling, ook al zijn meerdere stelsels toegestaan. Deze bestendige gedragslijn kan slechts worden gewijzigd indien dit door het goed koopmansgebruik is gerechtvaardigd.

### 2.2.3 De interactie tussen de totaalwinst en de jaarwinst

Dat de totaalwinst en jaarwinst naast elkaar functioneren impliceert al een bijzondere interactie tussen beide winstbegrippen. In essentie komt deze erop neer dat de totaalwinst het begrip is waarmee wordt omschreven *wat* tot de winst uit onderneming behoort, terwijl met het jaarwinstbegrip de bestanddelen hiervan over de jaren dat sprake is van belastingplicht worden *verdeeld*, met eerbied voor goed koopmansgebruik en met inachtneming van een bestendige gedragslijn.

Deze wisselwerking ondersteunt de, op het eerste gezicht wellicht logische, stelling dat de totaalwinst per definitie gelijk is aan de som der jaarwinsten allerminst.<sup>16</sup> Bij een beperking van de verliesverrekening komt een gedeelte van de totaalwinst – dat is immers een algebraïsch begrip, zodat ook een verlies onderdeel is van de totaalwinst – bijvoorbeeld niet tot uitdrukking in enige jaarwinst. Daarnaast hebben fouten bij het bepalen van de jaarwinst, die niet meer gecorrigeerd kunnen worden met behulp van het leerstuk van de foutenleer<sup>17</sup>, eveneens hun invloed.

---

<sup>11</sup> Dit is mijns inziens slechts anders in het geval van het zogenaamde keuzevermogen; de vermogensbestanddelen waarvan de ondernemer, de grenzen der redelijkheid in acht nemend, zelf kan bepalen of deze tot zijn ondernemings- dan wel privévermogen behoren, zie HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272.

<sup>12</sup> De in art. 2, eerste lid, letters a, b, c en d Wet Vpb 1969 genoemde lichamen worden krachtens art. 2, vijfde lid geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven.

<sup>13</sup> Art. 2, eerste lid, letters e en f Wet Vpb 1969.

<sup>14</sup> Het winstbegrip is aan te merken als een algebraïsch begrip.

<sup>15</sup> HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208.

<sup>16</sup> Deze constatering moet bij de (beginnend) fiscaal student over het algemeen een tijdje bezinken, alvorens deze wordt doorgrond.

<sup>17</sup> Voor een uitgebreide beschouwing verwijs ik naar A.O. Lubbers, *Foutenleer*, FM nr. 95, Kluwer Deventer 2000 en A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, 'Confrontatie tussen de totaalwinst en jaarwinst', WFR 2007/1007.

### ***Stille reserves en goodwill***

Meer in het bijzonder van toepassing in het kader van de eindafrekeningsbepalingen is het volgende. De totaalwinst wordt berekend op basis van de waarde in het economische verkeer, terwijl voor de jaarwinst wordt uitgegaan van een bepaalde boekwaarde (welke over het algemeen gebaseerd is op de historische kostprijs). Door deze discrepantie blijven bepaalde waardeontwikkelingen vooralsnog buiten de belastingheffing – als bevinden deze zich in het luchtledige – zodat fiscaaltechnisch gezien sprake is van, al dan niet negatieve, stille reserves.<sup>18</sup> Hierbij kan worden gedacht aan discrepanties veroorzaakt door het (van de historische kostprijs) afschrijven op bedrijfsmiddelen, het waarderen van voorraden volgens het ijzerenvoorraadstelsel, of nog niet gerealiseerde waardeinstijgingen van bedrijfsmiddelen en voorraden.

Een bijzondere vorm van een stille reserve is de goodwill die bij het drijven van een onderneming kan ontstaan, waarmee over het algemeen tot uitdrukking wordt gebracht de gekapitaliseerde waarde van de in de toekomst te verwachten overwinsten. De goodwill is aldus geen stille reserve die betrekking heeft op een bepaald activum, maar op de gehele onderneming of een zelfstandig deel daarvan. De Hoge Raad heeft het bestaan van goodwill voor de fiscale winstbepaling geaccepteerd en conform het bovenstaande gedefinieerd.<sup>19</sup> Een andere vorm van stille reserves waaraan te denken valt, zijn de stille reserves aanwezig op de passiva van de fiscale vermogensopstelling. Hiervan is sprake indien verplichtingen te hoog zijn gewaardeerd, of achteraf bezien niet gepassiveerd konden en/of hoefden te worden.

### ***Fiscale reserves***

In bepaalde gevallen accepteert de wetgever dat ten laste van de belastbare winst een aantal fiscale reserves kunnen worden gevormd. De belangrijkste fiscale reserves in de inkomstenbelasting zijn de volgende. Allereerst is er de egaliseringsreserve<sup>20</sup>, welke ertoe strekt kosten en lasten evenredig over een aantal jaren te verdelen, terwijl de uitgave hiervoor pas in een later jaar hoeft te worden gedaan. Te denken valt hierbij aan groot onderhoud aan onroerende zaken, dat bijvoorbeeld elke vijf of tien jaar plaatsvindt. De herinvesteringsreserve<sup>21</sup> biedt de mogelijkheid om boekwinst die wordt behaald bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel, in plaats van deze tot het resultaat te rekenen, te verminderen op de boekwaarde van een nieuw aan te schaffen bedrijfsmiddel. Om de ondernemer tegemoet te komen voor het feit dat geen pensioen kan worden opgebouwd is er de mogelijkheid een zogenaamde oudedagsreserve<sup>22</sup> op te bouwen. Tot slot kan bij de zogenaamde terugkeer uit een BV, waarbij wordt gebruikgemaakt van de faciliteit van art. 14c Wet Vpb 1969, een zogenaamde terugkeerreserve<sup>23</sup> ontstaan.

Ten aanzien van de twee eerstgenoemde reserves, de egaliseringsreserve en de herinvesteringsreserve, kan nog vermeld worden het feit dat reeds op grond van goed

---

<sup>18</sup> Onder stille reserves schaar ik ook het begrip 'goodwill'.

<sup>19</sup> HR 20 mei 1953, nr. 11 031, BNB 1953/190.

<sup>20</sup> Art. 3.53, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001.

<sup>21</sup> Art. 3.53, eerste lid, onderdeel b jo. art. 3.54 Wet IB 2001

<sup>22</sup> Art. 3.53, eerste lid, onderdeel c Wet IB 2001 jo art. 3.67 t/m 3.73 Wet IB 2001

<sup>23</sup> Art. 3.54a Wet IB 2001

koopmansgebruik een soortgelijke voorziening gevormd kan worden.<sup>24</sup> Het verbaast dan ook niet dat deze reserves qua karakter sterk doen denken een voorziening.

Ingevolge de schakelbepaling van art. 8 Wet Vpb 1969 is de vorming van de hierboven twee eerstgenoemde reserves voor belastingplichtige lichamen ook mogelijk. Het vormen van een oudedagsreserve is uiteraard niet mogelijk, daar een lichaam niet in aanmerking komt voor een pensioen of andere vorm van oudedagsvoorziening.<sup>25</sup> Een terugkeerreserve is eveneens niet aan de orde voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen, die naar hun aard niet kunnen beschikken over een dergelijke reserve omdat deze nu juist ontstaat op het moment dat niet langer sprake is van belastingplicht in de vennootschapsbelasting.<sup>26</sup> Tot slot zijn er enkele reserves die door de wetgever in het leven zijn geroepen voor de toepassing van slechts de vennootschapsbelasting.<sup>27</sup>

#### **2.2.4 Het doel van de eindafrekeningsbepalingen: een manifestatie van totaalwinst**

Hierboven is geconstateerd dat de interactie tussen het totaalwinstbegrip en het jaarwinstbegrip met zich brengt dat bestanddelen van de totaalwinst niet reeds bij het ontstaan hiervan tot heffing leiden, doch pas indien sprake is van realisatie. Dit effect is reeds bij de invoering van de Wet IB 1964 door de wetgever onderkend en als volgt toegelicht<sup>28</sup>:

“Hoezeer krachtens het beginsel van artikel 7 (IL: het winstbegrip) van het ontwerp alle voordelen verkregen uit onderneming, als winst worden belast, dit beginsel komt bij de normale jaarlijkse berekening van de winst niet ten volle tot zijn recht. Goed koopmansgebruik toch brengt mede, dat bij de jaarlijkse berekening van de winst in het oog wordt gehouden, dat de onderneming een going concern is (in dit verband met de klemtoon op het woord „going”) en dat daarom bij het vaststellen van de winst over een bepaald jaar mede aandacht wordt geschonken aan de invloed die deze berekening heeft op de winstcijfers van volgende jaren. Voor menig bestanddeel van de winst streeft men veeleer naar een redelijke verdeling daarvan over een reeks van jaren dan naar actuele nauwkeurigheid.”

Ook benoemt de wetgever de interactie tussen het totaalwinstbegrip en jaarwinstbegrip<sup>29</sup>:

“Door waardering van bepaalde activa en passiva beneden of boven de actuele waarde en door het vormen van reserves (zie bijvoorbeeld de artikelen 13 en 14 van het ontwerp) (IL: de voorlopers van art. 3.53 en 3.54 Wet IB 2001) worden verschillende winsten en verliezen

---

<sup>24</sup> Wat betreft het equivalent van de egalisatiereserve kan worden gewezen op HR 5 oktober 1955, nr. 12 401, BNB 1955/346. Met de zogenaamde ruilarresten heeft de Hoge Raad op basis van goed koopmansgebruik een soortgelijke ‘faciliteit’ in het leven geroepen, voor het eerst in HR 4 april 1951, B. 8970. Uitvoeriger hierover: R. Russo, *Herinvesteringsreserve*, Fiscale Monografieën nr. 62, Kluwer Deventer, tweede druk 2004, p. 114-119.

<sup>25</sup> Art. 8, tweede lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 sluit deze mogelijkheid uit, wellicht ten overvloede vanwege de civielrechtelijke onmogelijkheid voor lichamen om aan een pensioenregeling deel te nemen.

<sup>26</sup> Deze uitsluiting lijkt te vallen onder art. 8, tweede lid, onderdeel c wet Vpb 1969.

<sup>27</sup> Ik noem er een aantal. De bestedingsreserve die op grond van art. 12 Wet Vpb 1969 kan worden gevormd door enkele culturele of een sociaal belang behartigende instellingen. De herbeleggings- en afrondingsreserves uit art. 4 resp. 5 van het Besluit beleggingsinstellingen die kunnen worden gevormd door instellingen die voldoen aan de eisen van art. 28, tweede lid Wet Vpb 1969. De zogenaamde compartimenteringsreserve met betrekking tot deelnemingen. Laatstgenoemde reserve is gebaseerd op het nog niet in werking getreden art. 28c Wet Vpb 1969 (Kamerstukken II 2013/14, 33 713, nr. 1, 2 en 3.).

<sup>28</sup> Kamerstukken II 1958-1959 – 5380, nr. 3, p. 37.

<sup>29</sup> Kamerstukken II 1958-1959 – 5380, nr. 3, p. 37.

verschoven naar de toekomst. Zolang men daarbij blijft binnen de grenzen gesteld door goed koopmansgebruik en verwacht kan worden, dat de aldus voorlopig verborgen blijvende winsten inderdaad in de toekomst als zodanig tot uiting zullen komen, kan ook voor de belastingheffing met deze handelwijze genoeg worden genomen.”

De interactie van het totaalwinstbegrip en jaarwinstbegrip leidt aldus niet direct tot een sluitend systeem. Hiervoor is immers realisatie van beschreven stille en fiscale reserves noodzakelijk. De wetgever accepteert dit, maar aan deze ruimhartigheid zijn grenzen<sup>30</sup>:

“Zodra echter de mogelijkheid ontstaat, dat de in de onderneming geaccumuleerde verborgen winsten ook in de toekomst aan de belastingheffing zullen ontsnappen, moet krachtens bovenbedoeld beginsel ten aanzien van deze winsten een fiscale afrekening plaats hebben.”

Een afrekenmoment is volgens de wetgever aangebroken indien de (subjectieve) onderneming wordt gestaakt of de belastingplichtige in de toekomst mogelijk niet meer kan worden aangeslagen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien een verplaatsing naar het buitenland aan de orde is<sup>31</sup>:

“Dit ogenblik van afrekening zal onder meer zijn aangebroken, wanneer degene voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven, de onderneming staakt of uittreedt of wanneer niet langer vaststaat, dat hij voor de winsten of voor de volle winsten in de toekomst zal kunnen worden aangeslagen, zoals het geval kan zijn wanneer hij zich metterwoon in het buitenland vestigt of zijn onderneming daarheen verplaatst.”

Overigens constateert de wetgever eveneens dat niet in alle gevallen een speciale bepaling noodzakelijk is om de heffing veilig te stellen:

“Heeft alsdan reële overdracht of liquidatie van het ondernemingsvermogen plaats, dan is een bijzondere wettelijke voorziening die afrekening mogelijk maakt, niet nodig, daar in dit geval de verborgen winsten naar goed koopmansgebruik (...) in het betreffende jaar als winst uit de onderneming tot uiting komen. Voor andere gevallen zijn echter speciale wettelijke bepalingen onvermijdelijk (...).”

Met het opnemen van deze bepalingen in de wet, welke ertoe leiden dat bepaalde voordelen (alsnog) tot de jaarwinst worden gerekend, is de spreekwoordelijke cirkel weer rond. Er is aldus een sluitend systeem gecreëerd, behoudens uiteraard in de andere gevallen waarin de som der jaarwinsten niet overeenkomt met de totaalwinst.<sup>32</sup>

### **2.2.5 Tegengaan belastingontwijking: een (bijkomend) doel?**

Uit bovenstaande passages uit de wetsgeschiedenis van art. 16 Wet IB 1964 blijkt in het geheel niet dat (mede) doel van de bepaling zou zijn om belastingontwijking tegen te gaan. Slechts het doel om alle voordelen die tot de Nederlandse belastingjurisdictie behoren in de belastingheffing te betrekken is hierin terug te lezen. Aandacht verdient in deze context nog het volgende. Tijdens het

<sup>30</sup> Kamerstukken II 1958-1959 – 5380, nr. 3, p. 37.

<sup>31</sup> Kamerstukken II 1958-1959 – 5380, nr. 3, p. 37.

<sup>32</sup> De reeds genoemde beperking van de verliesverrekening is een door de wetgever geïntroduceerde afwijking. De Hoge Raad accepteert kennelijk dat het niet altijd kunnen toepassen van de foutenleer eveneens tot gevolg heeft dat de som der jaarwinsten niet gelijk is aan de totaalwinst.



parlementaire proces rondom de invoering van de Wet IB 2001 is aangegeven dat belastingontwijking met het nieuwe stelsel zo veel mogelijk wordt tegengegaan, zei het in algemene bewoordingen in een algemene passage.<sup>33</sup> Als voorbeeld van belastingontwijking wordt genoemd 'fiscale emigratie'. Mij is niet duidelijk of met deze term ook wordt bedoeld op het verplaatsen van bedrijfsactiviteiten naar het buitenland, of dat uitsluitend moet worden gedacht aan de emigratieheffing van aanmerkelijk belanghouders. Hoe dan ook dient opgemerkt te worden dat – zou in een afrekening aan de grens niet voorzien zijn en de Nederlandse heffingsbevoegdheid verloren gaat – fiscale emigratie inderdaad tot de mogelijkheden zou behoren, daar een afrekenmoment op basis van goed koopmansgebruik in deze gevallen nog niet aan de orde is.

De vraag of het tegengaan van belastingontwijking een (bijkomend) doel van de eindafrekeningsbepalingen vormt, is niet slechts theoretisch van aard, maar praktisch zeer relevant. Het exacte doel van een belastingregel wordt namelijk door het HvJ EU expliciet meegenomen in zijn toetsing van een nationaalrechtelijke bepaling aan het Europese recht, in het bijzonder wanneer een beperking van een van de verdragsvrijheden wordt geconstateerd zodat gezocht moet worden naar een rechtvaardiging hiervoor.<sup>34</sup>

De Hoge Raad<sup>35</sup> en Hof Amsterdam<sup>36</sup> wijzen slechts op het belasten van de totale in Nederland opgekomen winst als doel van art. 16 Wet IB 1964. Ook de Advocaten-Generaal Van Kalmthout<sup>37</sup> en Wattel<sup>38</sup> reppen met geen woord over een ander doel dan het belasten van de totaalwinst. Ik merk nog op dat art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 op een dusdanig ruime wijze zijn geredigeerd, zoals dat ook gold voor hun voorloper art. 16 Wet IB 1964, dat deze naar mijn mening inderdaad slechts het totaalwinstbegrip dienen. Dit is mijns inziens anders ten aanzien van de emigratieheffing voor aanmerkelijk belanghouders<sup>39</sup>. Met name dat hierbij sprake is van situaties waarin wordt overgegaan tot invordering van de opgelegde conserverende aanslag<sup>40</sup> – de zogenoemde verboden handelingen<sup>41</sup> – alsmede het feit dat na een verloop van tien jaar het nog openstaande bedrag wordt kwijtgescholden<sup>42</sup>, wijst bijvoorbeeld wel stellig op het tegengaan van belastingontwijking als (een van de) doel(en) van deze emigratieheffing.

### **2.2.6 Verloren gaan heffingsbevoegdheid: nationaal of internationaal?**

De wetgever is blijkbaar van mening dat in bepaalde gevallen de heffingsmogelijkheid ten aanzien van de stille en fiscale reserves definitief verloren gaat. Onduidelijk is echter waarop deze visie is gebaseerd. In een internationale context kan namelijk naast beperkingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zelf ook sprake zijn van het Europese of internationale belastingrecht dat de Nederlandse heffingsmogelijkheden – al dan niet geheel – inperkt. Wellicht meende de wetgever dat de fiscus met informatie- en/of invorderingsproblemen te maken zou krijgen omdat vermogensbestanddelen niet meer zichtbaar zouden zijn voor de fiscus of belastingplichtigen uit zijn

<sup>33</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 19.

<sup>34</sup> Dit komt in het hoofdstuk 4 nader aan de orde.

<sup>35</sup> HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, V-N 2013/12.18, r.o. 3.3.1.

<sup>36</sup> Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. 08/00135, r.o. 3.2.6.

<sup>37</sup> Conclusie A-G Van Kalmthout 31 mei 2000, nrs. 35 195 & 35 694.

<sup>38</sup> Conclusie A-G Wattel 28 augustus 2012, nr. 12/01453.

<sup>39</sup> Art. 4.16, eerste lid, letter h Wet IB 2001.

<sup>40</sup> Art. 2.8, tweede lid Wet IB 2001 regelt het aanmerken van deze heffing als te conserveren inkomen.

<sup>41</sup> Art. 25, achtste lid, onderdelen a, b en c IW 1990.

<sup>42</sup> Art. 26, tweede lid IW 1990.

vizier zouden verdwijnen. Uit de Memorie van Toelichting<sup>43</sup> en Nota naar aanleiding van het Verslag<sup>44</sup> bij de invoering van de Wet IB 2001 is echter geen eenduidig antwoord af te leiden:

“Vanaf dat moment (IL: na het ophouden binnenlands belastingplichtig te zijn) zou de *heffingsbevoegdheid* van Nederland *beperkt* zijn tot de *vermogensbestanddelen die nog in Nederland aanwezig zijn.*”

“Eindafrekening dient kortweg plaats te vinden op het tijdstip dat de waardeangroei van vermogensbestanddelen die is toe te rekenen aan de «Nederlandse» periode de *Nederlandse invloedssfeer* verlaat. (...)”

Vanaf dat tijdstip (IL: na het ophouden binnenlands belastingplichtig te zijn) is de heffing over de overgebrachte vermogensbestanddelen *niet meer toegewezen aan Nederland* maar aan het land waarvan de belastingplichtige inwoner wordt.”<sup>45</sup>

De gebezigde begrippen – ‘heffingsbevoegdheid beperkt’, ‘nog in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen’, ‘Nederlandse invloedssfeer’, ‘niet meer toegewezen aan Nederland’ – duiden in eerste instantie op een beperking van de Nederlandse heffingsmogelijkheden door invloeden van het internationale belastingrecht. Er blijft echter ruimte voor een andere opvatting, daar de wetgever nergens expliciet heeft aangegeven dat de reden voor het verloren gaan van de heffingsbevoegdheid in het internationale belastingrecht gelegen is. Gesteld zou immers kunnen worden dat uit het feit dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de situaties waarin een (bilateraal) belastingverdrag, de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK)<sup>46</sup> of de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: BRN) van toepassing is en de situaties waarin dit niet het geval is, kan worden afgeleid dat ook op basis van de nationale wetgeving de heffingsmogelijkheden verloren gaan. Immers, zonder dat een belastingverdrag, de BRK of de BRN van toepassing is, is er geen enkele bron van internationaal belastingrecht waardoor de heffingsmogelijkheden van Nederland worden beperkt, zoals hierna in hoofdstuk 3 wordt toegelicht.

Het is dan ook niet opmerkelijk dat het standpunt wordt verdedigd dat het verloren gaan van de Nederlandse heffingsmogelijkheden het gevolg is van zowel het internationale belastingrecht als de nationale wetgeving: “de verplaatsing en emigratie vormen fiscaal immers geen realisatiemoment, en na de emigratie heeft Nederland op grond van zowel de nationale wet als de belastingverdragen geen heffingsrecht meer ter zake van de verplaatste vermogensbestanddelen.”<sup>47</sup> Deze problematiek komt nader aan de orde in hoofdstuk 3.

---

<sup>43</sup> Kamerstukken II, 26 727, nr. 3, p. 117.

<sup>44</sup> Kamerstukken II, 26 727, nr. 7, p. 464.

<sup>45</sup> Cursivering in parlementaire toelichtingen, wet- of verdragsteksten en uitspraken van een rechterlijke instantie is steeds van mijn hand, tenzij anders vermeldt.

<sup>46</sup> Ik merk kort op dat momenteel aanhangig is het wetsvoorstel met nummer 33 955 (R2032) waarin een belastingregeling tussen Nederland en Curaçao (hierna: BRCN) ter voorkoming van dubbele belasting is opgenomen. In de relatie tussen Nederland en Curaçao zal indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen de BRK niet meer van toepassing zijn, maar deze nieuwe regeling.

<sup>47</sup> Fiscale encyclopedie de Vakstudie, Wet IB 2001, aantekening 1 bij art. 3.60 Wet IB 2001.

### 2.2.7 Van algemene bepaling naar maatwerk

De voorloper van de thans geldende eindafrekeningsbepalingen, art. 16 Wet IB 1964, was een zeer ruim geformuleerde bepaling waaronder tal van situaties konden vallen. Voor zover hier van belang<sup>48</sup>, luidde de wettekst als volgt:

“Voordelen uit onderneming welke niet reeds op de voet van de artikelen 9 tot en met 15 in aanmerking zijn genomen, worden gerekend tot de winst van het kalenderjaar waarin degene voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven, ophoudt uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten. (...)”

Het betreft aldus een erg ruim toepassingsbereik, voornamelijk gezien de zeer algemene bewoordingen, die veel situaties zullen bestrijken. Met doel en strekking van het artikel in het achterhoofd is dat in het geheel niet verwonderlijk. Desondanks heeft op een aantal punten discussie plaatsgevonden over de exacte reikwijdte van de bepaling, waaraan uiteindelijk de Hoge Raad te pas is gekomen om duidelijkheid te scheppen.

Allereerst betreft het de invulling van het begrip ‘onderneming’. Afgevraagd kan worden of hiermee is bedoeld op het materiële ondernemingsbegrip. Voor toepassing van de Wet IB 1964 is dit mijns inziens geen relevante vraag, daar slechts indien sprake is van een onderneming in materiële zin kan worden toegekomen aan het belasten van winst uit onderneming en daarmee mogelijk een eindafrekening. Voor toepassing van de Wet Vpb 1969 is dit echter zeer relevant in gevallen waarin het passieve beleggingsvennootschappen betreft. Laatstgenoemde lichamen drijven immers geen onderneming in materiële zin. In dergelijke gevallen behelst de bepaling van art. 2, vijfde lid Wet Vpb 1969 de fictie dat de lichamen als vermeld in art. 2, eerste lid, onderdelen a t/m d Wet Vpb 1969 worden geacht met hun hele vermogen een onderneming te drijven. De Hoge Raad laat in dit geval doel en strekking van art. 16 Wet IB 1964 prevaleren boven de letterlijke wettekst.<sup>49</sup>

Daarnaast was er discussie over het effect dat de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 op deze problematiek heeft. De lichamen die onder deze fictie vallen, worden immers geacht steeds in Nederland te zijn gevestigd waardoor voor toepassing van de Wet Vpb 1969 nog steeds sprake is van in Nederland belastbare winst. In gevallen waarin een belastingverdrag van toepassing is, zou de fiscus echter niet tot heffing kunnen overgaan. De Hoge Raad heeft voor duidelijkheid gezorgd door te bepalen dat de zinsnede ‘ophoudt uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten’ moet worden getoetst met inachtneming van de belastingverdragen.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Weggelaten is de tweede volzin, waarin kort gezegd is bepaald dat de onder de eerste volzin vallende bedrijfsmiddelen voor toepassing van de desinvesteringsbijtelling (destijds art. 11a Wet IB 1964, thans art. 3.47 Wet IB 2001) geacht worden aan de onderneming te zijn onttrokken.

<sup>49</sup> HR 15 november 2000, nr. 35 694, BNB 2001/61.

<sup>50</sup> HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, BNB 1998/50, r.o. 3.4 is hierin het meest expliciet. Tot eenzelfde conclusie kan ook worden gekomen op basis van HR 27 april 1994, nr. 28 500, BNB 1994/208 en HR 15 november 2000, nr. 35 694, BNB 2001/61. Deze oordelen liggen ook in lijn met HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163 (Ierland II). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 niet een doorkruising van het verdrag als gevolg heeft. Winsten en verliezen die door het verdrag exclusief aan een ander land dan Nederland zijn toebedeeld kunnen niet in Nederland in de belastingheffing worden betrokken.

Een derde punt van discussie betrof het al dan niet mogelijk zijn van een partiële eindafrekening. In een beleidsbesluit<sup>51</sup> is het standpunt van de Staatssecretaris van Financiën vastgelegd dat art. 16 Wet IB 1964 de ruimte biedt voor een partiële eindafrekening indien slechts sprake is van gedeeltelijk ophouden winst uit een onderneming in Nederland te genieten, met andere woorden bij het gedeeltelijk overbrengen van vermogensbestanddelen naar het buitenland. De Hoge Raad heeft uiteindelijk bepaald dat de doelstelling van art. 16 Wet IB 1964 met zich brengt dat ruimte is voor een partiële eindafrekening indien door de emigratie verborgen winsten aan de Nederlandse belastingheffing dreigen te ontsnappen.<sup>52</sup>

Na invoering van de Wet IB 2001 zijn de eindafrekeningsbepalingen in een aantal afzonderlijke wetsartikelen terug te vinden. De eindafrekening van art. 16 Wet IB 1964 is als het ware uitgesplitst in bepalingen voor enerzijds een partiële afrekening – de eigenlijke emigratieheffing – en anderzijds een eindafrekening. Bovendien zijn beide typen bepalingen apart geredigeerd voor toepassing van de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969. Resultaat is dus vier wetsartikelen verdeeld over twee wetten.

In de parlementaire behandeling bij het invoeren van art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 is meermaals aangegeven dat het opnemen van de eindafrekeningsbepalingen in verschillende artikelen voornamelijk een verduidelijking betreft.<sup>53 54</sup> Verwacht kan dan ook worden dat de hierboven genoemde discussiepunten zijn achterhaald door de nieuwe wetsartikelen. Dat blijkt inderdaad het geval. Het eerste discussiepunt doet zich niet meer voor aangezien in de wettekst van art. 15c, eerste lid Wet Vpb 1969 de term ‘onderneming’ niet meer wordt gebezigd, doch wordt gesproken over ‘bestanddelen van het vermogen’.<sup>55</sup> Het staat buiten kijf dat hieronder ook bestanddelen van het vermogen van passieve beleggingsvennootschappen vallen. Ten aanzien van het tweede discussiepunt geldt dat de wettekst van art. 15c, eerste lid Wet Vpb 1969 duidelijk preciseert dat belastingverdragen alsmede de BRK en de BRN<sup>56</sup> in aanmerking dienen te worden genomen, en het niet meer gaat om ‘ophouden in Nederland belastbare winst te genieten’, maar om het op grond van een van de genoemde regelingen niet meer als *inwoner* van Nederland te worden aangemerkt. Tot slot komt het discussiepunt over de partiële eindafrekening onder het huidige recht niet meer aan de orde omdat in de wettekst van art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969 is aangegeven dat reeds het overbrengen van vermogensbestanddelen voldoende is om tot een (partiële) eindafrekening over te gaan.

De wetgever heeft aldus getracht maatwerk te leveren en is hier gezien het bovenstaande in zekere mate in geslaagd. Desondanks is er ook na de belastingherziening in 2001 nog sprake van enige onduidelijkheid.

Allereerst is niet geheel duidelijk onder welke van de genoemde bepalingen, ofwel de emigratieheffingen van art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969, ofwel de eindafrekening van

---

<sup>51</sup> Besluit van 26 januari 1996, nr. DG096/0691, V-N 1996/754.

<sup>52</sup> HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, BNB 2013/94.

<sup>53</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3, p. 96 en 116.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 463.

<sup>55</sup> Dit was in de eerste versie van art. 15c Wet Vpb 1969, die heeft gegolden van 1 januari 2001 t/m 31 december 2001, nog anders. Om alle discussie in de kiem te smoren is per 1 januari 2002 gekozen voor de thans geldende redactie van het artikel. Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 32.

<sup>56</sup> Voor de BRN geldt dat deze effectief per 10 oktober 2010 van betekenis is voor de bepaling van art. 15c Wet Vpb 1969. Dit in verband met de staatkundige herindeling die per die datum heeft plaatsgevonden.

art. 3.61 Wet IB 2001 en 15d Wet Vpb 1969, fiscale reserves vallen. Het belang ligt mogelijk in een ander moment van afrekenen. Evident lijkt dat fiscale reserves voor toepassing van de Wet IB 2001 en Vpb 1969 in ieder geval onder de gelijksoortige bepalingen dienen te vallen, zodat voor fiscale reserves ofwel art. 3.60 Wet IB 2001 en 15c Wet Vpb 1969 van toepassing kunnen zijn, ofwel deze reserves slechts onder de eindafrekening van art. 3.61 Wet IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969 kunnen vallen. Omdat fiscale reserves niet als vermogensbestanddelen zijn aan te merken zouden deze volgens de auteurs van de Cursus Belastingrecht (onderdeel vennootschapsbelasting) niet in de partiële afrekening van art. 15c kunnen worden betrokken, maar thuishoren onder de eindafrekening van art. 15d.<sup>57 58</sup> Hun collega's, de auteurs van de Cursus Belastingrecht (onderdeel inkomstenbelasting), nemen deze stelling niet expliciet in, doch noemen de fiscale reserves niet bij hun bespreking van art. 3.60 Wet IB 2001<sup>59</sup>, maar wel bij hun bespreking van art. 3.61 Wet IB 2001.<sup>60</sup> Een extra argument voor deze visie is wat mij betreft gelegen in het voormalige art. 10d, vierde lid, tweede volzin Wet Vpb 1969. Bij het bepalen van de vaste ratio voor de thincapregeling worden de fiscale reserves niet als eigen vermogen aangemerkt, hetgeen a contrario betekent dat inderdaad sprake is van – fiscaal beclaimd – eigen vermogen. De Staatssecretaris van Financiën is echter als wetgever<sup>61</sup> en uitvoerder<sup>62</sup> van mening dat de vrijval van fiscale reserves wel kan plaatsvinden onder art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969. Ik voorzie hier dan ook verdere discussie. Ik constateer echter dat bovenstaand vraagstuk niet met zich brengt dat de fiscale reserves aan heffing kunnen ontsnappen, omdat deze in het uiterste geval in de eindafrekening van art. 3.61 Wet IB 2001 en 15d Wet Vpb 1969 zullen worden begrepen.

Daarnaast is aangedragen dat hoogst twijfelachtig zou zijn dat met de introductie van art. 3.60 Wet IB 2001 slechts een verduidelijking heeft plaatsgevonden van de partiële afrekening die reeds op grond van art. 16 Wet IB 1964 mogelijk was.<sup>63</sup> Voornamelijk het feit dat art. 16 Wet IB 1964 aanknoopte bij het ophouden uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten, terwijl het in art. 3.60 Wet IB 2001 gaat om het ophouden van de binnenlandse belastingplicht, zou betekenen dat er een nieuwe emigratieheffing is gecreëerd.<sup>64</sup> Het belang van hiervan is mogelijk gelegen in de vraagstuk naar een zogenaamde 'treaty override', een fenomeen waaraan in hoofdstuk 3 aandacht zal worden besteed. Hoeveel ook voor deze (behoorlijk strikte) interpretatie van de wettekst van art. 16 Wet IB 1964 te zeggen valt, duidelijk is inmiddels dat de Hoge Raad een andere visie voorstaat.<sup>65</sup>

### 2.3 Het belastingsubject

Alvorens aan het bepalen van het object van heffing – waarvan deel uitmaken de eindafrekeningsbepalingen – kan worden toegekomen, moet eerst worden bepaald welke personen en entiteiten belastingplichtig zijn en hoever deze belastingplicht strekt. Zonder subjectieve belastingplicht komt het bepalen van het object van heffing in het geheel niet aan de orde. Doel van

<sup>57</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), par. 2.10.3.B.a.

<sup>58</sup> J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), par. 2.10.4.

<sup>59</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), par. 3.2.31.D.

<sup>60</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), par. 3.2.31.E.

<sup>61</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 32.

<sup>62</sup> Besluit van 6 maart 2001, nr. CPP2000/3020M, par. 5, BNB 2001/230.

<sup>63</sup> E.C.C.M. Kemmeren, 'Vijf jaar Wet IB 2001' (redactie: A.C. Rijkers en H. Vording), hoofdstuk 13: Exitheffingen in de Wet IB 2001, Kluwer, Deventer 2006.

<sup>64</sup> Dit geldt mutatis mutandis ook voor art. 15c Wet Vpb 1969.

<sup>65</sup> Zie het reeds besproken arrest HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, BNB 2013/94.

deze paragraaf is niet om een complete opsomming te geven van de subjecten die onder de heffing van inkomstenbelasting en/of vennootschapsbelasting vallen, doch slechts om enkele zaken die in het bijzonder spelen op het gebied van de eindafrekeningsbepalingen te signaleren.

### **2.3.1 De subjectieve belastingplicht in de inkomstenbelasting**

Inkomstenbelasting wordt ingevolge art. 1.1 Wet IB 2001 geheven van natuurlijke personen. Natuurlijke personen zijn belastingplichtig indien zij (i) in Nederland wonen – de binnenlandse belastingplichtigen<sup>66</sup> – of (ii) niet in Nederland wonen, maar wel Nederlands inkomen genieten – de buitenlandse belastingplichtigen<sup>67</sup>. Belastingplicht ingevolge nationaliteit (nationaliteitsbeginsel) komt slechts in enkele gevallen aan de orde.<sup>68</sup>

Waar de binnenlandse belastingplichtige op basis van het woonstaatbeginsel wordt belast naar zijn wereldinkomen – een territoriale afbakening van de oorsprong van de inkomsten is niet aan de orde – wordt de buitenlandse belastingplichtige volgens het bronstaatbeginsel slechts in de heffing betrokken voor inkomensbestanddelen welke in Nederland hun bron hebben, het zogenaamde Nederlandse inkomen. De binnenlandse belastingplichtige wordt belast volgens de regels van hoofdstuk 3 van de Wet IB 2001. In hoofdstuk 7 van de Wet IB 2001 wordt omschreven welke bronnen onder het Nederlandse inkomen dienen te worden verstaan, zie art. 2.2, tweede lid Wet IB 2001.

#### ***De woonplaats van de belastingplichtige***

Uit het voorgaande moge blijken dat de woonplaats van de belastingplichtige van buitengewoon belang is.<sup>69</sup> Allereerst is van belang vast te stellen welk territorium onderdeel is van ‘Nederland’. ‘Nederland’ wordt gedefinieerd in art. 2, derde lid, letter d, onder 3° Algemene wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR) en bestaat – sinds de staatkundige herindeling van het Koninkrijk op 10 oktober 2010<sup>70</sup> – uit het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk en voor de toepassing van onder andere de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting eveneens de exclusieve

---

<sup>66</sup> Art. 2.1, eerste lid, letter a Wet IB 2001.

<sup>67</sup> Art. 2.1, eerste lid, letter b Wet IB 2001.

<sup>68</sup> Bijvoorbeeld in art. 2.2, tweede lid, alwaar is bepaald dat een Nederlander die in dienstbetrekking tot de Staat der Nederlanden staat, om het Koninkrijk der Nederlanden in een diplomatieke, permanente of consulaire hoedanigheid te vertegenwoordigen, dan wel in het kader van een verdrag waarbij de Staat der Nederlanden partij is, steeds wordt geacht in Nederland te wonen. De *partner* en *kinderen* die jonger zijn dan 27 jaar en in belangrijke mate door een dergelijke persoon worden onderhouden, worden ingevolge art. 2.2, derde lid Wet IB 2001 eveneens geacht in Nederland woonachtig te zijn. Wetstechnisch gezien gaat het hier om een woonplaatsfictie, doch is hier naar mijn mening duidelijk dat het gaat om het uitoefenen van heffingsbevoegdheid op basis van het nationaliteitsbeginsel. Natuurlijke personen die op basis van deze bepaling in de belastingheffing worden betrokken worden overigens hetzelfde behandeld als de binnenlandse belastingplichtigen en hier te lande belast naar hun wereldinkomen.

Overigens is het vermelden waard dat de woonplaatsfictie onder de Wet IB 1964 een ruimer personeel toepassingsbereik had; alle ambtenaren die Nederlands staatsburger waren, vielen destijds onder de fictie (art. 2, tweede lid Wet IB 1964).

<sup>69</sup> Dit geldt uiteraard niet voor de in de voetnoot hierboven omschreven Nederlanders die in dienstbetrekking staan tot de Staat der Nederlanden. Deze categorie belastingplichtigen zal echter niet met een partiële afrekening dan wel eindafrekening geconfronteerd kunnen worden, gezien de aard van de inkomsten die een dergelijke belastingplichtige geniet.

<sup>70</sup> Wet van 17 mei 2010 tot invoering van de regelgeving met betrekking tot de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba), Stb. 2010, 346.

economische zone van het Koninkrijk<sup>71</sup>, voor zover die grenst aan de territoriale zee van Nederland (het continentale plat).

#### *Open definitie*

Het begrip ‘wonen’ is in de Wet IB 2001 niet gedefinieerd. Er wordt voor de betekenis van dit begrip aangesloten bij art. 4, eerste lid AWR, alwaar is bepaald dat waar iemand woont naar de omstandigheden beoordeeld wordt. Het gaat om een open definitie waarin – zoals reeds uit de redactie van de wettekst blijkt – de feitelijke situatie wordt getoetst. De wetgever heeft de toetsing van de omstandigheden bewust aan de belastingrechter willen overlaten<sup>72</sup>, hetgeen heeft geresulteerd in omvangrijke jurisprudentie op dit gebied.<sup>73</sup> Een codificatie van ter zake doende omstandigheden achtte de Staatssecretaris van Financiën niet noodzakelijk, noch wenselijk.<sup>74</sup> Kort gezegd weegt de Nederlandse belastingrechter de objectieve omstandigheden die het middelpunt van de levensbelangen weerspiegelen – waaronder de duur van het verblijf, de werkomgeving, het gezin, de inschrijving bij de Gemeentelijke Basisadministratie, de financiën, de nationaliteit – en de in de feitelijke omstandigheden tot uitdrukking komende en realiseerbare wil.<sup>75 76 77</sup> Om aan te nemen dat iemand in Nederland woont, is volgens de Hoge Raad “geenszins nodig dat zijn verblijf in Nederland een permanent karakter heeft”.<sup>78</sup>

#### *Dubbele woonplaats*

Blijkens een tweetal arresten uit 2011<sup>79</sup> van de Hoge Raad hoeft de band met Nederland niet sterker te zijn dan de band met enig ander land om tot het (mede) aanwezig zijn van de woonplaats in Nederland te concluderen. Het is derhalve niet noodzakelijk, aldus de Hoge Raad, dat het middelpunt van de levensbelangen zich in Nederland bevindt om te constateren dat de belastingplichtige (mede) in Nederland woont.<sup>80</sup> Het bestaan van een ‘dubbele woonplaats’ acht de Hoge Raad dus kennelijk mogelijk.<sup>81</sup>

#### ***De binnenlandse belastingplichtige en de eindafrekeningsbepalingen***

Enkele categorieën binnenlandse belastingplichtigen kunnen in aanraking komen met enerzijds de emigratieheffing van art. 3.60 en anderzijds de eindafrekening van art. 3.61 Wet IB 2001. Te denken valt aan de ondernemers zoals omschreven in art. 3.4 Wet IB 2001, de beoefenaars van een zelfstandig beroep zoals bepaald in art. 3.5 Wet IB 2001 en de medegerechtigden ex. art. 3.3, eerste lid Wet IB 2001. Daarnaast is in de schakelbepaling van art. 3.95, eerste lid Wet IB 2001 geregeld dat

---

<sup>71</sup> In art. 1, tweede lid Rijkswet instelling exclusieve economische zone gedefinieerd als het gebied buiten en grenzend aan de territoriale zee van het Koninkrijk dat zich niet verder uitstrekt dan tweehonderd zeemijlen vanaf de basislijnen, vanaf welke de breedte van de territoriale zee wordt gemeten.

<sup>72</sup> Kamerstukken II 1955/56, nr. 4080, nr. 5, p. 5.

<sup>73</sup> Een inventarisatie is te vinden in C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)* par. 3.2.4.B.c. en Vakstudie Algemeen Deel, art. 4 AWR.

<sup>74</sup> Kamerstukken II 1957/58, nr. 4080, nr. 7, p. 6.

<sup>75</sup> C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, par. 3.2.4.B.c.

<sup>76</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studieserie, Kluwer: Deventer, 2014, p. 21.

<sup>77</sup> HR 18 juni 1952, B. 9247.

<sup>78</sup> HR 12 februari 1954, nr. 11 656, BNB 1952/112.

<sup>79</sup> HR 21 januari 2011, nr. 10/0056, BNB 2011/98 en HR 3 maart 2011, nr. 10/04026, BNB 2011/127.

<sup>80</sup> De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 22 december 1971, nr. 16 650, BNB 1973/120.

<sup>81</sup> F.G.F. Peters alsook S. van Weeghel meenden naar aanleiding van HR 3 oktober 2003, nr. 37 513, BNB 2004/264 nog dat de Hoge Raad mogelijk was ‘omgegaan’, zie FED 2003/649, resp. BNB 2004/264.

personen die resultaat uit overige werkzaamheden genieten eveneens te maken krijgen met de bepaling van de winst ingevolge onder andere de eindafrekeningsbepalingen.

### ***De buitenlandse belastingplichtige en de eindafrekeningsbepalingen***

Buitenlandse belastingplichtigen voor de inkomstenbelasting zijn onder andere natuurlijke personen die hier te lande een onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming drijven met behulp van een hier te lande aanwezige vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger<sup>82</sup> en natuurlijke personen die belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden in Nederland genieten, aldus art. 7.2, eerste lid, onderdeel a resp. onderdeel c Wet IB 2001. De heffingsgrondslag bij eerstgenoemde categorie belastingplichtigen blijft beperkt tot de inkomsten die worden genoten met behulp van de vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger. Wel zijn in art. 7.2, zesde lid en art. 7.4 Wet IB 2001 uitbreidingen op het begrip onderneming opgenomen en is in art. 7.3 Wet IB 2001 een beperking te vinden. Er is zodoende duidelijk sprake van heffing gebaseerd op het bronstaatbeginsel.

Typisch voor het wezen van de buitenlandse belastingplichtige is dat deze niet in aanraking met art. 3.60 Wet IB 2001 kan komen. De buitenlandse belastingplichtige woont immers niet in Nederland en kan daarom niet, zoals art. 3.60 Wet IB 2001 vereist, ophouden binnenlands belastingplichtig te zijn – dat is hij immers niet. Dat betekent echter niet dat er aan heffing wordt ontkomen. Eindafrekening ex. art. 3.61 Wet IB 2001 is nog steeds mogelijk, daar deze heffing optreedt indien de belastingplichtige ophoudt in Nederland uit de onderneming winst te genieten. Aan deze eis kan in geval van de buitenlandse belastingplichtige wel worden voldaan, bijvoorbeeld ingeval vermogensbestanddelen niet meer aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend.

### **2.3.2 De subjectieve belastingplicht in de vennootschapsbelasting**

Vennootschapsbelasting wordt krachtens art. 1 Wet Vpb 1969 geheven van lichamen. Belastingplichtig zijn de lichamen omschreven in art. 2, eerste lid, letters a t/m g die in Nederland zijn gevestigd – de binnenlandse belastingplichtigen – en de lichamen omschreven in art. 3, eerste lid, letters a t/m c die weliswaar niet in Nederland zijn gevestigd, doch Nederlands inkomen genieten – de buitenlandse belastingplichtigen. Evenals in de inkomstenbelasting is van een belastingplicht ingevolge nationaliteit (nationaliteitsbeginsel) in de vennootschapsbelasting slechts beperkt sprake.<sup>83</sup>

Waar de binnenlandse belastingplichtige op basis van het woonstaatbeginsel wordt belast over zijn wereldwinst – een territoriale afbakening van de oorsprong van de inkomsten is uitdrukkelijk niet aan de orde – wordt de buitenlandse belastingplichtige volgens het bronstaatbeginsel slechts in de heffing betrokken voor inkomensbestanddelen welke in Nederland – al dan niet fictief<sup>84</sup> – hun bron hebben, het zogenaamde Nederlandse inkomen. De binnenlandse belastingplichtige wordt belast volgens de regels van hoofdstuk II van de Wet Vpb 1969. In hoofdstuk III van de Wet Vpb 1969 wordt limitatief omschreven welke bronnen onder het Nederlandse inkomen dienen te worden verstaan.

---

<sup>82</sup> Deze begrippen komen later dit hoofdstuk aan de orde.

<sup>83</sup> Art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 vormt hierop een belangrijke, en voor dit onderzoek relevante, uitzondering. Ik besteed hier daarom later aandacht aan. Dat in zoverre in tegenstelling tot de ficties die terug zijn te vinden in art. 2.2, tweede en derde lid Wet IB 2001.

<sup>84</sup> Art. 17a Wet Vpb 1969 omschrijft een aantal zaken die tot een Nederlandse onderneming – een onderdeel van het Nederlandse inkomen – dienen te worden gerekend.



### ***De vestigingsplaats van de belastingplichtige***

De vestigingsplaats van een vennootschap is – evenals de woonplaats in de inkomstenbelasting – een essentieel begrip bij het onderscheid tussen de binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige. Ook voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt voor de betekenis van de term ‘Nederland’ aangesloten bij art. 2, derde lid, letter d, onder 3° AWR, zodat Nederland over hetzelfde territorium heffingsjurisdictie aanneemt als in de inkomstenbelasting.

#### *Open definitie*

Het begrip ‘gevestigd’ is in de Wet Vpb 1969 niet gedefinieerd, zodat aansluiting dient te worden gezocht bij art. 4, eerste lid AWR, volgens welke bepaling de vestigingsplaats naar de omstandigheden beoordeeld wordt. Net als het begrip ‘wonen’ zoals dat voor de inkomstenbelasting geldt, is derhalve sprake van een open definitie, welke de wetgever ter invulling aan de belastingrechter heeft willen overlaten.

De lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet is een korte, maar duidelijke. Inmiddels bijna een eeuw geleden is bepaald dat een lichaam is gevestigd waar de werkelijke of feitelijke leiding aan het lichaam wordt gegeven.<sup>85</sup> Voorts moet bij de beoordeling in het algemeen ervan worden uitgegaan dat het statutaire bestuur de werkelijke leiding van het lichaam uitoefent en de vestigingsplaats van het lichaam aldus overeenkomt met de plaats waar het statutaire bestuur de leidinggevende taak uitvoert.<sup>86</sup> De Hoge Raad laat in dit arrest overigens de mogelijkheid open dat de werkelijke leiding van het lichaam niet wordt uitgeoefend door het statutaire bestuur, maar door een ander. Een dergelijk geval kan een grond zijn om bij het vaststellen van de vestigingsplaats van het lichaam uit te gaan van de plaats waar die ander de leiding over het lichaam voert. De bewijslast dat de feitelijke leiding niet door het statutaire bestuur wordt uitgeoefend, maar door een ander, zal in dergelijke gevallen bij de fiscus liggen. Tot slot heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat het bestuur van een lichaam zich bij het uitvoeren van zijn taak kan laten bijstaan door een derde, maar dat hierdoor het bestuur over het lichaam niet bij deze derde komt te liggen, ongeacht of de aanwijzingen van deze derde worden opgevolgd.<sup>87</sup>

#### *De vestigingsplaatsfictie*

Civielrechtelijk zijn rechtspersonen ex. art. 1:10, tweede lid Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) gevestigd daar waar de statutaire zetel zich bevindt. Van de in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen dient de statutaire zetel zich in Nederland te bevinden.<sup>88</sup> Niet geheel toevallig zijn dit alle lichamen die ingevolge art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 te maken hebben met de zogenaamde vestigingsplaatsfictie. De fictie komt hierop neer dat deze lichamen te allen tijde worden geacht in Nederland gevestigd te zijn. Er wordt in de Wet Vpb 1969 in zoverre derhalve aansluiting gemaakt met het civiele recht. De vestigingsplaatsfictie geldt overigens niet voor de gehele Wet Vpb 1969, doch er zijn slechts enkele bepalingen uitgesloten. Zoals reeds opgemerkt is hier sprake van een zeer zuivere toepassing van het nationaliteitsbeginsel.

---

<sup>85</sup> HR 11 maart 1926, B. 3788.

<sup>86</sup> HR 23 september 1993, nr. 27 293, BNB 1993/193.

<sup>87</sup> HR 14 februari 1951, B. 8945.

<sup>88</sup> Zie art. 2:27, vierde lid, onderdeel a BW, art. 2:53a BW, art. 2:66, derde lid BW, art. 2:177, derde lid BW, art. 2:286, vierde lid, onderdeel b BW voor de vereniging resp. coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, NV, BV en stichting.

### *De Europese vennootschap en de Europese Coöperatieve Vennootschap*

Ingevolge de Verordening van 8 oktober 2001 betreffende de Europese vennootschap, de zogenaamde Societas Europaea (hierna: SE),<sup>89</sup> en de Verordening van 22 juli 2003 betreffende de Europese Coöperatieve Vennootschap, de zogenaamde Societas Cooperative Europaea (hierna: SCE),<sup>90</sup> zijn sinds de eeuwwisseling twee nieuwe Europese rechtsvormen geïntroduceerd. Ingevolge art. 2, vierde lid, derde volzin Wet Vpb 1969 wordt een SE die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands (civiel) recht voor de toepassing van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht en daarom is de vestigingsplaatsfictie van overeenkomstige toepassing voor deze SE's. Art. 2, zevende lid AWR stelt de SCE gelijk met de SE, zodat de vestigingsplaatsfictie van een SCE die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht eveneens wordt geacht steeds in Nederland gevestigd te zijn.

### *Dubbele woonplaats (Dual resident)*

De hierboven besproken vestigingsplaatsfictie kan in een internationale context al snel ertoe leiden dat een lichaam fiscaalrechtelijk in twee landen gevestigd is. Te denken valt aan een Nederlandse BV waarvan de werkelijke leiding in een ander land wordt uitgeoefend en dat bewuste land eenzelfde criterium hanteert voor het bepalen van de vestigingsplaats. In een dergelijk geval conflicteert het woonstaatbeginsel dus met het nationaliteitsbeginsel dat de achtergrond van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 vormt.

Het eventueel toewijzen van de vestigingsplaats aan een van beide landen is een vraag van internationaal belastingrecht, zodat hier wordt volstaan met bovenomschreven constatering. Een nadere uitwerking van de vestigingsplaatsfictie komt in een later stadium aan de orde.

### ***De binnenlandse belastingplichtige en de eindafrekeningsbepalingen***

Binnenlandse belastingplichtigen kunnen, net als in de inkomstenbelasting, te maken krijgen met zowel de emigratieheffing, in dit geval art. 15c Wet Vpb 1969, als de eindafrekening, art. 15d Wet Vpb 1969. Ook in de vennootschapsbelasting geldt dat de binnenlandse belastingplichtigen worden belast voor hun wereldinkomen.

### ***De buitenlandse belastingplichtige en de eindafrekeningsbepalingen***

Net als in de inkomstenbelasting worden in de vennootschapsbelasting de buitenlandse belastingplichtigen slechts in de heffing betrokken voor hun Nederlandse inkomen. Dit is in art. 3, eerste lid, slot Wet Vpb 1969 bepaald en wordt verder uitgewerkt in art. 17, 17a, 18 en 19 Wet Vpb 1969. Het equivalent van art. 7.2, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001, het drijven van een onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming met behulp van een hier te lande aanwezige vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger is terug te vinden in art. 17, derde lid, onderdeel a Wet Vpb 1969. In art. 17a is een aantal uitbreidingen van het ondernemingsbegrip opgenomen, die bij fictie als onderneming worden aangemerkt. Art. 19 Wet Vpb 1969 bevat een aantal beperkingen. Net als in de buitenlandse belastingplicht in de inkomstenbelasting kan worden geconcludeerd dat sprake is van heffing op basis van het bronbeginsel.

Het opgemerkte over de buitenlandse belastingplichtige in de inkomstenbelasting, dat typisch is dat deze niet kan ophouden in Nederland inwoner te zijn omdat er niet eens sprake is van

---

<sup>89</sup> Verordening 2157/2001/EG van de Raad van 8 oktober 2001, PbEg 2001 L 294/1.

<sup>90</sup> Verordening 1435/2003/EG van de Raad van 22 juli 2003, PbEU 2003 L 207/1.

inwonerschap, geldt ook voor de buitenlandse belastingplichtige in de vennootschapsbelasting. Aan toepassing van de partiële eindafrekening van art. 15c Wet Vpb 1969 kan voor de buitenlandse belastingplichtige in de vennootschapsbelasting derhalve niet worden toegekomen. Net als in de inkomstenbelasting ontkomt de buitenlandse belastingplichtige in de vennootschapsbelasting echter niet aan heffing. De voordelen die niet reeds in aanmerking zijn genomen zullen namelijk op grond van art. 15d Wet Vpb 1969 alsnog in aanmerking worden genomen als er wordt opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten.

### **2.3.3 De vaste inrichting**

Voor het bestaan van buitenlandse belastingplicht is van belang dat een buiten Nederland woonachtige natuurlijke persoon of niet in Nederland gevestigd belastingplichtig lichaam hier te lande een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting. Bedrijfsmiddelen die aan een in Nederland gelegen vaste inrichting kunnen worden toegerekend, vallen onder de Nederlandse heffingsjurisdictie.

Het begrip vaste inrichting is niet alleen van belang voor situaties waarin van begin af aan sprake was van buitenlandse belastingplicht, maar mogelijk ook indien een binnenlandse belastingplichtige ondernemer of binnenlands belastingplichtig lichaam deze status verliest. In gevallen waarin een naar het buitenland verhuisde natuurlijke persoon of een naar het buitenland verplaatst lichaam in Nederland een onderneming blijft drijven met behulp van een vaste inrichting, is er na de verhuizing resp. verplaatsing sprake van buitenlandse belastingplicht. Een eindafrekening ten aanzien van de vermogensbestanddelen die aan de achtergebleven vaste inrichting kunnen worden toegerekend is op dat moment nog niet noodzakelijk, omdat het heffingsrecht van Nederland over de vermogensbestanddelen in stand blijft.

Al met al verdient de vaste inrichting enige aandacht. Ik concentreer mij hierbij op het begrip vaste inrichting en op de toerekening van vermogen aan de vaste inrichting. De winstberekening van de vaste inrichting laat ik links liggen, omdat deze strikt genomen van geen belang is bij het toepassen van de emigratieheffingen van art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969. Immers, zoals nog moge blijken is van belang dát uit de vaste inrichting winst wordt genoten, niet hoe deze precies wordt berekend.<sup>91</sup>

Vooraf is van belang op te merken dat het begrip vaste inrichting een zekere mate van weerbarstigheid kent. Diverse uiteenlopende definities ervan zijn te vinden in het Nederlandse belastingrecht zoals het BvdD 2001 en de Nederlandse belastingverdragen, maar ontbreken op andere plekken juist terwijl er wel over wordt gesproken, zoals in de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969, zelfs niet in art. 15e, waar de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is geregeld. Ook de vermogenstoerekening is bepaald geen sinecure, zo moge mede blijken uit het omvangrijke rapport<sup>92</sup> van de OESO over deze materie. Daar komt bij dat in een internationaal speelveld gehanteerde definities en toerekeningsbepalingen kunnen afwijken.

Omdat voor het doorgronden van de systematiek van de emigratieheffingen niet van belang is op grond van welke exacte regels geconcludeerd wordt tot het bestaan van een vaste inrichting en het

---

<sup>91</sup> Ik verwijs wel nog naar de analyse van Peeters. Zie: P.J.J.M. Peeters, 'Winsttoerekening aan vaste inrichtingen', TFO 2011/122.

<sup>92</sup> Het 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments, OESO, Parijs, 2010. Dit Rapport maakt onderdeel uit van het commentaar op het OESO-modelverdrag.

daaraan toerekenen van vermogen valt deze materie echter buiten het bestek van dit onderzoek. Voorts streeft Nederland ernaar bij de onderhandelingen die gepaard gaan met het sluiten of hernieuwen van belastingverdragen de definitie uit het OESO-modelverdrag<sup>93</sup> te hanteren.<sup>94</sup> Ik werk daarom met de aanname dat elk land hetzelfde aankijkt tegen het begrip vaste inrichting en de toerekening van vermogensbestanddelen daaraan. Dat bij een andere kijk op de zaken verschillen kunnen optreden en hiermee mogelijk extra problemen gepaard gaan zal duidelijk zijn.

### ***De aanwezigheid van een vaste inrichting***

Het begrip vaste inrichting is opgenomen in art. 5 OESO-modelverdrag. In genoemd artikel onderscheid ik met De Graaf, Kavelaars en Stevens<sup>95</sup> (i) de fysieke vaste inrichting; (ii) de temporele vaste inrichting; en (iii) de vaste vertegenwoordiger.<sup>96</sup> In art. 5 OESO-modelverdrag wordt de reikwijdte van het begrip vaste inrichting op twee manieren beperkt.

#### *Ad (i): De fysieke vaste inrichting*

De ‘fysieke vaste inrichting’ wordt in art. 5, eerste lid OESO-modelverdrag gedefinieerd als “a fixed place of business, through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.” Albert<sup>97</sup> geeft aan dat de meeste Nederlandse verdragen de vaste inrichting definiëren als “een vaste bedrijfsinrichting waarin de werkzaamheden van de onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend.” Van Raad<sup>98</sup> hanteert dezelfde definitie. De definitie bevat blijkens het OESO-commentaar een aantal voorwaarden<sup>99</sup>:

- De aanwezigheid van een ‘bedrijfsinrichting’ (OESO-modelverdrag: ‘place of business’). Hiermee wordt bedoeld op de aanwezigheid van bijvoorbeeld een bedrijfsruimte, maar in bepaalde gevallen voldoet een machine of een andere installatie eveneens. Duidelijk is in ieder geval dat tastbare zaken aanwezig moeten zijn<sup>100</sup>;
- De bedrijfsinrichting is ‘vast’ (OESO-modelverdrag: ‘fixed’). Allereerst wordt hiermee tot uitdrukking gebracht dat de bedrijfsinrichting gekoppeld moet zijn aan een specifieke (geografische) plaats<sup>101</sup>. Daarnaast is een bepaalde mate van duurzaamheid vereist: hoofdregel is dat het gaat om een (vooraf) onbepaalde tijd, maar er kan in bepaalde gevallen eveneens sprake zijn van een vaste inrichting als het om een zeer korte periode gaat<sup>102</sup>;  
en
- De onderneming van een belastingplichtige wordt uitgeoefend met behulp van de bedrijfsinrichting (OESO-modelverdrag : ‘through which the business of an enterprise is

<sup>93</sup> Voluit het Bilateraal Modelverdrag voor Belastingen naar Inkomen en Vermogen. Dit is een model dat door landen gebruikt kan worden als leidraad bij het opstellen van een bilateraal belastingverdrag,

<sup>94</sup> Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, V-N 2011/12, par. 2.6.2.

<sup>95</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studiereserie, Kluwer: Deventer, 2014, p. 151.

<sup>96</sup> Albert spreekt over de ‘vaste bedrijfsinrichting’, ‘constructie-vi’ resp. ‘vertegenwoordigings-vi’. Zie P.G.H. Albert, ‘vaste inrichting en aftrek tvvdb’, TFO 2001/97.

<sup>97</sup> P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale brochures, FED: Deventer 1994, p. 20.

<sup>98</sup> C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, par. 2.3.0.b.

<sup>99</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 2.

<sup>100</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 4 en 8.

<sup>101</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 5. Echter wordt aangenomen dat het verbonden zijn aan een bepaald (geografisch) gebied (vergelijk: plaats) voldoende is. Zie P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale brochures, FED: Deventer 1994, p. 23.

<sup>102</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 6.

wholly or partly carried on'). Met deze eis wordt vooral tot uitdrukking gebracht dat er enig verband moet zijn tussen de werkzaamheden van de onderneming en de bedrijfsinrichting. In het bijzonder is het verrichten van arbeid bedoeld. De verhouding tussen de productiefactoren kapitaal (de eerste twee eisen) en arbeid is van geen belang, zolang beide productiefactoren aanwezig zijn.<sup>103</sup> Overigens is niet vereist dat de uitoefening van activiteiten ook bijdraagt aan de winstgevendheid van de onderneming.<sup>104</sup>

In art. 5, tweede lid OESO-modelverdrag is een aantal gevallen genoemd waarin sprake kan zijn van een vaste inrichting. Overigens is van belang dat het slechts gaat om voorbeelden van gevallen waarin mogelijk sprake is van een vaste inrichting. In alle gevallen moet worden voldaan aan de eisen die door art. 5, eerste lid OESO-modelverdrag worden gesteld.<sup>105</sup> Er is geen sprake van een uitputtende lijst met voorbeelden.<sup>106</sup>

Een aantal activiteiten wordt door art. 5, vierde lid OESO-modelverdrag niet als een vaste inrichting aangemerkt, ook ingeval wordt voldaan aan de definitie van art. 5, eerste lid OESO-modelverdrag. Het gaat om voorbereidende of ondersteunende activiteiten. Hierbij dient de nuancering te worden gemaakt dat dit slechts geldt indien deze activiteiten niet zijn aan te merken als de kern van de ondernemingsactiviteiten, een en ander gezien vanuit het kader van de onderneming.<sup>107</sup> Deze beperking is in de literatuur ook wel de fictieve niet-vaste inrichting genoemd.<sup>108</sup>

Een dochtervennootschap kan ingevolge art. 5, zevende lid OESO-modelverdrag nimmer als vaste inrichting van haar moedervennootschap worden aangemerkt. Dit geldt zelfs indien de leiding van de dochtervennootschap door de moedervennootschap wordt uitgeoefend.<sup>109</sup>

*Ad (ii): De temporele vaste inrichting: bouwwerken, constructie- en installatiewerkzaamheden*

Typisch voor bouwwerken en constructie- en installatiewerkzaamheden is dat deze in de regel slechts een bepaalde tijd innemen resp. een tijdelijk karakter hebben. Mogelijk wordt daarom niet voldaan aan de eisen van art. 5, eerste lid OESO-modelverdrag. Het wringt echter de bronstaat heffingsbevoegdheid te ontnemen indien deze gevallen een bepaalde omvang overschrijden. Om deze reden is in art. 5, derde lid OESO-modelverdrag opgenomen dat de plaats van de uitvoering van een bouwwerk of van constructie- en installatiewerkzaamheden als vaste inrichting wordt aangemerkt. De gedachte dat een vaste inrichting pas aanwezig is vanaf een bepaalde omvang van de werkzaamheden wordt in dit geval ingevuld door een voorwaarde met betrekking tot de tijdsduur: er moet een termijn van 12 maanden worden overschreden, vandaar de benaming 'temporele vaste inrichting'. Dit alles dient te worden getoetst per project.<sup>110</sup>

---

<sup>103</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 10.

<sup>104</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 3 en 7.

<sup>105</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 12.

<sup>106</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 12.

<sup>107</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studieserie, Kluwer: Deventer, 2014, p. 152.

<sup>108</sup> M. Vrouwenvelder, *De 'fictieve niet-vaste inrichting'* artikel 4 lid 4 OESO-modelverdrag 1977, Stichting Moret Fonds, 1992.

<sup>109</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studieserie, Kluwer: Deventer, 2014, p. 154.

<sup>110</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 18. Geconcludeerd kan worden dat indien sprake is van meerdere projecten die allemaal korter dan 12 maanden duren, dient te worden beoordeeld of

Ten aanzien van de verhouding tussen deze temporele vaste inrichting en de fysieke vaste inrichting is het volgende nog van belang. Allereerst kan in geen geval sprake zijn van een vaste inrichting als de werkzaamheden korter dan 12 maanden duren.<sup>111</sup> Daarnaast is van belang dat indien juist wel is voldaan aan de 12-maandstermijn niet meer getoetst hoeft te worden aan art. 5, eerste lid OESO-modelverdrag.<sup>112</sup>

*Ad (iii): De vaste vertegenwoordiger*

In de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969 wordt onderscheid gemaakt tussen de vaste inrichting en de zogenaamde ‘vaste vertegenwoordiger’<sup>113</sup>. In de systematiek van het OESO-modelverdrag is de vaste vertegenwoordiger echter een uitbreiding van het begrip vaste inrichting en is niet zozeer sprake van een aparte definitie. Albert<sup>114</sup> leidt uit art. 5, vijfde lid OESO-modelverdrag vijf cumulatieve eigenschappen van de vaste vertegenwoordiger af. Het betreft een natuurlijke persoon die

- bevoegd is om namens de onderneming (verkoop)overeenkomsten af te sluiten;
- van die bevoegdheid regelmatig gebruikmaakt;
- daarbij voor rekening van de onderneming handelt;
- die bevoegdheid uitoefent op het grondgebied van een andere staat dan de staat waar de onderneming is gevestigd;
- en
- niet onafhankelijk is en slechts handelt vanuit de normale uitoefening van zijn bedrijf.

Deze kwalificatie kan op twee gronden worden beperkt. Art. 5, vijfde lid OESO-modelverdrag sluit zelf de werkzaamheden uit die – waren ze uitgeoefend met behulp van een vaste bedrijfsinrichting – onder de beperking van art. 5, vierde lid OESO-modelverdrag zouden vallen. Daarnaast is een beperking gelegen in art. 5, zesde lid OESO-modelverdrag, waarin kort gezegd is bepaald dat de tussenkomst van een makelaar, commissionair of een andere onafhankelijke vertegenwoordiger niet leidt tot een vaste inrichting indien deze personen handelen vanuit de normale uitoefening van hun bedrijf.

***Vermogenstoerekening aan de vaste inrichting***

Is eenmaal vastgesteld dat sprake is van een vaste inrichting, dan dienen aan deze vaste inrichting vermogensbestanddelen te worden toegerekend. Voordelen uit vermogensbestanddelen die aan een vaste inrichting kunnen worden toegerekend zijn belastbaar in het land waar de vaste inrichting is gelegen, terwijl voorkoming van dubbele belasting zal worden verleend door het woon- of vestigingsland.

---

deze projecten commercieel en geografisch één geheel vormen. Is dit het geval, dan kan er toch sprake zijn van een vaste inrichting. Zie ook P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale brochures, FED: Deventer 1994, p. 44 t/m 46.

<sup>111</sup> Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag, par. 16.

<sup>112</sup> Albert geeft aan dat dit volgt uit enerzijds een tekstuele wijziging en anderzijds een verplaatsing van de temporele vaste inrichting vanuit art. 5, tweede lid OESO-modelverdrag naar een nieuw art. 5, derde lid ten opzichte van het modelverdrag van 1963. Zie P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale brochures, FED: Deventer 1994, p. 36 en 37.

<sup>113</sup> Zonder uitputtend te willen zijn noem ik als voorbeeld de artikelen 4,14, vijfde lid en 7.2, tweede lid, letter a Wet IB 2001 en art. 3, eerste lid, letter d en 17, derde lid, letter a en c Wet Vpb 1969.

<sup>114</sup> P.G.H. Albert, ‘vaste inrichting en aftrek tvvdb’, TFO 2001/97.

De vaste inrichting vormt geen zelfstandige juridische entiteit en kan daardoor geen zelfstandige drager zijn van rechten, verplichtingen en risico's. Toerekening hiervan aan de vaste inrichting dient derhalve plaats te vinden op andere gronden dan juridische betrekkingen. Desalniettemin wordt voor de toerekening van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting en in het verlengde daarvan de winstberekening van de vaste inrichting ervan uitgegaan dat de vaste inrichting een zelfstandige en onafhankelijke onderneming is, de zogenaamde zelfstandigheidsfictie.<sup>115</sup>

Blijkens het OESO-commentaar is sprake van een ondernemingswinstsplitsing, die volgens het 2010 Report<sup>116</sup> op een functionele en feitelijke analyse gebaseerd is. Deze functionele analyse is bekend uit de Transfer Pricing Guidelines en is in het report aangevuld met de zogeheten 'significant peoples functions'. Kort gezegd zijn dit de werknemers die een bepaalde mate van zeggenschap hebben. Dit alles tezamen brengt Kemmeren<sup>117</sup> tot het volgende stappenplan:

1. Toerekening van bezittingen en schulden die het gevolg zijn van transacties tussen de onderneming en afzonderlijke ondernemingen aan de vaste inrichting;
2. Toerekenen van bezittingen aan de vaste inrichting, op basis van de geïdentificeerde significant peoples functions;
3. Toerekenen van risico's aan de vaste inrichting, op basis van de geïdentificeerde significant peoples functions;
4. Transacties tussen de onderneming en de vaste inrichting erkennen, waarbij van belang is dat op zakelijke gronden wordt gehandeld;
5. Toerekenen van kapitaal aan de vaste inrichting, gebaseerd op de bezittingen en risico's die aan de vaste inrichting worden toegerekend.

Bij het identificeren van de significant peoples functions en het uitvoeren van het door Kemmeren geschetste stappenplan is van belang dat alle relevante feiten en omstandigheden worden gewogen. Daarnaast kan voor verschillende sectoren – en in bepaalde gevallen tussen verschillende bedrijven – sprake zijn van een andere weging van de feiten en omstandigheden in het licht van de significant peoples functions.

## **2.4 Het belastingobject en de eindafrekeningsbepalingen**

Waar belastingheffing over stille en fiscale reserves op grond van het jaarwinstbegrip reeds aan de orde komt, zijn uiteraard geen aanvullende bepalingen vereist om de belastingheffing zeker te stellen. Kenmerkend element bij het overbrengen van vermogensbestanddelen naar het buitenland is echter dat vervreemding nog niet aan de orde is. De regels van de jaarwinstbepaling – in het bijzonder het realisatiebeginsel dat uitgaat van heffing bij het realiseren van winsten – beletten de Nederlandse fiscus over te gaan tot belastingheffing in dergelijke gevallen. Indien eveneens geen sprake is van staking van een onderneming, al dan niet bij fictie, kan in het geheel niet worden overgegaan tot heffing.

In geval van staking van een onderneming wordt reeds uit dien hoofde overgegaan tot een afrekening, zodat een eindafrekening niet meer aan de orde komt. Staking van een onderneming is

---

<sup>115</sup> Art. 7, tweede paragraaf OESO-modelverdrag. Zie ook het commentaar bij artikel 7 van het OESO-modelverdrag, par. 15 t/m 17.

<sup>116</sup> Report on the attribution of profits to permanent establishments, OESO, Parijs, 2010.

<sup>117</sup> E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', TFO 2011/108.

aan de orde indien een persoon ophoudt winst uit een onderneming te genieten, doordat van een kwalificatie als ondernemer<sup>118</sup>, medegerechtigde<sup>119</sup> of schuldeiser<sup>120</sup> ten aanzien van die onderneming geen sprake meer is.<sup>121</sup> Het stakingsbegrip vereist dus niet het einde van de objectieve onderneming zelf, zo is in geval van overdracht van de onderneming sprake van staking van de onderneming door de belastingplichtige, doch blijft de onderneming zelf voortbestaan. In gevallen waarin de onderneming wordt verplaatst hoeft niet steeds sprake te zijn van staking. Hierbij dient te worden beoordeeld of de onderneming op gelijke of soortgelijke wijze wordt voortgezet.<sup>122 123</sup> Daarnaast heeft de wetgever een aantal fictiebepalingen in de wet opgenomen waarbij staking wordt aangenomen. Naast de gevallen die in deze paragraaf nog aan de orde zullen komen betreft het overlijden<sup>124</sup> en ontbinding van de huwelijksgemeenschap van de belastingplichtige<sup>125</sup>.

Lichamen zijn in een aantal gevallen onbepaald belastingplichtig. Immers, art. 2, vijfde lid Wet Vpb 1969 bepaalt dat de lichamen genoemd in art. 2, eerste lid, letter a, b, c en d Wet Vpb 1969 geacht worden hun onderneming uit te oefenen met hun gehele vermogen. Er geldt derhalve een zelfstandig ondernemingsbegrip<sup>126</sup>, waarbij opgemerkt kan worden dat elk onbepaald belastingplichtig lichaam slechts één onderneming heeft<sup>127</sup>. Bijgevolg is van staking van de onderneming sprake zodra het lichaam ophoudt te bestaan, hierbij valt te denken aan de liquidatie van een onderneming of een – al dan niet grensoverschrijdende – (juridische) fusie. Fiscale eenheden ex. art. 15 Wet Vpb 1969 drijven ook slechts één onderneming, als gevolg van de toerekening van het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij(en) aan de moedermaatschappij.

Het voorgaande doet niet af aan het feit dat de systematiek van de emigratieheffingen in de Wet IB 2001 en de Wet Vpb 1969 in verregaande mate overeenkomt. Zoals reeds is geconstateerd is met de invoering van de Wet IB 2001 de eindafrekening van art. 16 Wet IB 1964 vervangen door een viertal bepalingen. Het betreft allereerst art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969, welke de situaties bestrijken van het overbrengen van vermogensbestanddelen naar het buitenland, gecombineerd met het buiten de Nederlandse heffingsjurisdictie vallen hiervan. Daarnaast bevatten art. 3.61 Wet

---

<sup>118</sup> Art. 3.4 Wet IB 2001.

<sup>119</sup> Art. 3.3, eerste lid, letter a Wet IB 2001.

<sup>120</sup> Art. 3.3, eerste lid, letter b Wet IB 2001.

<sup>121</sup> De oplettende lezer maakt uit de terminologie – *een* onderneming; *die* onderneming – op dat een persoon meerdere ondernemingen kan drijven.

<sup>122</sup> HR 8 november 2002, nr. 37 796, BNB 2003/73.

<sup>123</sup> Indien wel sprake is van staking bij het verplaatsen van een onderneming, staat de mogelijkheid ex. art. 3.64 Wet IB 2001 open nog niet af te rekenen over de behaalde winst, maar deze door te schuiven naar een binnen 12 maanden na staking nieuw te starten onderneming waaruit winst wordt genoten.

<sup>124</sup> Art. 3.58 Wet IB 2001.

<sup>125</sup> Art. 3.59, eerste lid Wet IB 2001. Zet de persoon aan wie de vermogensbestanddelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomen de onderneming voort, dan wordt deze persoon geacht in de plaats te zijn getreden van de oorspronkelijke ondernemer, zodat niet behoeft te worden afgerekend, zo bepaalt art. 3.59, tweede lid Wet IB 2001. De fiscale claim wordt dan ‘doorgeschoven’ naar de nieuwe ondernemer.

<sup>126</sup> HR 1 juli 1981, nr. 20 450, BNB 1981/318.

<sup>127</sup> HR 3 oktober 1990, nr. 25 897, BNB 1991/16.



IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969 een eindafrekening – in de vorm van een ‘kapstokartikel’ of ‘vangnetbepaling’.<sup>128</sup>

#### **2.4.1 Emigratieheffing: het overhevelen van vermogensbestanddelen**

De wetgever beoogt te voorkomen dat het overhevelen van vermogensbestanddelen naar het buitenland, gecombineerd met een wijziging van de fiscale woon- of vestigingsplaats van de belastingplichtige, in gevallen waarin geen sprake is van vervreemding van die vermogensbestanddelen belastingvrij kan plaatsvinden. Hiertoe dienen allereerst art. 3.60 Wet IB 2001 en 15c Wet Vpb 1969.

Bij het ontleden van art. 3.60 Wet IB 2001 blijkt dat aan twee cumulatieve eisen dient te zijn voldaan voordat de emigratieheffing bij natuurlijke personen aan de orde komt:

- *Vermogensbestanddelen* van een onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming waaruit de belastingplichtige winst geniet, *worden overgebracht* naar een *buiten Nederland gedreven onderneming* waaruit de belastingplichtige winst geniet;
- De *binnenlandse* belastingplicht van de belastingplichtige *houdt* gelijktijdig daarmee of *daarna op*.

In art. 15c, eerste lid Wet Vpb 1969 is eveneens sprake van twee cumulatieve eisen voordat de emigratieheffing bij lichamen van toepassing wordt:

- *Voordelen uit vermogensbestanddelen* worden *niet meer in de belastbare winst betrokken*;
- De belastingplichtige wordt voor toepassing van de Wet Vpb 1969, een belastingverdrag, de BRK of de BRN *niet meer aangemerkt als inwoner van Nederland*.

Indien dergelijke situaties zich voordoen, worden de vermogensbestanddelen die zijn overgebracht naar de buiten Nederland gedreven onderneming (3.60 Wet IB 2001) of niet meer in de belastbare winst worden begrepen (15c Wet Vpb 1969) geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het ophouden van de binnenlandse belastingplicht (3.60 Wet IB 2001) of het niet meer aangemerkt worden als inwoner van Nederland (15c Wet Vpb 1969). Deze emigratieheffingen kunnen derhalve als partiële afrekening uitwerken, aangezien deze alleen gelden voor de vermogensbestanddelen die naar het buitenland worden overgebracht. Immers, vermogensbestanddelen die niet naar het buitenland worden verschoven en in het vermogen van een hier te lande gelegen vaste inrichting van een buitenlandse belastingplichtige aanwezig blijven, zullen ook na de emigratie onder het Nederlandse heffingsbereik vallen.

#### *Overlijden ondernemer*

Art. 3.60 Wet IB 2001 lijkt ook aan de orde te kunnen komen in een specifiek geval van het overlijden van de ondernemer. Immers, de tekst van art. 3.60 Wet IB 2001 spreekt over het ophouden van de binnenlandse belastingplicht, waarvan ook sprake is indien na overbrengen van de vermogensbestanddelen naar een buiten Nederland gedreven onderneming niet wordt geëmigreerd, maar de belastingplichtige komt te overlijden. Het voorgaande wordt althans

---

<sup>128</sup> Noemenswaardig is nog het feit dat art. 3.61 Wet IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969 niet in het bijzonder als emigratieheffing zijn vormgegeven. Dit doet echter aan de toepasselijkheid van deze artikelen niet af in bepaalde situaties van emigratie.

verdedigd in de Cursus Belastingrecht.<sup>129</sup> Ik meen echter dat dit geval reeds onder de ruime tekstuele werking van art. 3,58 Wet IB 2001 valt, waar wordt gesproken van de staking van de onderneming door het overlijden van de ondernemer. Het gevolg dat door voornoemde bepaling hieraan wordt verbonden – een fictieve overdracht van het vermogen aan de erfgenamen – lijkt niet beperkt tot het in Nederland aanwezige vermogen. Het belang van het onderscheid is gelegen in de toepassing van de desinvesteringsbijtelling van art. 3.47 Wet IB 2001, welke buiten beschouwing wordt gelaten in het geval van overlijden.

#### *Invloed van de vestigingsplaatsfictie*

De redactie van de emigratieheffing in de Wet IB 2001 wijkt af van die in de Wet Vpb 1969. Mijns inziens is de terminologie van art. 3.60 Wet IB 2001 het duidelijkst, omdat de gekozen terminologie hiervan het best aansluit bij het doel van de emigratieheffing. Er wordt immers gesproken over het ophouden van de binnenlandse belastingplicht en het overbrengen van de vermogensbestanddelen naar een buiten Nederland gedreven onderneming. Dat de tekst van art. 15c Wet Vpb 1969 andersluidend is, verbaast overigens niet. In geval van samenloop met de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 is immers geen sprake van ‘ophouden van de binnenlandse belastingplicht’. De lichamen op welke de vestigingsplaatsfictie van toepassing is, worden namelijk steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd, waardoor er steeds sprake is van binnenlandse belastingplicht. De gehanteerde uitdrukking, het niet langer als inwoner van Nederland worden aangemerkt op grond van de wet Vpb zelf, een belastingverdrag, de BRK of de BRN, bereikt in deze gevallen wel het beoogde resultaat. In het geval van een naar buitenlands recht opgericht lichaam geldt de samenloop met de vestigingsplaatsfictie uiteraard niet. Toch vallen deze lichamen onder dezelfde bewoording, aangezien geen onderscheid naar nationaliteit wordt gemaakt in de gebezigde frase.

#### *Fiscale eenheid*

Ook de fiscale eenheid verdient aandacht. Ingevolge de bepalingen van art. 15 t/m 15aj Wet Vpb 1969 kunnen onderdelen van een concern onder voorwaarden voor toepassing van de Wet Vpb 1969 worden aangemerkt als zijnde één belastingplichtige. Het vermogen en de daarmee uitgeoefende werkzaamheden van alle vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid worden voor de belastingheffing toegerekend aan de moedermaatschappij waar de belasting wordt geheven. Art. 15c, tweede lid Wet Vpb 1969 regelt de samenloop tussen het regime van de fiscale eenheid en de emigratieheffing uit het eerste lid. Directe aanleiding voor invoering van dit artikellid was een arrest van de Hoge Raad.<sup>130</sup> <sup>131</sup> Art. 15c, tweede lid Wet Vpb 1969 verklaart de emigratieheffing uit het eerste lid van overeenkomstige toepassing indien een dochtermaatschappij vermogensbestanddelen overbrengt naar het buitenland en gelijktijdig daarmee of op een later

---

<sup>129</sup> P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), par. 3.2.31.D.

<sup>130</sup> HR 15 november 2000, nr. 35 195, BNB 2001/99. In dit arrest werd de werkelijke leiding van twee pensioen-BV's die onderdeel uitmaakten van een fiscale eenheid verplaatst naar de Nederlandse Antillen, waarna in een later jaar de fiscale eenheid werd verbroken. Art. 16 Wet IB 1964 (de voorganger van art. 15c en 15d Wet Vpb 1969) mist volgens de Hoge Raad toepassing, aangezien de moedermaatschappij niet is opgehouden uit haar onderneming in Nederland belastbare winst te genieten. Dat de verplaatsing van de activiteiten plaatsvond via de dochtermaatschappijen doet hieraan niet af.

<sup>131</sup> De Hoge Raad heeft dit oordeel in essentie herhaald in zijn arrest van 14 december 2001, nr. 36 602, BNB 2002/222, waarin binnen de fiscale eenheid een stamrecht werd overgedragen aan een dochtermaatschappij, alvorens laatstgenoemde haar werkelijke leiding verplaatste naar de Nederlandse Antillen en later de fiscale eenheid werd verbroken.

tijdstip niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland. In tegenstelling tot ten tijde van het arrest van 14 december 2001 kan thans een niet in Nederland gevestigde vennootschap geen onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid, althans niet volgens de bepalingen in de Wet Vpb 1969.<sup>132</sup> Het verplaatsen van de werkelijke leiding van een gevoegde dochtermaatschappij naar het buitenland impliceert volgens de thans geldende wettelijke bepalingen een verbreking van de fiscale eenheid ten aanzien van die dochtermaatschappij. Hebben in de referentieperiode van art. 15ai Wet Vpb 1969 zich besmette handelingen voorgedaan als bedoeld in dat artikel – er is binnen de fiscale eenheid geschoven met vermogensbestanddelen waarin een stille reserve aanwezig was – dan zou naast de bepaling van art. 15c, tweede lid Wet Vpb 1969 de sanctiebepaling van art. 15ai Wet Vpb 1969 in werking kunnen treden. Deze samenloop wordt voorkomen door het bepaalde in art. 15aj, zesde lid Wet Vpb 1969 alwaar is aangegeven dat in dergelijke gevallen de emigratieheffing prevaleert.

#### **2.4.2 Eindafrekening**

Als sluitstuk van de belastingheffing over de winst uit onderneming heeft de wetgever met ingang van 2001 een tweetal bepalingen geïntroduceerd, te weten de eindafrekeningen van art. 3.61 Wet IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969. In essentie is het doel van deze bepalingen het opnemen in de winst van voordelen die niet reeds tot uitdrukking zijn gekomen. Aldus zijn deze bepalingen complementair aan de emigratieheffingen van art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969.

Art. 3.61 Wet IB 2001 bevat niet – zoals art. 3.60 Wet IB 2001 – een dubbele eis voordat toepassing van de eindafrekeningsbepalingen aan de orde komt. Van belang is slechts dat de belastingplichtige ophoudt in Nederland uit de onderneming winst te genieten.<sup>133</sup>

Art. 15d Wet Vpb 1969 bevat eveneens slechts een enkele eis, die bovendien vrijwel gelijklopend is aan het bepaalde in de Wet IB 2001, namelijk het ophouden in Nederland belastbare winst te genieten.<sup>134</sup>

Indien aan de gestelde eis is voldaan worden voordelen die niet reeds uit anderen hoofde in aanmerking zijn genomen gerekend tot de winst van het (kalender)jaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland winst uit onderneming (art. 3.61 Wet IB 2001) dan wel belastbare winst (art. 15d Wet Vpb 1969) te genieten. Voor toepassing van de desinvesteringsbijtelling<sup>135</sup> is bepaald dat de bedrijfsmiddelen worden geacht te zijn onttrokken aan de onderneming<sup>136</sup> dan wel te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer<sup>137</sup>. Het totaalwinstbegrip impliceert dat in de winst wordt betrokken de waarde in het economische verkeer van de fictief onttrokken/vervreemde

---

<sup>132</sup> Er moet met nadruk op worden gewezen dat het Hof van Justitie recentelijk heeft geoordeeld dat het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid tussen in Nederland belastingplichtige zustervenootschappen en tussen een vennootschap en haar kleindochtervennootschap die beide in Nederland belastingplichtig zijn als in strijd met de vrijheid van vestiging moet worden aangemerkt, zie: HvJ EU 12 juni 2014, gevoegde zaken C-39/13 t/m C-41/13, *SCA Group e.a.*. Aanpassingen zijn aldus vereist en volgens de Redactie Vakstudie Nieuws zijn er diverse mogelijkheden, zie: V-N 2014/30.9.

<sup>133</sup> Art. 3.61, eerste volzin Wet IB 2001.

<sup>134</sup> Art. 15d, eerste volzin Wet Vpb 1969.

<sup>135</sup> Art. 3.47 Wet IB 2001. Deze bepaling is volgens de schakelbepaling van art. 8 Wet Vpb 1969 ook van toepassing voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen.

<sup>136</sup> Art. 3.61, tweede volzin Wet IB 2001.

<sup>137</sup> Art. 15d, tweede volzin Wet Vpb 1969.

bestanddelen van het vermogen, minus de boekwaarde hiervan. Eveneens worden de nog niet eerder in aanmerking genomen stille en fiscale reserves in de winst betrokken.

### **2.4.3 Het stakingsbegrip en de invloed hiervan op de eindafrekeningsbepalingen**

Zoals reeds aangegeven komt toepassing van de eindafrekeningsbepalingen niet aan de orde indien reeds uit andere hoofde is afgerekend. De vraag die hierbij opkomt is of bij het verplaatsen van de onderneming altijd sprake is van de staking ervan. Immers, als een onderneming wordt verplaatst maar nog geen sprake is van een staking komt belastingheffing ingevolge het totaalwinstbeginsel nog niet aan de orde.

Doorslaggevend bij het beoordelen of van staking van de onderneming sprake is, is de vraag of de identiteit van de onderneming behouden is gebleven, waarbij onder andere veranderingen in bedrijfsomvang, clientèle, concurrentiepositie, personeel en inventaris worden afgewogen.<sup>138</sup> Het gaat hierbij om een beoordeling van de feitelijke situatie. Duidelijk is dat een verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten nog niet het staken van een onderneming met zich brengt.

Uit een tweetal<sup>139</sup> arresten van de Hoge Raad kwam in verband met de verplaatsing van een melkveebedrijf naar het buitenland naar voren blijkt voorts dat deze conclusie niet anders luidt indien de onderneming wordt verplaatst naar het buitenland. Beide arresten zagen op een soortgelijke casus die – ietwat gestileerd – als volgt kan worden weergegeven. Een voor eigen rekening gedreven agrarische onderneming, werd op enig moment ingebracht in een BV. Later werd in Duitsland door de BV een melkveehouderij aangekocht en werden diverse activa van de BV overgebracht naar het bedrijf in Duitsland. In de zaak met nr. 08/01448 was het geschilpunt of bij de inbreng in de BV al dan niet terecht gebruik was gemaakt van de faciliteit van de geruisloze inbreng van art. 18 Wet IB 1964. In de zaak met nr. 08/02813 was de mogelijke vorming van een herinvesteringsreserve het twistpunt. Voor beide vragen is van belang of sprake was van de voortzetting van de onderneming in Duitsland. Indien zulks niet het geval zou zijn dan zou de faciliteit van de geruisloze inbreng worden teruggenomen en zou de vorming van een herinvesteringsreserve niet mogelijk zijn. Zwaartepunt lag in beide arresten in dezelfde rechtsoverweging van de Hoge Raad – te weten 3.4.2 – alwaar hij oordeelde:

“(…) de verplaatsing door een ondernemer van zijn bedrijfsuitoefening niet leidt tot staking van zijn onderneming indien de identiteit van de onderneming niettegenstaande verplaatsing ervan wezenlijk dezelfde is gebleven. Of daarvan sprake is moet worden beoordeeld aan de hand van de factoren die tezamen en in hun onderling verband beschouwd de identiteit van de desbetreffende onderneming bepalen.”

Zoals vermeldt, komen indien reeds uit andere hoofde tot afrekening dient te worden overgegaan de eindafrekeningsbepalingen niet voor toepassing aan de orde. Het voormelde oordeel kan aldus worden doorgetrokken naar de emigratieheffingen in de winstsfeer in die zin dat eerst dient te worden bepaald of sprake is van het staken van een onderneming en dat slechts als hiervan geen sprake is, kan worden geoordeeld over het al dan niet van toepassing zijn van de eindafrekeningsbepalingen.

---

<sup>138</sup> Zie bijvoorbeeld P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, par. 3.2.28.C.b1 en de daarin besproken jurisprudentie.

<sup>139</sup> HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, BNB 2010/213 en HR 19 maart 2010, nr. 08/02813, BNB 2010/2014.

### *Faciliteit bij binnenlandse verplaatsingen*

Typisch voor de verplaatsing van een onderneming waarbij de identiteit van de onderneming zodanig wijzigt dat sprake is van staking is dat na de verplaatsing een nieuwe onderneming ontstaat. Art. 3.64 Wet IB 2001 voorziet in dergelijke gevallen in een doorschuiving van de boekwinst die valt toe te rekenen aan de bedrijfsmiddelen en aan herinvesteringsreserves bij een dergelijke staking en start van een andere – reeds bestaande of nieuwe – onderneming. Bij deze doorschuiving wordt gebruikgemaakt van de techniek van het te conserveren inkomen, waarop de belastingplichtige aanspraak kan maken indien aannemelijk gemaakt wordt dat in het jaar van staking of binnen 12 maanden – of langer ingeval van bijzondere omstandigheden<sup>140</sup> – na staking wordt geherinvesteerd in een andere onderneming.<sup>141</sup> Indien tijdig wordt geherinvesteerd, worden de aanschaffings- of voortbrengingskosten van de bedrijfsmiddelen van de andere onderneming verminderd met het eerder geconserveerde inkomen en wordt de geconserveerde aanslag met eenzelfde bedrag verminderd.<sup>142</sup> Een en ander werkt aldus op vergelijkbare wijze uit als de zogenaamde herinvesteringsreserve van art. 3.54 Wet IB 2001. De werking van de herinvesteringsreserve is overigens van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>143</sup>

## **2.5 Enkele aspecten met betrekking tot de invordering**

Uit het feit dat het vaststellen van de belastingschuld gebeurt ingevolge art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 is niet af te leiden hoe de invordering van deze belastingschuld plaatsvindt. De invordering van belastingschulden is geregeld in de Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990) en vereist het vaststellen van een – al dan niet voorlopige<sup>144</sup> – aanslag<sup>145</sup> door de inspecteur. De inspecteur stelt het aanslagbiljet ter invordering van de daaruit blijkende belastingschuld ter beschikking van de ontvanger.<sup>146 147</sup> Deze aanslag is zes weken na dagtekening daarvan invorderbaar.<sup>148</sup> Zonder nadere bepalingen is de belasting dus (vrijwel) direct verschuldigd, er is met andere woorden in beginsel geen uitstel van betaling voor een belastingaanslag.

### **2.5.1 Vergelijking met de emigratieheffing voor de aanmerkelijk belanghouder**

Anders blijkt dit te zijn ten aanzien van het (bij fictie) vervreemden van een aanmerkelijk belang bij emigratie van de aanmerkelijk belanghouder<sup>149</sup>. Gesignaleerd kan worden dat laatstgenoemde heffing een mogelijk wezenlijk gunstiger vervolg kent voor de belastingplichtige. Immers, er wordt in dergelijke gevallen een conserverende aanslag opgelegd<sup>150</sup>, daarmee gaat gepaard een uitstel van betaling<sup>151</sup> en een kwijtschelding van het nog openstaande bedrag na een verloop van tien jaar<sup>152</sup>, tenzij in de tussentijd een van de zogenaamde ‘besmette handelingen’ die met vervreemding

---

<sup>140</sup> Deze omstandigheden worden omschreven in art. 3.64, derde lid Wet IB 2001.

<sup>141</sup> Art. 3.64, eerste lid Wet IB 2001.

<sup>142</sup> Art. 3.64, tweede lid Wet IB 2001.

<sup>143</sup> Art. 3.64, tweede lid Wet IB 2001.

<sup>144</sup> Art. 12 AWR.

<sup>145</sup> Art. 11 AWR.

<sup>146</sup> Art. 5, eerste lid AWR.

<sup>147</sup> Art. 8, eerste lid IW 1990.

<sup>148</sup> Art. 9, eerste lid IW 1990.

<sup>149</sup> Art. 4.16, eerste lid, onderdeel h Wet IB 2001.

<sup>150</sup> Art. 2.8 Wet IB 2001.

<sup>151</sup> Art. 25, achtste lid IW 1990.

<sup>152</sup> Art. 26, tweede lid IW 1990.

worden gelijkgesteld door de aanmerkelijk belanghouder wordt verricht<sup>153</sup>. In het laatste geval wordt de belastingheffing die alsnog aan de orde komt door het verrichten van de besmette handeling verminderd met de belasting die toerekenbaar is aan eventuele waardeverminderingen van het aanmerkelijk belang die zijn opgetreden na het moment van emigratie.<sup>154</sup>

Een typisch gevolg van bovenstaande is het volgende. De aanmerkelijk belanghouder die niet alleen zelf emigreert, maar ook de werkelijke leiding van 'zijn' vennootschap overhevelt naar het buitenland krijgt te maken met een opmerkelijk tafereel. De winst die hij als aanmerkelijk belanghouder behaalt bij de (fictieve) vervreemding van de aandelen wordt in een conserverende aanslag opgenomen, terwijl de winst die hij 'zijn' vennootschap ziet maken als gevolg van de emigratieheffing onmiddellijk zal worden ingevorderd (in beginsel, zie volgende paragraaf). Dit is slechts het gevolg van het duale karakter van de aanmerkelijk belanghouder, die enerzijds vergelijkbaar is met een ondernemer, maar door afzondering van de onderneming in een vennootschap te maken krijgt met twee naast elkaar functionerende belastingwetten. De schoonheidsprijs verdient deze gang van zaken mijns inziens echter niet.

Ook onder het hierna te bespreken besluit van 14 december 2011 en het thans geldende art. 25a IW 1990 vond en vindt iets eigenaardigs plaats. Zou voor de vennootschap worden gekozen voor de variant van uitstel van betaling tot het moment van realisatie, dan krijgt deze persoon wat betreft zijn aanmerkelijk belang te maken met volstrekt andere eisen dan waarmee 'zijn' vennootschap wordt geconfronteerd. Dit lijkt mij een onoverkomelijke uitwerking van het door de wetgever gehanteerde systeem waarin belastingheffing van de aanmerkelijk belanghouder en 'zijn' vennootschap anders is ingevuld in combinatie met de andere behandeling van de aanmerkelijk belanghouder en vennootschappen die door het HvJ EU wordt voorgestaan.

## 2.5.2 Ingrepen naar aanleiding van jurisprudentie

Voorheen was aldus geen uitstel van betaling mogelijk ingeval de belastingschuld was vastgesteld ingevolge art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 of art. 15c en 15d Wet Vpb 1969. Nadat het HvJ EU op 30 november 2012 arrest had gewezen in de zaak *National Grid Indus*<sup>155</sup>, werd kort gezegd duidelijk dat onmiddellijke invordering van de belastingschulden niet in overeenstemming is met het Europese (belasting)recht, in het bijzonder de vrijheid van vestiging, als niet ook de belastingplichtige niet in plaats daarvan kan kiezen voor uitstel tot het moment van realisatie. Dit oordeel leidt zodoende tot heel andere kaders dan bij de heffing van aanmerkelijk belanghouders.<sup>156</sup>

### ***Besluit 14 december 2011***

Als reactie op voornoemd arrest publiceerde de Staatssecretaris van Financiën op 14 december 2011 – ruim twee weken na het wijzen van het arrest *National Grid Indus* – een beleidsbesluit<sup>157</sup>, vooruitlopend op een nog in te dienen wetsvoorstel. Doel van het beleidsbesluit was de uitvoeringspraktijk in overeenstemming brengen met de kaders zoals deze door het HvJ EU zijn gesteld. Omdat de beslissing van het HvJ EU de vrijheid van vestiging betreft, is de reikwijdte hiervan beperkt tot landen van de Europese Unie (hierna: de EU) en Europese Economische Ruimte (hierna:

<sup>153</sup> Art. 25, achtste lid, onderdelen a, b en c IW 1990.

<sup>154</sup> Art. 26, vijfde lid, letter a IW 1990.

<sup>155</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*.

<sup>156</sup> Zoals dat volgt uit de arresten HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant* en HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04, *N*.

<sup>157</sup> Besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, BNB 2012/41.

de EER)<sup>158</sup>. In relatie tot ‘derde-landen’ geldt het besluit niet. De Staatssecretaris leidt uit het arrest af dat de belastingaanslagen waarin een heffingscomponent is begrepen die volgt uit de bepalingen in art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 of art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 rechtsgeldig zijn.<sup>159</sup>

Nadat de inspecteur de aanslag heeft opgelegd kan de belastingplichtige overgaan tot betaling van de verschuldigde belasting binnen de gestelde termijn van zes weken, of opteren voor uitstel van betaling tot het moment van realisatie. Dit laatste is niet aan enige tijdsbeperking gebonden. Het uitstel heeft slechts betrekking op vermogensbestanddelen waarvoor geen sprake is geweest van realisatie, maar die wel in de heffing zijn betrokken ingevolge art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 of art. 15c en 15d Wet Vpb 1969. De belastingplichtige dient de ontvanger jaarlijks te voorzien van een overzicht van de niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen. Ten aanzien van het openstaande bedrag is zekerheidstelling vereist en over dit bedrag is invorderingsrente verschuldigd.<sup>160</sup> Van realisatie is sprake indien de in de aanslag begrepen heffingscomponenten in Nederland zouden leiden tot het realiseren van winst.

### ***De Wet uitstel van betaling exitheffingen***

Het wetsvoorstel<sup>161</sup> werd uiteindelijk op 15 mei 2012 ingediend en bevat naast een continuering van de vereisten uit het besluit een aantal uitbreidingen hierop. Allereerst is het wetsvoorstel niet beperkt tot de bepalingen in art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 of art. 15c en 15d Wet Vpb 1969, maar geldt bijvoorbeeld ook in gevallen van bedrijfsfusie, splitsing of (juridische) fusie.<sup>162</sup> Dit wordt bewerkstelligd door een vergelijking te maken met belasting die nog niet verschuldigd zou zijn indien de belastingplichtige in Nederland zou zijn gebleven.<sup>163</sup> Het uitstel geldt blijkens de bewoording “voor zover” slechts voor het gedeelte van de belastingaanslag dat onder deze omschrijving valt. Zou dus in het laatste jaar van de belastingplicht nog sprake zijn van ‘reguliere’ jaarwinst die onder het bereik van art. 3.25 Wet IB valt, dan is het uitstel beperkt tot het bedrag dat hier door toepassing van de emigratieheffing en/of eindafrekening nog bovenop komt.

Ten tweede is voorzien in een betaling van de aanslag in tien gelijke jaarlijkse termijnen.<sup>164</sup> Achtergrond van deze verruiming – niet alleen ten opzichte van het besluit van 14 december 2011, maar ook ten opzichte van de eisen in het arrest *National Grid Indus* – is een vermindering van de administratieve lasten voor de belastingschuldige, aangezien het bijhouden van een fiscale balans en verlies- en winstrekening in die situatie niet vereist is.

Wat betreft het verschuldigd zijn van rente, het moeten stellen van zekerheden en het vervallen van het uitstel in bepaalde gevallen<sup>165</sup> wijkt de betaling in tien gelijke jaarlijkse termijnen niet af van het uitstel tot het moment van realisatie van een of meerdere in de aanslag begrepen voordelen. Saillant detail is overigens dat de rente die gepaard gaat met een uitstel van betaling van meer dan

---

<sup>158</sup> De EER is een akkoord tussen de landen van de Europese Unie en de Europese Vrijhandelsassociatie, met uitzondering van Zwitserland. Zwitserland heeft dit akkoord namelijk niet geratificeerd. Effectief gaat het om de landen IJsland, Noorwegen en Liechtenstein.

<sup>159</sup> Hof Amsterdam komt later in zijn einduitspraak in de zaak die tot het arrest *National Grid Indus* heeft geleid tot eenzelfde conclusie. Zie: Hof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, V-N 2012/46.19.

<sup>160</sup> De invorderingsrente is geregeld in art. 28 IW 1990.

<sup>161</sup> Wet uitstel van betaling exitheffingen, nr. 33 262.

<sup>162</sup> Kamerstukken II 2011-2012, nr. 33 262, nr. 3, p. 2 t/m 4.

<sup>163</sup> Art. 25a, eerste lid IW 1990.

<sup>164</sup> Art. 25a, derde lid IW 1990.

<sup>165</sup> Art. 25a, tweede lid, letters a, b en c IW 1990.

drie jaren na die tijd jaarlijks invorderbaar is, althans die mogelijkheid biedt de uitvoeringsregeling invorderingswet<sup>166</sup> en de Staatssecretaris van Financiën heeft aangekondigd dat hiervan gebruik zal worden gemaakt<sup>167</sup>:

*“Bij toepassing van de bijzondere uitstelfaciliteit ter zake van exitheffingen zal de ontvanger deze regeling toepassen en zijn bevoegdheden maximaal benutten om het invorderingsrisico te minimaliseren, inclusief jaarlijkse rentebetaling en maximale zekerheidstelling.”*

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

In de literatuur is betwist of het Nederlandse systeem dankzij de Wet uitstel van betaling exitheffingen geheel in overeenstemming met het EU-recht is gebracht. Na een gedetailleerde bespreking van de jurisprudentie van het HvJ EU in hoofdstuk 4 zal blijken dat diverse vragentekens allesbehalve zonder reden zijn. Uit het voorlopig verslag van de vaste commissie voor financiën van de Eerste Kamer<sup>168</sup> blijkt dat de leden van het CDA en de VVD ook hun twijfels hebben geuit bij de twee eerstgenoemde punten. Naast het benoemen van de zekerheidstelling *an sich* wijzen deze leden op het feit dat door een verminderde kredietpositie als gevolg van de vereiste zekerheden de bankrente die verschuldigd is ook kan toenemen. Uit het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor financiën<sup>169</sup> van de Eerste Kamer blijkt bovendien dat dezelfde leden vraagttekens zetten bij het *in alle gevallen* – derhalve niet op basis van een inschatting van individuele gevallen – vereisen van zekerheden en de renteberekening. Interessant is overigens dat de leden van het CDA en de VVD bij hun vragen in het voorlopig verslag verwijzen naar de uitgebreide analyse van Lambooi<sup>170</sup>, maar de zorgen die Lambooi over de administratieve verplichtingen uit niet eveneens naar voren brengen. Lambooi betoogt immers over zware administratieve verplichtingen bij het uitstel tot het moment van realisatie en doelt hierbij in het bijzonder op de dubbele fiscale boekhouding die gedurende lange tijd zal moeten worden bijgehouden. Volgens haar is de keuze voor uitstel van betaling tot het realisatiemoment daarmee niet in alle gevallen realistisch en dus disproportioneel. De hierboven omschreven drie zaken zie ik als belangrijkste pijnpunten met betrekking tot de Wet uitstel van betaling exitheffingen. Ook Van Sprundel noemt de vormgeving van de huidige regeling voor wat betreft de zekerheden die worden verlangd, de rente die is verschuldigd en de administratieve verplichtingen die zijn vereist ingeval uitstel van betaling wordt verleend als belangrijkste knelpunten.<sup>171</sup> Ik kom hierop terug in hoofdstuk 4, te meer daar uit latere jurisprudentie van het HvJ EU – bijvoorbeeld *DMC* – blijkt dat deze knelpunten actueel blijven.

## **2.6 Samenvatting en conclusie**

Om alle voordelen die met de uitoefening van ondernemingsactiviteiten in Nederland zijn behaald – de zogenaamde totaalwinst – in de belastingheffing te kunnen betrekken in het geval een belastingplichtige ondernemer of belastingplichtig lichaam niet langer onder het Nederlandse heffingsbereik valt heeft de wetgever voorzien in een aantal bepalingen die een directe belastingheffing ten aanzien van voordelen waarover Nederland zijn heffingsmogelijkheden dreigt te

<sup>166</sup> Art. 34 Uitvoeringsregeling IW 1990).

<sup>167</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, nr. DB/2012/460U, par. 4.

<sup>168</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 33 262, B.

<sup>169</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 33 262, C.

<sup>170</sup> M.V. Lambooi, ‘Exitheffingen: particulier vs onderneming: zoek de verschillen’, NTFR Beschouwingen 2013/3.

<sup>171</sup> Zie: D.E. van Sprundel, ‘Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof’, WFR 2012/914.



verliezen mogelijk maken. Het betreft in totaal een viertal specifieke bepalingen – art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 – die sinds 2001 een enkele, meer generieke bepaling – art. 16 Wet IB 1964 – vervangen. Zonder deze bepalingen zou van heffing nog geen sprake zijn, omdat nog geen sprake is van het daadwerkelijk genieten van de bedoelde voordelen. Er is met andere woorden nog geen sprake van een realisatiemoment, waardoor volgens de regels van de jaarwinstbepaling nog niet overgegaan hoeft te worden tot heffing.

Bedoeld is niet om nieuwe vormen van heffing te introduceren, doch vooral een en ander te verduidelijken, zodat aldus maatwerk is geleverd. De nieuwe bepalingen geven invulling aan het totaalwinstbeginsel ingeval van het verplaatsen van de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland door de belastingplichtige en zijn dientengevolge als algemeen werkende bepalingen opgenomen en uitdrukkelijk niet als antimisbruikbepaling vormgegeven. Dat het voorkomen van misbruik een van de doelen van het Nederlandse fiscale stelsel is doet aan het voorgaande niet af daar ongeacht de vraag of de verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland is ingegeven door fiscale motieven alle door middel van de onderneming behaalde voordelen in de belastingheffing worden betrokken.

Het viertal bepalingen betreft allereerst tweemaal een emigratieheffing – art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969 – die in werking treedt op het moment dat voordelen uit bepaalde vermogensbestanddelen niet langer in de belastbare winst worden begrepen en de belastingplichtige gelijktijdig daarmee of daarna niet langer als binnenlandse belastingplichtige kan worden aangemerkt. Daarnaast is voorzien in tweemaal een eindafrekening – art. 3.61 Wet IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969 – waarmee in de heffing worden betrokken alle voordelen die niet eerder tot de winst zijn gerekend indien de belastingplichtige in het geheel ophoudt in Nederland winst te genieten. Blijven vermogensbestanddelen in Nederland achter en kunnen deze toegerekend worden aan een hier te lande aanwezig zogenaamde vaste inrichting, dan komt heffing (nog) niet aan de orde.

Als reactie op Europeesrechtelijke jurisprudentie heeft de Nederlandse wetgever voorzien in uitstel van betaling tot het moment waarop er daadwerkelijk sprake is van realisatie of een gespreide betaling in 10 jaarlijkse termijnen, als de belastingplichtige hiervoor kiest. De tweede keuzemogelijkheid is een uitbreiding ten opzichte van de eisen van het HvJ EU. Er wordt bij het verleende uitstel wel zekerheid verlangd, rente berekend en enige administratieve last is het gevolg. De jurisprudentie die hiertoe heeft geleid is een van de onderwerpen die in hoofdstuk 4 aan de orde zal komen, als wordt onderzocht welke randvoorwaarden voor een emigratieheffing er zijn vanwege het Europese belastingrecht.

## Hoofdstuk 3: Emigratieheffingen en het internationale belastingrecht

### 3.1 Inleiding

Om invulling aan het totaalwinstbeginsel te geven heeft de Nederlandse wetgever emigratieheffingen geïntroduceerd voor de gevallen waarin het Nederlandse heffingsrecht over ongerealiseerde meerwaarden verloren dreigt te gaan. Is immers de belastingplichtige niet langer als inwoner van Nederland aan te merken<sup>172</sup> en kunnen naar het buitenland verplaatste vermogensbestanddelen niet aan een in Nederland gelegen vaste inrichting worden toegerekend, dan is er naar nationaal recht geen mogelijkheid meer tot belastingheffing over in de verplaatste vermogensbestanddelen besloten meerwaarden over te gaan. Omdat de wetgever – mijns inziens terecht – meent dat Nederland bevoegd is belasting te heffen over deze meerwaarden daar deze ook in Nederland zijn ontstaan<sup>173</sup>, wordt voorzien in een heffing op het laatst mogelijke moment, dat wil zeggen het moment voorafgaand aan het verloren gaan van de heffingsbevoegdheid.

Niet geheel duidelijk is waarop het verloren gaan van de heffingsbevoegdheid precies is gebaseerd. Er zijn aanwijzingen te vinden dat de oorzaak hiervan gelegen zou zijn in het internationale belastingrecht<sup>174</sup>. De vraag is of dit daadwerkelijk zo is. Het belang van dit vraagstuk is tweeledig. Om te beginnen kan zo worden bepaald of de emigratieheffingen überhaupt nodig zijn om de belastingheffing over ongerealiseerde meerwaarden veilig te stellen. In het verlengde hiervan biedt dit mogelijk inzichten die van belang kunnen blijken bij het zoeken naar mogelijke alternatieven voor de huidige systematiek. Een en ander komt uitgebreid aan bod, waarbij een hoofdrol zal zijn weggelegd voor het OESO-modelverdrag en het daarbij behorende commentaar.

Een andere vraag is of Nederland de opgelegde emigratieheffingen wel (volledig) kan effectueren. Als zou blijken dat Nederland hiermee eenzijdig heffingsrechten die reeds waren prijsgegeven aan een verdragspartner naar zich toe trekt zou sprake zijn van een schending van de goede verdragstrouw – ook wel aangeduid als ‘treaty override’ – waardoor moet worden teruggetreden en van heffing alsnog geen sprake kan zijn.

Een en ander vormt het tweede fundament van dit onderzoek. Na een korte introductie van enkele basisbeginselen van het internationale belastingrecht wordt onderzocht of, en zo ja in welke mate, Nederland door het OESO-modelverdrag<sup>175</sup> wordt beperkt in het uitoefenen van zijn heffingsrecht en of de stelling dat zonder emigratieheffingen Nederland zijn fiscale claim zou verliezen terecht is. Ook is aandacht voor Nederlandse en Duitse jurisprudentie en komt het fenomeen treaty override kort aan bod. Afgesloten wordt met een conclusie.

### 3.2 Internationaal dubbele belasting en belastingverdragen

In grensoverschrijdende situaties kan samenloop van de diverse heffingsbeginselen waarop landen hun belastingheffing plegen te baseren al snel tot meervoudige belastingheffing leiden. Het

---

<sup>172</sup> Ik breng in herinnering dat de vestigingsplaatsfictie van art. 2, vierde lid Wet Vpb 1969 geen gevolgen heeft voor de verdragswoonplaats. Zie par. 1.2.7.

<sup>173</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 116 t/m 118.

<sup>174</sup> Zie par. 1.2.6.

<sup>175</sup> Strikt genomen is er geen sprake van een beperking *door* het OESO-modelverdrag, daar dit zoals de naam al doet vermoeden slechts als voorbeeld dient bij het opstellen van belastingverdragen en daarom zelf geen juridische status heeft. Waar ik de werking van het OESO-modelverdrag analyseer is dus in feite sprake van de aanname dat het OESO-modelverdrag wel zo’n status heeft.

verlichten van deze meervoudige belastingheffing is een onderwerp van groot gewicht binnen het internationale belastingrecht. Twee staten kunnen hiertoe een belastingverdrag afsluiten.

### **3.2.1 Dubbele belasting en het verlichten daarvan**

Indien twee staten ingevolge hun nationale wetgeving overgaan tot belastingheffing wordt gesproken over internationaal dubbele belasting, hetgeen vanuit twee perspectieven kan worden bekeken.<sup>176</sup> Van juridisch dubbele belasting wordt gesproken indien één belastingplichtige met betrekking tot één inkomens- of vermogensbestanddeel in twee staten met belastingheffing wordt geconfronteerd. Daartegenover staat economisch dubbele belasting, waarmee wordt bedoeld op het geval waarin één inkomens- of vermogensbestanddeel door twee staten bij verschillende belastingplichtigen wordt belast. Bij juridische dubbele belasting wordt een en ander aldus bekeken vanuit het perspectief van de belastingplichtige, waar bij economische dubbele belasting het in de heffing betrokken inkomens- of vermogensbestanddeel centraal staat.

Ter voorkoming van juridisch dubbele belastingheffing kunnen twee staten een belastingverdrag afsluiten dat voorziet in de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan één van beide staten of aan beide staten gezamenlijk. Eveneens wordt geregeld op welke manier het verlichten van dubbele belasting dient te geschieden. Het is overigens van belang op te merken dat belastingverdragen geen heffingsrechten creëren, doch slechts voorzien in de verdeling daarvan tussen de verdragsluitende staten. Indien een staat geen regeling(en) kent volgens welke een bepaald inkomens- of vermogensbestanddeel in de belastingheffing wordt betrokken vindt er geen heffing plaats, ook al wijst het belastingverdrag de bevoegdheid hiervoor al dan niet gedeeltelijk toe aan deze staat. Met andere woorden, (belasting)verdragen limiteren dus de mogelijkheden van een staat zijn nationale (fiscale) recht volledig toe te passen. In Nederland is dit geregeld in art. 94 van de Grondwet, waarin is bepaald dat buiten toepassing blijven de binnen het Koninkrijk geldende voorschriften indien de toepassing hiervan niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling.<sup>177</sup>

Nederland kent naast een uitgebreid verdragen-netwerk een eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting<sup>178</sup>, welke aan de orde komt als er geen belastingverdrag is afgesloten met de andere staat waar een belastingplichtige eveneens in de heffing wordt betrokken, of als door het verdrag niet in een voorkoming wordt voorzien.

### **3.2.2 De interpretatie van verdragen**

Nederland baseert zich bij het afsluiten van belastingverdragen met andere staten op het OESO-modelverdrag, hetgeen volgens de Staatssecretaris van Financiën een aantal gevolgen heeft.<sup>179</sup> Eerste consequentie is dat waar in belastingverdragen teksten zijn gebruikt die overeenkomen met de bewoordingen in het OESO-modelverdrag het bijbehorende daarbij behorende commentaar van groot belang is. De Hoge Raad deelt deze visie overigens.<sup>180</sup>, net als de OESO blijkens de inleidende bepalingen in het commentaar. Daarnaast moet het commentaar bij het OESO-modelverdrag op een zogenaamde dynamische wijze worden geïnterpreteerd, waarmee bedoeld wordt dat in geval de

---

<sup>176</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studiereserie, Kluwer: Deventer, 2014, p. 12.

<sup>177</sup> Art. 94 van de Grondwet strekt zich ook uit tot besluiten van volkenrechtelijke organisaties, maar hiervan is bij belastingverdragen geen sprake.

<sup>178</sup> Thans het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001.

<sup>179</sup> Zie hiervoor: Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 1.3.3.

<sup>180</sup> HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379.

tekst van het OESO-modelverdrag gelijklopend is gebleven, maar het bijbehorende commentaar is gewijzigd de meest recente versie van het commentaar van belang is bij de uitlegging van het verdrag, Als gevolg daarvan zouden wijzigingen in het commentaar op het OESO-modelverdrag die als doel hebben een verduidelijking of die nog niet eerder opgekomen vragen beantwoorden ook meegenomen moeten worden.

In het OESO-modelverdrag zelf is ook voorzien in een bepaling waarin is uiteengezet hoe dient te worden om gegaan met termen welke in het verdrag niet zijn gedefinieerd.<sup>181</sup> Uitlegging hiervan dient plaats te vinden volgens het recht van de staat die het verdrag toepast en wel op het moment dat die toepassing plaatsvindt, tenzij de context anders vereist. De context wordt bepaald door de intentie van de verdragsluitende staten op het moment van ondertekenen van het verdrag, alsook uitleg die in daaraan in het recht van de andere verdragsluitende staat wordt gegeven.<sup>182</sup> Op deze wijze wordt er invulling gegeven aan een consistente uitleg enerzijds en een doelmatige en praktische toepassing door de tijd heen anderzijds.<sup>183</sup> Indien in meerdere wetten van de verdragstoepassende staat verschillende definities zijn opgenomen van de uit te leggen term dient te worden aangesloten bij de toepasselijke belastingwetten<sup>184</sup>, ook als in andere belastingwetten een uitleg daarvan is terug te vinden.<sup>185</sup>

Doen zich ondanks deze uitleggingsbepaling nog steeds problemen voor met betrekking tot de uitlegging van de verdragstekst, dan dient steun te worden gezocht in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: Verdrag van Wenen)<sup>186</sup>. In het Verdrag van Wenen is opgenomen dat de verdragspartners het verdrag te goeder trouw moeten uitleggen<sup>187</sup>, waarbij die uitleg aan dient te grijpen bij de gewone betekenis van de uit te leggen termen in hun context en in het licht van het voorwerp van het verdrag<sup>188</sup>. Is een en ander nog steeds onduidelijk, dan vindt een rechtshistorische uitleg plaats<sup>189</sup>, waarbij erop gewezen kan worden dat hier sprake is van een andere lijn dan de dynamische interpretatiemethode die in het OESO-modelverdrag zelf wordt voorgestaan.

### **3.3 Toepassing van het OESO-modelverdrag op emigratieheffingen**

Het OESO-modelverdrag bevat geen specifieke bepalingen die zien op emigratieheffingen of de achterliggende beweging(en) die dit soort heffingen toepassing doen vinden. Meer in het algemeen zijn er geen bepalingen terug te vinden die voorzien in de behandeling van wijzigende omstandigheden. Slechts voor op een bepaald moment aanwezige omstandigheden zijn regelingen getroffen. Het OESO-modelverdrag ziet aldus op als statisch te kenmerken situaties.

#### *Toevloeiings- en veroorzakingsbeginsel*

Bij de vraag naar de behandeling van ongerealiseerde meerwaarden dient derhalve op zoek te worden gegaan naar de ratio van de bepalingen in het OESO-modelverdrag die zien op de verdeling van de heffingsrechten ten aanzien van de winst uit onderneming. De Smit onderscheidt daarin twee

---

<sup>181</sup> Art. 3, tweede paragraaf OESO-modelverdrag.

<sup>182</sup> Commentaar bij artikel 3 van het OESO-modelverdrag, par. 12.

<sup>183</sup> Commentaar bij artikel 3 van het OESO-modelverdrag, par. 13.

<sup>184</sup> Art. 3, tweede paragraaf OESO-modelverdrag.

<sup>185</sup> Commentaar bij artikel 3 van het OESO-modelverdrag, par. 13.1.

<sup>186</sup> Verdrag van 23 mei 1969, Trb. 1977, 169. Laatstelijk herzien in Trb. 1985, 79.

<sup>187</sup> Art. 26 en 31 Verdrag van Wenen.

<sup>188</sup> Art. 31 Verdrag van Wenen.

<sup>189</sup> Art. 32 Verdrag van Wenen.

mogelijkheden.<sup>190</sup> In de eerste plaats is er het toevloeiingsbeginsel, waarvoor van belang is het *moment* waarop de meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd, zodat met voor- of nagekomen baten en lasten geen rekening (meer) kan worden gehouden. De tweede mogelijkheid is dat de *activiteiten die de meerwaarden veroorzaken* van doorslaggevend belang zijn, waarbij het realisatiemoment irrelevant is, het zogenoemde veroorzakingsbeginsel.

Indien tot de conclusie wordt gekomen dat het OESO-modelverdrag of de relevante bepalingen daaruit zijn gebaseerd op het toevloeiingsbeginsel kan worden vastgesteld dat het verloren gaan van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van ongerealiseerde meerwaarden is gebaseerd op het internationale belastingrecht en een emigratieheffing dus vereist is om de belastingheffing daarover te verzekeren. Er is dan immers op het ‘echte’ realisatiemoment geen mogelijkheid meer om tot belastingheffing over te gaan. Blijkt het veroorzakingsbeginsel echter leidend, dan kan worden gesteld dat een emigratieheffing niet nodig is om de belastingheffing over ongerealiseerde meerwaarden te verzekeren.

#### *Emigratieheffingen te vergelijken met ondernemingswinsten en/of vermogenswinsten*

Naar mijn mening zijn twee artikelen uit het OESO-modelverdrag relevant, te weten art. 7 inzake ‘business profits’ (het ondernemingswinstartikel) en art. 13 inzake ‘capital gains’ (het vermogenswinstartikel). Hoewel art. 7 OESO-modelverdrag strikt genomen slechts betrekking heeft op de relatie tussen het in de ene staat (al aanwezige) hoofdhuis en de in de andere staat (al aanwezige) vaste inrichting<sup>191</sup>, meen ik dat het verplaatsen van vermogensbestanddelen in het kader van de wijziging van de woon- of vestigingsplaats van de belastingplichtige hiermee in grote mate overeenkomt, althans conceptueel gezien. De vaste inrichting is immers niet alleen het middelpunt bij het verdelen van de heffingsbevoegdheid van ondernemingswinsten in het OESO-modelverdrag, maar ook in de vormgeving van de Nederlandse emigratieheffingen. Blijven vermogensbestanddelen aanwezig in het vermogen van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, dan is ten aanzien daarvan een emigratieheffing ingevolge art. 3.60 Wet IV 2001 of 15c Wet Vpb 1969 niet aan de orde. Eenzelfde redenering gaat op wat betreft de toepassing van art. 13, tweede paragraaf OESO-modelverdrag inzake vermogenswinsten, aangezien ook daarin de vaste inrichting een centrale rol inneemt.<sup>192</sup>

### **3.3.1 De verdeling van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van ondernemingswinsten**

De heffingsbevoegdheid ter zake van ondernemingswinsten wordt beheerst door art. 7 OESO-modelverdrag. Ten aanzien van de verdeling van de heffingsbevoegdheid is om te beginnen de eerste paragraaf van art. 7 OESO-modelverdrag van belang:

“Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise *carries on business* in the other Contracting State *through a permanent establishment* situated therein. If the enterprise *carries on business as aforesaid*, the profits

---

<sup>190</sup> R.C. de Smit, ‘Exitheffingen in de winstfeer: noodzakelijk?’, in: P. Kavelaars, Totaalwinst, Rotterdam: Service Point Erasmus Universiteit 2011, p. 83 en 84.

<sup>191</sup> Ik breng in herinnering dat het OESO-modelverdrag als startpunt steeds een statische set aan omstandigheden heeft.

<sup>192</sup> Deze bepaling kan voor wat betreft vermogenswinsten die worden behaald met vermogensbestanddelen van een onderneming als *lex specialis* ten opzichte van het algemene art. 7 OESO-modelverdrag worden beschouwd.

that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.”

De hoofdregel is vastgelegd in de eerste volzin. Ondernemingswinsten mogen alleen worden belast door de staat waarin de onderneming is ingezet (hoofdhuisstaat), tenzij de onderneming in de andere staat (vaste inrichtingsstaat, hierna: v.i.-staat) wordt uitgeoefend met behulp van een daar aanwezige vaste inrichting. Is een vaste inrichting inderdaad aanwezig, dan mogen ingevolge de tweede volzin uitsluitend de voordelen die aan de vaste inrichting toerekenbaar zijn door de v.i.-staat worden belast. In de eerste volzin komt de internationale consensus naar voren dat belastingheffing slechts aan de orde kan komen op het moment dat de deelname aan de economie van de v.i.-staat staat een bepaalde omvang overschrijdt.<sup>193</sup> Uit de tweede volzin blijkt een verbod op een algemeen ‘force of attraction’ principe.<sup>194</sup> Dit principe waarbij alle in de v.i.-staat opkomende voordelen aan de vaste inrichting worden toegerekend en zodoende door de v.i.-staat zouden mogen worden belast wordt dus expliciet verworpen.<sup>195</sup>

#### *Toevloeiingsbeginsel?*

Duidelijk moge zijn dat ingeval een vaste inrichting nog niet of juist niet langer aanwezig is de link waarop de heffingsbevoegdheid van de v.i.-staat is gebaseerd nog niet aanwezig of juist verdwenen is. Gevolg daarvan zou zijn dat bij gebrek aan een vaste inrichting baten en lasten die daaraan wel toerekenbaar zijn onder de heffingsbevoegdheid van de hoofdhuisstaat vallen. Dit zou betekenen dat het toevloeiingsbeginsel leidend is wat betreft de ondernemingswinsten.

#### *Veroorzakingsbeginsel?*

Tegenover het voorgaande staat dat het *uitoefenen* van *ondernemingsactiviteiten* in de v.i.-staat van groot belang lijkt te zijn. In beide<sup>196</sup> volzinnen van art. 7, eerste paragraaf 1 OESO-modelverdrag is immers de frase “*carrying on a business through a permanent establishment*” terug te vinden. Zelfs de aanwezigheid van een vaste inrichting, in hoofdstuk 2 besproken<sup>197</sup>, is gebaseerd op het uitoefenen van ondernemingsactiviteiten: “(...) *place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*”.<sup>198</sup> Zonder ondernemingsactiviteiten dus geen vaste inrichting en al helemaal geen winsten om daaraan toe te rekenen. Het heffingsrecht van de v.i.-staat is dus in verregaande mate gestoeld op het uitoefenen van ondernemingsactiviteiten aldaar. Hiermee kan ik het toewijzen van de heffingsbevoegdheid op basis van het realisatiemoment – het toevloeiingsbeginsel – moeilijk rijmen.

Daar komt bovenop dat ik in art. 7 OESO-modelverdrag en het bijbehorende commentaar geen aanwijzingen heb kunnen vinden dat het heffingsrecht van een staat afhankelijk wordt gesteld van de factor tijd. Sterker nog, na enig speurwerk is er de aanwijzing te vinden dat staten vrijheid hebben bij het *timen* van baten en lasten<sup>199</sup>: “*Variations between the domestic laws of the two States concerning matters such as (...), the timing of the recognition of income (...) will normally result in a*

<sup>193</sup> Commentaar bij artikel 7 van het OESO-modelverdrag, par. 11.

<sup>194</sup> Commentaar bij artikel 7 van het OESO-modelverdrag, par. 12.

<sup>195</sup> Slechts een beperkte force of attraction als anti-ontgaansmethodiek is toegestaan.

<sup>196</sup> In de tweede volzin weliswaar niet geheel uitgeschreven, maar de verwijzing “as aforesaid” maakt duidelijk dat het ook hier moet gaan om “*carrying on a business through a permanent establishment*”.

<sup>197</sup> Zie par. 2.3.3.

<sup>198</sup> Art. 5, eerste paragraaf 1 OESO-modelverdrag.

<sup>199</sup> Commentaar bij artikel 7 van het OESO-modelverdrag, par. 32.

different amount of taxable income in each State (...).” Die timing wordt op geen enkele manier beperkt. Naar mijn mening is dat logisch, want de *manier* van heffen is een kwestie van nationaal recht van de beide verdragsluitende staten.

Mijn korte conclusie is dat er in art. 7 OESO-modelverdrag noch het daarbij behorende commentaar voldoende aanwijzingen te vinden zijn te vinden om de stelling dat het veroorzakingsbeginsel niet gehanteerd zou kunnen worden afdoende te kunnen onderbouwen.

#### *Verdrag Verenigde Staten – Canada*

De Smit<sup>200</sup> maakt melding van een kleine toevoeging die in het belastingverdrag tussen De Verenigde Staten en Canada is gedaan in het ondernemingswinstartikel teneinde te verduidelijken dat ook nagekomen baten of lasten onder deze bepaling vallen. Het betreft de frase “or has carried on”. Hoewel ik een dergelijke verduidelijking op zich toejuich, deel ik de visie van De Smit dat het om een overbodige toevoeging gaat. Overigens is te betreuren dat nu toch een toevoeging is gedaan de voorgekomen baten en lasten niet ook zijn benoemd, al zou ook dit naar mijn mening overbodig zijn.

### **3.3.2 De verdeling van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van vermogenswinsten**

Een tweede belangwekkende bepaling ten aanzien van ondernemingswinsten is opgenomen in art. 7, vierde paragraaf OESO-modelverdrag. Indien vormen van inkomen eveneens vallen onder de reikwijdte van een andere bepaling van het OESO-modelverdrag prevaleert die desbetreffende bepaling boven de toepassing van het ondernemingswinstartikel. Onderzocht dient daarom te worden of art. 13 OESO-modelverdrag, dat ziet op vermogenswinsten, van toepassing is en art. 7 daardoor ‘overruled’ wordt.

Uit de algemene opmerkingen in het commentaar bij art. 13 OESO-modelverdrag wordt duidelijk dat ten aanzien van roerende zaken welke onderdeel uitmaken van het aan een vaste inrichting toe te rekenen bedrijfsvermogen in verregaande mate aansluiting is gezocht bij art. 7 OESO-modelverdrag.<sup>201</sup> Art. 13, tweede paragraaf OESO-modelverdrag luidt als volgt:

“Gains from the alienation of movable property forming part of the business property of a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State, including such gains from the alienation of such a permanent establishment (alone or with the whole enterprise), may be taxed in that other State.”

De heffingsbevoegdheid ten aanzien van vermogenswinsten die behaald worden met de vervreemding van roerende zaken – bedoeld is eigenlijk alle niet-onroerende zaken, waaronder ook immateriële zaken zoals goodwill en licenties<sup>202</sup> – die deel uitmaken van het aan de vaste inrichting toe te rekenen vermogen is toebedeeld aan de v.i.-staat. Dit geldt niet alleen voor individuele vermogensbestanddelen, maar evenzo voor de vervreemding van de vaste inrichting zelf.<sup>203</sup> Het vermogenswinstartikel leidt ten aanzien van deze vermogensbestanddelen dus niet tot een andere

---

<sup>200</sup> R.C. de Smit, ‘Exitheffingen in de winstfeer: noodzakelijk?’, in: P. Kavelaars, Totaalwinst, Rotterdam: Service Point Erasmus Universiteit 2011, p. 86.

<sup>201</sup> Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 4.

<sup>202</sup> Dit blijkt duidelijk uit het commentaar. Zie commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 24, alwaar is omschreven: “The term “movable property” means all property other than immovable property which is dealt with in paragraph 1. It includes also incorporeal property, such as goodwill, licences, etc.”.

<sup>203</sup> Ook ingeval de gehele onderneming wordt vervreemd. Zie ook Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 25.

verdeling of toewijzing van de heffingsbevoegdheid dan het ondernemingswinstartikel.<sup>204</sup> Expliciet is ook tot uitdrukking gebracht dat het vermogenswinstartikel niet in de weg staat aan een belastingheffing bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van een vaste inrichting in de ene staat naar het hoofdhuis of een vaste inrichting in de andere staat<sup>205</sup>. Het veronderstellen van een vervreemding van het vermogensbestanddeel door de vaste inrichting is in dit geval dus toegestaan.

Van belang is verder de exacte reikwijdte van het begrip vervreemding, aangezien dit centraal staat in het vermogenswinstartikel. Het commentaar behorende bij art. 13 OESO-modelverdrag is naar mijn mening duidelijk: vervreemding is een ruim begrip<sup>206</sup>. Bovendien dient de vraag of sprake is van een vervreemding op basis van de toepasselijke nationale regelgeving beantwoordt te worden<sup>207</sup>.

Sluitpost van het vermogenswinstartikel wordt gevormd door de vijfde<sup>208</sup> paragraaf van art. 13 OESO-modelverdrag. Het betreft vermogensbestanddelen die niet zijn ingedeeld onder de eerste vier paragrafen en waartoe niet de staat waar de vermogensbestanddelen aanwezig zijn mag heffen, maar de staat waarvan de vervreemder ingezetene is. Dit is overeenkomstig art. 22 OESO-modelverdrag, dat de belastingheffing naar vermogen toebedeelt aan de staat waar de eigenaar van dat vermogen is ingezetene.

Evenmin als bij het ondernemingswinstartikel is directe belastingheffing op het moment dat de vervreemding – in de brede zin van het woord – plaatsvindt geboden, mijns inziens. Ook in art. 13 OESO-modelverdrag en het bijbehorende commentaar is geen beperking door de factor tijd te ontdekken. Daarnaast biedt het commentaar alle ruimte aan de heffingsbevoegde staat de heffing vorm te geven<sup>209</sup>: “It is left to the domestic law of each Contracting State to decide whether capital gains should be taxed and, if they are taxable, how they are to be taxed.”

### **3.4 Jurisprudentie inzake het toerekeningsvraagstuk**

Het is van belang na te gaan of – en in hoeverre – het hierboven verdedigde prevaleren van het veroorzakingsbeginsel boven het toevloeiingsbeginsel ondersteuning kan vinden in de rechtspraak. Is de Hoge Raad ervan overtuigd dat dit het geval is, dan is er ruimte voor andere oplossingen dan het huidige systeem van emigratieheffingen omdat het aannemen van een fictieve vervreemding dan niet noodzakelijk is om belastingheffing over ongerealiseerde veilig te stellen.

Daar het systeem van de emigratieheffingen grotendeels gebaseerd is op het al dan niet achterblijven van vermogensbestanddelen in een in Nederland aanwezige vaste inrichting is het interessant te bekijken hoe in de rechtspraak is omgegaan met het al dan niet (kunnen) toerekenen

---

<sup>204</sup> Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 24.

<sup>205</sup> Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 10.

<sup>206</sup> Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 5.

<sup>207</sup> Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 6.

<sup>208</sup> De bepalingen uit art. 13, eerste, derde en vierde paragraaf van art. 13 OESO-modelverdrag behandel ik verder niet vanwege het specifieke karakter hiervan. Ik volsta met de constatering dat de in deze paragrafen aangehangen systematiek met betrekking tot vermogenswinsten goed aansluit bij de daarvoor overigens gekozen toewijzingsmethodiek in het OESO-modelverdrag, te weten onroerende zaken in art. 6 en winst uit zee-, binnen- en luchtvaart in art. 8.

<sup>209</sup> Dit moge, naast uit de al genoemde passages, ook blijken uit bijvoorbeeld Commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag, par. 1 t/m 3.



van nagekomen baten aan een (voormalige) vaste inrichting<sup>210</sup> of in het verleden uitgeoefende ondernemingsactiviteiten. Eén arrest met betrekking tot compartimentering<sup>211</sup> in een verdragsituatie komt aan de orde.

### ***Het Indonesische schade-uitkeringarrest***<sup>212</sup>

De belanghebbende in dit arrest, een in Nederland gevestigde NV, dreef in Indonesië door middel van een vaste inrichting een onderneming. Op enig moment werd de vaste inrichting door Indonesië genationaliseerd waardoor deze niet langer aanwezig was. Een tijd later ontving belanghebbende, via de Nederlandse staat een schade-uitkering van Indonesië. Voornaamste vraag die hierbij opkwam was bij welk land de heffingsbevoegdheid over deze inkomsten lag.

Hof Amsterdam overwoog ten aanzien van het ondernemingswinstartikel in het – op het OESO-modelverdrag gebaseerde – belastingverdrag tussen Nederland en Indonesië:

“(…) dat evenwel in bovengenoemde bepaling van het Verdrag niet het vereiste valt te lezen, dat de daarin genoemde voordelen in die andere Staat slechts mogen worden belast, indien op het moment, dat die voordelen opkomen, in die Staat een vaste inrichting aanwezig is, doch slechts dat ze aan een in die Staat gevestigde vaste inrichting kunnen worden toegerekend; dat dit vereiste evenmin valt te lezen in de overige artikelen van het Verdrag; dat het ook niet blijkt uit de toelichting op het Modelverdrag, (…)”

In zijn conclusie betoogt A-G van Soest het volgende:

“Niettemin zal in beginsel de situatie, waarin een opgeheven vaste inrichting nog „nagekomen baten” oplevert, door deze bepalingen (IL: het ondernemingswinstartikel) worden beheerst. Op zichzelf verhindert het niet-meer-bestaan van de vaste inrichting niet, dat de bedoelde baten onder art. 7 VVDB (IL: het ondernemingswinstartikel) vallen. (…)

Zo is het ook in het systeem van de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting algemeen aanvaard, dat „nagekomen baten” uit een niet meer bestaande bron niettemin nog behandeld moeten worden als baten uit die bron (…).”

Hof en A-G gaan er aldus vanuit dat het niet meer bestaan van de vaste inrichting in Indonesië niet tot gevolg heeft dat de ontvangen schadevergoeding daaraan niet meer kan worden toegerekend (als nagekomen bate). Een en ander valt volgens de A-G ook met het systeem van de inkomsten- en

---

<sup>210</sup> Eén te bespreken arrest ziet op het vast middelpunt, dat systematisch gezien in verregaande mate overeen komt met de vaste inrichting. Ik behandel deze dan ook als ware het gelijken.

<sup>211</sup> Met compartimentering wordt bedoeld op een situatie waarin er door een verandering van het recht of in de feiten een ander fiscaal regime van toepassing wordt op een belastingplichtige of een inkomens- of vermogensbestanddeel en waarbij deels wordt uitgegaan van het oude regime.

Het toerekenen van nagekomen baten aan een voormalige vaste inrichting zou vanwege deze definitie ook als compartimentering gezien kunnen worden, immers een wijziging in de feiten (geen vaste inrichting meer aanwezig) leidt dan tot het van toepassing worden van een ander regime (hoofdduisstaat heffingsbevoegd in plaats van v.i.-staat).

Ik benoem dit toch apart omdat de Hoge Raad in het nog te bespreken verdragscompartimenteringsarrest zelf spreekt van compartimentering, waar het in de andere arresten gaat over het toerekenen van baten en de term compartimentering niet wordt gebezigd door de Hoge Raad.

Al met al moet dus niet te veel waarde worden gehecht aan dit schijnbare onderscheid.

<sup>212</sup> HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110.

vennootschapsbelasting te rijmen. In dat systeem is immers het verdwijnen van een bron geen reden om nagekomen baten uit die bron daaraan nog toe te rekenen. De Hoge Raad gaat mee in het hierboven weergegeven oordeel van Hof en A-G:

“dat het HvJ EU dienvolgens, na te hebben overwogen dat een nationalisatie van een onderneming een gedwongen overdracht van die onderneming inhoudt, terecht heeft geoordeeld dat de tegenover die overdracht toegekende schadevergoeding een voordeel vormt, dat nog aan die onderneming kan worden toegerekend”

Hof, A-G en Hoge Raad staan naar mijn mening dus het veroorzakingsbeginsel voor, omdat het niet meer bestaan van de vaste inrichting niet verhindert dat hieraan nagekomen baten worden toegerekend. Het veroorzakingsbeginsel wordt door Den Boer in zijn noot in de BNB als het causaliteitsbegrip aangeduid, hetgeen volgens hem de basis vormt van de systematiek van de inkomsten- en vennootschapsbelasting en daarenboven in overeenstemming met internationale opvattingen zou zijn.

### ***Het Spaanse weduwearrest***<sup>213</sup>

In dit arrest betreft het een binnenlandse belastingplichtige die bij de verkoop van zijn onderneming een winstrecht had bedongen, dat bij zij overlijden toe zou komen aan zijn echtgenote. Naar goed koopmansgebruik bleef hij dit winstrecht tot zijn ondernemingsvermogen rekenen. Ten tijde van zijn overlijden woonden erflater en zijn echtgenote in Spanje. De vraag kwam op of Nederland over het aan de weduwe toekomend winstrecht in de belastingheffing mag betrekken. Volgens de erfgenamen mocht dit niet, omdat erflater ten tijde van zijn overlijden geen vaste inrichting in Nederland meer aanhield.

Hof Den Bosch oordeelde dat de Inspecteur het ten behoeve van de echtgenote bedongen winstrecht terecht als winst uit onderneming tot het belastbaar inkomen van erflater heeft gerekend:

“Het betreft hier immers winst uit een binnenlandse onderneming in de zin van artikel 48, lid 4, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (IL: voordelen die worden verkregen uit een onderneming die wordt gedreven met behulp van een binnen Nederland gelegen vaste inrichting), waarbij niet van belang is dat die onderneming bij het overlijden van erflater niet meer voor zijn rekening werd gedreven. (...)

*Dit voordeel vindt immers zijn oorsprong in het drijven van een onderneming in Nederland en vormt een vergoeding voor het overdragen van de vaste inrichting, met behulp waarvan die onderneming werd uitgeoefend, zodat dit voordeel nog aan die onderneming kan worden toegerekend.”*

A-G Van Soest gaat in zijn conclusie in op de onvoltooid tegenwoordige tijd die in de verdrag en wettekst worden gehanteerd en concludeert desondanks:

“In de lijn van de hiervoor onder 5.1 en 5.2 genoemde arresten (IL: het hierboven beschreven Indonesische schade-uitkeringarrest en een arrest met betrekking tot een

---

<sup>213</sup> HR 4 februari 1987, nr. 23 560, BNB 1987/131.

beloning die voortkwam uit een dienstverband<sup>214</sup>) zou ik willen verdedigen, dat ook voor de toepassing van het Verdrag met Spanje *voordelen uit een vroegere vaste inrichting/middelpunt behandeld moeten worden volgens de regels geschreven voor voordelen uit een bestaande vaste inrichting/middelpunt.*”

Hof en A-G behandelen de onderneming die destijds in Nederland werd gedreven na de emigratie van de erflater dus als ware dit een in Nederland aanwezige vaste inrichting waarmee een onderneming werd uitgeoefend, ook al was dit ten tijde van de binnenlandse belastingplichtig strikt genomen geen vaste inrichting – een binnenlandse belastingplichtige met een in Nederland aanwezige vaste inrichting is een min of meer onbestaanbare situatie. Vervolgens kunnen nagekomen baten aan die voormalige vaste inrichting worden toegerekend zodat Nederland ter zake hiervan heffingsbevoegd is.

De Hoge Raad volgt deze insteek en oordeelt:

“De middelen gaan alle uit van de opvatting dat slechts dan kan worden gesproken van voordelen die worden verkregen uit een onderneming welke wordt gedreven met behulp van een binnen het Rijk aanwezige vaste inrichting als bedoeld in artikel 48, lid 4, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, en van voordelen die aan een vaste inrichting kunnen worden toegerekend als bedoeld in artikel 7, lid 1, van het onderhavige verdrag, indien de belastingplichtige ten tijde waarop die voordelen in het belastbaar binnenlands inkomen worden begrepen, de vaste inrichting nog steeds aanhoudt.

*Deze opvatting verdraagt zich echter niet met de strekking van voormelde wet en van het verdrag, namelijk om te bewerkstelligen dat de opbrengsten van een onderneming, voor zover met behulp van een vaste inrichting verkregen, worden belast in het land waar die inrichting is gevestigd. De door de middelen voor bedoelde opvatting gebezigde argumentatie, ontleend aan de bewoordingen van de betrokken wets- en verdragsbepalingen - met name aan het gebruik daarin van de onvoltooid tegenwoordige tijd - treft geen doel, omdat niet aannemelijk is dat met dit gebruik is beoogd van de hiervoor weergegeven strekking af te wijken.*”

In navolging van het HvJ EU en de A-G oordeelt de Hoge raad dus dat de strekking van het ondernemingswinstartikel en de systematiek in de inkomsten- en vennootschapsbelasting prevaleert boven het gebruik van de onvoltooid tegenwoordige tijd. Den Boer merkt in zijn noot in de BNB op dat aan het gebruik hiervan niet te veel betekenis moet worden toegekend – en komt daarbij nog met het voorbeeld dat het feit dat een belastingplichtige op het moment van aangeslagen worden de voordelen waarop de aanslag zien niet ‘geniet’ (tegenwoordige tijd) maar ‘genoten heeft’, eveneens niet tot gevolg heeft dat er niet meer kan worden overgegaan tot belastingheffing – en legt wederom een link tussen de ondernemingsactiviteiten en de winst die daaruit is voortgekomen. Het gaat met andere woorden om de toerekening van de genoten baten aan iets dat ‘was’.

### ***Het Turkse nagekomen batenarrest***<sup>215</sup>

In tegenstelling tot de twee hierboven besproken arresten was in het Turkse nagekomen batenarrest geen verdragssituatie aan de orde. Ten tijde van het geschil was er tussen Nederland en Turkije

<sup>214</sup> HR 26 augustus 1981, nr. 20 413, BNB 1981/307.

<sup>215</sup> HR 26 maart 1991, nr. 26 409, BNB 1991/204.

namelijk nog geen belastingverdrag afgesloten, waardoor toetsing aan de eenzijdige Nederlandse regeling ter voorkoming van dubbele belasting aan de orde kwam. De essentie van het oordeel van de Hoge Raad is echter geenszins anders:

“(…), zijn aan te merken als winst van de vaste inrichting zodat zij deel uitmaken van het buitenlandse onzuivere inkomen als bedoeld in artikel 2, van het Besluit (IL: de winst waarover Nederland niet heffingsbevoegd is). *Hieraan doet niet af dat belanghebbende in het onderwerpelijke jaar - 1981 - in Turkije niet meer een vaste inrichting, als bedoeld in artikel 2, lid 2, letter a, juncto lid 4, aanhef en letter a, van het Besluit, had.*”

A-G Verburg had in zijn conclusie had ook al uitgebreid stilgestaan<sup>216</sup> bij het niet meer aanwezig zijn van de vaste inrichting en had desondanks toerekening aan de voormalige vaste inrichting, toepassing van het veroorzakingsbeginsel dus, voorgestaan. Vanwege het ontbreken van een op het OESO-modelverdrag gebaseerd belastingverdrag kan het oordeel in deze casus uiteraard niet rechtstreeks doorgetrokken worden naar gevallen waarbij dat er wel is, echter ik meen dat dit niet afdoet aan de duidelijke visie van de Hoge Raad tot prevaleren van het veroorzakingsbeginsel.

### ***Het verdragscompartimenteringsarrest***<sup>217</sup>

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid in de verhouding tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk ter zake van de vermogenswinsten die met onroerende zaken worden behaald veranderde in 1981 als gevolg van het inwerkingtreden van een nieuw belastingverdrag. Waar onder het oude belastingverdrag Nederland in het geval van een buitenlands belastingplichtige niet heffingsbevoegd was ten aanzien de verkoopwinsten die met in Nederland gelegen onroerende zaken werd behaald veranderde dit in het destijds<sup>218</sup> nieuwe verdrag naar het geval waarin de heffingsbevoegdheid wel aan Nederland is toebedeeld. Onder andere de vraag naar de belastingheffing over ten tijde van de werking van het oude belastingverdrag aangegroeide meerwaarden kwam op: is Nederland onder het nieuwe belastingverdrag bevoegd te heffen hierover?

Wat betreft het betoog door belanghebbende dat de Inspecteur ten onrechte de gehele verkoopwinst in de belastingheffing had betrokken oordeelde de Hoge raad als volgt:

“Het middel slaagt evenwel voorzover het strekt ten betoge dat ter zake van de tot het UKP behorende onroerende zaken welke tot 6 april 1981, de datum van inwerkingtreding van het Verdrag, ingevolge het daaraan voorafgaande belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk slechts voor de opbrengsten aan Nederlandse belastingheffing waren onderworpen (IL: verkoopwinsten kwamen ter heffing aan het Verenigd Koninkrijk toe), compartimentering dient plaats te vinden. De statuswijziging die vorenbedoelde zaken hebben ondergaan tengevolge van het Verdrag, hierin uitkomende dat voortaan alle voordelen in Nederland belastbaar zouden zijn, is vergelijkbaar met die van bedrijfsmiddelen die vanuit het hoofdhuis naar een vaste inrichting worden overgebracht. Evenals in dat geval de desbetreffende bedrijfsmiddelen op de balans van de vaste inrichting moeten worden opgenomen voor hun waarde in het economische verkeer, moet ook in het onderhavige

<sup>216</sup> Zie met name de punten 8 t/m 13 uit de conclusie.

<sup>217</sup> HR 12 juli 2002, nr. 36 954, BNB 2002/402.

<sup>218</sup> Inmiddels dateert het meest recente belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk uit 2008. Wat ‘toen’ (1981) het nieuwe verdrag was, is aldus ondertussen als een oud verdrag aan te merken.

geval bij de aanvang van de (volledige) onderworpenheid aan Nederlandse belastingheffing waardering plaatsvinden naar de waarde in het economische verkeer.”

Nederland behoort aldus een vrijstelling te verlenen ter zake van het gedeelte van de verkoopwinst waartoe onder het oude verdrag niet Nederland, maar het Verenigd Koninkrijk heffingsbevoegd was. De verkoopwinst die valt toe te rekenen aan de Nederlandse periode mag door Nederland worden belast. Er dient aldus gecompartmenteerd te worden door het verlenen van een step-up aan de belastingplichtige. In dit oordeel is een parallel te vinden met het toepassen van het veroorzakingsbeginsel bij het verdwijnen van vaste inrichtingen in die zin dat voor de vraag welke staat heffingsbevoegd is wordt gekeken naar het ontstaan van het toe te wijzen in komen, naar causaliteit – veroorzaking – dus.

### ***Het (Duitse) uitvindersarrest<sup>219</sup>***

Ook het hoogste Duitse rechtscollege, het Bundesfinanzhof, heeft zich al eens uitgelaten over vergelijkbare materie en kwam hierbij tot een belangwekkende uitspraak. De casus was vrij eenvoudig. Een zelfstandig opererende uitvinder, woonachtig en ondernemend in Duitsland verlegde op enig moment zijn woonplaats naar België. Gelijkijdig daarmee werd de gehele onderneming eveneens naar België verplaatst. De vraag kwam op of belastingheffing over ongerealiseerde meerwaarden geboden was vanwege staking<sup>220</sup> van de onderneming. Ten tijde van het voordoen van deze casus bevatte Duits recht geen fictie naar welke de emigratie van de ondernemer een staking impliceerde.

Het Bundesfinanzhof oordeelde kort gezegd dat de verplaatsing van de onderneming geen staking inhield. Daarnaast blijft Duitsland volgens het Bundesfinanzhof bij een realisatie van de vooralsnog ongerealiseerde meerwaarden na de verplaatsing heffingsbevoegd ten aanzien van inkomen dat toerekenbaar is aan de voormalige op Duits grondgebied uitgevoerde ondernemingsactiviteiten. Een staking komt volgens het Bundesfinanzhof slechts aan de orde als na de verplaatsing het Duitse heffingsrecht verloren zou gaan. Ook het Bundesfinanzhof past dus het veroorzakingsbeginsel toe.

### ***Het zelfstandige onderzoekersarrest<sup>221</sup>***

Vrij recent is een arrest waarin centraal staat een in Nederland woonachtige belanghebbende. Vanwege in het verleden uitgevoerd wetenschappelijk onderzoek aan een instituut in het Verenigd Koninkrijk, waar hij overigens niet in dienstbetrekking was, ontving hij betalingen die verband hielden met het feit dat uit het destijds verrichte onderzoek een winstgevend product is voortgekomen. Voor aanvang van het onderzoek had de belanghebbende afstand gedaan van eventuele uit het onderzoek voortvloeiende octrooien of patentrechten. Ten tijde van het onderzoek was belanghebbende niet woonachtig in Nederland.

De vraag waarover de Hoge Raad zich te buigen had – na de vaststelling dat het naar Nederlands fiscaal recht resultaat uit overige werkzaamheden betreft – was welke verdragskwalificatie aan de inkomsten kan worden toegekend en in het verlengde daarvan of Nederland heffingsbevoegd is ter zake hiervan. De Hoge raad overweegt:

---

<sup>219</sup> Bundesfinanzhof 12 oktober 2010, IR 99/09.

<sup>220</sup> “Betriebsaufgabe”.

<sup>221</sup> HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38.

“De uitspraak van het HvJ EU en de stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat belanghebbende de desbetreffende werkzaamheden in de jaren 1990 tot en met 1992 bij [A] (IL: het genoemde instituut) in het Verenigd Koninkrijk heeft verricht *en hij die werkzaamheden niet heeft verricht in het kader van een dienstbetrekking*. Uit een en andere volgt dat de door [A] betaalde bedragen *moeten worden aangemerkt als een voordeel verkregen ter zake van ‘andere werkzaamheden van zelfstandige aard’ in de zin van artikel 14 van het Verdrag en dat – voor de toepassing van het Verdrag in het onderhavige jaar – belanghebbende die werkzaamheden in het Verenigd Koninkrijk heeft verricht vanuit een vast middelpunt*. (...)”

Ingevolge artikel 14, lid 1 van het Verdrag zijn voordelen uit zelfstandige arbeid slechts in de woonstaat belastbaar, tenzij in het andere land sprake is van een vast middelpunt. In het laatste geval mogen de voordelen in het andere land (de bronstaat) worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan dat vaste middelpunt kunnen worden toegerekend. (...)

De band met de werkstaat het Verenigd Koninkrijk heeft tot gevolg dat de belastingheffing over die bate aan het Verenigd Koninkrijk is toegewezen (...)

De Hoge raad komt dus tot de conclusie dat het voordelen uit zelfstandige arbeid betreft welke in de woonstaat belastbaar zijn, tenzij in het andere land sprake is van een vast middelpunt en de voordelen aan dat vast middelpunt toerekenbaar zijn. Volgens de Hoge Raad is een vast middelpunt inderdaad aanwezig (geweest) en kunnen de genoten inkomsten daaraan ook worden toegerekend, zodat het heffingsrecht aan het Verenigd Koninkrijk toekomt.

Boer maakt in zijn noot melding van de toepassing van het veroorzakingsbeginsel door de Hoge Raad, door toerekening van voordelen aan een inmiddels niet meer bestaand vast middelpunt in het Verenigd Koninkrijk. Dit sluit volgens hem aan bij de uitspraken inzake nagekomen vaste-inrichtingsbaten – het Indonesische schade-uitkeringsarrest en het nagekomen Turkse batenarrest – welke gelijkstelling hij vanwege de functionele overeenkomst tussen de vaste inrichting en het vast middelpunt “goed te volgen” acht. Boer spreekt verder van een redelijke uitkomst die bovendien “in verdragstechnisch opzicht en vanuit een principiële perspectief juist” is. Ik kan het niet beter verwoorden.

### **3.5 Ondermijning van de belastingverdragen? Treaty override?**

Dat de verdragspartners een belastingverdrag te goeder trouw moeten uitleggen brengt met zich dat indien een staat door middel van het sluiten van een belastingverdrag heffingsrechten heeft prijsgegeven die staat dit niet ongedaan mag maken door het introduceren van nieuwe (of het wijzigen van bestaande) wettelijke bepalingen waarmee (zodat) de weggeven heffingsrechten weer naar die staat toetrokken worden. Met andere woorden, het unilateraal verschuiven van heffingsrechten is niet toegestaan. In concreto betekent een en ander dat als Nederland heffingsrechten over ongerealiseerde meerwaarden heeft prijsgegeven aan de verdragspartner ingeval de belastingplichtige niet langer als inwoner van Nederland kan worden aangemerkt het introduceren van een emigratieheffing waarmee op het laatst mogelijke moment van binnenlandse belastingplicht de ongerealiseerde meerwaarden (alsnog) worden belast een ondermijning van de afgesproken verdeling van de heffingsbevoegdheid inhoudt, waarmee sprake is van een treaty override en emigratieheffing niet mag worden toegepast.

Gezien de voorgaande analyse van de heffingsbevoegdheid onder het OESO-modelverdrag en de door de Hoge Raad daaraan gegeven uitleg, kan het niet verbazen dat de Nederlandse emigratieheffingen naar mijn mening op geen enkele manier een ondermijning van de werking van het verdrag in kunnen houden. Immers, Nederland was en blijft heffingsbevoegd ten aanzien van de ongerealiseerde meerwaarden.

Is echter het toevloeiingsbeginsel leidend zodat na de verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten naar een andere staat die staat dus mag overgaan tot belastingheffing op het moment van realisatie, dan komt de vraag op of door het op het laatst mogelijke moment in de heffing betrekken van ongerealiseerde meerwaarden Nederland de door het belastingverdrag te sluiten prijsgegeven heffingsrechten weer naar zich toetrekt en aldus de goede verdragstrouw schaadt. Belangrijk is echter dat bepalingen welke reeds bestonden op het moment van het afsluiten van het belastingverdrag geen treaty override kunnen inhouden. Vanwege het voorgaande is van belang te constateren dat met de introductie in 2001 van art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 er, zoals in hoofdstuk 2 besproken<sup>222</sup>, geen nieuwe heffingen zijn geïntroduceerd maar sprake is van de continuering van voor die tijd geldend recht, zodat er met de introductie van genoemde bepalingen geen sprake kan zijn van een treaty override ten aanzien van reeds voor 2001 afgesloten belastingverdragen.

Gezien bovenstaande is er sprake van een dubbele 'escape' voor thans geldende bepalingen van art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969. Allereerst vanwege het prevaleren van het veroorzakingsbeginsel en daarnaast vanwege het niet als nieuwe vorm van belastingheffing kwalificeren van de genoemde bepalingen.

Hof Amsterdam<sup>223</sup> komt ten aanzien van het OESO-gemodelleerde belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk tot een soortgelijk oordeel met betrekking tot art. 16 Wet IB 1964, te weten geen schending van de goede verdragstrouw<sup>224</sup>, omdat deze bepaling ten eerste geen inbreuk maakt op de aan de orde zijnde verdragsbepalingen en ten tweede reeds ten tijde van het afsluiten van het belastingverdrag geldend recht was:

“Gelet op het onder 4.7.5 tot en met 4.7.7 overwogene (IL: een analyse door het HvJ EU van het ondernemingswinst- en vermogenswinstartikel) is het hof van oordeel dat de in geding zijnde heffing niet in strijd komt met de goede trouw in de zin van artikel 31 van het Verdrag van Wenen; dit nog afgezien van de omstandigheid dat artikel 16 van de Wet IB reeds geldend recht was ten tijde van de inwerkingtreding van het Verdrag.”

### **3.6 Samenvatting en conclusie**

De in belastingverdragen overeengekomen toewijzingsregels ten aanzien van inkomens-of vermogensbestanddelen beperken Nederland mogelijk in het in de belastingheffing kunnen betrekken van ongerealiseerde meerwaarden op het moment dat de belastingplichtige zijn woonplaats naar het buitenland verlegt en de onderneming eveneens wordt meegenomen. Op het daadwerkelijke realisatiemoment zou Nederland namelijk niet meer heffingsbevoegd zijn omdat de

---

<sup>222</sup> Zie paragraaf 1.2.7.

<sup>223</sup> Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. 08/00135, r.o. 4.7.8.

<sup>224</sup> En zou naar mijn stellige overtuiging ten aanzien van art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 tot dezelfde conclusie komen.

vermogensbestanddelen niet meer aan een in Nederland gelegen vaste inrichting kunnen worden toegerekend. Dat is althans de heersende leer en ook hetgeen waarop de wetgever zich lijkt te beroepen als het de emigratieheffingen in de winstsfeer betreft.

Middels een analyse van de heffingsbevoegdheid onder het ondernemingswinstartikel en het vermogenswinstartikel zoals opgenomen in het OESO-modelverdrag en in het daarbij behorende commentaar is toegelicht heb ik uiteengezet dat de hierboven als heersende leer omschreven gedachtegang mijns inziens geen stand houdt. Immers, niet het toevloeiingsbeginsel waarbij kort gezegd van belang is het moment waarop baten en lasten opkomen, maar het veroorzakingsbeginsel, dat inhoudt dat de achterliggende oorzaak van de bedoelde baten en lastendoorslaggevend is, is naar mijn mening leidend onder het ondernemingswinstartikel en het vermogenswinstartikel in het OESO-modelverdrag. Vanwege de grote conceptuele gelijkheid kan de ratio van deze artikelen worden toegepast op de situaties die leiden tot het toepassen van de emigratieheffingen in de winstsfeer.

In Nederlandse en Duitse rechtspraak zijn voorts sterke aanwijzingen te vinden dat de rechterlijke instanties nadrukkelijk ruimte zien voor toepassing van het veroorzakingsbeginsel onder OESO-gemodelleerde belastingverdragen.

Het voorgaande brengt mede dat het opleggen van emigratieheffingen in feite niet vereist is om de belastingheffing over ongerealiseerde meerwaarden veilig te stellen. Dit biedt belangrijke mogelijkheden voor het vormgeven van een mogelijk alternatief systeem en is daarom een uiterst belangrijke conclusie.

Hoewel een en andere naar mijn mening duidelijk is en bovendien wenselijk kan ik mij voorstellen dat hier anders over wordt gedacht. Een gebrek aan expliciete regels voor emigratieheffingen in het OESO-modelverdrag en aandacht daarvoor in het bijbehorende commentaar biedt immers ruimte voor een andere opvatting. Naar mijn mening is hier sprake van een hiaat, die vanwege de dynamische interpretatiemethode van het commentaar op het OESO-modelverdrag relatief makkelijk kan worden opgevuld. Het zou naar mijn mening wenselijk zijn als in het commentaar op het ondernemingswinstartikel en/of het vermogenswinstartikel wordt opgenomen dat (i) de oorzaak van baten en lasten prevaleert boven het exacte moment waarop deze opkomen en (ii) het niet opleggen van enige vorm van emigratieheffing over ongerealiseerde meerwaarden niet als gevolg heeft dat de staat waar deze meerwaarden zijn ontstaan belasting mag heffen op een realisatiemoment na het verleggen van zijn woonplaats door de belastingplichtige.

Met dit laatste zou ten slotte de discussie over het al dan niet in strijd met de goede verdragstrouw handelen door staten die emigratieheffingen hanteren in de kiem gesmoord worden, al is dit naar mijn mening niet noodzakelijk, omdat er van een treaty override geen sprake kan zijn vanwege het toe kunnen passen van het veroorzakingsbeginsel.



## Hoofdstuk 4: Emigratieheffingen en het Europese belastingrecht

### 4.1 Inleiding

Het Europese belastingrecht is een 'tak van sport' met een typisch karakter, zeker met betrekking tot het terrein van de winstbelastingen. Een op Europees niveau geharmoniseerde winstbelasting bestaat op dit moment niet en pogingen daartoe te komen blijken zeer moeizaam.<sup>225</sup> Een voorname reden voor deze stroeve gang van zaken is dat lidstaten hiermee een bepaalde mate van hun soevereiniteit opgeven, wat – zeker als het de overheidsfinanciën (be)treft – een hekel punt is. Aan de andere kant is er door de lidstaten beoogd tot een interne markt te komen, waarbinnen een vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal gewaarborgd is. Deze ogenschijnlijk niet-gerelateerde punten komen met elkaar in aanraking als het een belastingheffing van een lidstaat betreft – volgens het HvJ EU ongerechtvaardigd – afbreuk doet aan een perfecte werking van deze interne markt.

Hoewel dus de winstbelastingen bij gebrek aan harmonisatie op Europees niveau niet tot de bevoegdheden van de EU behoren, dienen lidstaten hun eigen bevoegdheden wel in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen, aldus het HvJ EU.<sup>226</sup> Het HvJ EU geeft hiermee aan dat ondanks gebrek aan harmonisatiemaat lidstaten geen volledige vrijheid hebben bij het inrichten van hun (winst)belastingen, zodat een toetsing daarvan aan de rechten die door EU-recht gegarandeerd worden kan plaatsvinden. Het is precies deze toetsing die maakt dat het Europese belastingrecht op het gebied van de winstbelastingen zo'n interessant terrein is: gedetailleerde nationale regelgeving wordt naast een meetlint van algemene principes gelegd.

Zodoende dient ook de vormgeving van de eindafrekeningsbepalingen in overeenstemming met het EU-recht te zijn. Hiermee is het van belang enige aandacht te besteden aan het EU-recht, de plaats daarin van belastingen en meer in het bijzonder de winstbelastingen en de daarin opgenomen eindafrekeningsbepalingen. Dit alles komt in dit hoofdstuk aan de orde.

Doelstelling van dit hoofdstuk is het omschrijven van de speelruimte die de lidstaten van de EU hebben bij het opstellen van hun belastingwetgeving en in het bijzonder eindafrekeningsbepalingen. Aan de hand daarvan kan het derde fundament van dit onderzoek wordt gelegd.

Ik vang hiertoe aan met een korte schets van de achtergrond en de doelstellingen van de EU. Na vervolgens kort te zijn ingegaan op enkele basisbeginselen van de rechtspraak van het HvJ EU kan worden aangevangen met een meer concrete bespreking van diverse emigratieheffingen. Daarvoor wordt eerst nog een niet direct aan belastingen gerelateerde horde genomen. Daarna komen aan de orde de toetsing door het HvJ EU van twee hoofdvormen van emigratieheffingen – die waarmee emigrerende houders van aandelenpakketten te maken krijgen en de emigratieheffingen in de winstfeer. Na een beschouwing van deze jurisprudentie sluit ik af met een conclusie.

---

<sup>225</sup> Terra en Wattel schrijven over pogingen hiertoe in 1975 en 1990, zie B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 293. Daarnaast wordt er vanaf 2001 gewerkt aan een Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), waartoe op 16 maart 2011 een voorstel is ingediend, COM(2011)121, dat thans nog steeds 'in de pijpleiding' zit.

<sup>226</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Schumacker*, punt 21.

## 4.2 De EU, het EU-recht en de plaats daarin van belastingen

De basis van de huidige Europese Unie werd reeds in 1951 gelegd doordat 6 landen<sup>227</sup> in Parijs het verdrag ter oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal ondertekenden. In 1957 werd met het verdrag van Rome de samenwerking uitgebreid en was de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap per 1 januari 1958 een feit. Met de ondertekening van de verdragen van Maastricht resp. Lissabon werd gekomen tot eerst de Europese Gemeenschap – ondertekening 7 februari 1992 en inwerkingtreding 1 november 1993 – en later de Europese Unie – ondertekening 13 december 2007 en inwerkingtreding 1 december 2009. Bij laatstgenoemde gelegenheid werd het EG-verdrag vervangen door het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).

### 4.2.1 Achtergrond en doelen Europese Unie

In de eerste artikelen van het VEU wordt aangegeven dat de totstandbrenging van de EU onderdeel is van een proces om te komen tot een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa<sup>228</sup>; dat de EU gebaseerd is waarden omtrent eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtstaat en eerbiediging van de mensenrechten<sup>229</sup>; dat als doelen van de EU gelden het bevorderen van de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren<sup>230</sup> en dat een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen geboden wordt<sup>231</sup>.

Voor het bereiken van laatstgenoemd doel worden in het bijzonder twee middelen aangevoerd: de instelling van een interne markt<sup>232</sup> en het oprichten van een economische en monetaire unie<sup>233</sup>. Die interne markt betreft een ruimte zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd<sup>234</sup>; de zogenaamde ‘verdragsvrijheden’. Een andere eigenschap van de interne markt is dat competitie niet wordt verstoord<sup>235</sup>.

### 4.2.2 De bevoegdheden van de EU

Het beginsel van bevoegdheidstoedeling beheerst de bevoegdheden van de EU.<sup>236</sup> De EU handelt binnen de grenzen van de bevoegdheden die aan haar zijn toebedeeld.<sup>237</sup> Hierbij kan sprake zijn van exclusieve bevoegdheid van de EU<sup>238</sup> of een gedeelde bevoegdheid van de EU met de lidstaten. Voor wat betreft die gedeelde bevoegdheid wordt nog onderscheid gemaakt tussen het geval waarin bij het uitoefenen door de van EU haar bevoegdheid de lidstaten hun bevoegdheid verliezen<sup>239</sup> en het geval waarin de EU slechts bevoegd is ondersteunend op te treden<sup>240</sup>. Belastingen hebben een (belemmerende) invloed op het functioneren van de interne markt en vallen daarom onder de bepalingen van art. 4, tweede lid, onderdeel a VwEU. Dit impliceert dat zodra de EU haar

---

<sup>227</sup> Het betrof België, Nederland, Luxemburg, de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Italië.

<sup>228</sup> Art. 1, tweede volzin VEU.

<sup>229</sup> Art. 2, eerste volzin VEU.

<sup>230</sup> Art. 3, eerste lid VEU.

<sup>231</sup> Art. 3, tweede volzin VEU.

<sup>232</sup> Art. 3, derde lid, eerste volzin VEU.

<sup>233</sup> Art. 3, vierde lid VEU.

<sup>234</sup> Art. 26, tweede lid VwEU.

<sup>235</sup> Art. 101 en 102 VwEU.

<sup>236</sup> Art. 5, eerste lid VEU.

<sup>237</sup> Art. 5, tweede lid VEU.

<sup>238</sup> Art. 3 VwEU.

<sup>239</sup> Art. 4 VwEU.

<sup>240</sup> Art. 6 VwEU.

bevoegdheid uitoefent, bijvoorbeeld door het vaststellen van secundair EU-recht<sup>241</sup>, de soevereiniteit van de lidstaten in zoverre verloren gaat. Op het gebied van de directe belastingen zijn de Moeder-Dochterrichtlijn<sup>242</sup>, de Fusierichtlijn<sup>243</sup>, de Interest- en Royaltyrichtlijn<sup>244</sup> en de Spaartegoedenrichtlijn<sup>245</sup> de meest belangwekkende voorbeelden hiervan. Een richtlijn op het gebied van emigratieheffingen ontbreekt. Wel is er een mededeling uitgevaardigd door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en is er een resolutie van de Raad van Ministers (hierna: de Raad), twee gezaghebbende organen binnen de Europese Unie. Ik kom op beide terug.

#### **4.2.3 Harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten: positieve en negatieve integratie**

Belastingen kunnen het goed functioneren van de interne markt belemmeren, de belastingheffing in geval van grensoverschrijdende bedrijfsverplaatsingen daar een voorbeeld van.<sup>246</sup> Teneinde belemmeringen van de interne markt op te lossen dient tot harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten te worden gekomen. Deze harmonisatie kan plaatsvinden door middel van positieve integratie, waarbij lidstaten door middel van samenwerking (pogen te) komen tot gemeenschappelijke regelgeving of gemeenschappelijk beleid, of door middel van negatieve integratie, waarbij wetgeving van lidstaten door rechtspraak van het HvJ EU als onverenigbaar met het EU-recht wordt verklaard en daardoor dient te worden aangepast zodat de gewenste verenigbaarheid wel aan de orde is. In dat laatste geval dient niet te worden voorbijgegaan aan het feit dat van 'echte', volledige integratie niet per definitie sprake is. Strijdigheid van een (belasting)maatregel met het EU-recht kan immers op meerdere manieren worden opgelost. Verkiezen twee lidstaten een andere oplossing, dan zou ik slechts over quasi-harmonisatie willen spreken.

Er is sprake van een bijzonder samenspel tussen positieve en negatieve integratie: bij gebrek aan positieve harmonisatie blijven de lidstaten zelf bevoegd hun wetgeving naar eigen believen vorm te geven, behoudens uiteraard in het geval dat bevoegdheden exclusief aan de bevoegdheid van de EU zijn toebedeeld, zoals reeds geconstateerd. Deze soevereiniteit van lidstaten is echter aan de grenzen van het EU-recht gebonden. Zodra deze grenzen worden overschreden vindt negatieve integratie plaats als gevolg van de rechtspraak van het HvJ EU. Deze rechtspraak wordt geïndiceerd door ofwel een infractieprocedure<sup>247</sup> van de Commissie, indien die van mening is dat een lidstaat de verplichtingen die op hem rust niet is nagekomen en de kans is geboden de wetgeving aan te passen aan de wensen van de Commissie, ofwel prejudiciële vraagstelling van een nationale rechter<sup>248</sup>.

Op het terrein van de directe belastingen is negatieve integratie op basis van de verdragsvrijheden stellig het meest invloedrijk, getuige het feit dat er thans slechts vier richtlijnen op het gebied van de

---

<sup>241</sup> Verordeningen, richtlijnen en beschikkingen.

<sup>242</sup> Richtlijn 90/435/EG.

<sup>243</sup> Richtlijn 2009/133/EG.

<sup>244</sup> Richtlijn 2003/49/EG.

<sup>245</sup> Richtlijn 2003/48/EG

<sup>246</sup> Terra en Wattel noemen verder nog het belasten van grensoverschrijdende goederen en diensten; het belasten van grensoverschrijdende bedrijfsverplaatsingen; belangrijke verschillen tussen nationale wetgeving die leiden tot marktdistorsies; internationale economische en/of juridische dubbele belasting; verschillende administratieve verplichtingen in verschillende lidstaten en tot slot verschillende behandeling van binnenlandse en geïmporteerde goederen, binnenlands en buitenlands inkomen en inwoners en niet-inwoners. Zie: B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 3.

<sup>247</sup> Art. 258 VwEU.

<sup>248</sup> Art. 267 VwEU.

directe belastingen zijn ingevoerd, terwijl het HvJ EU inmiddels meer dan 200 arresten met betrekking tot directe belastingen heeft gewezen. In de overgrote meerderheid van deze arresten gaat het niet om de uitlegging secundair van EU-recht – dat is er immers niet zoveel op het gebied van de directe belastingen – doch betreft het de botsing tussen de het primaire EU-recht enerzijds en soms extreem gedetailleerde en technische nationale wetgeving anderzijds. Hierdoor ontstaat een abstractieniveau dat de uitlegging van regelgeving *an sich* verre van overstijgt. Het verbaast dan ook niet dat de duiding van de rechtspraak van het HvJ EU geen eenvoudige bezigheid is en menig auteur tot een andere uitlegging van beslissingen komt.

#### **4.2.4 Positieve integratie met betrekking tot emigratieheffingen**

Met in het achterhoofd de gedachte dat waar van positieve integratie sprake is negatieve integratie niet noodzakelijk zou hoeven zijn is het alvorens tot een bespreking van de negatieve integratie hier de plaats om aan te geven welke initiatieven er op het gebied van de positieve integratie er met betrekking tot de emigratieheffingen in de winstsfeer genomen zijn. Daar zoals later dit hoofdstuk moge blijken de negatieve integratie zowel qua belang als omvang de positieve integratie verre van overvleugelt houd ik het kort.

##### *De mededeling exitheffingen van de Europese Commissie*

De Commissie baseert zich in de ‘Mededeling exitheffingen’<sup>249</sup> veelvuldig op de later te bespreken arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Na een korte analyse van voornoemde arresten en de gevolgen hiervan voor de belastingheffing bij individuen wordt de vertaalslag gemaakt naar de belastingheffing bij ondernemingen.

Duidelijk wordt dat de Commissie van mening is dat een lidstaat belastingplichtigen die naar een andere lidstaat vertrekken niet vroeger of zwaarder mag belasten dan belastingplichtigen die in die lidstaat woonachtig blijven. Vroegere of zwaardere heffing ten aanzien van naar een andere lidstaat verplaatste activa en passiva, vergeleken met de binnenlandse verplaatsing daarvan, is volgens de Commissie evenmin toegestaan. Het vaststellen van de belastingheffing is toegestaan, doch er dient uitstel van betaling te worden verleend dat niet aan verdere voorwaarden wordt verbonden, behalve een verklaring over het al dan niet nog in bezit hebben van de relevante activa, aldus de Commissie. Daadwerkelijke invordering tot slot kan pas plaatsvinden bij realisatie, waartoe de belastingplichtige een aangifte indient.

Voorts besteedt de Commissie aandacht aan het oplossen van mismatches en het voorkomen van dubbele belasting of dubbele non-belasting. Daartoe constateert de Commissie dat tussen de lidstaten verschillen bestaan wat betreft de gebruikte waarderingmethoden voor de overgebrachte van activa – ofwel tegen boekwaarde ofwel tegen de waarde in het economische verkeer<sup>250</sup> – en dat zelfs ingeval van dezelfde waarderingmethode uitgegaan wordt, maar de activa op een ander bedrag worden gewaardeerd, verschillen in de hand worden gewerkt. In essentie is de oplossing die de Commissie aanraagt er een van wederzijdse erkenning, die kan plaatsvinden doordat een lidstaat de waarde in het economische verkeer zoals deze door de andere lidstaat is vastgesteld overneemt, doordat de waardeverschillen worden opgelost met behulp van een procedure.

---

<sup>249</sup> Mededeling van de Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief. Voluit luidt de titel van de mededeling: "Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten".

<sup>250</sup> De Commissie hanteert de terminologie "market value".

### *De resolutie van de Raad van Ministers*

De hier te bespreken resolutie<sup>251</sup> van de Raad van Ministers betreft in feite een weergave van politieke intenties van de lidstaten, omdat de standpunten overeengekomen in de resolutie niet bindend zijn. De Raad constateert allereerst dat de overbrenging van economische activiteiten naar het buitenland in zoverre verschilt van de situatie waarin niet naar het buitenland wordt verplaatst dat er sprake is van verschillende belastingjurisdicties.<sup>252</sup> Een verbeterde coördinatie tussen de lidstaten kan helpen de hierbij mogelijk optredende dubbele belastingheffing zo veel als mogelijk te voorkomen. De Raad is van mening dat de vertrekstaat het recht heeft belasting te heffen over meerwaarden en eerder geboden voorzieningen terug te nemen. Dit geldt evenzo voor ongerealiseerde meerwaarden. De vertrekstaat kan zich dit recht bovendien voorbehouden. De ontvangstaat dient uit te gaan van de waarde in het economische verkeer op het overgangsmoment. Verschillen bij de vaststelling van de waarde in het economische verkeer van activa en passiva dienen tussen de beide lidstaten te worden opgelost. Tot slot mag de ontvangstaat van de belastingplichtige de overlegging van bewijzen van daadwerkelijke belastingheffing (of een voornemen daartoe) door de vertrekstaat en van de vastgestelde waarden in het economisch verkeer verlangen. De ontvangstaat kan ten slotte de vertrekstaat – met behulp van de regelingen voor wederzijdse bijstand – te hulp schieten bij het correct vaststellen van het moment van realisatie, zodat de vertrekstaat ook daadwerkelijk tot belastingheffing kan overgaan.

## **4.3 Basisbeginselen rechtspraak Hof van Justitie**

Het Europese belastingrecht en met name de rechtspraak van het HvJ EU houdt de gemoederen met enige regelmaat bijzonder bezig. In het bijzonder valt hierbij te denken aan nationale belastingmaatregelen die in strijd met een van de verdragsvrijheden worden geacht. Een dergelijke constatering door het HvJ EU kan grote gevolgen hebben voor de overheidsfinanciën van een lidstaat. Als voorbeeld hiervan kunnen opmerkingen van belanghebbende regeringen arresten *Bosal*<sup>253</sup> en *Santander*<sup>254</sup> worden genoemd over de grote financiële gevolgen, welke overigens niet door het HvJ EU als rechtvaardiging voor de beperking van de verdragsvrijheden worden geaccepteerd. Lidstaten balanceren dus steevast op een dun koord, waar enerzijds de eigen financiële positie beschermd zal moeten worden, maar dat anderzijds op zorgvuldige wijze dient te gebeuren. Enige basiskennis over het Europese belastingrecht is daarom onontbeerlijk indien het een onderwerp betreft waar men de grens pleegt over te steken, zoals bij de emigratieheffingen in de winstsfeer.

### **4.3.1 Internationaal belastingrecht en Europees belastingrecht botsen**

Met de verschillende doelstellingen van het Europese (belasting)recht en het internationale belastingrecht in het achterhoofd is niet verwonderlijk dat beiden op punten kunnen botsen. Ultieme doel van het Europese (belasting)recht is immers komen tot integratie, dat wil zeggen een interne markt, terwijl in het internationale belastingrecht de nadruk ligt op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen twee staten, welke volgens onderhandelingen tot stand komt.

---

<sup>251</sup> Raad van Ministers, 2 december 2008, nr. 104449.

<sup>252</sup> De overbrenging van economische activiteiten wordt door de Raad omschreven als de situatie waarbij de fiscale woonplaats van de belastingplichtige wijzigt dan wel een samenstel van activa en passiva van hoofdhuus (of vaste inrichting) in de ene lidstaat wordt overgebracht naar resp. vaste inrichting of hoofdhuus in de andere lidstaat.

<sup>253</sup> HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01, *Bosal Holding*.

<sup>254</sup> HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-338/11 t/m C-347/11, *Santander e.a.*

### ***Het fundamentele verschil tussen internationaal en Europees belastingrecht***

Het internationale belastingrecht bestaat uit vier kernpunten<sup>255</sup>: (i) het belasten van buitenlands inkomen van inwoners; (ii) het belasten van binnenlands inkomen van niet-inwoners; (iii) het voorkomen van dubbele belasting die het gevolg is van het parallel uitoefenen van heffingsbevoegdheden door twee landen met betrekking tot dezelfde belastinggrondslag en (iv) het voorkomen van internationale belastingvermijding. Het gaat dan om het exclusief toewijzen van de belastinggrondslag aan één van de staten, het verdelen van de heffingsbevoegdheid (elke staat is exclusief bevoegd te heffen over een deel van de grondslag) of het uitwerken van een gedeelde bevoegdheid (beide staten heffen over dezelfde grondslag, maar één van beiden verleent een reductie in verband met in het andere land betaalde belasting).

In het internationale belastingrecht wordt onderscheid gemaakt tussen binnenlands en buitenlands inkomen. Inwoners van een land worden ongelimiteerd belast voor hun wereldwijd inkomen en/of vermogen op basis van het woonlandbeginsel. Dit is in overeenstemming met het beginsel van kapitaalexportneutraliteit: vanuit het woonland gezien maakt het niet uit waar wordt geïnvesteerd, omdat ten minste evenveel belasting drukt op inkomen uit een buitenlandse bron dan de belastingdruk op een vergelijkbare binnenlandse bron zou betreffen. Daarnaast is belastingheffing over draagkracht mogelijk, doordat persoonlijke omstandigheden in de belastingheffing kunnen worden meegenomen. Niet-inwoners worden daarentegen slechts belast voor inkomsten uit bronnen in een land, overeenkomstig het bronstaatbeginsel. Hierdoor is sprake van kapitaalimportneutraliteit: de belastingdruk in het land waar wordt geïnvesteerd is steeds gelijk, ongeacht vanuit welk land wordt geïnvesteerd. Dat het woonland eventueel overgaat tot bijheffen doet aan de neutraliteit in het bronland niet af. In het internationale belastingrecht is alleen directe discriminatie (discriminatie op grond van nationaliteit) verboden. Immers, inwoners en niet-inwoners zijn ten principale niet vergelijkbaar.

Bovenstaande uitgangspunten van het internationale belastingrecht zijn fundamenteel verschillend van een interne markt waar binnen de EU naar wordt gestreefd. In een perfect functionerende interne markt moeten personen vrij zijn hun woonplaats te kiezen, mogen geen belemmeringen optreden bij het veranderen van jurisdictie, mag het onderworpen zijn aan verschillende jurisdicties niet leiden tot nadelen ten opzichte van het onderworpen zijn aan één enkele jurisdictie. Vanuit deze achtergrond vormen een verschillende behandeling van inwoners en niet-inwoners en van binnenlands en buitenlands inkomen in het Europese belastingrecht in beginsel een verboden discriminatie.

### ***Aanknopingspunten voor de belastingheffing***

Het Europese recht bevat geen aanknopingspunten voor belastingheffing. Het is hierdoor onmogelijk om vast te stellen welke lidstaat het eerste recht tot belastingheffing heeft en welke lidstaat in de voorkoming van dubbele belasting moet voorzien. Het HvJ EU laat het voorkomen van internationaal dubbele belasting, hoewel dit een fundamentele eis is voor het tot stand komen van de interne markt, aan de lidstaten over.<sup>256</sup> Daarnaast garanderen de verdragsvrijheden niet dat grensoverschrijdend verplaatsen of ondernemen zonder nadelige belastinggevolgen kan

---

<sup>255</sup> Deze ontleen ik aan B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 451 t/m 453.

<sup>256</sup> HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-128/08, *Damseaux* en HvJ EU 12 februari 2009, zaak C-67/08 *Block*.

plaatsvinden<sup>257</sup> en zijn lidstaten niet verplicht hun systeem aan dat van andere landen aan te passen teneinde nadelige gevolgen van dispariteiten (de interactie van twee verschillende belastingsystemen) of dislocaties (de parallelle toepassing van twee identieke systemen die beiden een ander aanknopingspunt hanteren voor inwoners dan voor niet-inwoners) weg te nemen.<sup>258</sup>

Vanwege het ontbreken van aanknopingspunten voor belastingheffing, zijn alle in het internationale belastingrecht gebruikelijke aanknopingspunten voor de belastingheffing verenigbaar met het EU-recht. Het HvJ EU accepteert belastingheffing van het wereldinkomen van inwoners<sup>259</sup>; heffing op basis van een bron<sup>260</sup>; belastingheffing op grond van nationaliteit<sup>261</sup> en belastingheffing op basis van territorialiteit<sup>262</sup>.

### **Voorkoming van dubbele belasting**

In het Europese belastingrecht ontbreken daarnaast regels welke bepalen met welke methode dubbele belasting dient te worden voorkomen. Het HvJ EU accepteert daarom alle in het internationaal belastingrecht gebruikelijke methoden ter voorkoming van dubbele belasting: de vrijstellingsmethode (grondslagvrijstelling of belastingvrijstelling) en verrekeningsmethode (directe credit voor juridisch dubbele belasting of indirecte credit voor economische dubbele belasting) zijn beiden toegestaan. Deze methoden zijn in beginsel zelfs vergelijkbaar: toepassing van de verrekeningsmethode is grensoverschrijdende gevallen en de vrijstellingsmethode in vergelijkbare binnenlandse situaties is toegestaan<sup>263</sup>, al mag dit niet leiden tot een verschil effectieve belastingdruk<sup>264</sup>. Bovendien is de afwezigheid van de voorkoming van dubbele belasting toegestaan, tenzij een grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan de vergelijkbare binnenlandse situatie.

### **4.3.2 Conceptueel raamwerk rechtspraak Hof van Justitie**

Gedurende de jaren heeft het HvJ EU een conceptueel raamwerk ontwikkeld waarmee het nationale maatregelen op hun overeenstemming of het ontbreken daarvan met het EU-recht beoordeeld. Terra en Wattel<sup>265</sup> omschrijven dit conceptueel raamwerk – in zijn ‘meest uitgebreide configuratie’ – in een achttal stappen<sup>266</sup>. Voor het beoordelen van maatregelen in de directe belastingen zijn enkele stappen hiervan overbodig dan wel overlappend. Het conceptuele raamwerk zoals ik dat uitwerk heeft drie hoofdmoten, te weten de toegang tot de verdragsvrijheden, het al dan niet constateren

---

<sup>257</sup> HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03, *Schempp*.

<sup>258</sup> HvJ EU 23 oktober 2008, zaak C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*.

<sup>259</sup> HvJ EU 15 april 2010, zaak C-96/08, *CIBA*.

<sup>260</sup> HvJ EU 21 januari 2010, zaak C-311/08, *SGL*.

<sup>261</sup> HvJ EU 23 februari 2006, zaak C-513/03, *Van Hilten-Van der Heijden*.

<sup>262</sup> HvJ EU 15 mei 2008, zaak C-414/06, *Lidl Belgium*.

<sup>263</sup> HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08, *Haribo en Salinen*.

<sup>264</sup> HvJ EU 12 december 2006, zaak C-524/04, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation* en HvJ EU 13 november 2013, zaak C-35/11, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation (II)*.

<sup>265</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 41 t/m 45.

<sup>266</sup> (i) Toegang tot het VwEU?; (ii) Inbreuk op verdragsvrijheden?; (iii) bescherming publiek belang geharmoniseerd op EU-niveau?; (iv) onderscheid tussen binnenlands en geïmporteerde goederen?; (v) biedt de lidstaat van herkomst van de producten ook bescherming van het publieke belang?; (vi) streeft de restrictieve maatregel een legitiem doel na?; (vii) is de restrictieve maatregel geschikt om het nagestreefde doel te bereiken?; (viii) is de restrictie proportioneel ten opzichte van het nagestreefde doel?

van discriminatie door of een belemmerend effect van een nationale maatregel en de eventuele rechtvaardiging hiervan vanwege dwingende redenen van algemeen belang.

### ***Stap 1: Toegang tot de verdragsvrijheden?***

Een succesvol beroep op de verdragsvrijheden vereist in eerste instantie dat een persoon onder de reikwijdte van deze bepalingen valt. Een toetsing van de nationale maatregel aan de verdragsvrijheden is in eerste instantie nog niet aan de orde, omdat eerst bepaald dient te worden of (de) belanghebbende partij(en) de verdragsvrijheden wel kunnen roepen.

Toegang tot de verdragsvrijheden vereist een bepaalde hoedanigheid, dat wil zeggen degene die een beroep doet op de verdragsvrijheden moet onder de personele reikwijdte hiervan vallen, alsmede een grensoverschrijdend<sup>267 268</sup> aspect. Voor individuen geldt per 1 november 1993 (Verdrag van Maastricht) het zogenaamde burgerschap van de Unie en het daaraan gekoppelde recht zich vrij te verplaatsen en te verblijven binnen het grondgebied van de Unie.<sup>269</sup> Hiervoor is geen grensoverschrijdende economische activiteit vereist.<sup>270</sup> Voor rechtspersonen die een beroep op de vrijheid van vestiging willen doen is enige economische activiteit wel vereist, aangezien vennootschappen welke geen winst beogen zijn uitgesloten van dit recht.<sup>271</sup>

### ***(Vermeend) misbruik verhindert toegang tot de verdragsvrijheden niet***

Toegang tot de verdragsvrijheden wordt niet verhindert indien sprake is – of zou zijn – van misbruik van deze vrijheden. Het HvJ EU geeft over dit aspect aan dat de vraag naar toepassing van de verdragsvrijheden een andere vraag is dan de vraag naar de maatregelen die lidstaten mogen nemen om nationale regelgeving uit de weg te gaan met een beroep op de verdragsvrijheden.<sup>272</sup>

### ***Onderscheid tussen de verdragsvrijheden: aan welke vrijheid dient te worden getoetst?***

In sommige gevallen is op het eerste gezicht niet geheel duidelijk aan welke verdragsvrijheid een nationale regeling getoetst dient te worden. Het betreft dan bijvoorbeeld het onderscheid tussen de

---

<sup>267</sup> Overigens kan dit grensoverschrijdende element verstopt zitten in het feitencomplex. Een voorbeeld hiervan is te vinden in HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11, *Philips Electronics UK Ltd*. Aan de orde was de vraag of verrekening van de verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk gelegen vaste inrichting met toepassing van het zogenaamde ‘group relief’ systeem met de winsten van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde groepsvennootschap is moet worden toegestaan. In eerste instantie lijkt dit een binnenlandse situatie, namelijk die tussen een in het Verenigd Koninkrijk gelegen vaste inrichting en een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Het grensoverschrijdende aspect zit echter in het feit dat het een buitenlandse groepsvennootschap was die de vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk had opgezet en daarmee haar recht van vestiging heeft uitgeoefend.

<sup>268</sup> Een grensoverschrijdend aspect is niet vereist indien het de uitlegging van een richtlijn betreft die door een lidstaat voor binnenlandse situaties op dezelfde wijze is vormgegeven als voor grensoverschrijdende situaties (waarvoor deze richtlijn ontworpen is), zie HvJ EU 12 juli 1997, zaak C-28/95, *Leur-Bloem*. In dit soort gevallen is uiteraard in eerste instantie geen sprake van een toetsing aan de verdragsvrijheden, al dient een maatregel die aan de vereisten van een richtlijn voldoet eveneens te voldoen aan de verdragsvrijheden, zie HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01, *Bosal Holding*.

<sup>269</sup> Art. 20 en 21 VwEU.

<sup>270</sup> HvJ EU 29 april 2004, zaak C-224/02, *Pusa* en HvJ EU 9 november 2006, zaak C-520/04, *Turpeinen*. In eerdere rechtspraak had het HvJ EU wel grensoverschrijdende economische activiteit geëist voor toegang tot de verdragsvrijheden, zie HvJ EU 26 januari 1993, zaak C-112/91, *Werner*; HvJ EU 27 juni 1996, zaak C-107/94, *Asscher* en HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96, *Gilly*.

<sup>271</sup> Art. 54 VwEU.

<sup>272</sup> HvJ EU 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros*; HvJ EU 12 september 2006, zaak C-196/04, *Cadbury Schweppes* en HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-123/11, *A Oy*.



vrijheid van vestiging – geregeld in art. 49 VwEU en van overeenkomstige toepassing voor vennootschappen ingevolge art. 54 VwEU – en het vrije kapitaalverkeer van art. 63. De reden hiervoor is gelegen in de raakvlakken tussen beide, denk aan het geval waarmee een ondernemer voornemens is zijn activiteiten in een andere lidstaat voort te zetten – hij wilt zich daar gaan ‘vestigen’ – waar een bepaalde hoeveelheid kapitaal mee gepaard gaat. Dit onderscheid is zeer relevant daar het vrije kapitaalverkeer zich, anders dan de andere verdragsvrijheden, niet alleen uitstrekt tot lidstaten, maar ook tot derde-landen.<sup>273</sup> Op de vraag welk van deze vrijheden van toepassing is in het geval van de eindafrekeningsbepalingen, kom ik later terug.

### **Stap 2: Discriminatie door of belemmerend effect van de nationale maatregel**

De verdragsvrijheden omvatten volgens Terra en Wattel twee basisrechten, te weten grensoverschrijdend verkeer (‘toegang’) en een verbod op discriminatie op gronden van nationaliteit of origine (‘gelijkheid’).<sup>274</sup> Evenzeer is indirecte of vermoede discriminatie verboden. Op het eerste oog neutrale maatregelen welke geen onderscheid maken tussen nationaliteit of herkomst van personen, goederen en kapitaal, maar voornamelijk buitenlandse personen, goederen of investeringen treffen hebben een even beperkende uitwerking als maatregelen die op een directe wijze discrimineren.<sup>275</sup> Het voorgaande betekent ook dat vanuit de gedachte van de interne markt er geen verschil bestaat tussen verplaatsen binnen een land en een grensoverschrijdende verplaatsing, althans voor wat betreft de vraag of er sprake is van een discriminatie of een beperking van de verdragsvrijheden.

#### *Het vergelijkbaarheids criterium*

Aldus is van belang of een maatregel onderscheid maakt tussen een grensoverschrijdende situatie en de vergelijkbaar geachte binnenlandse situatie. Als een lidstaat in een grensoverschrijdende situatie belasting heft dan moet dat op dezelfde manier gebeuren als in de daarmee vergelijkbare binnenlandse situatie. De keuze voor het al dan niet belasten van een grensoverschrijdende situatie is dus aan de lidstaten zelf, maar als dat gebeurt is exacte uitvoering daarvan vatbaar voor toetsing door het HvJ EU.<sup>276</sup> Terra en Wattel illustreren dit aan de hand van een aantal zaken<sup>277</sup>:

- Een lidstaat hoeft buitenlandse aandeelhouders geen imputatiekrediet voor uitgaande dividenden te verlenen als deze niet aan vennootschapsbelasting of dividendbelasting zijn onderworpen, zelfs niet als dit imputatiekrediet wel wordt verleend aan ingezetenen (wel onderworpen) aandeelhouders<sup>278</sup>;
- Aan ingezetenen die uit het buitenland afkomstige dividenden ontvangen moet ook een imputatiekrediet worden verleend als er ook voor uit het binnenland afkomstige dividenden

---

<sup>273</sup> Art. 63, eerste lid VwEU.

<sup>274</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 36.

<sup>275</sup> Een goed voorbeeld is HvJ EU 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*. Een maatregel die hetzelfde effect had in zowel de binnenlandse als grensoverschrijdende situatie, maar het voor profvoetballer Bosman praktisch onmogelijk maken om naar het buitenland getransfereerd te worden, werd niet door het HvJ EU geaccepteerd. Verder noem ik nog HvJ EU 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *Caixa Bank*, waar een maatregel in het land van bestemming toegang tot de markt aldaar belemmerde, ook al gold deze maatregel ook in binnenlandse situaties.

<sup>276</sup> HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97, *Saint-Gobain*.

<sup>277</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 460.

<sup>278</sup> HvJ EU 12 december 2006, zaak C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*.

een imputatiekrediet wordt verleend, als ingezetenen op dezelfde manier worden belast voor deze buitenlandse en binnenlandse dividenden<sup>279</sup>;

- Er hoeft geen krediet te worden verleend voor buitenlandse dividendbelasting op buitenlandse dividenden ontvangen door inwoners, als zowel binnenlandse als buitenlandse dividenden tegen een eindheffing van hetzelfde tarief worden belast<sup>280</sup>;
- Twee landen hoeven beiden de dubbele belasting over een deel van een erfenis niet ongedaan te maken, als (i) de ene lidstaat exact dezelfde bezittingen zou hebben belast in het geval van een inwoner en een niet-inwoner en (ii) de andere lidstaat exact dezelfde bezittingen had belast in het geval het geen binnenlandse maar buitenlandse bezittingen zou betreffen<sup>281</sup>;
- Ten aanzien van outbound dividenden zijn niet-inwoners niet per definitie vergelijkbaar met inwoners, maar deze worden wel vergelijkbaar als ze net als inwoners worden belast ten aanzien van de dividenden<sup>282</sup>.

Het vergelijkbaarheids criterium wordt dus toegepast binnen de reikwijdte van belastingheffing waaraan inwoners en niet-inwoners zijn onderworpen. Een situatie van onderworpenheid aan belasting is dus in principe niet vergelijkbaar met situatie van niet-onderworpenheid aan belasting.

### ***Stap 3: Rechtvaardiging vanwege dwingende redenen van algemeen belang?***

In het geval een nationale belastingmaatregel als discriminatoir moet worden aangemerkt ten aanzien van de reikwijdte van de belastingheffing is er een beoordelingskader nodig om te bepalen of de rechtvaardigingsgronden die worden aangevoerd door een lidstaat juist en van voldoende gewicht zijn. Dit beoordelingskader wordt door het HvJ EU in zijn arrest Gebhard<sup>283</sup> als volgt omschreven:

“Het is evenwel vaste rechtspraak van het HvJ EU, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (...).”

Deze omschrijving valt uiteen in een aantal eisen:

#### *(i) Maatregel zonder discriminatie toegepast*

De eerste eis die het HvJ EU aan een belemmerende maatregel stelt, is dat deze zonder direct of indirecte discriminatie naar nationaliteit wordt toegepast. Gevolg is dat maatregelen die een – al dan niet directe – discriminatie naar nationaliteit met zich brengen niet gerechtvaardigd kunnen worden door een dwingende reden van algemeen belang zoals door het HvJ EU omschreven. Geconstateerd wordt echter dat het HvJ EU zijn eigen eis niet geheel consequent toepast.<sup>284 285</sup> Het genoemde

<sup>279</sup> HvJ EU 7 september 2004, zaak C-319/02, *Manninen*.

<sup>280</sup> HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04, *Kerckhaert-Morres*.

<sup>281</sup> HvJ EU 12 februari 2009, zaak C-67/08 *Block*.

<sup>282</sup> HvJ EU 14 december 2006, zaak C-170/05, *Denkavit Internationaal*.

<sup>283</sup> HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard*.

<sup>284</sup> D.M. Weber e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, par. 5.1.2.C.

gebrek aan consistentie lijkt zelfs reden geweest voor A-G Jacobs om voor te stellen de dwingende redenen van algemeen belang van toepassing te laten zijn zowel op maatregelen met als zonder onderscheid naar nationaliteit.<sup>286</sup> Terra en Wattel constateren dat het HvJ EU zich reeds in deze richting heeft bewogen, echter zonder hiervan expliciet melding te maken.<sup>287</sup>

*(ii) Dwingende redenen van algemeen belang (rechtvaardigingsgronden)*

De zogenoemde dwingende redenen van algemeen belang betreft een aantal ongeschreven rechtvaardigingsgronden die het HvJ EU zelf heeft 'ontwikkeld' naast de geschreven rechtvaardigingsgronden uit het VwEU<sup>288</sup>. De ongeschreven rechtvaardigingsgronden worden ook wel met de term 'rule of reason' aangeduid. De geschreven rechtvaardigingsgronden spelen in de directe belastingen slechts een marginale rol. In navolging van Terra en Wattel<sup>289</sup> onderscheid ik twee categorieën in de door het HvJ EU geaccepteerde rechtvaardigingsgronden. Als eerste categorie is er het beschermen van de heffingsgrondslag, welke inhoudt een jurisdictionele coherentie tussen de positieve en daarmee samenhangende negatieve elementen van de belastinggrondslag waarover een lidstaat zijn heffingsbereik heeft gedefinieerd. Deze categorie rechtvaardigingsgronden manifesteert zich op drie manieren:

- Verzekeren dat samenhangende positieve en negatieve elementen van dezelfde bron van inkomen van dezelfde belastingbetaler in dezelfde jurisdictie verbonden blijven binnen die jurisdictie. Er wordt met andere woorden fiscale coherentie – de samenhang van het belastingstelsel – nagestreefd<sup>290</sup>;
- Komen tot een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, gebaseerd op het fiscale territorialiteitsbeginsel: een lidstaat hoeft geen verrekening van verliezen toe te staan voor verliezen geleden door een persoon, of geleden op een bron van inkomen waartoe zij zijn heffingsbereik niet heeft uitgebreid<sup>291</sup>. Ook mag het EU-recht een lidstaat niet ervan weerhouden belasting te heffen over inkomsten waartoe een lidstaat zijn heffingsbereik heeft uitgebreid<sup>292</sup>;
- Voorkomen van misbruik van recht: internationale belastingontwijking met 'volkomen kunstmatige constructies' die 'economische realiteit ontberen' mag door lidstaten worden tegengegaan door lidstaten<sup>293</sup>.

De tweede categorie rechtvaardigingsgronden betreft meer procedurele aspecten, namelijk het beschermen van een effectieve fiscale controle. Binnen deze categorie maak ik een tweedeling:

- Lidstaten hebben de mogelijkheid om onder de administratieve bijstandsrichtlijn informatie te vragen van andere lidstaten, maar daartoe zijn ze volgens het HvJ EU niet verplicht als de bewijslast voor een voordeel dat belastingplichtige claimt bij hem ligt en die bewijslast niet

---

<sup>285</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 59.

<sup>286</sup> Conclusie A-G Jacobs 21 maart 2002, zaak C-136/00.

<sup>287</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 60.

<sup>288</sup> Art. 36 VwEU.

<sup>289</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 462.

<sup>290</sup> HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90, *Bachmann*; HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04, *N* en HvJ EU 23 oktober 2008, zaak C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz*.

<sup>291</sup> HvJ EU 13 december 2005, zaak C-466/03, *Marks & Spencer II* en HvJ EU 15 mei 2008, zaak C-414/06 *Lidl Belgium*.

<sup>292</sup> HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231/05, *Oy AA*.

<sup>293</sup> HvJ EU 12 september 2006, zaak C-191/04, *Cadbury Schweppes*.

overmatig of onmogelijk is<sup>294</sup>. In recente rechtspraak wordt de positie van de belastingautoriteiten expliciet in aanmerking genomen<sup>295</sup>;

- Het stellen van eenzelfde belemmerende maatregel zou in binnenlandse situaties alle betekenis ontberen. Hierbij valt te denken aan bijvoorbeeld de eisen die aan de documentatie ten aanzien van transfer pricing of at arm's length documentatie worden gesteld<sup>296</sup>.

#### *(iii) en (iv) Geschiktheids- en proportionaliteitscriterium*

De laatste twee eisen die het HvJ EU omschrijft zijn nauw aan elkaar verwant. Belemmerende maatregelen moeten geschikt om het nagestreefde doel te bereiken en mogen niet verder gaan dan noodzakelijk om dit doel te bereiken. Er dient aldus ten eerste een verband te zijn tussen de rechtvaardigingsgrond en de exacte manier waarop dit met de nationale regel wordt bereikt en daarnaast toetst het HvJ EU of het te beoogde doel ook met een minder vergaande regel bereikt kan worden.<sup>297</sup>

## **4.4 Toegang tot de vrijheid van vestiging**

Zoals reeds aangegeven is het van bijzonder belang of in voorkomend geval de vrijheid van vestiging dan wel het vrije kapitaalverkeer van toepassing is. Het HvJ EU heeft zich diverse malen over deze vraag moeten buigen.<sup>298</sup> Vervolgens blijkt de toegang<sup>299</sup> tot de vrijheid van vestiging nogal wat haken en ogen te kennen, in het bijzonder met betrekking tot vennootschappen.

### **4.4.1 Emigratieheffingen vallen onder de vrijheid van vestiging**

De lange reeks fiscale arresten waarin het spanningsveld tussen de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer aan de orde kwam betrof steeds regelingen waaraan ten grondslag ligt het feit dat een belanghebbende een aandelenpakket houdt in een vennootschap, hetgeen conceptueel ver verwijderd is van het verplaatsen van de belastingplichtige zelf, al dan niet met medeneming van de bedrijfsvoering en/of van enkele activa en/of passiva naar een andere lidstaat dan wel een derde-land.

Het criterium dat af te leiden is uit het arrest *Baars* – dat kort gezegd het beslissend is of de aandeelhouder een doorslaggevende invloed kan uitoefenen op de besluiten van de vennootschap waarin wordt deelgenomen, de feiten van de zaak zijn dus leidend – is typisch een criterium dat

<sup>294</sup> HvJ EU 27 januari 2009, zaak C- 318/07, *Persche*; HvJ EU 10 februari 2011, gevoegde zaken C-436/08 en C-437/08, *Haribo* en *Salinen*; HvJ EU 30 juni 2011, zaak C-262/09, *Meilicke II*.

<sup>295</sup> HvJ EU 22 december 2008, zaak C-282/07, *Truck Center*.

<sup>296</sup> HvJ EU 21 januari 2010, zaak C-311/08, *SGI*; HvJ EU 22 december 2008, zaak C-282/07, *Truck Center*.

<sup>297</sup> D.M. Weber e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, par. 4.0.6.B.

<sup>298</sup> Zonder uitputtend te willen zijn noem ik: HvJ EU 13 april 2000, zaak C-251-98, *Baars*; HvJ EU 3 oktober 2006, zaak C-452/04, *Fidum Finanz*; HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; HvJ EU 13 maart 2007, zaak C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-102/05, *Skatteverket v. A en B*; HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-492/04, *Lasertec*; HvJ EU 24 mei 2007, zaak C-157/05, *Holbock*; HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05, *Columbus Container Services*; HvJ EU 26 juni 2008, zaak C-284/06, *Burda*; HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-439/07, *KBC Bank*; HvJ EU 18 juni 2009, zaak C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*; HvJ EU 17 september 2009, zaak C-182/08, *Glaxo Wellcome*; HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-31/11, *Scheunemann* en HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation (II)*.

<sup>299</sup> Met deze term wordt doorgaans bedoeld op de vraag of een persoon valt binnen het toepassingsbereik van deze bepaling en deze aldus kan inroepen tegen een vermeende inbreuk daarop gemaakt door een nationale maatregel.

inhaakt op hetgeen zich kan manifesteren waar het gaat om een deelname van individuen of rechtspersonen in het kapitaal van vennootschappen. Het gaat hierbij om twee gescheiden juridische personen, waarvan de één een belang houdt in de ander. Het onderscheid tussen drie categorieën van regelingen – (i) wetgeving specifiek gericht op meerderheidsbelangen in vennootschappen, althans belangen waarbij het gaat om doorslaggevende invloed; (ii) wetgeving specifiek gericht op minderheidsbelangen en (iii) algemene wetgeving, die geldt voor elk belang in vennootschappen – dat Wattel en Terra afleiden uit de rechtspraak van het HvJ EU<sup>300</sup> is mijns inziens om deze reden niet bruikbaar als onderscheidend criterium bij de vraag of het recht van vestiging dan wel het vrije kapitaalverkeer aan de orde is in het geval van de eindafrekeningsbepalingen. Ik meen echter dat reeds het duidelijke karakter van de situaties waarop de emigratieheffingen in de winstfeer zien, te weten de *verandering* van het land van waaruit de onderneming wordt uitgeoefend, sterk wijst op het prevaleren van de vrijheid van vestiging boven het vrije kapitaalverkeer. Het voorgaande is min of meer een toepassing van de zogenaamde ‘causaliteitstoets’ zoals deze ook wel door het HvJ EU wordt toegepast, welke er kort gezegd op neerkomt dat wordt bekeken welk van de verdragsvrijheden het meest wordt geraakt.<sup>301</sup> Later zal blijken dat het HvJ EU inderdaad aan vrijheid van vestiging toetst. Dat is een belangrijke constatering, gezien de vrijheid van vestiging zich niet uitstrekt tot derde landen, zoals reeds vermeldt.

Wat betreft de drie door Terra en Wattel onderscheiden categorieën van wetgeving verdient kort nog de aandacht een vrij recent arrest waarin het HvJ EU zich voor de tweede maal over een zaak heeft gebogen.<sup>302</sup> Nieuw hierin was het oordeel van het HvJ EU dat ingeval de regelgeving die aan de orde is van generieke aard is er eveneens kan worden getoetst aan het vrije kapitaalverkeer. Stand van zaken is aldus dat in door Terra en Wattel onderscheiden categorie (i) wordt getoetst aan de vrijheid van vestiging, bij categorie (ii) aan het vrije kapitaalverkeer en bij categorie (iii) aan beide vrijheden.

#### **4.4.2 Zetelverplaatsing van vennootschappen en toegang tot de vrijheid van vestiging**

In tegenstelling tot natuurlijke personen – waar Moeder Natuur nog steeds de wetten van leven en dood beheerst – ontstaan, functioneren en verdwijnen vennootschappen slechts krachtens de wetgeving van een land. In verschillende landen (mogelijk) andersluidende nationale wetgeving beheerst met andere woorden de eisen van de oprichting, het bestaan en het opheffen van vennootschappen. Wanneer het hierbij gaat om kleine verschillen, ligt in de lijn der verwachtingen dat het aantal en de omvang van complicaties te overzien is. Dit laatste in tegenstelling tot gevallen waarbij er zelfs wordt gesproken over verschillende stelsels.

#### ***Het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel***

Om te weten te komen welk recht op een bepaalde vennootschap van toepassing is, dient men te rade te gaan in het internationale privaatrecht, meer in het bijzonder het gedeelte daarvan dat rechtspersonen aangaat.<sup>303</sup> Geharmoniseerde regels zal men daar echter niet terugvinden. Ook de zoektocht naar EU-regelgeving hieromtrent zal bij gebrek aan dergelijke harmonisatie op niets uit

---

<sup>300</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 56.

<sup>301</sup> D.M. Weber e.a., *Cursus Belastingrecht* (Europees Belastingrecht), par. 5.0.4.

<sup>302</sup> HvJ EU, 13 november 2012, zaak C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation II*.

<sup>303</sup> Hiervoor wordt ook wel eens de term ‘internationaal vennootschapsrecht’ gebruikt.

lopen. In het internationale vennootschapsrecht en in de praktijk ook in de EU zullen in essentie twee stelsels<sup>304</sup> terug vinden zijn: het incorporatiestelsel en het werkelijke zetelstelsel.

Allereerst zijn er landen die het incorporatiestelsel hanteren. Belangrijkste kenmerken hiervan zijn dat het recht dat de oprichting vaneen vennootschap heeft beheerst gedurende de hele levensduur van die vennootschap van toepassing blijft. De statutaire zetel<sup>305</sup> van een vennootschap die is opgericht naar het recht van een land dat het incorporatiestelsel hanteert, blijft in beginsel aanwezig in dat land, terwijl de werkelijke zetel<sup>306</sup> verplaatst kan worden, ook naar buiten de landsgrenzen, zonder gevolgen voor de statutaire zetel of de hoedanigheid van de vennootschap. De vennootschap blijft daarbij bestaan.

Het werkelijke zetelstelsel daarentegen kenmerkt zich door een grote invloed van de plaats van feitelijke leiding. Een vennootschap opgericht naar het recht van een land dat het werkelijke zetelstelsel toepast blijft slechts onderworpen aan dat recht zo lang de feitelijke leiding over die vennootschap in dat land wordt uitgeoefend. Wordt de feitelijke leiding op enig moment vanuit een ander land gegeven dan gaat de hoedanigheid van die vennootschap verloren. Dit vanwege verlies van het aanknopingspunt dat in de werkelijke zetelleer doorslaggevend is, de feitelijke leiding (of werkelijke zetel). Doorgaans zal de verplaatsing van de feitelijke leiding naar een ander land daarom gepaard gaan met een liquidatie van de vennootschap, dit laatste van rechtswege. De vennootschap kan dan opnieuw worden opgericht in het land waar de feitelijke leiding naartoe is verplaatst.

De verschillen tussen beide stelsels brengen belangrijke gevolgen met zich bij de zetelverplaatsing van vennootschappen<sup>307</sup>, waar al bij de vraag naar of de betrokken vennootschap zich kan beroepen op de vrijheid van vestiging een weerbarstige problematiek naar voren komt.

### ***De vrijheid van vestiging: personele, materiele en territoriale werkingsfeer***

Uit de tekst van art. 49 VwEU kan een drietal voorwaarden worden afgeleid waaraan een beroep op de vrijheid van vestiging dient te voldoen.<sup>308</sup> Er dient sprake te zijn van een *onderdaan van een lidstaat* (personele werkingsfeer) en *vestiging op het grondgebied van een andere lidstaat* (de materiële en territoriale werkingsfeer<sup>309</sup>).<sup>310</sup>

---

<sup>304</sup> Ik ga in de navolgende bespreking zo veel mogelijk uit van een zuivere vorm van beide stelsels. Juist vanwege het geconstateerde gebrek aan harmonisatie is het zeer wel mogelijk dat in het ene stelsel enkele kenmerken uit het andere stelsel, en vice versa, te onderkennen zijn.

<sup>305</sup> De statutaire zetel is terug te vinden in de statuten van een vennootschap en is daar gelegen waar de vennootschap volgens die statuten is gevestigd.

<sup>306</sup> De werkelijke zetel is gelegen op de plaats van waaruit de vennootschap wordt bestuurd, met andere woorden daar waar de feitelijke leiding aan de vennootschap wordt gegeven.

<sup>307</sup> Vanaf dit moment bedoel ik hiermee het verplaatsen van de feitelijke leiding, omdat dit zowel relevant is op fiscaal terrein als in het internationale vennootschapsrecht.

<sup>308</sup> In de literatuur pleegt men deze te omschrijven als de personele, materiele en territoriale werkingsfeer. Zie bijvoorbeeld: C. Barnard, *The substantive law of the EU: the Four Freedoms*, New York: Oxford University press 2010, p. 226 en 227.

<sup>309</sup> Op het eerste gezicht bevreemdt het wellicht om uit dezelfde zinsnede twee werkingsferen te destilleren, echter de frase 'grondgebied van een andere lidstaat' laat aan de ene kant zien dat de vrijheid van vestiging beperkt is tot het grondgebied van de EU (territoriale werkingsfeer) en in combinatie met de woorden 'vestiging op' dat het om een vestiging aldaar dient te gaan (materiële werkingsfeer).

<sup>310</sup> Art. 49 VwEU, eerste volzin.

De territoriale werkingsfeer om te beginnen omschrijft tot welke gebieden de vrijheid van vestiging zich beperkt. Het gaat hierbij om het grondgebied van een andere lidstaat. Daarmee is de territoriale werkingsfeer beperkter dan die van het vrije kapitaalverkeer, die zich zoals besproken ook uitstrekt tot derde-landen.<sup>311</sup> Vermelding waard is nog dat de vrijheid van vestiging evenmin ziet op de landen en gebieden overzee (hierna: LGO's).<sup>312</sup>

De materiele werkingsfeer vervolgens valt uiteen in een tweetal componenten. Het dient te gaan om een vestiging en wel een grensoverschrijdende. Terwijl laatstgenoemde eis weinig toelichting behoeft, is kort stilstaan bij de eerste eis wel van belang. Een ondubbelzinnige definitie van het vestigingsbegrip is door het HvJ EU nog niet gegeven. Een tweetal arresten waarin aanwijzingen kunnen worden gevonden, betreft namelijk het zogenoemde secundaire vestigingsrecht, waarmee de situatie wordt aangeduid dat een persoon reeds toegang heeft tot de vrijheid van vestiging – het primaire vestigingsrecht – en daardoor verzekerd is van het recht om agentschappen, filialen of dochterondernemingen in een andere lidstaat op te richten.<sup>313</sup> Ten aanzien van het primaire vestigingsrecht had een A-G al eens omschreven dat het naar zijn mening dient te gaan om het integreren in een nationale economie, ofwel de uitoefening van een economische activiteit door middel van een materiële vestiging.<sup>314</sup> Aan deze vraag kwam het HvJ EU helaas niet toe. Onduidelijk is bijvoorbeeld in hoeverre er sprake dient te zijn van enig 'gewicht' van de aanwezigheid in de andere lidstaat, door fiscalisten ook wel aangeduid als 'substance'. Te denken valt hierbij aan een vennootschap die slechts enkele financiële (vaste) activa houdt. Ik verwacht zelf gezien de eerder besproken opvatting van het HvJ EU van vermeend misbruik de toegang tot de verdragsvrijheden niet verhindert dat een beperkte substance de belastingplichtige niet snel bij de toegang tot de vrijheid van vestiging zal opbreken.<sup>315</sup>

Verreweg het meeste stof tot nadenken geeft de problematiek rondom de personele werkingsfeer. Natuurlijke personen vallen als zijnde onderdaan van een lidstaat duidelijk binnen deze werkingsfeer.<sup>316</sup> Voor vennootschappen die zijn opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de EU hebben regelt art. 54 VwEU een gelijkstelling met deze onderdanen van een lidstaat. Tenminste, als deze vennootschappen winst beogen.<sup>317</sup> Daarmee lijkt de kous in eerste instantie af, maar zoals het spreekwoord al voorspelt: schijn bedriegt.

### ***De uitwerking van het vennootschapsrecht op de personele werkingsfeer***

De gelijkstelling van vennootschappen met andere onderdanen van een lidstaat krijgt een opvallende dimensie als wordt bedacht dat het verplaatsen van de feitelijke leiding uit een

---

<sup>311</sup> Art. 63 VwEU

<sup>312</sup> Kort gezegd omdat de relatie tussen een lidstaat en de LGO's van andere lidstaten hetzelfde is als de relatie met een derde land (zie HvJ EU 5 mei 2011, zaak C-384/09, *Prunus*). Hetzelfde geldt tussen een lidstaat en zijn eigen LGO's (zie HvJ EU 5 juni 2014, gevoegde zaken C-24/12 en C-27/12, *X BV* en *TBG Limited*). Doordat art. 49 VwEU zich niet uitstrekt tot derde landen geldt daarom hetzelfde voor de LGO's.

<sup>313</sup> Dit secundaire vestigingsrecht blijkt uit de tweede volzin van art. 49 VwEU.

<sup>314</sup> Conclusie A-G Damon 7 juni 1988, zaak C-81/87, punt 3.

<sup>315</sup> Ik zie een bevestiging van deze opvatting in het nog te bespreken arrest *National Grid Indus*, waar het een vennootschap met slechts een enkel financieel actief betrof die zich inderdaad kan beroepen op de vrijheid van vestiging.

<sup>316</sup> Art. 49 VwEU.

<sup>317</sup> Dit moge blijken uit de tweede volzin van art. 54 VwEU, waarin vennootschappen welke geen winst beogen worden uitgesloten.

werkelijke zetelstaat of het verplaatsen van de statutaire zetel uit een incorporatiestaat gepaard gaat met een liquidatie van de betrokken vennootschap. Er is op dat moment immers geen vennootschap meer, waardoor een beroep op de vrijheid van vestiging niet kan slagen. Dat is althans de heersende leer.<sup>318</sup> Terra en Wattel omschrijven de gevolgen hiervan voor een emigratieheffing als volgt.<sup>319</sup> Als een lidstaat het recht heeft de rechtspersoonlijkheid, en daarmee het bestaan van, een vennootschap te beëindigen kan het ook minder vergaande maatregelen nemen. Een van die minder vergaande maatregelen is het belasten van de vennootschap bij emigratie; dat was immers ook gebeurd bij beëindiging van het bestaan van de vennootschap, omdat dat een (belaste) overdracht van de activa en passiva van de vennootschap aan de aandeelhouders zou betekenen.

Het HvJ EU heeft zich ook over deze materie gebogen en een aantal interessante arresten gewezen.

#### *Het arrest Daily Mail*

Het arrest *Daily Mail*<sup>320</sup> betrof een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die wenste haar feitelijke leiding naar Nederland te verplaatsen. Hiervoor was destijds de toestemming van het Engelse ministerie van Financiën vereist. Dit departement weigerde aan de verplaatsing mede te werken, tenzij de vennootschap belasting zou betalen over de aanzienlijke meerwaarden die aanwezig waren in de aandelen in enkele dochtervennootschappen.

De eerste belangrijke vaststelling van het HvJ EU is dat de vrijheid van vestiging betekenisloos zou worden als een lidstaat economische operatoren kan verbieden zijn grondgebied te verlaten. Vervolgens geeft het HvJ EU aan dat het op Europees niveau allereerst ontbreekt aan geharmoniseerde regels voor de aanknopingspunten van vennootschappen bij nationale territoria – te denken valt aan de plaats van feitelijke leiding van een vennootschap, het recht dat de oprichting van een vennootschap heeft beheerst of de plaats waar de statutaire zetel is gelegen – alsook aan geharmoniseerde regels omtrent het behouden of verliezen van rechtspersoonlijkheid bij de verplaatsing van deze aanknopingspunten naar een andere lidstaat. Kort gezegd geeft het HvJ EU aan dat vennootschappen bestaan krachtens nationale regelgeving en dat op Europees niveau geen regels zijn die hierop inbreuk maken.

Saillant detail is dat het HvJ EU hiermee geen antwoord geeft op de hetgeen de verwijzende rechter in wezen wilde weten. Die wenste immers inzicht te verkrijgen in de (on)verenigbaarheid van een emigratieheffing met de vrijheid van vestiging. Zonder deze belastingheffing zou het Engelse ministerie van Financiën immers geen goedkeuring verlenen voor de verplaatsing van de feitelijke leiding. Bovendien betrof het twee landen welke het incorporatiestelsel hanteren, wat er op neerkomt dat volgens het geldende vennootschapsrecht *Daily Mail* haar zetel kan verplaatsen zonder nadelige gevolgen met betrekking tot behoud en erkenning van haar rechtspersoonlijkheid in beide landen.

#### *Het arrest Überseering*

Een zetelverplaatsing van een land dat het incorporatiejurisdictie hanteert naar een land waar de leer van de werkelijke zetel werd aangehangen, in casu Duitsland kwam aan de orde in het arrest

---

<sup>318</sup> Mijn onbegrip hieromtrent komt nog aan de orde.

<sup>319</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 512.

<sup>320</sup> HvJ EU 27 september 1988, zaak 81/87, *Daily mail*.



*Überseering*<sup>321</sup>. Duitsland weigerde de rechtspersoonlijkheid en de proceshoedanigheid van de vennootschap te erkennen, omdat deze onder Duits recht niet ge(re)ïncorporeerd werd na de verplaatsing van haar zetel.

Het HvJ EU geeft aan dat lidstaten verplicht zijn aan vennootschappen van andere lidstaten dezelfde behandeling als aan vergelijkbare eigen rechtsvormen te bieden indien deze volgens het recht dat hun oprichting heeft beheerst na zetelverplaatsing niet ophouden te bestaan. Daarnaast geeft het HvJ EU kort een toelichting op *Daily Mail*. Deze komt erop neer dat een lidstaat bij de verplaatsing van een vennootschap voorwaarden mag stellen volgens welke deze haar rechtspersoonlijkheid onder het recht van oprichting kan behouden.

#### *Het arrest Cartesio*

In het arrest *Cartesio*<sup>322</sup> betrof het de verplaatsing van een vennootschap tussen twee landen welke beiden de werkelijke zetelleer hanteren. Het HvJ EU stelt vast dat indien het bestaan van de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap bij haar emigratie wordt beëindigd er geen (rechts)persoon is die een beroep op de vrijheid van vestiging kan doen. Deze bestaat immers niet meer. De verdragsvrijheden verbieden daarom niet de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon door het uitreisland.

Op het voorgaande maakt het HvJ EU ambtshalve één uitzondering. Ingeval het recht van de ontvangstaat naast erkenning van de binnenkomende buitenlandse vennootschap voorziet in de omzetting hiervan in een eigen rechtsvorm, is de beëindiging de rechtspersoonlijkheid door de lidstaat van oorsprong disproportioneel, tenzij dat is gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals het beschermen van stakeholders, bijvoorbeeld crediteuren.

#### *Het arrest Vale*

De min-of-meer omgekeerde situatie van *Cartesio* was aan de orde in het arrest *Valé*<sup>323</sup>. Het inreisland voorzag in casu wel in een regeling voor binnenlandse omzettingen, dat wil zeggen een regeling waarmee een binnenlandse rechtsvorm kan worden omgezet naar een ander type binnenlandse rechtsvorm, maar niet in een dergelijke omzetting voor een buitenlandse rechtsvorm. Het HvJ EU oordeelt dat het bestaan van een regeling voor een binnenlandse omzetting in het licht van de vrijheid van vestiging met zich brengt dat een buitenlandse rechtsvorm eveneens moet kunnen worden omgezet naar een binnenlandse rechtsvorm. Evenals in *Cartesio* kunnen slechts dwingende redenen van algemeen belang een dergelijke omzetting beperken.

#### *Resumerend*

Aldus is wat ik eerder als de heersende leer heb omschreven behoudens de nuanceringen gemaakt in *Cartesio* en *Valé* nog steeds leidend. Lidstaten hebben in beginsel het recht het bestaan van vennootschappen die naar hun vennootschapsrecht zijn opgericht te beëindigen. In dergelijke gevallen zijn emigratieheffingen dus ook niet te toetsen aan de vrijheid van vestiging. De genoemde nuanceringen zijn echter niet qua belang te onderschatten, daar diverse Europese landen wel degelijk de mogelijkheid voor binnenlandse omzettingen bieden, zodat ook grensoverschrijdende

---

<sup>321</sup> HvJ EU 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*.

<sup>322</sup> HvJ EU 16 december 2008, zaak C-210/06, *Cartesio*.

<sup>323</sup> HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10, *Vale*.

omzettingen tot de mogelijkheden mogelijk behoren te zijn. Dit geldt ook voor Nederland, dat bijvoorbeeld via art. 2:18 BW een mogelijkheid tot omzetting biedt.

### ***Een hartenkreet: leven en laten leven***

Bovenstaande slotsom kan echter tot een onbevredigende gang van zaken leiden. Mijn onbegrip kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van een – gelukkig zou ik bijna zeggen – hypothetisch voorbeeld.

Indien elke lidstaat zou overschakelen op een werkelijke zetelstelsel waarbij de hoedanigheid van vennootschap verloren gaat ingeval de feitelijke leiding hiervan naar het buitenland wordt verplaatst én waarin niet wordt voorzien in een regeling voor binnenlandse omzettingen zou een toestand ontstaan waarin vennootschappen zich bij deze verplaatsing in het geheel niet kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging. Immers, hun hoedanigheid van vennootschap bestaat door de grensoverschrijdende verplaatsing van de feitelijke leiding niet meer en op de uitzondering die voortkomt en uit *Cartesio* en *Vale* kan bij gebrek aan een regeling voor binnenlandse omzettingen niet worden gerekend.<sup>324</sup>

Bovenstaande is naar mijn mening een zeer ernstige inbreuk op het bestaan en functioneren van de interne markt. Is daarvoor niet juist gewenst dat het grensoverschrijdend verplaatsen niet onnodig wordt bemoeilijkt?

Tegen deze opvatting zou allereerst ingebracht kunnen worden dat een vennootschap die haar feitelijke leiding naar een andere lidstaat verplaatst<sup>325</sup> in wezen haar eigen lot bezegeld. Daarnaast kan worden gewezen op het secundaire vestigingsrecht, met de boodschap dat er dan maar moet worden besloten tot het oprichten van een agentschap, filiaal of vestiging in de andere lidstaat. Hierbij wordt immers de hoedanigheid en het bestaan van de vennootschap niet aangetast. Beide punten overtuigen mij niet. Tegen de verwijzing naar het secundaire vestigingsrecht draag ik aan dat de vormgeving van het in een andere lidstaat gaan opereren niet afhankelijk zou moeten zijn van de mogelijkheden die er zijn, maar dat de mogelijkheden die er zijn zouden moeten aansluiten bij wat sociaal en economisch wenselijk is. Besluit de vennootschap dat het verplaatsen van de feitelijke leiding wenselijk is, dan dient dat uitgangspunt te zijn. Tegen het over zichzelf afroepen van de opheffing van de hoedanigheid van vennootschap breng ik naar voren de gedachte dat hiermee *de facto* – door juist op het moment dat de vennootschap de vrijheid van vestiging uitoefent, te weten het oversteken van de grens, een einde te maken aan het bestaan van de vennootschap – er geen mogelijkheid bestaat tot het uitoefenen van de vrijheid van vestiging. Dit gaat mij te ver. Een onderdaan van wie een lidstaat niet wenst dat deze zijn grondgebied verlaat wordt ook niet bij de grens om het leven gebracht, om te concluderen dat er niemand (meer) is die een beroep kan doen op het recht van vrij bewegen van personen binnen de Unie. Al geef ik meteen toe dat dit niet de meest gracieuze analogie is, waarmee de term ‘liquidatie’ overigens wel ineens uitermate pakkend wordt.

Het zou tijd worden dat – linksom of rechtsom – een einde wordt gemaakt aan vennootschapsrechtelijke stelsels van lidstaten waarin sprake is van het voor de interne markt

---

<sup>324</sup> Een soortgelijke redenering gaat overigens op voor het verplaatsen van de statutaire zetel bij een incorporatiestelsel. Deze situatie werk ik verder niet uit.

<sup>325</sup> En ingeval van het incorporatiestel het verplaatsen van de statutaire zetel.

onvriendelijke liquideren van vennootschappen bij grensoverschrijdende zetelverplaatsingen<sup>326</sup> Hierbij kan overigens de vrijheid die de lidstaten hebben om hun vennootschapsrechtelijke stelsel vorm te geven 'gewoon' geëerbiedigd blijven indien elke lidstaat zou voorzien in omzettingsregelingen voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. Desnoods wordt verplicht tot het afwikkelen van lopende zaken indien dat na de omzetting om welke reden dan ook niet meer mogelijk zou zijn. Dat aan de vormgeving van de bedoelde omzettingsregelingen eveneens haken en ogen zullen zitten geef ik direct toe, maar ik denk liever in uitdagingen dan in problemen. De lidstaten kunnen hiertoe zelf maatregelen nemen. Harmonisatie via een richtlijn geniet echter mijn voorkeur, omdat op die wijze een grotere mate van harmonisatie kan worden bereikt, bijvoorbeeld doordat er voor de op te lossen knelpunten een gezamenlijk, voor elke lidstaat gelijke oplossing hiervoor kan worden verkozen. Het is in zoverre hoopvol te constateren dat het Europese parlement er middels een resolutie bij de Commissie toe heeft aangedrongen met een voorstel te komen<sup>327</sup> en dat er in Nederland een ambtelijk voorontwerp ligt met een voorstel voor de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen en een internetconsultatie is gehouden over dit voorontwerp.<sup>328</sup>

Er kan verder heel veel of heel weinig over dit onderwerp worden geschreven. Feit is allereerst dat een en ander overlap heeft met de vraag naar emigratieheffingen. Anderzijds is deze scriptie niet de plaats om hier al te diep op in te gaan omdat ik hiermee anders buiten het bestek van dit onderzoek zou treden. Ik laat dit onderwerp verder dan ook rusten, echter niet voordat ik nog heb gewezen op het zeer lezenswaardige proefschrift van Roelofs met betrekking tot dit onderwerp.<sup>329</sup>

#### **4.5 Hof van Justitie toetst emigratieheffingen in de persoonlijke sfeer**

Enkele concrete gedachten van het HvJ EU over emigratieheffingen kunnen worden afgeleid uit arresten waarbij het individuen betrof die zich binnen de EU verplaatsten en met een heffing te maken kregen. Het betreft twee zaken met betrekking tot de belastingheffing bij de (fictieve) vervreemding van een aandelenpakket<sup>330</sup> bij de emigratie van de aandeelhouder. Daarnaast is er arrest geweest in een inbreukprocedure tegen Spanje, dat reeds verleend uitstel dat verband hield met een belastingheffing die betrekking heeft op een binnenlandse situatie intrekt bij emigratie van de belastingplichtige zodat directe betaling van de nog openstaande belastingschuld vereist is. Echter reeds voor deze drie arresten speelde al een zaak waarin een heffing werd opgelegd nog voordat van emigratie sprake was.

##### *Achtergrond emigratieheffing in de aandeelhouderssfeer*

---

<sup>326</sup> Zowel met betrekking tot het verplaatsen van de feitelijke leiding ingeval van het werkelijke zetelstelsel als ten aanzien van het verplaatsen van de statutaire zetel in het incorporatiestelsel.

<sup>327</sup> Resolutie van het Europees Parlement, 14 juni 2012, 2012/2669(RSP). Dit verzoek wordt in de resolutie overigens keurig begeleid door een uitgebreid verslag en diverse aanbevelingen.

<sup>328</sup> Ambtelijk voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen, publicatiedatum 31 januari 2014, [http://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](http://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting)

<sup>329</sup> E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, Kluwer : Deventer 2014.

<sup>330</sup> Onder deze algemene omschrijving valt ook hetgeen in Nederland bekend staat als een aanmerkelijk belang en is omschreven in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 (Box 2). In het Nederlandse boxenstelsel kunnen overigens aandelenpakketten die niet van een bepaalde omvang zijn eveneens onder de reikwijdte van hoofdstuk 5 van de Wet IB 2001 (Box 3) vallen. Vanaf dit moment bedoel ik met aandelenpakketten daarom die aandelenpakketten die in de Nederlandse systematiek vallen in Box 2, of een daarmee vergelijkbare buitenlandse regeling.

Om te voorkomen dat ongerealiseerde meerwaarden in aandelenpakketten na de emigratie van de houder daarvan niet meer kunnen worden belast kunnen landen ertoe overgaan op het tijdstip voor het emigratiemoment tot belastingheffing over te gaan. In Nederland is dit voor aanmerkelijk belanghouders in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 geregeld door een vervreemding van het aanmerkelijk belangpakket te veronderstellen.<sup>331</sup> Het spreekt voor zich dat hiervan een afschrikkende werking uit kan gaan, in het bijzonder op het moment dat de aanmerkelijk belanghouder niet om fiscale redenen emigreert – dat wil zeggen hij met de emigratie niet tot doel heeft de latente belastingclaim van zich af te schudden. Het doel van een dergelijke emigratieheffing is daarmee mijns inziens tweeledig: het veiligstellen van de belastingclaim die aan een land toekomt, alsmede het voorkomen van misbruik. Voorts is van belang dat bij de verplaatsing van een aanmerkelijk belanghouder binnen de landsgrenzen deze fictieve vervreemding niet aan de orde komt. Daartoe is overigens ook geen aanleiding, aangezien de heffingsbevoegdheid in een dergelijk geval niet verloren gaat.

### ***Het arrest X en Y II***

Een “dus wel zeer vroege exitheffing” was aan de orde in een Zweedse zaak.<sup>332</sup> Bij een overdracht van aandelen onder de waarde in het economische verkeer daarvan werd reeds tot heffing overgegaan. In het geval echter dat werd overgedragen aan een in Zweden gevestigde vennootschap waarin een direct of indirect belang werd gehouden kon de overdrager uitstel van betaling verkrijgen. Uitstel van betaling was niet mogelijk indien werd overgedragen aan een in het buitenland gevestigde vennootschap waarin een direct of indirect belang werd gehouden. De reden voor dit onderscheid was terug te voeren op een verlengde belastingplicht bij emigratie in het eerste geval. Nog voordat van emigratie sprake was, kon dus al sprake zijn van heffing en invordering. Het antimisbruikkarakter van een dergelijke regeling was volgens het HvJ EU veel te algemeen opgezet – ook als de belastingplichtige niet een ontgaans- of ontwijkingsmotief had. De samenhang van het belastingstelsel werd evenmin geaccepteerd, omdat die samenhang kort gezegd was prijsgegeven door het aangaan van een bilateraal belastingverdrag.

### ***Het arrest De Lasteyrie du Saillant***

In deze zaak<sup>333</sup> was sprake van een inwoner van Frankrijk die een aandelenpakket in een Franse vennootschap bezat en naar België emigreerde. Hij werd belast voor het verschil tussen de waarde op het moment van emigratie en de aankoopprijs. Directe betaling van de belastingschuld was niet noodzakelijk, onder voorwaarden kon er uitstel van betaling worden verleend. Een zekerheidstelling om de betaling van de belastingschuld te garanderen, het aanwijzen van een vertegenwoordiger waarmee de belastingautoriteiten contact kunnen onderhouden, alsmede het jaarlijks indienen van een belastingaangifte na het emigratiemoment vormden de voorwaarden voor het uitstel van belasting. Bovendien zou indien de aandelen niet binnen vijf jaar vervreemd werden de belastingclaim worden prijsgegeven en kon de belastingplichtige aanspraak maken op een vergoeding van de gemaakte kosten voor de zekerheidstelling.

Het HvJ EU vangt zijn beoordeling aan met de constatering dat door deze regelgeving onderscheid wordt gemaakt tussen personen die emigreren en personen die in Frankrijk woonachtig blijven,

---

<sup>331</sup> Art. 4.16, eerste lid, onderdeel h Wet IB 2001.

<sup>332</sup> HvJ EU 21 november 2002, zaak C-4360/00, *X en Y*. De term “dus wel zeer vroege exitheffing” wordt gehanteerd door de auteurs van de *Cursus Belastingrecht*.

<sup>333</sup> HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*.

terwijl er geen objectief verschil tussen deze situaties bestaat. Er gaat een afschrikwekkende werking uit van de belastingheffing die plaatsvindt bij emigratie, die een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Daaraan doet niet af het feit dat uitstel van betaling kan worden verkregen, omdat de daaraan gekoppelde vereisten op zichzelf gezien eveneens een belemmerende werking met zich brengen. Het gebrek van het genot van de als zekerheid gestelde middelen houdt immers een liquiditeitsnadeel voor de belastingplichtige in.

Frankrijk voerde slechts één rechtvaardigingsgrond aan, namelijk het voorkomen van belastingontwijking. Door allereerst naar het buitenland te verhuizen, vervolgens ten tijde van het inwonerschap van een ander land het aandelenpakket te vervreemden, om uiteindelijk terug te keren naar Frankrijk zouden belastingplichtigen de fiscale claim kunnen afschudden. Ten aanzien van deze verdediging overweegt het HvJ EU dat de belastingheffing niet slechts ziet op die personen die met de emigratie als doel hebben het vrijdelen van de belastingheffing. Immers, in zijn algemeenheid worden de emigrerende houders van aandelenpakketen in de belastingheffing betrokken, ook als zij niet nastreven de belastingheffing te voorkomen. Het kwijtschelden van de belastingclaim na verloop van vijf jaar doet hier niet aan af. Een minder belemmerende maatregel is volgens het HvJ EU mogelijk, bijvoorbeeld het alsnog belasten van de aandeelhouder bij terugkeer binnen vijf jaren als blijkt dat het aandelenpakket is vervreemd.

Ambtshalve gaat het HvJ EU nog in op de samenhang van het belastingstelsel en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Het HvJ EU accepteert deze in dit specifieke geval niet, omdat (i) Frankrijk een credit verleent voor mogelijke Belgische belasting op winst bij vervreemding van de aandelen en (ii) de claim na vijf jaar wordt prijsgegeven. Beide punten vormen volgens het HvJ EU een inbreuk op de samenhang van het belastingstelsel gemaakt door Frankrijk zelf, waardoor de rechtvaardigingsgrond niet geaccepteerd kan worden.

Duidelijk is aldus dat het Franse stelsel zoals dat in het arrest aan de orde was in strijd met de vrijheid van vestiging moet worden geacht. De vraag of en in hoeverre de rechtvaardigingsgronden met betrekking tot de samenhang van het belastingstelsel en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten *an sich* wel als rechtvaardigingsgrond kunnen worden aangedragen bleef echter onbeantwoord.

### ***Het arrest N***

De Nederlandse zaak *N*<sup>334</sup> borduurt min of meer voort op *De Lasteyrie du Saillant*. Het gaat om een Nederlandse aanmerkelijk belanghouder in twee vennootschappen die emigreert naar het Verenigd Koninkrijk. Een conserverende aanslag met betrekking tot de fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang was het gevolg. Er werd onder voorwaarden, waaronder een zekerheidstelling, uitstel van betaling verleend. Ondanks dat uit *De Lasteyrie du Saillant* duidelijk was gebleken dat de zekerheidstelling niet door het HvJ EU wordt geaccepteerd was in casu nog sprake van dit vereiste.

In navolging van *De Lasteyrie du Saillant* beslist het HvJ EU dat van de belastingheffing, ook al is sprake van een conserverende aanslag, een afschrikwekkende werking uitgaat die een beperking van de vrijheid van vestiging vormt en ook in dit geval niet verklaard kan worden vanuit een objectief verschil in situatie.

---

<sup>334</sup> HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04, *N*.

Ditmaal wordt de emigratieheffing door het HvJ EU echter min of meer geaccepteerd met als rechtvaardiging de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, gebaseerd op het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component. Het HvJ EU staat – met andere woorden – lidstaten toe belasting te heffen over de waardeangroei van een aanmerkelijk belangpakket die heeft plaatsgevonden gedurende de periode dat de aanmerkelijk belanghouder inwoner was van Nederland. De emigratieheffing is bovendien een geschikt middel om dit doel te bereiken. Dit verbaast niet, aangezien dit exact is wat de emigratieheffing doet. Het HvJ EU merkt bovendien op dat uitstellen van de heffing tot het moment van daadwerkelijke realisatie niet minder zware administratieve verplichtingen meebrengt.

De emigratieheffing wordt echter niet onverkort geaccepteerd door het HvJ EU. Ten aanzien van de zekerheidsstelling die vereist was om het uitstel van betaling te verkrijgen merkt het HvJ EU echter op dat minder vergaande maatregelen voorhanden zijn. In het bijzonder wijst het HvJ EU hierbij op de richtlijnen met betrekking tot de uitwisseling van inlichtingen en de invordering van belastingen.<sup>335</sup> Daarnaast kan volgens het HvJ EU slechts als proportioneel worden aangemerkt een systeem waarbij volledig rekening wordt gehouden met waardedalingen die plaatsvinden na verlegging van de woonplaats.

Waar naar aanleiding van *De Lasteyrie du Saillant* onder de lidstaten nog de vrees zou kunnen bestaan dat emigratieheffingen met betrekking tot aandelenpakketten in het geheel niet door de Europeesrechtelijke beugel kunnen, is met *N* duidelijk geworden dat in ieder geval de op het fiscale territorialiteitsbeginsel gebaseerde evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een rechtvaardiging kan vormen voor dergelijke vormen van belastingheffing. Belangrijk is hierbij wel dat de exacte vormgeving van de heffing van doorslaggevende rol is in het beoordelen van de geschiktheid en proportionaliteit van de regels.

### ***Commissie v. Spanje (“1”)***

Spanje kende een regeling waarbij particulieren die reeds uitstel van betaling hebben verkregen in verband met een heffing die een binnenlandse periode betreft het verleende uitstel als gevolg van een grensoverschrijdende verplaatsing van rechtswege teniet zien gaan. Ook het voorgaande heeft geleid tot een arrest.<sup>336</sup>

Hierin baseert het HvJ EU zich veelvuldig op *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Allereerst wordt geconstateerd dat deze regeling een grensoverschrijdende verplaatsing nadeliger behandelt dan een binnenlandse verplaatsing en wel doordat er een liquiditeitsnadeel door deze categorie van belastingplichtigen geleden wordt, hetgeen een beperking van de vrijheid van de vrijheid van vestiging oplevert dat niet verklaard kan worden vanuit een objectief verschil in situatie.<sup>337</sup> De rechtvaardigingsgrond die wordt aangevoerd, namelijk dat het innen van de reeds vastgestelde belasting in grensoverschrijdende situaties moeilijk of onmogelijk is, wordt door het HvJ EU afgewezen met een verwijzing naar de regelingen met betrekking tot de wederzijdse bijstand – het HvJ EU acht deze, met in het bijzonder de Richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere

---

<sup>335</sup> Thans betreft het de richtlijnen 2011/16/EU en 2010/24/EU.

<sup>336</sup> HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, *Commissie v. Spanje*.

<sup>337</sup> HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, *Commissie v. Spanje*, punten 57 t/m 60.

maatregelen<sup>338</sup> toereikend – waarbij benadrukt wordt dat lidstaten zich niet kunnen beroepen op problemen die zich met de toepassing van deze regelingen voordoen.<sup>339</sup>

Ten aanzien van de bepalingen over het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging zoals opgenomen in art. 28 resp. 31 van de EER-overeenkomst oordeelt het HvJ EU dat de regelingen met betrekking tot de wederzijdse bijstand hiervoor niet gelden, noch dat er andere regelingen van soortgelijke strekking zijn overeengekomen tussen deze landen, waardoor in voorkomende gevallen het vervallen van het uitstel van betaling niet in strijd is met beide verdragsvrijheden omdat de effectieve fiscale controle en het voorkomen van belastingontwijking op proportionele wijze worden ingevuld.<sup>340</sup>

## **4.6 Hof van Justitie buigt zich over emigratieheffingen in de winstsfeer**

De eerste echte beoordeling van een emigratieheffing in de winstsfeer door het HvJ EU vindt plaats in het arrest *National Grid Indus*. Nadien volgde nog enkele arresten in infractieprocedures, die op *National Grid Indus* voortborduurden. Hoewel de Commissie zich al enige tijd bezighield met de emigratieheffingen in de winstsfeer, bleek het middel van de prejudiciële vraagstelling de snellere route. Vrij recent<sup>341</sup> is het arrest *DMC*. Tussendoor heeft het EVA-hof<sup>342</sup> nog een uitspraak gedaan. Al met al begint langzamerhand duidelijk te worden welke speelruimte de lidstaten hebben.

### **4.6.1 Het arrest National Grid Indus: het doorbraakarrest**

De zaak *National Grid Indus* betrof<sup>343</sup> een Nederlandse vennootschap die haar feitelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk verplaatste. Het enige actief van de vennootschap was een vordering in ponden sterling waarin vanwege een gunstige wisselkoers en het in Nederlandse guldens rapporteren een ongerealiseerde valutawinst aanwezig was. Daar Nederland het incorporatiestelsel hanteert kon de vennootschap na het verplaatsen van haar feitelijke leiding haar rechtspersoonlijkheid behouden zonder vennootschapsrechtelijke gevolgen. Na de emigratie zou de vennootschap – mede vanwege het bepaalde in het belastingverdrag Nederland/Verenigd Koninkrijk – ophouden in Nederland belastbare winst uit onderneming te genieten, zodat toepassing van de emigratieheffing van art. 16 Wet IB 1964 aan de orde kwam.<sup>344</sup>

#### *Toegang tot de vrijheid van vestiging*<sup>345</sup>

Het HvJ EU begint zijn beoordeling met de vaststelling dat het incorporatiestelsel zoals dat door Nederland wordt gehanteerd bij de verplaatsing van de vennootschap niet met zich brengt dat de civielrechtelijke status ervan verloren gaat. Het al dan niet opleggen van de emigratieheffing doet hieraan niet af. Met andere woorden de civielrechtelijke status en het voortbestaan van de

---

<sup>338</sup> Richtlijn 2008/55/EG. Thans gaat het om Richtlijn 2010/24/EU, die voornoemde heeft vervangen.

<sup>339</sup> HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, *Commissie v. Spanje*, punten 64 t/m 72.

<sup>340</sup> HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, *Commissie v. Spanje*, punten 94 t/m 100.

<sup>341</sup> Uit dit kalenderjaar.

<sup>342</sup> Kort gezegd is voor het EVA-hof eenzelfde rol binnen de Europese Vrijhandelsassociatie weggelegd als voor het HvJ EU binnen de EU. Hierover meer bij de bespreking van het bedoelde arrest.

<sup>343</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 3 t/m 20.

<sup>344</sup> In het jaar van geschil – 2000 – gold het ‘oude’ art. 16 Wet IB 1964 nog.

<sup>345</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 22 t/m 33.

vennootschap is niet afhankelijk van de betaling van een emigratieheffing.<sup>346</sup> Er is aldus sprake van een vennootschap die zich kan beroepen op de vrijheid van vestiging.<sup>347</sup>

#### *Beperking van de vrijheid van vestiging*<sup>348</sup>

Het HvJ EU erkent vervolgens in de eerste plaats dat zijn oordeel uit de zaak *N* niet eenvoudigweg getransponeerd kan worden naar de emigratie van vennootschappen omdat het samenstel van activa en passiva van een vennootschap zo complex kan zijn dat een gedegen grensoverschrijdende tracerings van alle activa tot hun realisatie bijna onmogelijk is, en dat die tracerings een behoorlijke of zelfs overmatige verplichting voor de vennootschap in kwestie met zich brengt.

In navolging van *De Lasteyrie du Saillant* en *N* vergelijkt het HvJ EU voor de beoordeling of sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging de gevallen van een grensoverschrijdende en een binnenlandse verplaatsing en constateert hierbij dat in het geval van de grensoverschrijdende verplaatsing er op een eerder moment tot heffing wordt overgegaan. Het verschil in behandeling kan volgens het HvJ EU niet worden verklaard vanuit een objectief verschil tussen beide gevallen. Er is met andere woorden sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging, zodat een rechtvaardigingsgrond gevonden zal moeten worden wil de regeling in stand kunnen blijven.

#### *Rechtvaardigingsgronden*<sup>349</sup>

Het HvJ EU onderzoekt hiervoor drie rechtvaardigingsgronden. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, gebaseerd op het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component; de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen en het gevaar van belastingontwijking komen aan de orde. Laatstgenoemde, het argument met betrekking tot belastingontwijking wordt resoluut verworpen. Een algemeen vermoeden van belastingfraude kan immers niet gestoeld worden op slechts het feit dat een vennootschap een lidstaat verlaat. Het HvJ EU geeft ook aan dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de noodzaak van het waarborgen van de samenhang van het belastingstelsel elkaar overlappen. Vervolgens wordt de rechtvaardigingsgrond zoals die bekend is uit het arrest *N*, te weten de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, gebaseerd op het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, geaccepteerd.<sup>350</sup> Net als in *N* staat het HvJ EU dus een belastingheffing toe over waardeangroei die heeft plaatsgevonden gedurende het tijdvak dat de vennootschap in Nederland gevestigd was, ook al is er nog geen sprake van realisatie hiervan. Ook is een emigratieheffing geschikt om de in een lidstaat ontstane meerwaarden te belasten. De vertrekstaat mag dus een emigratieheffing hanteren waarbij zelfs nog niet gerealiseerde meerwaarden worden belast, omdat een dergelijke maatregel de rechten van die lidstaat om belasting te heffen over activiteiten uitgeoefend op zijn grondgebied veiligstelt.

---

<sup>346</sup> Duidelijk lijkt dat het HvJ EU bij deze beoordeling het later te bespreken *Daily Mail* in het achterhoofd heeft gehad, waar kort gezegd het in de heffing betrekken van nog ongerealiseerde waardeangroei juist als eis werd gesteld voor het behouden van de civielrechtelijke status als vennootschap.

<sup>347</sup> Zoals aangekondigd wordt hier duidelijk dat het om toepassing van de vrijheid van vestiging gaat. Het HvJ EU besteedt overigens weinig aandacht aan de verhouding met het vrije kapitaalverkeer.

<sup>348</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 35 t/m 41.

<sup>349</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 42 t/m 51.

<sup>350</sup> Tegen het einde van het arrest wordt duidelijk dat ook indien de samenhang van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond zou worden geaccepteerd, dit niets verandert aan de analyse van de proportionaliteit van de regeling.



Veruit het belangwekkendste aspect in het arrest blijkt de beoordeling van de proportionaliteit van de emigratieheffing. Het HvJ EU stelt hiertoe vast dat een verschil bestaat tussen het vaststellen van de belastingschuld en het daadwerkelijk innen van de belastingschuld.

*De proportionaliteit van de regeling (1): definitieve vaststelling van de belastingschuld<sup>351</sup>*

Het vaststellen van de belastingschuld op het moment van vertrek van de vennootschap is volgens het HvJ EU vereist om de heffing waartoe Nederland gerechtigd is te verzekeren en hiertoe is geen minder vergaande optie beschikbaar. Het is ook evenredig dat dit gebeurt op het moment van vertrek.

Dat er na het vertrek van de vennootschap geen rekening meer wordt gehouden met waardeverminderingen merkt het HvJ EU – en dit in tegenstelling tot zoals beslist in het *N* – niet als onevenredig aan. Hierbij wordt aangegeven dat gezien de symmetrie die bestaat tussen het heffen van belasting over winsten en het in aftrek brengen van verliezen het aan de ontvangstaat is om rekening te houden met waardeveranderingen. De activa van de vennootschap zijn immers bedoeld voor het uitoefenen van economische bedrijvigheid om zodoende winst te genereren, welke winst na de verplaatsing van de feitelijke leiding van de vennootschap ter heffing toekomt aan de ontvangstaat. Bovendien heeft de vertrekstaat na de verplaatsing van de vennootschap juist zijn fiscale aanknopingspunt met de vennootschap verloren. Ook ingeval de ontvangstaat geen rekening houdt met waardeverminderingen die optreden na het vertrek van de vennootschap is de vertrekstaat er volgens het HvJ EU niet toe gedwongen om alsnog rekening te houden met waardedalingen na het moment van vertrek.

Het in aanmerking nemen van koersresultaten – zowel positief als negatief – zou de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aantasten, alsmede kunnen leiden tot gevallen van dubbele belasting of dubbele verliesverrekening. De specifieke omstandigheid in het feitencomplex dat na de verplaatsing geen sprake meer is van een valutarisico op de vordering in ponden sterling (er wordt vanaf dat moment immers in ponden sterling gerapporteerd aan de Engelse fiscus), doet hier volgens het HvJ EU niet aan af.

Het HvJ EU herinnert er voorts nog aan dat de vrijheid van vestiging niet garandeert dat een grensoverschrijdende verplaatsing binnen de Unie zonder fiscale gevolgen – gunstig of ongunstig – blijft. De lidstaten zijn immers niet gedwongen hun belastingstelsels op elkaar af te stemmen.

Aldus is het definitief vaststellen – met waardeontwikkelingen na vertrek behoeft de vertrekstaat geen rekening te worden gehouden, deze zijn voor rekening van de ontvangstaat – van de belastingschuld door middel van een emigratieheffing toegestaan.

*De proportionaliteit van de regeling (2): directe invordering van de belastingschuld<sup>352</sup>*

Ten aanzien van het moment van invordering van de belastingschuld weegt het HvJ EU diverse argumenten. Als eerste zou uitstel van betaling van de vastgestelde belastingschuld bijdragen aan het voorkomen van liquiditeitsproblemen die directe invordering met zich zou kunnen brengen. Het verplaatsen van een vennootschap zou aan de andere kant kunnen leiden tot een verplaatsing van een groot aantal activa, waardoor de vermogenssituatie van die vennootschap mogelijk zodanig

---

<sup>351</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 52 t/m 64.

<sup>352</sup> HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, punten 65 t/m 85.

complex is dat het effectief toezicht houden op de activa in grensoverschrijdende bijna onuitvoerbaar is, resulterend in aanzienlijke of bovenmatige lasten. De administratieve last die in een dergelijk geval met het uitstel gepaard zou gaan, is volgens het HvJ EU daarom mogelijk zodanig verstrekkend dat het onmiddellijk moeten betalen van de belastingschuld minder ingrijpend is voor de belastingplichtige. Er kan echter ook sprake zijn van een overzichtelijke situatie, waarin laatstgenoemde niet aan de orde is.

Een maatregel die aan de belastingplichtige een keuze biedt tussen beide gevallen – uitstel van betaling inclusief renteberekening, gepaard gaand met een bepaalde administratieve last, of directe invordering, waardoor een liquiditeitsnadeel wordt genoten – grijpt volgens het HvJ EU minder in op de vrijheid van vestiging dan directe invordering zonder keuze. Lidstaten moeten aldus een keuzemogelijkheid bieden. Ter verkleining van het gevaar van niet-invordering ingeval de belastingplichtige kiest voor uitstel van betaling suggereert het HvJ EU de maatregel van een bankgarantie.

Ten aanzien van de administratieve lasten voor de belastingautoriteiten van de lidstaten wijst het HvJ EU erop dat de controle van de vermogensbestanddelen van de belastingplichtige slechts ziet op de invordering van de belastingschuld, dus niet op het vaststellen ervan. Een vennootschap die kiest voor uitstel van betaling heeft volgens het HvJ EU vastgesteld dat de administratieve lasten die gepaard gaan met het uitstel voor haar niet buitensporig zijn, zodat verondersteld kan worden dat dit voor de belastingautoriteiten evenmin het geval zal zijn. De regelingen in het kader van de wederzijdse bijstand – in het bijzonder de Richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen<sup>353</sup> - waarop de lidstaten zich kunnen beroepen zijn volgens het HvJ EU toereikend voor het daadwerkelijk kunnen innen van de belastinggelden.

#### *Dictum*

Slotom is dat het eisen van directe betaling van de terecht definitief vastgestelde belastingschuld – er behoeft geen rekening gehouden te worden met waardeverminderingen die zich voordoen na het moment waarop de feitelijke leiding is verplaatst – als proportioneel kan worden aangemerkt indien de betrokken vennootschap daarnaast mogelijkheid van uitgestelde betaling – met daarbij behorende renteberekening en onder voorwaarden van een zekerheidstelling en het administratief bijhouden van de activa tot het moment van realisatie – wordt aangeboden. Vennootschappen welke bij het verplaatsen van hun feitelijke leiding naar een andere lidstaat niet in hun hoedanigheid van vennootschap worden aangetast kunnen zich op de vrijheid van vestiging beroepen om het voorgaande af te dwingen.

#### **4.6.2 Diverse inbreukprocedures: (n)iets nieuws onder de zon?**

*Met de arresten De Lasteyrie du Saillant en N in de hand en de daarop gebaseerde ‘Mededeling exithellingen’ in de hand trok de Commissie ten strijde tegen door haar niet in overeenstemming met de vrijheid van vestiging geachte nationaalrechtelijke bepalingen. De gang van zaken bij een infractieprocedure*

Deze zogenaamde infractieprocedure kent ingevolge art. 258 VwEU een aantal stappen. De betrokken lidstaat wordt eerst in gebreke gesteld door de Commissie en krijgt de gelegenheid opmerkingen te maken (fase 1). Daarna brengt de Commissie een met redenen omkleed advies uit

---

<sup>353</sup> Richtlijn 2008/55/EG. Thans gaat het om Richtlijn 2010/24/EU, die voornoemde heeft vervangen.

(fase 2). Indien aan dit advies naar het oordeel van de Commissie door de aangeschreven lidstaat niet op adequate wijze gevolg wordt gegeven, binnen de daarvoor gestelde termijn, kan de Commissie de zaak aanhangig maken bij het HvJ EU (fase 3). Een infractieprocedure kan verder op elk moment worden ingetrokken, bijvoorbeeld als hiertoe aanleiding is in de vorm van nieuwe jurisprudentie of de betrokken lidstaat zijn wetgeving volgens de Commissie in overeenstemming met het EU-recht heeft aangepast. Hierna komen de inbreukprocedures die tot een arrest van het HvJ EU hebben geleid kort aan bod.<sup>354</sup>

### ***Commissie v. Portugal***

De inbreukprocedure tegen Portugal<sup>355</sup> betreft het samenstel van bepalingen waarbij vennootschappen opgericht naar Portugees recht die hun feitelijke leiding of statutaire zetel naar het buitenland verplaatsen en buitenlandse vennootschappen die de activiteiten die zij door middel van een vaste inrichting in Portugal stopzetten dan wel naar buiten de landsgrenzen verplaatsen geconfronteerd worden met een directe belastingheffing over latente meerwaarden.<sup>356</sup>

Het HvJ EU volgt in zijn beoordeling van de litigieuze bepalingen de contouren zoals deze zijn uitgezet in *National Grid Indus*, ook ten aanzien van een aantal belangwekkende punten die A-G Mengozzi<sup>357</sup> in zijn conclusie naar voren had gebracht. Gevolg is een arrest waarvan menigeen waarschijnlijk meer had gehoopt, zo niet verwacht. Immers, wat betreft vragen naar de toegang tot de vrijheid van vestiging ingeval van een werkelijke zetelstelsel waarbij het al dan niet verloren gaan van de hoedanigheid van vennootschap afhankelijk was van het ontvangstland<sup>358</sup>, de exacte invulling van de renteberekening<sup>359</sup> en de reikwijdte van de bankgarantie<sup>360</sup> gaf de conclusie van de A-G alle aanleiding meer duidelijkheid te scheppen. Voor de vraag naar de toegang tot de vrijheid van vestiging wordt verwezen naar de overwegingen van de A-G<sup>361</sup>, zonder verdere onderbouwing overigens. De renteberekening wordt met exact dezelfde bewoordingen als in *National Grid Indus afgedaan*<sup>362</sup> en de bankgarantie krijgt in het geheel geen aandacht.

### ***Commissie v. Nederland***

De in hoofdstuk 2 besproken emigratieheffingen van art. 3.60 Wet IB 2001 en 15c Wet Vpb 1969 en de eindafrekeningen uit van art. 3.61 Wet IB 2001 en art. 15d Wet Vpb 1969 staan centraal in dit arrest<sup>363</sup>. Inhoudelijk hoeft het HvJ EU zich echter niet over deze bepalingen te buigen. Een en ander komt erop neer dat Nederland aangeeft dat er geen verschil bestaat tussen de litigieuze bepalingen en de bepaling die in *National Grid Indus* aan de orde was (art. 16 Wet IB 1964)<sup>364</sup>. De aanpassingen naar aanleiding van *National Grid Indus* golden op de datum van het verstrijken van de

---

<sup>354</sup> Een overzicht van de door de Commissie gestarte inbreukprocedures met de daarbij bijbehorende huidige status neem op als bijlage.

<sup>355</sup> HvJ EU 6 september 2012, zaak C-38/10, *Commissie v. Portugal*.

<sup>356</sup> HvJ EU 6 september 2012, zaak C-38/10, *Commissie v. Portugal*, punten 2 t/m 6 en 22.

<sup>357</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, zaak C-38/10.

<sup>358</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, zaak C-38/10, punten 26 en 49 t/m 54.

<sup>359</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, zaak C-38/10, punten 72 t/m 77.

<sup>360</sup> Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, zaak C-38/10, punten 78 t/m 82.

<sup>361</sup> HvJ EU 6 september 2012, zaak C-38/10, *Commissie v. Portugal*, punt 23.

<sup>362</sup> HvJ EU 6 september 2012, zaak C-38/10, *Commissie v. Portugal*, punt 32.

<sup>363</sup> HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*.

<sup>364</sup> HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*, punt 17.

ingebrekestelling niet<sup>365</sup>. Hiermee wordt erkend dat de gewraakte regelingen niet als in overeenstemming met het EU-recht kunnen worden geacht<sup>366</sup> en de gestelde niet-nakoming aldus niet wordt bestreden<sup>367</sup>.

Vaste rechtspraak van het HvJ EU – dat de wetgeving zoals die luidde op het moment van verstrijken van de door de Commissie gestelde termijn wordt getoetst – verhindert een toetsing van wijzigingen die na verloop van de bedoelde termijn zijn doorgevoerd.<sup>368</sup>

### ***Commissie v. Spanje (“2”)***

De Spaanse regelgeving omtrent de directe heffing op het moment dat een in Spanje gevestigde vennootschap haar feitelijke leiding naar een andere lidstaat verplaatst of er vanuit een in Spanje aanwezige vaste inrichting activa naar een andere lidstaat worden overgeheveld zijn ook ter beoordeling voorgelegd aan het HvJ EU<sup>369</sup>. Het arrest behoeft weinig bespreking, aangezien dit als geheel overeenkomstig *National Grid Indus* en *Commissie v. Portugal* kan worden bestempeld.

### ***Commissie v. Denemarken***

Het arrest *Commissie v. Denemarken*<sup>370</sup> kent ten aanzien van het direct invorderen van een belastingschuld ten aanzien van nog niet gerealiseerde meerwaarden, het berekenen van rente en de zekerheidstelling eenzelfde uitkomst als de voorgaande arresten. Er is echter een – weliswaar korte – nieuwheid te ontdekken.

Volgens Denemarken is het in verhouding met het nagestreefde doel – het verzekeren van de evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component – met betrekking tot vermogensbestanddelen die niet bedoeld zijn om op enig moment te worden gerealiseerd om reeds op het moment waarop de vermogensbestanddelen naar een andere lidstaat worden verplaatst betaling van de belasting die hierop ziet te vereisen. Immers, bij gebrek aan geharmoniseerde regelgeving voor de belastingheffing in verband met de overheveling van vermogensbestanddelen tussen de lidstaten is er geen andere, minder vergaande, maatregel voorhanden om het nagestreefde doel op bevredigende wijze te bereiken.<sup>371</sup>

Het HvJ EU gaat deels mee in deze redenering, omdat het feit dat van sommige vermogensbestanddelen wellicht geen afstand wordt gedaan niet inhoudt dat de betrokken lidstaat

---

<sup>365</sup> Nederland werd op 20 juli 2001 voor het HvJ EU gedaagd (EG-C 24 november 2010, nr. IP/10/1565), terwijl de aanpassingen terugwerkten tot 29 november 2011, de datum waarop *National Grid Indus* werd gewezen.

<sup>366</sup> HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*, punt 18.

<sup>367</sup> HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*, punt 19.

<sup>368</sup> HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*, punt 20.

<sup>369</sup> HvJ EU 25 april 2013, zaak C-64/11, *Commissie v. Spanje*.

<sup>370</sup> HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-261/11, *Commissie v. Denemarken*.

Degene die in databases van uitspraken van het HvJ EU naar dit arrest gaat zoeken zal ontdekken dat dit arrest slechts in twee talen – Deens en de voertaal van het HvJ EU, te weten Frans – beschikbaar is. Analyse van dit arrest heb ik gedaan aan de hand van enkele nieuwsbrieven van advieskantoren en een – enigszins gemankeerde, maar zeker niet onleesbare – vertaling van beide taalversies met behulp van Google Translate (<http://translate.google.com/>).

De meest uitgebreide nieuwsbrief die ik heb gebruikt is van de hand van Michael Tell, PhD, Assistant Professor, Law Department, Copenhagen Business School en Senior Associate, CORIT Advisory P/S, in PDF-formaat te downloaden via de weblink: <http://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2011/12/Exit-Taxation-After-Commission-v-Denmark-C-261-11-Michael-Tell-Global-Tax-Weekly-Issue-56-December-2013..pdf>. Een volledig overzicht van de nieuwsbrieven is terug te vinden in de bronnenlijst.

<sup>371</sup> HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-261/11, *Commissie v. Denemarken*, punten 33 en 34.

het recht op de reeds vastgestelde heffing die op deze vermogensbestanddelen ziet kan worden ontzegd.<sup>372</sup> De lidstaten mogen daarom in dergelijke gevallen bij een andere *trigger* aansluiten om tot de daadwerkelijke invordering over te gaan – directe heffing zoals Denemarken had gewenst accepteert het HvJ EU dus niet – als die niet leidt tot een grotere beperking van de vrijheid van vestiging als directe invordering op het moment van overbrengen van deze vermogensbestanddelen.<sup>373</sup> Met enige concrete invulling hiervan komt het HvJ EU echter niet.

#### 4.6.3 Nadere jurisprudentie: nuancerings over zekerheidstelling en renteberekening

##### ***Het arrest Arcade Drilling AS: de visie van het EVA-hof***

Een aantal landen gelegen in (het werelddeel) Europa is niet aangesloten bij de EU. Hiertoe behoren onder andere IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland. Deze vier landen vormen tezamen de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: EVA). Met uitzondering van Zwitserland<sup>374</sup> heeft de EVA besloten tot samenwerking met de EU via een akkoord: de EER. Het akkoord behelst samenwerking op economisch terrein. Daarnaast is sprake van het bevorderen het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal.

Personen die door de regelgeving in een van deze landen menen beperkt te worden komen in hun juridische strijd daartegen mogelijk uit bij het EVA-hof, dat een soortgelijke rol invult als het HvJ EU (van Justitie) binnen de EU. De verhouding tussen de rechtspraak van het EVA-hof en het HvJ EU verdient kort de aandacht. De uitleg die eerstgenoemde instantie geeft aan bepalingen uit het EER-verdrag die overkomen met de bepalingen uit het VEU of VwEU dient in overeenstemming te zijn met de uitleg die het HvJ EU aan de bedoelde bepalingen heeft gegeven of vermoedelijk zal geven, terwijl dit andersom niet geldt.<sup>375</sup> Van enig streven tot gelijke uitleg van (vrijwel) gelijklopende bepalingen is dus wel degelijk sprake.

De nagestreefde uniforme uitleg is in het arrest *Arcade Drilling AS*<sup>376</sup> van het EVA-hof terug te vinden. Het EVA-hof put hiervoor veelvuldig uit *National Grid Indus*. Behoudens waar er (nuance)verschillen te herkennen zijn, is een uitgebreide bespreking van *Arcade Drilling AS* daarom niet vereist.

Het eerste belangwekkende verschil met *National Grid Indus* is dat voor de geconstateerde beperking van de vrijheid van vestiging een rechtvaardiging wordt gevonden in een combinatie van enerzijds de evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid en anderzijds het voorkomen van belastingontwijking.<sup>377</sup> Het accepteren van laatstgenoemde rechtvaardiging zal te maken hebben met het feit dat niet, zoals volgens de Noorse fiscale autoriteiten door Noors civiel recht vereist wordt, is overgegaan tot een liquidatie van de vennootschap als gevolg van de verplaatsing van haar

---

<sup>372</sup> HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-261/11, *Commissie v. Denemarken*, punt 36.

<sup>373</sup> HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-261/11, *Commissie v. Denemarken*, punt 37.

<sup>374</sup> Zwitserland heeft dit verdrag zoals vermeld immers niet geratificeerd.

<sup>375</sup> Zie bijvoorbeeld de notitie “Criteria voor het maken van opmerkingen in procedures bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen” van de Interdepartementale Commissie Europees Recht met nummer ICER 2002-97

<sup>376</sup> EVA-hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11, *Arcade Drilling AS*.

<sup>377</sup> EVA-hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11, *Arcade Drilling AS*, punten 82 t/m 93.

feitelijke leiding, aangezien bij liquidatie sprake zou zijn van het heffen van een zogenaamde liquidatiebelasting.<sup>378</sup>

Daarnaast is opvallend dat het EVA-hof niet alleen de vaststelling van de belasting en de daadwerkelijke betaling hiervan onderscheidt en een keuzemogelijkheid voor de belastingplichtige voorstaat, maar ingeval van uitstel van betaling tot het tijdstip van realisatie maatregelen ter zekerstelling slechts goedkeurt ingeval van een *echt* en *bewezen* risico van invordering, welk risico afhankelijk is van de omvang en de aard van de belastingsituatie van de belastingplichtige, welk risico met het verloop van de tijd toeneemt.<sup>379</sup> Het vereisen van zekerheid is aldus zeker geen gegeven en er zal per situatie beoordeeld dienen te worden of sprake is van een echt en bewezen risico op niet-invordering. Het EVA-hof maakt hier een nuance die in zoverre nieuw is.

### ***Het arrest DMC: duidelijkheid over gespreide betaling en rente?***

Nederland heeft naar aanleiding van *National Grid Indus* als een van de keuzemogelijkheden een over 10 jaren gespreide betaling geïntroduceerd, zoals in hoofdstuk 2 besproken. In zoverre is deze keuzemogelijkheid dus een aanvulling op het uitstel tot het moment van realisatie zoals het HvJ EU die in dat arrest voorstond. De extra keuzemogelijkheid geeft de belastingplichtige uiteraard meer keuzevrijheid, maar zal ook moeten voldoen aan de proportionaliteitstoets. Als immers de vormgeving van de betaling in termijnen zodanig is dat deze verder gaat dan noodzakelijk om de legitieme rechtvaardiging in de vorm van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component te waarborgen, is alsnog sprake van een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van vestiging. De vormgeving van de gespreide betaling zoals Duitsland die kent komt aan de orde in het arrest *DMC*.<sup>380</sup> Mogelijk is dit arrest daarom van waarde bij een beoordeling van de Nederlandse regeling voor gespreide betaling.

De casuïstiek en regelgeving in deze zaak was kort omschreven als volgt.<sup>381</sup> Twee in een andere lidstaat (in casu Oostenrijk) gevestigde vennoten in een Duitse personenvennootschap brachten de onderneming die hierin werd gedreven in een rechtspersoon in. Gevolg was dat de heffingsbevoegdheid die Duitsland voorheen had (de vennoten werden in het Duitse evenbeeld van de inkomstenbelasting betrokken) voor hun aandeel in de winst van de personenvennootschap verloren ging, aangezien het heffingsrecht over de aandelen in de rechtspersoon was toegewezen aan Oostenrijk. In een dergelijk geval voorziet Duits recht in een regeling waarbij het in de vennootschap ingebrachte kapitaal – voor zover Duitsland na de inbreng geen heffingsrecht meer zou hebben – niet tegen de boekwaarde kon worden overgenomen op de balans van de kapitaalvennootschap, maar tegen de werkelijke waarde. Door opnemen van het ingebrachte kapitaal tegen de waarde in het economische verkeer vindt heffing eerder plaats dan het moment van realisatie van de betrokken vermogensbestanddelen. Als alternatief voor directe invordering wordt de mogelijkheid tot een gespreide betaling in 5 jaren geboden zonder dat daarbij rente wordt berekend.

---

<sup>378</sup> EVA-hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11, *Arcade Drilling AS*, punten 21 t/m 25 en 43 t/m 45.

<sup>379</sup> EVA-hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11, *Arcade Drilling AS*, punten 99 t/m 105.

<sup>380</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*.

<sup>381</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punten 3 t/m 17.

Het HvJ EU constateert een belemmering van het vrije kapitaalverkeer<sup>382</sup>, omdat door een eerdere heffing in het geval van buitenlandse investeerders vergelijken met binnenlandse investeerders (heffing zou in dat geval pas op het moment van realisatie plaatsvinden), die niet voorkomt vanuit een objectief verschil in situatie.<sup>383</sup> De regeling kan echter worden gerechtvaardigd – op het moment dat de nationale rechter vaststelt dat Duitsland zijn heffingsrecht inderdaad verliest<sup>384</sup> – en wel met een beroep op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten verbonden met een temporele component en gaat volgens het HvJ EU niet verder dan noodzakelijk aangezien de belastingplichtige de keuze heeft tussen directe invordering en de gespreide betaling in 5 jaarlijkse termijnen, zonder dat rente wordt berekend.<sup>385</sup> Van belang is voorts nog dat ten aanzien van de zekerheidstelling in de vorm van een bankgarantie er een inschatting van het risico van niet-invordering dient te worden gemaakt.<sup>386</sup> Het HvJ EU neemt hiermee de nuance die het EVA-hof in *Arcade Drilling AS* maakt over.

## 4.7 Beschouwing jurisprudentie

De in de vorige paragraaf weergegeven reeks aan jurisprudentie die rechtstreeks betrekking heeft op emigratieheffingen in de winstsfeer geeft aanleiding tot een korte beschouwing. In de eerste plaats omdat uit deze arresten tezamen enkele conclusies getrokken kunnen worden maar ook vragen zijn blijven openstaan dan wel opgeroepen. Daarnaast geven (kennelijke) verschillen met de emigratieheffingen in de persoonlijke sfeer aanleiding tot het plaatsen van enkele opmerkingen.<sup>387</sup> Een categorie belastingplichtigen die tot dusver nauwelijks aan de orde is geweest, te weten de natuurlijke persoon die een onderneming voor eigen rekening drijft en daarmee in het Nederlandse fiscale stelsel onder de winst uit onderneming in de inkomstenbelasting valt, verdient tot slot enige aandacht. Belangrijkste hierbij is om na te gaan of, en in hoeverre de jurisprudentie op het gebied van de emigratieheffingen van vennootschappen hierop van toepassing is op deze categorie belastingplichtigen.

### 4.7.1 De stand van zaken bij emigratieheffingen van vennootschappen<sup>388</sup>

De belangrijke aanvangsvraag naar in welke gevallen de vrijheid van vestiging wel of niet door een vennootschap ingeroepen kan worden is naar mijn mening niet zonneklaar beantwoord door het HvJ EU. In *National Grid Indus* werd immers herhaald dat een vennootschap die haar feitelijke leiding naar een andere lidstaat verplaatst en daarbij de hoedanigheid van vennootschap niet verliest de vrijheid van vestiging kan inroepen tegen een maatregel. Dat zou – *a contrario* – inhouden dat indien de hoedanigheid van vennootschap wel verloren gaat als gevolg van de verplaatsing van de feitelijke leiding een beroep op de vrijheid van vestiging niet mogelijk is, juist omdat er dan geen

---

<sup>382</sup> Kort gezegd wordt aan het vrije kapitaalverkeer getoetst omdat het een regeling betreft die ziet op alle belangen en niet slechts meerderheidsbelangen, waardoor de regeling meer ingrijpt op de vrijheid van kapitaal dan op de vrijheid vast vestiging. Zie HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punten 28 t/m 38.

<sup>383</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punten 39 t/m 43.

<sup>384</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punt 57. Het geheel verloren gaan van de Duitse heffingsbevoegdheid is voor het HvJ EU nog niet helemaal duidelijk en moet daarom door nog de Duitse rechter worden vastgesteld.

<sup>385</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punten 48 t/m 50 en 61 t/m 64.

<sup>386</sup> HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*, punten 65 t/m 68.

<sup>387</sup> Een schematisch overzicht van een en ander neem ik op als bijlage.

<sup>388</sup> Bij deze bespreking ga ik er in beginsel vanuit dat getrokken conclusies in eerste instantie voortkomen uit *National Grid Indus*. Ingeval het echter noviteiten of punten uit andere arresten betreft wijs ik daar ter plekke op.

vennootschap meer is die zich op dat recht kan beroepen. Uit de korte constatering in *Commissie v. Portugal* dat sprake is van toegang tot de vrijheid van vestiging durf ik niet met zekerheid af te leiden dat bovenstaande conclusie anders zou luiden. Immers, het HvJ EU heeft het slechts over de verplaatsing van activiteiten naar een andere lidstaat waarop de vrijheid van vestiging van toepassing is, terwijl dit slechts één van de situaties is die in het gewraakte Portugese systeem tot een directe heffing leidt. Daarmee stuurt het HvJ EU naar mijn mening om de problematiek met betrekking tot de verplaatsing van de feitelijke leiding en het al dan niet verloren gaan van de hoedanigheid van vennootschap als gevolg hiervan heen. Uit een dergelijke afzijdige houding wil ik niet te veel afleiden. Daarnaast zou de conclusie dat het al dan niet verloren gaan van de hoedanigheid van vennootschap niet meer relevant is mijns inziens betekenen dat het HvJ EU is 'om gegaan'. Hierbij valt echter te wijzen op een tweetal ongeschreven regels welke deze redenering allerm minst ondersteunen.<sup>389</sup> Allereerst pleegt het HvJ EU het 'om gaan' in de samenstelling als Grote Kamer te doen, doch is *Commissie v. Portugal* niet geweest in deze samenstelling. Daarnaast wordt in zo'n geval de als achterhaald te bestempelen jurisprudentie onbesproken gelaten<sup>390</sup> terwijl het HvJ EU in *Commissie v. Portugal* veelvuldig verwijst naar *National Grid Indus* waarin het belang van de hoedanigheid van vennootschap nogmaals is benadrukt.<sup>391</sup>

Vrij resoluut is het HvJ EU is de vaststelling dat de eerdere belastingheffing die voortvloeit uit een verplaatsing van de feitelijke leiding naar een andere lidstaat, in vergelijking met de situatie waarbij van een grensoverschrijding geen sprake is, te bestempelen is als een beperking van de vrijheid van vestiging. Dit bevreemdt niet, want zoals reeds geconstateerd schrikt het tot belastingheffing overgaan bij het oversteken van de grens nu eenmaal af.

Doordat de beperking niet voortkomt uit een objectief verschil in situatie moet hiervoor een rechtvaardiging aanwezig zijn, als althans de regeling overeind wilt blijven. Deze wordt gevonden in de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component, welke rechtvaardigingsgrond overigens een bepaalde mate van overlap heeft met de samenhang van het belastingstelsel. Duidelijk is aldus dat het door de Nederlandse regelingen nagestreefde doel – het belasten van de totale winst – geaccepteerd wordt door het HvJ EU. Een uiterst belangrijke constatering.

Een emigratieheffing wordt door het HvJ EU als geschikt instrument gezien om dit doel na te streven, waardoor het zwaartepunt van de toetsing van dit soort heffingen in feite steeds komt te liggen op de exacte vormgeving ervan, de proportionaliteit dus.

Het definitief vaststellen van de belastingschuld is volgens het HvJ EU vereist om het nagestreefde doel te kunnen bereiken, zodat de vertrekstaat geen rekening hoeft te houden met waardedalingen die zich na het verplaatsen van de feitelijke leiding voordoen, zelfs in het geval dat de lidstaat van aankomst hier geen rekening mee houdt. Deze waardedalingen vallen als het ware aan de andere kant van de grens, waarmee de vraag naar voren komt of de ontvangststaat een zogenaamde step-up dient te verlenen. Daar het HvJ EU in herinnering brengt dat de vrijheid van vestiging niet

---

<sup>389</sup> Deze ontleen ik aan de noot van Douma bij het arrest *National Grid Indus*, opgenomen in BNB 2012/40.

<sup>390</sup> Er wordt dus niet expliciet melding van gemaakt, zoals men in Nederland van de Hoge Raad gewend is.

<sup>391</sup> Wat mij echter bevreemd is dat juist op het *moment suprême*, te weten punt 23 van *Commissie v. Portugal*, niet wordt verwezen naar een specifieke overweging in *National Grid Indus*, maar naar dat arrest in zijn algemeenheid. Een gang van zaken waaruit ik – wederom – niet te veel wil afleiden.



garandeert dat grensoverschrijdende verplaatsing volstrekt neutraal uitwerkt en lidstaten niet verplicht zijn hun belastingstelsels op elkaar aan te passen lijkt het antwoord op deze vraag in elk geval niet een ongeclausuleerd 'ja' te zijn. De vrijheid van vestiging gebiedt echter ook een gelijke behandeling met zich in de lidstaat van aankomst. Indien het daar gebruikelijk is vermogensbestanddelen die vanuit een onbelaste toestand de belaste sfeer binnenkomen te waarderen naar de werkelijke waarde dient dit ook te gebeuren met de vermogensbestanddelen van de zojuist belastingplichtig geworden vennootschap.<sup>392</sup> Als die lidstaat daarnaast zelf een emigratieheffing hanteert om de heffingsbevoegdheid die zij zelf ingevolge het fiscale territorialiteitsbeginsel heeft, verbonden met een temporele component, veilig te stellen vereist een juiste invulling van dat beginsel het vaststellen van de aanvangswaarden van de betrokken vermogensbestanddelen, een step-up dus. Te laag vastgestelde aanvangswaarden zouden immers zorgen voor een te hoge emigratieheffing in het licht van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten en vice versa.

Directe invordering van de belastingschuld wordt echter door het HvJ EU niet geaccepteerd indien niet ook is voorzien in een keuze voor uitgestelde betaling tot het moment van realisatie van de vermogensbestanddelen. Het uitstel kan gepaard gaan met een renteberekening, doch is onduidelijk vanaf welk moment de rente gaat lopen. Is dat het moment waarop de heffing wordt vastgesteld, of het moment waarop de betaling van een deel van de vastgestelde belastingschuld aan de orde komt door een realisatiemoment? Dit is een bijzonder hekel punt, aangezien in het eerste geval voor de betrokken lidstaat als het ware een gelijkstelling plaatsvindt tussen directe invordering en uitgestelde betaling – de rente compenseert de schatkist voor het liquiditeitsnadeel – terwijl in het tweede geval het juist de belastingplichtige is die een gelijkstelling ervaart en wel met het geval waarin de grensoverschrijdende situatie niet aan de orde zou zijn geweest – dan zou immers ook pas bij realisatie sprake zijn van te betalen belastinggelden en daarover te betalen rente. Beide belangen kunnen nimmer volledig worden bevredigd, hetgeen uiteraard eigen is aan volledig tegengestelde belangen. Gezien echter het feit dat het HvJ EU steevast de grensoverschrijdende situatie vergelijkt met de daaraan gelijkwaardige binnenlandse situatie – in dit geval pas heffing op het moment van realisatie en derhalve ook pas rentebetaling van het moment van realisatie – verwacht ik een duidelijk oordeel van het HvJ EU zodra deze vraag beantwoordt wordt: nog geen rente vanaf het moment van vaststellen van de belastingschuld.

Ten aanzien van vermogensbestanddelen welke niet bedoeld zijn om op enig moment te worden gerealiseerd staat het HvJ EU blijkens *Commissie v. Denemarken* toe als alternatief voor directe invordering aan te sluiten bij andere *triggers* dan het moment van realisatie, indien dit althans niet gepaard gaat met een grotere beperking dan de directe invordering, Onduidelijk is hoe een en ander vormgegeven kan en mag worden.

Het verlenen van renteloos uitstel van belasting in de vorm van een vijftal jaarlijkse termijnen als alternatief voor directe invordering is door het HvJ EU geaccepteerd in *DMC*. Op twee gebieden zie ik nog openstaande vragen. Om te beginnen was in *DMC* was geen sprake van 'echte' emigratieheffing, zoals we die in Nederland kennen, maar van het niet kunnen overnemen van de fiscale boekwaarden van het in een vennootschap ingebrachte kapitaal. De vraag is daarom of het

---

<sup>392</sup> Wat Nederland betreft voorziet het totaalwinstbegrip in een dergelijke vaststelling van de werkelijke waarde op het moment van binnenkomen van de belaste sfeer. Een gang van zaken die overigens niet ongebruikelijk is.

oordeel uit DMC kan worden doorgetrokken naar de emigratieheffingen in de winstsfeer. Ik meen van wel, omdat hetgeen dat tot een beperking van de vrijheid van vestiging leidt, te weten de heffing op een moment dat van realisatie nog geen sprake is, conceptueel gelijk is aan het in de heffing betrekken van ongerealiseerde meerwaarden zoals dat bij de emigratieheffingen het geval is. In die zin is *DMC* dus vergelijkbaar met wat het pijnpunt is bij emigratieheffingen: eerdere heffing dan het moment van realisatie. Daarnaast is de vraag is echter hoe het oordeel zou luiden als het – zoals in het geval van de thans geldende Nederlandse wetgeving – een betaling in 10 jaarlijkse termijnen betreft, die daarentegen wel gepaard gaat met een renteberekening. Weegt hierbij het voor de belastingbetaler vriendelijke aspect van een dubbel zo lange betalingstermijn op tegen het nadeel dat het wel berekenen van rente inhoudt? Het antwoord is naar mijn mening niet eenduidig.<sup>393</sup>

Indien de belastingplichtige uitstel van betaling verkiest heeft het HvJ EU toegestaan dat een lidstaat zekerheidstelling voor de betaling verlangt ingeval van een echt en bewezen risico van niet-invordering. Het laatste betreft een nuance die voor het eerst werd gemaakt door het EVA-hof in *Arcade Drilling AS* en naderhand in *DMC* door het HvJ EU is overgenomen. Het HvJ EU lijkt hier maatwerk te vereisen, mijns inziens terecht omdat het nu eenmaal afhankelijk van de feiten is of er sprake is van een echt en bewezen risico. Voorts komt de vraag op of nog van belang is *in hoeverre* er sprake is van een echt en bewezen risico, met andere woorden of een bankgarantie voor de gehele uitgestelde belastingschuld wel in alle gevallen noodzakelijk is. Naar mijn mening is ook dit afhankelijk van de situatie van de belastingplichtige. Met enige goede wil is dit ook terug te lezen in de woordkeus van het HvJ EU – ‘echt’. Een risico van niet-invordering kan alleen maar als ‘echt’ worden bestempeld voor het gedeelte waarover twijfel bestaat of invordering wel zal kunnen geschieden. Om de rechtszekerheid en eenduidigheid te dienen zou overigens een beleidsbesluit met algemene kaders voor deze beoordeling tot de mogelijkheden behoren. Tot slot mag van de belastingplichtige worden verlangd dat deze een overzicht bijhoudt van de nog niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen en dat hij melding maakt op het moment dat van realisatie sprake is.

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

Na bovenstaande uitgebreide analyse van de jurisprudentie van het HvJ EU kan worden nagegaan in hoeverre de regelgeving uit de Wet uitstel van betaling exitheffingen zich verhoudt met de huidige stand van het EU recht. Ik beperk mij hierbij tot de in paragraaf 1.5 beschreven drie belangrijkste knelpunten. Reden hiervoor is dat ik met dit onderzoek wil komen tot een alomvattende *systematiek* met betrekking tot de emigratieheffingen in de winstsfeer. De voorgaande uitgebreide bespreking van het EU-recht is gedaan vanuit die gedachte en dus niet zozeer om op zoek ga naar mogelijke

---

<sup>393</sup> Een vergelijking tussen de contante waarde van de belastingschuld in het geval van 5 termijnen renteloos en bijvoorbeeld het genoemde geval van 10 termijnen rentedragend stuit op zijn beurt op problemen. Er dient immers een verdisconteringsvoet bepaald te worden. Hierbij zal wederom sprake zijn van tegengestelde belangen van belastingplichtigen en lidstaten. Bovendien zou voor een correcte berekening de verdisconteringsvoet gekozen dienen te worden in een bepaalde tijdgeest, alsmede mogelijk specifieke omstandigheden ten aanzien van een bepaalde belastingplichtige (denk aan de sector waarin deze actief is), hetgeen tot nog meer discussie zal leiden.

verbeteringen van de Wet uitstel van betaling exithellingen vanuit Europeesrechtelijk oogpunt. Bovendien heeft een collega student dit laatste nog niet zo lang geleden al onderzocht.<sup>394</sup>

Ten aanzien van de zekerheidsstelling die wordt verlangd indien uitstel van betaling wordt verleend is allereerst van belang te constateren dat er geen ruimte is voor een beoordeling van de situatie van de individuele belastingplichtige. Zekerheden worden altijd verlangd. Dit wringt met hetgeen door het EVA-hof is aangegeven in *Arcade Drilling AS* en door het HvJ EU in *DMC*, waar werd gesproken over een echt en bewezen risico op niet-invordering. Dat niet geheel duidelijk is of in alle gevallen maatwerk is vereist of dat ook bepaalde criteria kunnen worden omschreven op basis waarvan dit echt en bewezen risico kan worden aangenomen, waartegen de belastingplichtige desnoods tegenbewijs kan leveren, doet hieraan niet af. Daarnaast is de vraag of bij een echt en bewezen risico op niet invordering het altijd noodzakelijk is zekerheidsstelling voor het gehele bedrag van de vastgestelde belastingschuld te verlangen. Het zou in ieder geval nobel zijn als de belastingplichtige de mogelijkheid krijgt aannemelijk te maken dat een zekerheidsstelling voor een bepaald deel van het bedrag niet noodzakelijk is om voor de fiscus tot een aanvaardbare situatie te komen.

Ook wat betreft het fenomeen rente constateer ik twee punten waar de schoen knelt. Allereerst is niet af te leiden uit de jurisprudentie op welk moment de rente gaat lopen. Dat de rente gaat lopen op het moment dat de belastingschuld wordt vastgesteld, zoals thans het geval is nu invorderingsrente wordt berekend ingevolge art. 28 IW 1990, betekent dat de uitgestelde betaling materieel gezien is gelijkgesteld met onmiddellijke betaling. De belemmering wordt op deze wijze materieel niet weggenomen. Andersom geredeneerd – via de gelijkstelling met de met de vergelijkbare binnenlandse situatie – kom ik tot dezelfde conclusie: renteberekening vanaf het moment dat bij een belastingplichtige die binnen Nederland zou blijven rente zou worden berekend, dat wil zeggen over een invorderbare belastingschuld in verband met realisatie. Het invorderbaar zijn van de rente na drie jaren bevreedt helemaal. Het spreekt voor zich dat een rente die nog niet kan gaan lopen ook niet ingevorderd kan worden puur door het verloop van een bepaalde tijd. Mocht mijn oordeel van hierboven onjuist zijn – invorderingsrente mag wel – dan zou ik willen aandragen dat de invorderbaarheid na drie jaren geen enkele grondslag vindt in de jurisprudentie.

De thans geldende administratieve verplichtingen tot slot kan ik ook lastig rijmen met de huidige stand van zaken. De Staatssecretaris heeft immers aangegeven dat de Nederlandse afschrijvingsregels onverkort van toepassing zijn, waardoor van realisatie door afschrijvingen sprake is, en hiervoor vereist hij dat de belastingplichtige een fiscale rapportage inclusief balans en winst- en verliesrekening naar Nederlandse maatstaven blijft opstellen.<sup>395</sup> Onderbouwing van dit vereiste valt allereerst niet te lezen in de passage waar het HvJ EU aangaf welke administratie verlangd mag worden, te weten een overzicht van de nog niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen en melding maken van realisatie. Bovendien is dit vereiste op basis van eerdere jurisprudentie van het HvJ EU veel te strikt. In het *Futura Participations* arrest<sup>396</sup> geeft het HvJ EU immers ondubbelzinnig aan dat hoewel de v.i.-staat mag vereisen dat verliesberekeningen worden gedaan naar zijn fiscale maatstaven, geaccepteerd moet worden dat de basis van deze berekeningen wordt gevormd door

---

<sup>394</sup> Inmiddels vanwege afstuderen “ex-collega student”. Zie: D. Versloot, ‘De Wet uitstel van betaling exithellingen: EU-proof?’, 19 december 2013 (Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam). Te raadplegen via: <http://thesis.eur.nl/pub/15722/>

<sup>395</sup> Kamerstukken, 33 262, nr. 3, p.4.

<sup>396</sup> HvJ EU 15 mei 1997, zaak C-250/95, *Futura Participations*.

gegevens uit de hoofdhuistaat. Ik ben van mening dat dit oordeel één op één kan worden doorgetrokken naar de onderhavige problematiek. Hiertegen zouden twee argumenten kunnen worden ingebracht. Allereerst heeft het HvJ EU aangegeven dat ingeval de administratieve eisen te zwaar worden gekozen kan worden voor directe invordering. Daarnaast heeft de belastingplichtige naast de keuze voor uitstel tot het moment van realisatie de mogelijkheid in tien gelijke termijnen te betalen. Beide punten overtuigen mij niet. Met betrekking tot het eerste punt geeft het HvJ EU namelijk aan dat als de *vermogenspositie* van de belastingplichtige dusdanig complex is dat uitstel gepaard gaat met grote administratieve problemen het direct betalen een redelijk alternatief vormt. Dit is heel iets anders als het geval waarin het de lidstaat is die de administratieve eisen opschreeft, zodat deze redenering niet opgaat. Het tweede argument weerleg ik met een verwijzing naar het arrest *Gielen*<sup>397</sup>, alwaar het HvJ EU aangeeft dat de keuze voor een ander regime een discriminatoire regeling niet kan repareren.

#### **4.7.2 Vennootschappen en natuurlijke personen: verschillend, maar ook weer niet**

Het moge duidelijk zijn dat de toetsing van emigratieheffingen van vennootschappen duidelijke verschillen heeft opgeleverd met de toetsing van de emigratieheffingen in de persoonlijke sfeer – in het bijzonder de aandeelhouderssfeer. Het HvJ EU kondigt dit in *National Grid Indus* in wezen ook al aan. Het hoe en wat van deze verschillen is echter in nevelen gehuld, zo moge ook blijken uit de literatuur naar aanleiding van *National Grid Indus*.<sup>398</sup> Een en ander is echter niet van direct belang voor dit onderzoek, die betreft immers de emigratieheffingen in de winstsfeer, zodat ik hier volsta met enkele signaleringen. Belangrijker is overigens ook de vraag naar de duiding van de natuurlijke persoon die voor eigen rekening een onderneming drijft en aldus aangemerkt kan worden als iemand die in Nederland omschreven pleegt te worden als een IB-ondernemer. In hoeverre is het oordeel van het HvJ EU ten aanzien van de emigratieheffingen bij vennootschappen van toepassing op dergelijke belastingplichtigen?

##### ***Verschillen met de aandeelhouder***

Behoudens de vraag naar de toegang tot de vrijheid van vestiging – ik heb inmiddels voldoende benadrukt dat vennootschappen slechts bestaan krachtens nationale wetgeving – vindt men de eerste serieuze verschillen tussen de emigratieheffing van particuliere eigenaars van aandelenpakketten en die van vennootschappen welke hun feitelijke leiding naar een andere lidstaat verplaatsen pas terug bij de beoordeling door het HvJ EU van de proportionaliteit van de betreffende regelingen.

Lidstaten krijgen duidelijk meer speelruimte ingeval van de emigratieheffing bij vennootschappen. De aandeelhouder dient automatisch uitstel van betaling te verkrijgen, renteloos welteverstaan, waaraan geen verdere administratieve verplichtingen mogen worden gekoppeld en evenmin zekerheidstelling in de vorm van een bankgarantie mag worden verlangd. Voorts dient rekening te worden gehouden met waardedalingen die zich na het moment van emigratie voordoen. Vennootschappen hoeven slechts een keuze te krijgen tussen directe invordering en een rentedragend uitstel tot het moment van realisatie. Het uitstel mag gepaard gaan met enkele

---

<sup>397</sup> HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-440/08, *Gielen*.

<sup>398</sup> Zonder volledig te willen zijn verwijs ik naar: M.V. Lambooj, 'De exitheffing: geconserveerd of toch niet?', NTFR Beschouwingen 2012/11; R. de Graaff en A. de Haan, 'National Grid vs. N: verenigbaar of niet?', WFR 2012/612 en M.V. Lambooj, 'Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen', NTFR Beschouwingen 2013/3.

administratieve verplichtingen en in het geval van een echt en bewezen risico van niet-invordering afhankelijk worden gemaakt van een zekerheidstelling in de vorm van een bankgarantie. Waardedalingen die zich voordoen na het moment van verplaatsen van de feitelijke leiding doen niet meer ter zake voor de reeds definitief vastgestelde heffing.

### ***Vertaling naar de natuurlijke persoon – ondernemer***

Van groot belang voor van dit onderzoek zijn ook de personen die voor eigen rekening een onderneming drijven, en aldus hun onderneming niet geïncorporeerd hebben. Deze personen zijn in dit hoofdstuk echter sterk onderbelicht gebleven. Toch moet ook bij deze categorie van belastingplichtigen worden stilgestaan voor wat betreft de daarbij behorende EU-rechtelijke positie.

Eenzijds is er de gelijkenis met de natuurlijke personen in het bezit van aandelenpakketten – het gaat immers in beide gevallen om mensen van vlees en bloed – doch aan de andere kant is hetgeen waardoor zij in de belastingheffing worden betrokken iets heel anders, namelijk de winst die wordt behaald met het drijven van een onderneming. De vraag die daarom in het licht van dit hoofdstuk gesteld dient te worden voor wat betreft deze categorie van belastingplichtigen is of deze benaderd dienen te worden zoals de natuurlijke personen in *De Lasteyrie du Saillant, N* en *Commissie v. Spanje (“1”)*, zoals de vennootschappen in *National Grid Indus* en de daarmee ingezette lijn van jurisprudentie, of misschien op geheel andere wijze.

Naar mijn mening is zonneklaar wat het antwoord op deze vraag behoort te zijn. De inkomstenbron waarvoor de personen die voor eigen rekening een onderneming drijven in de belastingheffing worden betrokken is immers dezelfde als in het geval van vennootschappen. In beide gevallen betreft het namelijk de behaalde (maar nog niet gerealiseerde) winst. Het enkele feit dat er sprake is van een andere rechtsvorm doet hieraan niet af. Evenmin kan er veel waarde aan worden gehecht dat beide categorieën van belastingplichtigen in andere belastingwetten worden betrokken. Dit betekent namelijk niet dat het niet om dezelfde vorm van inkomen gaat. Tot slot acht ik niet relevant dat in de inkomstenbelasting ook andere bronnen van inkomen worden betrokken, bijvoorbeeld een bron die ook in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen: het aandelenbezit van particulieren.

Daarnaast zijn naar mijn mening duidelijk aanwijzingen te vinden in *National Grid Indus*, waarin het HvJ EU zoals besproken aangeeft in het uitoefenen van een economische activiteit die winst moet opleveren een reden te zien om vennootschappen anders te kunnen behandelen als de houders van aandelenpakketten. De personen die vanwege het drijven van een onderneming in de inkomstenbelasting worden betrokken kunnen zonder enige moeite onder deze omschrijving worden geschaard. Het zou mij zelfs niet verbazen als het HvJ EU met deze ruime omschrijving reeds een voorschot op mogelijke toekomstige vragen heeft genomen.

Ik veronderstel daarom in de rest van dit onderzoek dan ook dat de personen die voor eigen rekening een onderneming drijven met betrekking tot het onderwerp van de emigratieheffing op dezelfde wijze behandeld dienen te worden als vennootschappen, tenzij de verschillen die er zijn tussen deze personen en vennootschappen in een andere richting zouden wijzen.

## **4.8 Samenvatting en conclusie**

Het creëren van een interne markt waarbinnen het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd is een belangrijk doel van de EU. Belastingheffing in grensoverschrijdende situaties is daarmee soms lastig te rijmen, vooral als verder gelijke gevallen bij grensoverschrijding wel worden getroffen door heffing en het binnen de landsgrenzen blijven niet. Een typisch voorbeeld hiervan vormen de emigratieheffingen, die juist vanwege de grensoverschrijding van kracht worden. Tot harmonisatie van deze vorm van heffingen is het niet gekomen, waardoor lidstaten in beginsel nog steeds soevereiniteit hebben ten aanzien hiervan.

Echter, nationale regels moeten in overeenstemming met het EU-recht worden opgezet en mogen met andere woorden geen inbreuk maken op door het EU-recht gegarandeerde rechten, althans niet zonder gegronde reden. Het is die tweestrijd die ook op het gebied van de directe belastingen met enige regelmaat naar voren komt. Lidstaten plegen met enige regelmaat inbreuk op bijvoorbeeld de vrijheid van vestiging van hun onderdanen, iets dat volgens het HvJ EU alleen is toegestaan als daarvoor een dwingende reden van algemeen belang is aan te voren welke is ingevuld met een voor het nagestreefde doel geschikte en niet te verregaande regel.

De vennootschappen die hun feitelijke leiding naar een andere lidstaat verplaatsen en daarbij hun hoedanigheid van vennootschap niet verloren zien gaan kunnen zich met beroepen op de vrijheid van vestiging, tegen de met hun verplaatsing gepaard gaande emigratieheffingen. Deze vormen van heffing blijken overigens terecht te worden opgelegd, want ze dragen bij aan de evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten, maar directe invordering wordt niet geaccepteerd. Althans niet als de belastingplichtige naast directe invordering niet ook kan kiezen voor uitstel van betaling, al komt bij dit uitstel een bepaalde administratieve last kijken en gaat deze gepaard met de berekening van rente. Bovendien mogen er maatregelen ter zekerheidstelling van de betaling in de vorm van een bankgarantie worden genomen bij een echt en bewezen risico daarop. Het uitstel mag zich op twee manieren manifesteren. Om te beginnen als uitstel tot er zich een realisatiemoment voordoet ten aanzien van (een van de) vermogensbestanddelen welke in de heffing zijn betrokken. Daarnaast is een betaling in een aantal jaarlijkse termijnen toegestaan. Personen die voor eigen rekening ondernemingsactiviteiten uitoefenen dienen er rekening mee te houden dat dit alles ook voor hun opgaat.

Duidelijk is aldus dat lidstaten hun heffingsrechten mogen veiligstellen met een emigratieheffing, waardoor de hiermee nagestreefde doelen bereikt kunnen worden. De exacte vormgeving van dit soort heffingen is echter van doorslaggevend belang voor de vraag of deze door de EU-rechtelijke beugel kunnen. Uitgekristalliseerd is een en ander nog niet, omdat diverse vragen nog openstaan. Kunnen ook vennootschappen welke na de verplaatsing van hun zetel hun hoedanigheid van vennootschap verloren zien gaan zich beroepen op de vrijheid van vestiging tegen de hierboven bedoelde heffingen? Betekent het definitief vaststellen door de heffing van de vertrekstaat ook dat de ontvangststaat te allen tijde rekening dient te houden met waardedaling na het moment van de zetelverplaatsing? Vanaf welk moment mag er rente worden berekend? Bij welke triggers mag worden aangesloten om een realisatiemoment aan te nemen bij vermogensbestanddelen die niet bedoeld zijn te worden vervreemd? Welke wisselwerking is er tussen rente en aantal betalingstermijnen? Welke administratieve verplichtingen mogen worden vereist? Moet het toetsen van een echt en bewezen risico steeds maatwerk zijn? Gaat een bankgarantie voor het volledige bedrag van de heffing niet in gevallen te ver? Dit soort vragen geven vooral aan dat er nog voldoende ontwikkelingen te verwachten zijn op Europeesrechtelijk gebied wat betreft de emigratieheffingen in de winstsfeer.

## Hoofdstuk 5: Toetsingskader

### 5.1 Inleiding

Uit de drie voorgaande hoofdstukken moge blijken dat de emigratieheffingen in de winstsfeer te positioneren zijn in een complex samenstel van nationaal, internationaal en Europees fiscaalrechtelijke randvoorwaarden. De doelen die de (Nederlandse) wetgever heeft met deze emigratieheffingen moeten bereikt worden zonder dat hiermee inbreuk wordt gemaakt op supranationaal recht. Dit laatste betreft enerzijds afspraken tussen twee staten gemaakt in bilaterale belastingverdragen en anderzijds de rechten die belastingplichtigen ontleen aan het VEU en het VwEU, met betrekking tot de emigratieheffingen in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Naast deze (fiscaal)theoretische randvoorwaarden dient aan nog enkele – nader uiteen te zetten – algemene voorwaarden, die meer van praktische aard zijn, te worden voldaan. Een stelsel of systematiek kan immers theoretisch nog zo prachtig zijn, maar als deze in de praktijk onwerkbaar lijkt, is invoering ervan allesbehalve opportuun en als het leidt tot teveel verzet komt invoering wellicht helemaal niet aan de orde.

Alvorens diverse oplossingsrichtingen benoemd, uiteengezet en getoetst kunnen worden is het zaak de criteria waaraan wordt getoetst te onderscheiden. In dit hoofdstuk zet ik het toetsingskader dat ik daarvoor hanteer uiteen. Uit de hoofdstukken 2 t/m 4 leid ik eerst de theoretische randvoorwaarden af. Daarna besteed ik aandacht aan de algemene voorwaarden. Overigens is hierbij speciale aandacht voor het criterium ‘haalbaarheid’. Bij het bespreken daarvan wordt duidelijk waarom. De twee hiervoor bedoelde passages kunnen vervolgens gecombineerd en vervat worden in een concreet toetsingskader. Dit laatste punt vormt overigens de conclusie van dit hoofdstuk. Eerst zet ik echter uiteen op welke manier ik zal toetsen.

### 5.2 Manier van toetsen

Alle alternatieven zal ik voorzien van een score bij elk hierna vast te stellen criterium. Deze score is in de vorm van de ordinale grootheden (-/-), (-), (o), (+) en (+/+). Dat hierbij enige subjectiviteit komt kijken is onontkoombaar en neem ik voor lief. Door elke beoordeling te beargumenteren dwing ik mezelf er echter toe zo objectief te blijven als redelijkerwijs mogelijk is. Ook zal ik bij elk criterium bij voorbaat aangeven wanneer een score van neutraal (o) wordt bereikt, om zodoende eveneens te waken voor al te veel subjectiviteit. Scoort een alternatief beter dan deze ‘benchmark’, dat is een positieve (+) of dubbel positieve (+/+) het resultaat. Een alternatief dat minder scoort zal uiteraard leiden tot een negatieve (-) of dubbel negatieve (-/-) beoordeling. Ik kies er dus uitdrukkelijk niet voor om het (thans geldende) Nederlandse systeem van emigratieheffing plus uitstelfaciliteiten als uitgangspunt te nemen, omdat ik meen – zoals inmiddels wel duidelijk zal zijn – dat dit niet voldoet aan het EU-recht, zodat het aanhouden als ‘benchmark’ daarvan weinig reëel is.

De vergelijking van de onderzochte oplossingsrichtingen zal ik vervatten in een tabel. Waarmee in één oogopslag een vergelijking mogelijk is van de onderzochte alternatieven. De alternatieven zullen worden voorzien van een totaalscore en rangschikking. Het idee op deze manier te toetsen ontleen ik aan enerzijds Van Sprundel en Dans<sup>399</sup> en anderzijds Emmerink<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Zie: D. van Sprundel en K. Dans, ‘Whether or Not Interest Income Should Fall under the Scope of the Tonnage Tax Regime’, European Taxation December 2011. In tegenstelling tot Van Sprundel en Dans hanteer ik het Nederlandse systeem dus niet als uitgangspunt. Ik heb dat toegelicht.



### 5.3 Fiscaalrechtelijke randvoorwaarden

De fiscaalrechtelijke randvoorwaarden voor de vormgeving van emigratieheffingen in de winst sfeer zijn terug te vinden op drie gebieden: nationaal, internationaal en Europees fiscaal recht. De basis hiervoor heb ik gelegd in de analyses in de hoofdstukken 2 t/m 4.

#### 5.3.1 Randvoorwaarden nationaal fiscaal recht

In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat de eindafrekeningsbepalingen van art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet Vpb 1969 het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 dienen. Het ultieme doel is het heffen van inkomsten- dan wel vennootschapsbelasting over alle voordelen die met de uitoefening van ondernemingsactiviteiten worden behaald, voor zover deze zijn opgekomen op het Nederlandse territorium. Welke systematiek er ook wordt verkozen, het heffen van belasting over alle bestanddelen die onder de zogenoemde totaalwinst vallen is een keiharde voorwaarde die voor de (Nederlandse) fiscale wetgever te allen tijde zal gelden. De situaties waarop de eindafrekeningsbepalingen zien, namelijk gevallen waarin heffingsrecht over componenten van de totaalwinst – om welke reden dan ook – verloren dreigt te gaan, geven aan dat het behouden van de belastingclaim over die componenten hoofdzaak is. ‘Claimbehoud’ is gezien het voorgaande een randvoorwaarde die voor de Nederlandse fiscale wetgever zal gelden. Bij dit criterium ga ik uit van de latente belastingclaim. Dat acht ik reëel om het totaalwinstbeginsel te dienen, dat domineert namelijk niet wanneer er moet worden geheven, slechts waarover moet worden geheven.<sup>401</sup> Als belastingheffing over alle componenten van de totaalwinst mogelijk is, resulteert dat in een beoordeling als neutraal (o).

Het voorkomen van misbruik is een gedachte die in het Nederlandse fiscale stelsel veelvuldig terug is te vinden. Ik denk daarbij al snel aan de vele antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting die betrekking hebben op gelieerde partijen bijvoorbeeld art. 10a Wet Vpb 1969. Het opnemen van antimisbruikregels in (fiscale) wetgeving is naar mijn mening echter nimmer een doel *an sich*. Antimisbruikregels dienen te worden opgenomen ter bescherming van de door de wetgever beoogde werking van het systeem, door (door de wetgever) ongewenst gebruik van mazen in de wet in te dammen of oneigenlijk gebruik van de wettelijke mogelijkheden te voorkomen.<sup>402</sup> Emigratieheffingen hebben niet zo’n doel, maar dienen het totaalwinstbeginsel door ingeval van de grensoverschrijdende verplaatsing van ondernemingsactiviteiten de Nederlandse heffingsgrondslag af te bakenen, zo heb ik in hoofdstuk 2 geconcludeerd. Het voorkomen van misbruik neem ik om deze reden niet mee als criterium in het toetsingskader. Uiteraard zal bij de exacte vormgeving van welke oplossing dan ook – en alleen waar en zover nodig – gekozen kunnen worden voor flankerende antimisbruikregels.

---

<sup>400</sup> Zie: F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb '69*, EU-rechtelijk onhoudbaar (NOB/LOF scriptieprijs), Deventer: Kluwer 2011, p. 80, 81 t/m/ 83 en 103.

<sup>401</sup> Ik realiseer mij terdege dat dit wellicht niet ‘budgetneutraal’ is. Het is naar mijn mening wel correct ten aanzien van het gekozen criterium, zoals toegelicht. Bovendien moet niet worden vergeten dat het de keuze van de Nederlandse wetgever is rente te berekenen vanaf het moment van vaststelling van de belastingschuld. Als het HvJ EU in de toekomst beslist dat deze berekening van rente niet voldoet aan het EU-recht en daardoor een gat in de begroting wordt geslagen is het niet budgetneutraal zijn van het hanteren van de latente belastingclaim dus een gevolg van de keuze die de wetgever enige tijd geleden zelf heeft gemaakt en niet van het criterium zoals ik dat hier hanteer.

<sup>402</sup> Bij het genoemde art. 10a Wet Vpb 1969 is daarvan sprake doordat de Nederlandse heffingsgrondslag – volgens de wetgever – onterecht en door gekunstelde constructies wordt uitgehouden.

### 5.3.2 Randvoorwaarden internationaal fiscaal recht

Bij de (verdeling van de) heffingsrechten onder belastingverdragen heb ik in hoofdstuk 3 stilgestaan. Naar mijn mening blijkt uit een analyse van het OESO-modelverdrag en het bijbehorende commentaar dat het veroorzakingsbeginsel leidend is onder het ondernemingswinstartikel. Kort gezegd is dus niet het moment van opkomen van baten en lasten, maar de oorzaak daarvan doorslaggevend bij de vraag welke van de verdragsluitende staten heffingsbevoegd is. Niettegenstaande het feit dat het ondernemingswinstartikel strikt genomen geen betrekking heeft op het verplaatsen van de fiscale woonplaats van de belastingplichtige trek ik deze conclusie door naar de situaties waarop de emigratieheffingen in de winstsfeer zien, vanwege de grote conceptuele gelijkheid tussen beide. Voorts ziet de belangrijkste Nederlandse rechtsprekende instantie – de Hoge Raad – duidelijk ruimte voor het toepassen van het veroorzakingsbeginsel onder belastingverdragen die zijn gemodelleerd naar het OESO-modelverdrag. Het opleggen van emigratieheffingen is dus niet vereist om de belastingheffing over de totaalwinst veilig te stellen.

Dat een bepaalde heffing geen inbreuk mag maken op de door twee staten in een belastingverdrag afgesproken verdeling van de heffingsbevoegdheid kan worden gezien als een randvoorwaarde voor de vormgeving van emigratieheffingen in de winstsfeer. In feite is het dat natuurlijk ook. Uit de hierboven weergegeven conclusie blijkt echter dat als een emigratieheffing zich maar beperkt tot inkomens- en vermogensbestanddelen die aan Nederland toe te rekenen zijn er geen beperkingen zijn voor de vormgeving hiervan. Ik acht het daarom niet noodzakelijk een criterium met betrekking tot dit punt op te nemen in het toetsingskader. Om eventuele onduidelijkheid weg te nemen veronderstel ik daarenboven dat de totaalwinst zich niet uitstrekt tot componenten waarover Nederland niet heffingsbevoegd is.<sup>403</sup> Daarmee is van een inbreuk op de bepalingen in het ondernemingswinstartikel per definitie geen sprake. Onder de randvoorwaarde ‘claimbehoud’ valt dan enkel een belastingclaim waartoe Nederland onder OESO-gemodelleerde verdragen ook gerechtigd is.

### 5.3.3 Randvoorwaarden Europees fiscaal recht

Het terrein waar ik verreweg de meeste uitdagingen zie, is het Europese belastingrecht. Uit hoofdstuk 4 blijkt immers duidelijk de weerbarstigheid hiervan. Duidelijk is dat een oplossing zal moeten voldoen aan het EU-recht. Dit kan op drie niveaus worden bewerkstelligd:

1. Met in het achterhoofd het creëren van een interne markt als een der hoofddoelen van de EU kan worden gedacht aan een oplossing waarbij door het te verkiezen systeem sprake is van de vorming van die interne markt – op ofwel fiscaal terrein, ofwel het terrein van de emigratieheffingen in de winstsfeer. Gedacht kan worden aan één voor de gehele EU

---

<sup>403</sup> De definitie van totaalwinstbegrip zoals bedoeld in art. 3.8 Wet IB 2001 kan met een eenvoudige toevoeging worden voorzien van betekenis in internationale context. De totaalwinst is dan “het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming die op het Nederlandse territorium wordt gedreven en daaraan toerekenbaar zijn.”

Uiteraard is het zo dat in Nederland woonachtige personen of gevestigde vennootschappen worden belast voor hun wereldinkomen resp. –winst. Ik heb dat in hoofdstuk 2 aangegeven. De regels ter voorkoming van dubbele belasting voorzien in gevallen waarin buitenlandse ondernemingswinsten zijn opgenomen in de Nederlandse heffingsgrondslag in de eerbiediging van dit totaalwinstbeginsel in internationale context, door het voorzien in een voorkoming van dubbele belasting.

geldende, non-facultatieve<sup>404</sup> ondernemingswinstbelasting<sup>405</sup> waarin regels zijn opgenomen voor de behandeling van het grensoverschrijdend verplaatsen van ondernemingsactiviteiten. Er kan eveneens gedacht worden aan een richtlijn die specifiek ziet op de emigratieheffingen in de winstsfeer.<sup>406</sup>

Ik wil met klem benadrukken dat een systeem dat weliswaar voor de gehele EU geldt, maar waarbij nog steeds inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van vestiging niet voldoet aan het voorgaande. Immers, er is slechts sprake van de vorming van een interne markt<sup>407</sup> indien alle beperkingen van (in dit geval<sup>408</sup>) de vrijheid van vestiging die optreden doordat binnenlandse verplaatsingen gunstiger worden behandeld dan grensoverschrijdende verplaatsingen worden voorkomen.

2. Een oplossing voldoet ook als daarmee geen inbreuk op de vrijheid van vestiging wordt gemaakt. Daarvoor zou vereist zijn dat er door de bewuste regeling geen onderscheid wordt gemaakt tussen het binnenlands en grensoverschrijdend, maar binnen de EU, verplaatsen van ondernemingsactiviteiten.
3. Tot slot kunnen beperkingen van de vrijheid van vestiging door de Europeesrechtelijke beugel als deze gerechtvaardigd zijn door een dwingende reden van algemeen belang, geschikt zijn voor het bereiken van het met de regeling beoogde doel (geschiktheid) en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is (proportionaliteit).

Typisch van een oplossing die onder de voornoemde niveaus 2 en 3 valt, is dat hierbij weliswaar sprake is van een als in overeenstemming met het EU-recht geldend systeem, maar dat daardoor in verschillende lidstaten sprake kan zijn van verschillende oplossingen. Van volmaakte positieve integratie is daarbij ook geen sprake, wat bij een oplossing die voldoet aan niveau 1 uitdrukkelijk wel het geval zou kunnen zijn. Hoewel het er in eerste instantie op kan lijken dat een regeling die voldoet aan niveau 2 per definitie beter is dan een oplossing die voldoet aan niveau 3 kan dat genuanceerder liggen. Een regeling die weliswaar inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging, maar in vormgeving ervan componenten bevat die (erg) voordelig kunnen uitpakken voor de belastingplichtige zou voor een belastingplichtige mogelijk tot een gunstigere uitkomst kunnen leiden dan een regeling die geen inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging.<sup>409</sup> De genoemde niveaus zie ik daarom slechts als rangorde als van de hiervoor bedoelde situatie geen sprake is.

---

<sup>404</sup> Ik wijs erop dat bij het huidige voorstel voor de CCCTB groepen belastingplichtigen uitdrukkelijk de keuze kunnen maken om wel of niet onder dit regime te vallen. Daarmee wordt niet voldaan aan de gedachte van één systeem dat geldt voor de gehele EU.

<sup>405</sup> Het huidige voorstel van de CCCTB ziet alleen op rechtspersonen. Een oplossingsrichting die wordt opgenomen in de CCCTB of een andere 'Europese vennootschapsbelasting' biedt daarom geen soelaas voor de emigratieheffingen in de winst uit onderneming in de Nederlandse inkomstenbelasting.

<sup>406</sup> Van volledige positieve integratie is echter geen sprake indien de richtlijn ruimte biedt voor een specifieke, door de lidstaten te verkiezen, invulling daarvan. Ik heb daarbij stilgestaan in hoofdstuk 4.

<sup>407</sup> Of een gedeeltelijke vorming van die interne markt, namelijk met betrekking tot één onderwerp, hier de emigratieheffingen in de winstsfeer.

<sup>408</sup> Ik heb in hoofdstuk 4 geconcludeerd dat de vrijheid van vestiging doorslaggevend is op het gebied van de emigratieheffingen in de winstsfeer.

<sup>409</sup> Gedacht zou kunnen worden aan een kwijtschelding van de nog openstaande belastingschuld na verloop van een aantal jaren. In het meest extreme geval zou dat ertoe kunnen leiden dat er geen belasting wordt geheven. Ik denk hierbij aan de vormgeving van de emigratieheffingen in de aandeelhouderssfeer zoals het HvJ EU die voorstaat en ook in de Nederlandse regeling zijn opgenomen. Het is niet ondenkbeeldig dat op een

Om binnen oplossingen die zich alle bevinden op niveau 3 onderscheid te kunnen maken introduceer ik een subtest, waarmee de vormgeving kan worden beoordeeld op de punten van geschiktheid en proportionaliteit. Bij deze subtest put ik onder andere uit paragraaf 4.7.1, alwaar ik de stand van zaken beknopt heb willen weergeven. Ik heb daar bovendien een aantal nog openstaande vragen benoemd. Waar nog onduidelijkheid heerst – omdat vragen nog niet beantwoord zijn door het HvJ EU – kies ik er uitdrukkelijk voor om de standpunten die naar mijn mening een grote slagingskans hebben hoger te waarderen dan standpunten waarover grotere twijfel heerst. Ik meen dat daartoe voldoende aanleiding bestaat reeds door het feit dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd moet worden. Bovendien acht ik – in navolging van Lambooi<sup>410</sup> – verkenning van de Europeesrechtelijke grenzen door de lidstaten niet chique. Al met al laat ik de subtest bestaan uit de volgende punten, met daarbij de invalshoeken zoals ik die toelicht:

- Het moment waarop tot invordering wordt overgegaan: invordering op het moment van realisatie is door het HvJ EU toegestaan en het lijkt er gezien *DMC* op dat in vordering in termijnen eveneens door de beugel kan.
- Het al dan niet kwijtschelden van de nog openstaande belastingschuld na verloop van een aantal jaren: dit is voor de belastingplichtige uitdrukkelijk een vriendelijker alternatief, al wordt dit door het HvJ EU niet vereist van de vertrekstaat.<sup>411</sup>
- Waardedalingen na verlegging van de fiscale woonplaats (in feite de vraag naar het al dan niet moeten bieden van een step-up): gezien de evenredige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten (op basis van het fiscale territorialiteitsbeginsel), verbonden met een temporele component behoren waardedalingen die optreden na het moment van verleggen van de fiscale woonplaats door de ontvangstaat te worden behandeld.
- Berekening van rente: rente kan slechts berekend worden vanaf het moment waarop een bepaald deel van de vastgestelde belastingschuld invorderbaar wordt (door ofwel een realisatiemoment, ofwel het verschuldigd worden van een bepaalde termijn bij uitstel van betaling in termijnen).
- De verlangde zekerheidsstelling: ik beoordeel het verlangen van zekerheden van de belastingplichtige door de lidstaten als een vorm van antimisbruikbepaling; bij het verlenen van uitstel van betaling is het terecht dat de lidstaat die een belastingvordering op een belastingplichtige laat openstaan zich ervan vergewist dat de belastingschuld ook daadwerkelijk ingevorderd kan worden. Deze invalshoek brengt met zich dat maatwerk is vereist (antimisbruikbepalingen mogen volgens het HvJ EU geen algemeen karakter hebben), zowel wat betreft het vaststellen van het echt en bewezen risico op niet-invordering als het vaststellen van het gedeelte van de belastingschuld waarvoor dat risico wordt gelopen.
- Administratieve verplichtingen: van de belastingplichtige kan slechts worden vereist dat deze zijn relevante vermogenspositie kenbaar maakt aan de autoriteiten van de lidstaat die

---

bepaald moment de eventueel gemaakte kosten voor de vereiste administratie en zekerheidsstelling worden 'ingehaald' door het bedrag van de kwijtschelding.

<sup>410</sup> M.V. Lambooi, 'Exitheffingen: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen', NTFR Beschouwingen 2013/3.

<sup>411</sup> Uiteraard is het kwijtschelden van een bepaald bedrag niet in het belang van de overheidsfinanciën. Dit punt komt echter al naar voren in het criterium claimbehoud, omdat op bij een kwijtschelding de latente belastingclaim niet volledig kan worden geëffectueerd.

een emigratieheffing oplegt. Het vereisen van een volledige fiscale rapportage naar maatstaven van die lidstaat is dus uit den boze.

Als leidend bij de waardering zie ik de beslissingen van het HvJ EU. Invulling op een bepaald punt conform de opinie van het HvJ EU beoordeel ik als neutraal (o). Een invulling die stringenter is of lijkt als hetgeen door het HvJ EU wordt voorgestaan beoordeel ik als negatief (-) of tweemaal negatief als het om twee punten gaat die stringenter zijn of lijken. Een invulling die ruimer is dan de eisen die het HvJ EU stelt krijgen een positieve beoordeling (+). Ook hier is ruimte voor een dubbel positieve beoordeling (+/+).

De resultaten van de subtest saldeer ik en daaruit leid ik een totaalscore voor de toets naar overeenstemming met het EU-recht uit af. Wat betreft deze saldering is het volgende van belang. Uitgangspunt is dat de belastingstelsel van lidstaten conform het EU-recht dienen te zijn. Oplossingen die ofwel geen ofwel een gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van vestiging maken verdienen daarom een neutrale beoordeling (o). Alternatieven die daarnaast ook tot gedeeltelijke of volledige positieve integratie leiden verdienen gezien de doelen van de EU en het eerder deze paragraaf herhaalde doel van de EU om te komen tot een interne markt een positieve (+) resp. dubbel positieve beoordeling (+/+).

## **5.4 Praktische aspecten**

Naast de hiervoor weergegeven onderdelen van het toetsingskader die gebaseerd zijn op fiscaalrechtelijke argumenten is het van belang kort stil te staan bij enkele praktische vereisten van regelgeving. Twee criteria neem ik mee.

### **5.4.1 Haalbaarheid**

Belangrijk is dat een oplossing ook haalbaar blijkt. Des te meer voorbereiding en/of onderhandeling (met de medewetgever, de verdragspartner of de andere EU-lidstaten) een oplossing vergt, des te kleiner blijken de kansen dat invoering van die oplossing snel en soepel kan verlopen. Daarom toets ik aan het criterium 'haalbaarheid', waarmee ik bedoel dat een oplossing eenvoudig en daadwerkelijk in te voeren blijkt.

Met de introductie van dit criterium doemen echter meteen problemen op. Het is nu eenmaal zo dat een oplossingsrichting die door een (lid)staat eenzijdig kan worden ingevoerd vele malen makkelijker te bewerkstelligen is dan een oplossingsrichting die coördinatie vereist, hetzij via een bilateraal verdrag waarbij twee partijen betrokken zijn, hetzij via een EU-wijde oplossing waarbij alle lidstaten warme gevoelens moeten hebben.<sup>412</sup> Het is ook zo dat een oplossing die in feite bestaat uit relatief kleine aanpassingen van een bestaand systeem makkelijker te bereiken is.

Gezien het voorgaande kies ik ervoor aan de ene kant te onderzoeken hoe het Nederlandse systeem relatief eenvoudig kan worden verbeterd (hoofdstuk 6) en aan de andere kant op zoek te gaan naar

---

<sup>412</sup> Strikt genomen ligt dat genuanceerder. Ingevolge art. 20 VEU kunnen ten minste negen lidstaten met toestemming van de Commissie en het Europees Parlement en onder een aantal voorwaarden overgaan tot 'nauwere samenwerking'. Dit zogenaamde 'meersnelhedenregime' of 'het Europa van meer snelheden' laat ik verder voor wat het is. Waar het om gaat is het verschil tussen de ingrepen die de Nederlandse wetgever zelfstandig kan doen en de oplossingen die coördinatie vereisen (en daarbinnen tussen de oplossingen die coördinatie met alleen een verdragspartner dan wel meerdere lidstaten vergen).

‘echte’ alternatieven<sup>413</sup> voor de systematiek van de emigratieheffing (hoofdstuk 7). Omdat ik deze splitsing aanbreng, beoordeel ik bij het criterium ‘haalbaarheid’ de onderzochte oplossingen ook op deze merites. In hoofdstuk 6 vergelijk ik de haalbaarheid van de daar onderzochte opties met elkaar. Hetzelfde gebeurt in hoofdstuk 7. Een vergelijking van de haalbaarheid van de ‘hoofdstuk-6-oplossing’ en de ‘hoofdstuk-7-oplossing’ maak ik dus niet. Dat zou naar mijn mening veel te arbitrair zijn. Ik volsta met de constatering dat de ‘hoofdstuk-6-oplossing’ eenvoudiger haalbaar zal zijn dan de ‘hoofdstuk-7-oplossing’, zonder dat uit te drukken in ‘plusjes’ of ‘minnetjes’.

In hoofdstuk 6 leidt het reeds ingevoerd zijn van een oplossing tot een positieve beoordeling (+). Een oplossing die voldoet aan alle eisen die het HvJ EU stelt, hanteer ik als het uitgangspunt (o). Een oplossing die ruimer is dan de eisen van het HvJ EU beoordeel ik negatief. Hoe negatief hangt af van de geboden ruimte.

De oplossingen in hoofdstuk 7 betreffen allen een nieuw systeem. Daarover moet goed worden nagedacht. Ik wil daarin geen onderscheid maken. Wel onderscheid ik oplossingen die eenzijdig kunnen worden ingevoerd (+) van oplossingen die bilaterale of EU-wijde coördinatie vereisen (o).

Als gevolg hiervan zullen in beginsel twee oplossingen als beste uit de vergelijking komen: een oplossing die met relatief kleine aanpassingen binnen de huidige systematiek te realiseren is en een oplossing die bestaat uit een nieuw systeem. Deze twee oplossingen vergelijk ik vervolgens met elkaar door het criterium haalbaarheid links te laten liggen. Zo kan worden bekeken welke oplossing het fraaiste is, qua theorie en praktische toepassing. Komt hierbij het nieuwe stelsel als beste uit de vergelijking, dan geldt die oplossing als het ultieme doel, waarbij de aanpassingen aan het huidige stelsel als tijdelijk gezien kan worden. Op deze wijze meen ik het criterium haalbaarheid te voorzien van een pragmatische kant.

#### **5.4.2 Uitvoerbaarheid en eenvoud**

Zoals eerder aangegeven kan een oplossing vanuit een strikt theoretisch oogpunt fantastisch zijn, maar als deze oplossing daarnaast tot onmogelijke opgaven leidt voor zowel belastingplichtige als autoriteiten in de vertrek- en/of ontvangststaat wordt een onwerkbaar situatie gecreëerd, hetgeen onwenselijk is. De verschillende oplossingen toets ik daarom op het criterium ‘uitvoerbaarheid en eenvoud’. Daarmee doel ik op de inspanningen waarmee belastingplichtige en autoriteiten worden geconfronteerd bij het toepassen van een regeling. Een oplossing die lage administratieve vereisten met zich brengt is uiteraard te verkiezen boven een oplossing waarvoor complexe berekeningen of vele pagina’s documentatie benodigd zijn. Uitgangspunt, een neutrale beoordeling (o), wat betreft dit criterium is een volledige administratie in de ontvangststaat vanwege het daar vergelijkbaar met binnenlands belastingplichtige worden en een beperkte administratie in de vertrekstaat om de belastingclaim te kunnen volgen.

Dit criterium verschilt derhalve van het criterium ‘haalbaarheid’ door de partijen waarop het betrekking heeft. Hier gaat het om de belastingplichtige en de autoriteiten die bij de daadwerkelijke toepassing van een regeling betrokken zijn. Bij het criterium ‘haalbaarheid’ betreft het de *invoering* en het *optuigen* van die regeling.

---

<sup>413</sup> Met ‘echte’ wil ik aangeven dat het mij te doen is om het vinden van een algehele *systematiek*.

## 5.5 Samenvatting en conclusie

Het kunnen vergelijken van de hierna te onderzoeken oplossingsrichtingen vereist de formulering van criteria die kunnen worden getoetst. Het toetsingskader dat ik hanteer, bevat de volgende criteria:

- ‘Claimbehoud’: de (lid)staat waar onderdelen van de totaalwinst opkomen is gerechtigd tot belastingheffing over de latente belastingclaim hierover;
- ‘overeenstemming met EU-recht’: een oplossing moet bijdragen aan (i) de totstandkoming van een interne markt<sup>414</sup> dan wel passen binnen de betekenis die door het HvJ EU is gegeven aan de vrijheid van vestiging door (ii) geen inbreuk te maken op de vrijheid van vestiging of door een (iii) gerechtvaardigde en eveneens geschikte en proportionele inbreuk op de vrijheid van vestiging te maken<sup>415</sup>;
  - subtest ter beoordeling van het moment van invordering, het eventuele kwijtschelden van openstaande bedragen, de behandeling van waardedalingen na verlegging van de fiscale woonplaats, de renteberekening, de verlangde zekerheden en de vereiste administratie;
- ‘haalbaarheid’: de mate waarin een oplossing invoerbaar blijkt, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat eenzijdig in te voeren oplossingen beter te bewerkstelligen zijn dan oplossingen waarvoor coördinatie met de verdragspartner of andere lidstaten benodigd is;
- ‘uitvoerbaarheid en eenvoud’: waarin centraal staat de moeite die van zowel belastingplichtige als autoriteiten wordt verlangd bij het toepassen van de oplossing.

Beoordeling gebeurt aan de hand van de ordinale grootheden: (-/-), (-), (o), (+) en (+/+).

---

<sup>414</sup> In ieder geval op fiscaal terrein en dan ten minste met betrekking tot de emigratieheffingen in de winstsfeer

<sup>415</sup> Met de hiernavolgende cijfers (i), (ii) en (iii) geef ik eveneens de te prefereren rangorde aan.

## Hoofdstuk 6: De huidige emigratieheffingen verbeteren

### 6.1 Inleiding

Eerder heb ik aandacht besteed aan enkele vragen met betrekking tot de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de manier waarop Nederland het uitstel van betaling heeft vormgegeven.<sup>416</sup> De conclusie was of het maar zeer de vraag is of alle onderdelen van de uitstelfaciliteiten een toetsing door het HvJ EU kunnen doorstaan. Door sommigen is de afwachtende, misschien wel nonchalante houding van de wetgever verzucht.<sup>417</sup> Aanpassingen lijken gewenst. Met dat in het achterhoofd is het interessant te bezien hoe andere lidstaten hun uitstelfaciliteit hebben vormgegeven. Ik bespreek de Zweedse en Oostenrijkse oplossing.

Doel van dit hoofdstuk is om aan te geven op welke punten de Nederlandse uitstelfaciliteiten verbeterd kunnen worden. Ik leg daarom eerst de Nederlandse uitstelfaciliteiten langs de meetlat, die gevormd wordt door het toetsingskader dat ik in het vorige hoofdstuk heb uiteengezet. Daarna is er aandacht voor de Zweedse en Oostenrijkse oplossing en toetsing daarvan. Tot slot geef ik aan welke aanpassingen van de Nederlandse uitstelfaciliteiten naar mijn mening noodzakelijk zijn. Een korte samenvatting en conclusie ronden dit hoofdstuk af.

### 6.2 De Nederlandse uitstelfaciliteiten

De uitstelfaciliteiten zoals die naar aanleiding van *National Grid Indus* zijn geïntroduceerd in Nederland zijn in hoofdstuk 2 aan bod gekomen. Het is hier de plaats om beide varianten langs de meetlat te leggen.

#### 6.2.1 Uitstel tot het moment van realisatie

De Nederlandse vormgeving van uitstel tot het moment van beoordeel ik als volgt.

**Claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt veiliggesteld. Bovendien betekent het feit dat rente wordt berekend dat in feite sprake is van gelijkstelling met de situatie van onmiddellijke invordering. Dat is gunstig voor de schatkist. Het eerste is overeenkomstig het uitgangspunt, het tweede is een pluspunt daarbovenop. Beoordeling: (+).

**Overeenstemming met EU-recht:** Het betreft een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering:* Er wordt tot invordering gegaan op het moment van realisatie. Van eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie is dus geen sprake. Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?:* Kwijtschelding is niet aan de orde. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling : (o).
- *Waardedalingen na emigratie:* Waardedalingen na emigratiedatum worden niet in aanmerking genomen. Dat vereist het HvJ EU overigens ook niet. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening:* Het is zeer twijfelachtig of renteberekening vanaf het moment van vaststelling van de belastingschuld is bedoeld door het HvJ EU. Daarbovenop komt de invordering van de rente na drie jaren. Beoordeling: (-/-).

---

<sup>416</sup> Zie par. 2.5 en 4.7.1.

<sup>417</sup> Zie bijvoorbeeld: D.E. van Sprundel, 'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof', WFR 2012/914.



- *Zekerheidsstelling*: De zekerheidsstelling wordt in alle gevallen vereist, er is geen ruimte voor individuele beoordeling van het daadwerkelijke risico. Bovendien is de zekerheidsstelling te allen tijde voor het gehele bedrag van de belastingschuld. Beoordeling: (-/-).
- *Administratieve verplichtingen*: Er wordt niet alleen een overzicht van de niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen verlangd, wat door het HvJ EU is toegestaan, maar een gehele administratie naar Nederlandse maatstaven. Beoordeling: (-).

Negatieve klanken overheersen bij deze subtest, met een subtotaal van minus vijf. Het uitgangspunt van (o) wordt daarom verreweg niet gehaald. Beoordeling: (-/-).

**Haalbaarheid**: Dit alternatief is reeds in wetgeving verankerd. De invoering ervan is daarmee geslaagd. Beoordeling (+).

**Uitvoerbaarheid en eenvoud**: Er wordt een volledige administratie naar Nederlandse maatstaven vereist. Dat is strikter dan het uitgangspunt. Beoordeling: (-).

**Totaalscore**: De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (-/-).

### 6.2.2 Betaling in tien jaarlijkse termijnen

De Nederlandse betalingsregeling van tien jaarlijkse beoordeel ik als volgt.

**Claimbehoud**: De latente belastingclaim wordt veiliggesteld. Bovendien betekent het feit dat rente wordt berekend dat in feite sprake is van gelijkstelling met de situatie van onmiddellijke invordering. Dat is gunstig voor de schatkist. Het eerste is overeenkomstig het uitgangspunt, het tweede is een pluspunt daarbovenop. Beoordeling: (+).

**Overeenstemming met EU-recht**: Het betreft een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering*: Betaling in tien termijnen is ietwat onevenwichtig omdat volledige gelijkstelling met de binnenlandse situatie ontbreekt. Soms is het voordelig, soms niet. Het is echter wel een extra keuzemogelijkheid, dat is gunstig voor de belastingplichtige. Tien termijnen is bovendien ruimer dan de vijf termijnen zoals door het HvJ EU geaccepteerd.<sup>418</sup> Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?*: Kwijtschelding is niet aan de orde. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling: (o).
- *Waardedalingen na emigratie*: Waardedalingen na emigratiedatum worden niet in aanmerking genomen. Dat vereist het HvJ EU overigens ook niet. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening*: Het is zeer twijfelachtig of renteberekening vanaf het moment van vaststelling van de belastingschuld is bedoeld door het HvJ EU. Beoordeling: (-).
- *Zekerheidsstelling*: De zekerheidsstelling wordt in alle gevallen vereist, er is geen ruimte voor individuele beoordeling van het daadwerkelijke risico. Bovendien is de zekerheidsstelling te allen tijde voor het gehele bedrag van de belastingschuld. Beoordeling: (-/-).

---

<sup>418</sup> In *DMC* ging het echter om vijf termijnen, renteloos. Op het punt van rente is dat gunstiger dan de Nederlandse regeling, wat betreft het aantal termijnen juist niet. Ik heb overigens in hoofdstuk 4 geconcludeerd dat ondanks een verschil in achterliggende regeling het oordeel uit *DMC* doorgetrokken zou moeten kunnen worden naar de emigratieheffingen in de winstfeer.

- *Administratieve verplichtingen*: Administratieve verplichtingen zijn er niet bij betaling in termijnen. Dat is gunstig voor de belastingplichtige. Beoordeling: (+).

Negatieve klanken overheersen bij deze subtest, met een subtotaal van minus drie. Het uitgangspunt van (o) wordt daarom verreweg niet gehaald. Beoordeling: (-/-).

**Haalbaarheid**: Dit alternatief is reeds in wetgeving verankerd. De invoering ervan is daarmee geslaagd. Beoordeling (+).

**Uitvoerbaarheid en eenvoud**: Het bijhouden van een administratie is niet nodig bij betaling in termijnen. Beoordeling: (+).

**Totaalscore**: De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (o).

### 6.3 Uitstelfaciliteiten in andere lidstaten

Daar de emigratieheffingen in de winstsfeer niet geharmoniseerd zijn, kunnen verschillende lidstaten hun systemen anders inrichten. Een kijkje over de grens leert dat diverse andere lidstaten ook uitstelfaciliteiten kennen, die afwijken van de Nederlandse.

Ik bespreek de Zweedse en Oostenrijkse uitstelfaciliteit. Interessant hieraan is de opstelling van de Commissie tegenover beide lidstaten. Tegen Zweden was de Commissie een infractieprocedure gestart. In tegenstelling tot een aantal andere infractieprocedures is deze echter ingetrokken.<sup>420</sup> Het feit dat de procedure tegen Zweden is ingetrokken lijkt erop dat Nederland lering kan trekken uit de Zweedse oplossing. Tegen Oostenrijk is door de Commissie geen infractieprocedure gestart op het gebied van de emigratieheffingen in de winstsfeer. Dat voorspelt een bijzonder aardige – voor de belastingplichtige althans – faciliteit. Mogelijk had de Commissie prioriteit bij andere zaken, zodat uit het intrekken en niet opstarten van een infractieprocedure niet teveel kan worden afgeleid. Mede daarom is het interessant de Zweedse en Oostenrijkse uitstelfaciliteit te bekijken.

Tegen Ierland en het Verenigd Koninkrijk is de Commissie eveneens een infractieprocedure opgestart, die momenteel nog loopt. Beiden hebben naar aanleiding van *National Grid Indus* wijzigingen doorgevoerd in hun emigratieheffingen die vergelijkbaar zijn met de keuze die Nederland heeft gemaakt.<sup>421</sup> In beide lidstaten kan worden gekozen voor een betaling in zes termijnen van de vastgestelde aanslag, of uitstel tot het moment van realisatie. In beide lidstaten is bij beide uitstelfaciliteiten rente verschuldigd. Vanwege de grote overeenkomst hiervan met de Nederlandse uitstelfaciliteiten behandel ik deze verder niet.

<sup>420</sup> Persbericht van de Commissie van 18 maart 2010, IP/10/299, NTFR 2010/1513.

<sup>421</sup> De wijzigingen in Ierland kennen hun oorsprong in de 'Finance (No.2) Act 2013', die op 18 december 2013 is aangenomen. De inhoud hiervan is online terug te vinden:

<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/10213/b10213d.pdf>

In het Verenigd Koninkrijk is met ingangsdatum 11 december 2012 voorzien in een 'deferral of payment of exit charges'. Ook hiervan is de inhoud online terug te vinden:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/191554/corporation\\_tax\\_deferral\\_of\\_payment\\_of\\_exit\\_charges.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191554/corporation_tax_deferral_of_payment_of_exit_charges.pdf)

### 6.3.1 De Zweedse uitstelfaciliteit

Zweden kent net als Nederland een emigratieheffing met uitstelfaciliteit.<sup>424</sup> De belastingplichtige kan verzoeken om uitstel van betaling. Het verleende uitstel is voor de periode van een jaar en kan (na een nieuw verzoek) steeds voor nog een jaar worden verlengd. Het uitstel eindigt bij realisatie of het stopzetten van de ondernemingsactiviteiten. Opgemerkt zij daarbij wel dat materiele en immateriële vaste activa in vijf resp. tien jaarlijks gelijke termijnen vrijvallen. Met waardedalingen na emigratie wordt geen rekening gehouden.

Dan wil ik op deze plek graag terugverwijzen naar het moment waarop Zweden zijn wetgeving naar tevredenheid van de Commissie heeft aangepast. Het persbericht met de intrekking werd naar buiten gebracht op 18 maart 2010, toen het HvJ EU nog geen arrest had gewezen in *National Grid Indus.*<sup>425</sup> Gezien de eisen die de Commissie op dat moment stelde – ik heb hier in hoofdstuk 4 kort bij stilgestaan – verbaast het niet dat Zweden geen rente berekend en geen zekerheidsstelling verlangd. De Commissie accepteerde slechts lichte administratieve verplichtingen, namelijk een verklaring over het al dan niet nog in bezit hebben van de relevante activa. Een en ander leidt ertoe dat de Zweedse oplossing iets gunstiger voor de belastingplichtige is als het Nederlandse systeem. Dit mag ook blijken uit de toetsing die hierna volgt.

#### **Toetsing**

**Claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt veiliggesteld. Dat is overeenkomstig met het uitgangspunt. Beoordeling: (o).

**Overeenstemming met EU-recht:** Het betreft een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering:* Er wordt in beginsel overgegaan tot invordering op het moment van realisatie. Van eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie is dus geen sprake. De fictieve vrijval van vaste activa in vijf of tien termijnen voldoet aan de eisen van het HvJ EU in *DMC.*<sup>426</sup> Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?:* Kwijtschelding vindt niet plaats. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling: (o).
- *Waardedalingen na emigratie:* Met waardedalingen na emigratie wordt geen rekening gehouden. Het HvJ EU verlangt dit ook niet. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening:* Er wordt geen rente berekend. Welke vormgeving van de rente ook bedoeld is door het HvJ EU, het niet berekenen van rente is ruimer. Beoordeling: (+).
- *Zekerheidsstelling:* Er wordt geen zekerheidsstelling verlangd. Dat is voor belastingplichtige gunstiger dan het wel mogen eisen van zekerheidsstelling. Beoordeling: (+).
- *Administratieve verplichtingen:* Er zullen enkele administratieve verplichtingen zijn in verband met het uitstel tot het moment van realisatie, maar deze zijn in elk geval niet zodanig geweest dat de Commissie de infractieprocedure heeft doorgezet. Beoordeling: (o).

<sup>424</sup> Zie bijvoorbeeld: J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', WFR 2012/12, par. 4.4.1; F.P.G. Pötgens, 'exitheffingen; Quo vadunt?', VU Amsterdam: Kluwer 2012; F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb '69*, EU-rechtelijk onhoudbaar (NOB/LOF scriptieprijs), Deventer: Kluwer 2011, p. 91 t/m 96 en B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law (Student Edition)*, Kluwer: Deventer 2012, p. 514.

<sup>425</sup> Sterker nog, Hof Amsterdam had zijn prejudiciële vragen nog niet eens gesteld, daar de uitspraak waarin dit gebeurde dateert van 15 juli 2010 (zie Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. 08/00135, r.o. 4.7.8).

<sup>426</sup> Het HvJ EU accepteerde in *DMC* gespreide betaling in vijf termijnen, renteloos.

Het Zweedse systeem scoort bijzonder aardig in deze subtest. Ik kan geen knelpunten vinden en op twee vlakken is de Zweedse uitstelfaciliteit zelfs ruimer dan strikt noodzakelijk, hetgeen leidt tot een subtotaal van plus twee. Het uitgangspunt (o) is behaald. Beoordeling: (o).

**Haalbaarheid:** Zweden is erin geslaagd deze faciliteit te introduceren. Het zou me teleurstellen als dat in Nederland niet mocht lukken. De introductie van een overeenkomstige faciliteit zou echter wel nog het gehele wetgevingsproces moeten doorlopen. De kans is hierbij aanwezig dat de punten waarop de Zweedse regeling wat ruimer is dan noodzakelijk voor ophoud zorgen. Een afwachtende of zelfs star te noemen houding van de wetgever zou er bovendien toe leiden dat het initiatief tot wijzigingen achterwege blijft. Ik meen daarom te moeten waken voor een al te groot enthousiasme, zeker op korte termijn. Beoordeling (-).

**Uitvoerbaarheid en eenvoud:** Administratieve verplichtingen zijn kennelijk beperkt. Dat is in overeenstemming met het uitgangspunt. Beoordeling: (o).

**Totaalscore:** De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (-).

### 6.3.2 De Oostenrijkse uitstelfaciliteit

Oostenrijk legt een emigratieheffing op. Uitstel tot het moment van realisatie wordt op verzoek verleend.<sup>429</sup> Bijzonder daarbij is de terugname van eerder afgetrokken kosten voor zelfontwikkelde activa (er is voorzien in een tegenbewijsregeling), het feit dat rekening wordt gehouden met waardeverminderingen na het moment van emigratie voor zover de lidstaat van aankomst daar geen rekening mee houdt en de kwijtschelding van de nog openstaande rekening na tien jaar. Het uitstel is renteloos. Administratieve verplichtingen zijn mij niet bekend, doch het feit dat het realisatiemoment van belang is duidt op tenminste enige eisen. Er is mij niet geleden dat zekerheidsstelling is verlangd of rente wordt berekend.

#### *Toetsing*

**Claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt in eerste instantie veiliggesteld. Echter, de kwijtschelding van na tien jaar nog openstaande bedragen maakt hierop inbreuk. Het mogelijk in aanmerking moeten nemen van waardedalingen na emigratie is eveneens een (mogelijke) inbreuk. Dat betekent twee negatieve punten ten opzichte van het uitgangspunt. Beoordeling: (-/-).

**Overeenstemming met EU-recht:** Het betreft een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering:* Er wordt in beginsel overgegaan tot invordering op het moment van realisatie. Van eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie is dus geen sprake. De terugname van eerder geboden investeringskosten beschouw ik als antimisbruikregel, die ik vanwege het kunnen leveren van tegenbewijs voor lief neem. Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?:* Na tien jaar vindt kwijtschelding van de resterende belastingschuld plaats. Dit is ruimer dan de eisen die het HvJ EU heeft. Beoordeling: (+).
- *Waardedalingen na emigratie:* Met waardedalingen na emigratie wordt rekening gehouden als de lidstaat van aankomst dat niet doet. Dat is ruimer dan het HvJ EU verlangt. Beoordeling (+).

---

<sup>429</sup> Zie bijvoorbeeld: J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', par. 4.4.2 en F.P.G. Pötgens, 'exitheffingen; Quo vadunt?', VU Amsterdam: Kluwer 2012.

- *Renteberekening*: Er wordt geen rente berekend. Welke vormgeving van de rente ook bedoeld is door het HvJ EU, het niet berekenen van rente is ruimer. Beoordeling: (+).
- *Zekerheidsstelling*: Er wordt geen zekerheidsstelling verlangd. Dat is voor belastingplichtige gunstiger dan het wel mogen eisen van zekerheidsstelling. Beoordeling: (+).
- *Administratieve verplichtingen*: Er zullen enkele administratieve verplichtingen zijn in verband met het uitstel tot het moment van realisatie, maar deze zijn in elk geval niet zodanig geweest dat een infractieprocedure in gang is gezet. Beoordeling: (o).

Het Oostenrijkse systeem scoort niet alleen aardig in deze subtest, maar zelfs nog beter dan het Zweedse systeem. Ik kan geen knelpunten vinden en op liefst vier vlakken is de Oostenrijkse uitstelfaciliteit zelfs ruimer dan strikt noodzakelijk, hetgeen leidt tot een subtotaal van plus vier. Het uitgangspunt (o) is behaald. Beoordeling: (o).

**Haalbaarheid**: Oostenrijk is erin geslaagd deze faciliteit te introduceren. Echter de barmhartigheid van de Oostenrijkse oplossing is zeer groot. Met name dat een deel van de belastingclaim op twee manieren (door kwijtschelding na tien jaar en door het rekening houden met waardedalingen na emigratie in gevallen) verloren zou kunnen gaan weegt hierbij zwaar. Ik kan niet anders dan om die reden allesbehalve positief te zijn over de haalbaarheid van deze oplossing. Beoordeling: (-/-).

**Uitvoerbaarheid en eenvoud**: Administratieve verplichtingen zijn kennelijk beperkt. Dat is in overeenstemming met het uitgangspunt. Het leveren van tegenbewijs tegen de terugname van de aftrek van investeringskosten zou echter noodzakelijk kunnen zijn. Dat is een administratieve last, zowel voor de belastingplichtige die dit tegenbewijs moet leveren als voor de Belastingdienst die het moet beoordelen. Dit is echter wel een logisch gevolg van het gekozen systeem en daarbij passend. Bovendien is het gunstig voor de belastingplichtige. Beoordeling: (o).

**Totaalscore**: De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (-/-).

## 6.4 Uitstel-van-betalings-faciliteit 2.0

Uit het voorgaande moge blijken dat de Zweedse en Oostenrijkse wetgevers in hun vormgeving van de uitstelfaciliteiten de belangen van de belastingplichtigen hoger in het vaandel hebben gehad dan de Nederlandse wetgever. Achtergrond hiervan wordt ongetwijfeld gevormd door de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* en de daarop gebaseerde standpunten en/of acties van de Commissie. Duidelijk is dat zowel het Zweedse en Oostenrijkse systeem ruimer zijn dan strikt noodzakelijk volgens nieuwere jurisprudentie van het HvJ EU in de vorm van *National Grid Indus* en de daarop voortbordurende rechtspraak. In onderstaande tabel zijn de scores kort samengevat.

	Nederland (1) realisatiemoment	Nederland (2) tien termijnen	Zweedse uitstelfaciliteit	Oostenrijkse uitstelfaciliteit
Claimbehoud	(+)	(+)	(o)	(-/-)
Overeenstemming met EU recht				
<i>Moment van invordering</i>	(o)	(o)	(o)	(o)
<i>Kwijtschelding?</i>	(o)	(o)	(o)	(+)
<i>Waardedalingen na emigratie</i>	(o)	(o)	(o)	(+)
<i>Renteberekening</i>	(-/-)	(-)	(+)	(+)
<i>Zekerheidsstelling</i>	(-/-)	(-/-)	(+)	(+)
<i>Administratieve verplichtingen</i>	(-)	(+)	(o)	(o)
Totaaluitslag EU-recht	(-/-)	(-/-)	(o)	(o)
Haalbaarheid	(+)	(+)	(-)	(-/-)
Uitvoerbaarheid en eenvoud	(-)	(+)	(o)	(o)
<b>Totaaluitslag</b>	<b>(-/-)</b>	<b>(o)</b>	<b>(-)</b>	<b>(-/-)</b>
<b>Ranking</b>	<b>3</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>

Kwijtschelding van een na een bepaalde tijd nog openstaande belastingschuld en het rekening houden met waardedalingen na emigratie zoals Oostenrijk doet lijkt simpelweg uit den boze. Het niet berekenen van rente en het niet vereisen van zekerheden zoals naast Oostenrijk ook Zweden doet acht ik iets kansrijker, al zal de wetgever daarvoor moeten willen inzien dat het minimaliseren van de beperkingen die gegeneerd worden voor belastingplichtigen die hun ondernemingsactiviteiten *uit* Nederland verplaatsen een positieve uitstraling heeft voor belastingplichtigen die er over denken hun ondernemingsactiviteiten juist *naar* Nederland te verplaatsen. Het lijkt er echter op dat de Nederlandse wetgever gebruik wenst te maken van de ruimte die het HvJ EU laat. Dat zou betekenen dat imitatie van de Zweedse oplossing op deze punten ook niet meer dan een illusie is. De administratieve eisen die Zweden kent zijn minder vergaand en lijken hun doel even goed te bereiken. In ieder geval zijn ook deze eisen vriendelijke voor de belastingplichtige dan de eisen die Nederland stelt bij uitstel tot realisatie.

Dat Nederland de geboden ruimte – zoals meermaals gesteld – naar mijn idee overschrijdt brengt wel met zich dat op zijn minst enige aanpassingen vereist zijn. Er kan weliswaar rente worden berekend, maar pas vanaf het moment dat een bepaald deel van de belastingschuld invorderbaar wordt en slechts over dat deel. Het vereiste van de zekerheidsstelling zou zodanig moeten worden versoepeld dat ruimte is voor een onderzoek naar het daadwerkelijke risico op niet-invordering bij de belastingplichtige die kiest voor uitstel. De zekerheidsstelling zou bovendien beperkt moeten blijven tot het gedeelte van de belastingschuld waarover blijkt dat dit risico wordt gelopen. Voor beide punten kunnen desgewenst kaders worden omschreven in een (uitvoerings)besluit. De administratieve eisen moeten worden teruggebracht. Een overzicht van de *relevante* vermogenspositie kan veel beperkter zijn dan een gehele administratie naar Nederlandse fiscale maatstaven.

## 6.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de twee varianten van uitstel van betaling waarvoor de belastingplichtige in Nederland kan kiezen in plaats van een acute exitheffing getoetst aan het ontwikkelde toetsingskader. Daarnaast heb ik kort uiteengezet hoe twee andere lidstaten hun uitstelfaciliteit hebben vormgegeven. Gebleken is dat Oostenrijk en Zweden voor de belastingplichtige gunstigere keuzes hebben gemaakt wat betreft de renteberekening, de zekerheidsstelling en vereiste administratie (bij uitstel tot moment van realisatie (Oostenrijk en Zweden). Daarmee hebben deze

lidstaten de ruimte die het HvJ EU biedt correct ingevuld. Oostenrijk scheldt daarnaast na 10 jaar de nog openstaande schuld kwijt en houdt rekening met waardedalingen na emigratie, als de ontvangstaat dat niet doet. Deze invulling verlangt het HvJ EU niet en is aldus erg ruim. De Nederlandse uitstelfaciliteiten kennen knelpunten wat betreft het EU-recht bij de renteberekening, zekerheidsstelling en administratieve verplichtingen (bij uitstel van betaling tot het moment van realisatie). Een en ander is in onderstaande tabel kort samengevat:

Om de uitstelfaciliteiten EU-proof te maken zou Nederland moeten besluiten pas rente te berekenen als een deel van de belastingschuld invorderbaar wordt door realisatie. Zekerheidsstelling dient maatwerk te zijn, waarbij het daadwerkelijke risico op niet-invordering wordt onderzocht en slechts zekerheidsstelling wordt verlangd voor het deel van de belastingschuld waarvoor dat risico ook daadwerkelijk wordt gelopen. Administratieve verplichtingen kunnen worden afgezwakt tot slechts een overzicht van de relevante vermogensbestanddelen.

## Hoofdstuk 7: Alternatieven voor emigratieheffingen

### 7.1 Inleiding

Aanpassingen binnen de huidige systematiek van emigratieheffing plus uitstelfaciliteit zijn mogelijk, zo heb ik in het vorige hoofdstuk duidelijk willen maken. Er zijn echter ook geheel nieuwe systemen denkbaar, waarbij afscheid genomen zou worden van de emigratieheffingen of deze tenminste ingrijpende wijzigingen ondergaan. Aan dat soort oplossingsrichtingen is dit hoofdstuk gewijd. Ik benoem er een aantal:

- De Groot<sup>430</sup> heeft geschreven over het introduceren van een keuzerecht – vergelijkbaar met het keuzerecht van art. 2.5 Wet IB 2001 – in de vennootschapsbelasting. De buitenlandse belastingplichtige zou dan kunnen opteren voor een behandeling als binnenlandse belastingplichtige. Dit is overigens uitdrukkelijk niet specifiek een oplossingsrichting voor de emigratieheffingen, maar een voorstel dat breder uitwerkt.
- In Frankrijk<sup>431</sup> is door de wetgever een systeem geïntroduceerd waarbij op verzoek een fictieve vaste inrichting kan worden achtergelaten. Acute afrekening wordt daarmee voorkomen en de onderneming wordt daarbij tegen de oude boekwaarden ‘voortgezet’.
- In Duitsland is door het hoogste rechtscollege eveneens een vorm van voortgezette belastingplichtig geïntroduceerd. Ik heb dit besproken in hoofdstuk 3.
- Diverse varianten van compartimentering.<sup>432</sup>
- Een (in een richtlijn neergelegd) systeem voor de handel in exitclaims.<sup>433</sup> Kenmerk hiervan is dat de EU-lidstaten de belastingclaim die zij op belastingplichtigen hebben onderling afwickelen.
- Het matchen van de belastingbetaling in de vertrekstaat en de genoten belastingvoordelen in de ontvangstaat.<sup>434</sup>
- De invoering van een non-facultatieve Europese ondernemingswinstbelasting waarin onder andere geregeld is hoe met het grensoverschrijdend verplaatsen van ondernemingsactiviteiten dient te worden omgegaan.

Een aantal van deze alternatieven komt verder aan bod in dit hoofdstuk. Ik vang aan met het leerstuk van compartimentering. Daarna komt het clearingsysteem voor exitclaims aan bod. Als laatste onderzoek ik of en op welke wijze het matchen van de belastingbetaling in de vertrekstaat met belastingvoordelen in de ontvangstaat kan leiden tot een evenwichtig systeem. Ik kies juist voor deze alternatieven omdat deze expliciet zijn omschreven met in het achterhoofd de emigratieheffingen in de winstsfeer. Het keuzerecht in de vennootschapsbelasting en een Europese ondernemingswinstbelasting zijn meeromvattend dan alleen een alternatief voor emigratieheffingen

---

<sup>430</sup> W.J.H.A. de Groot, ‘Keuzestelsel in de vennootschapsbelasting na 2007?’, MBB 2006, nr. 2, blz. 52.

<sup>431</sup> Zie: J.W. Bellingwout en M. Koerts, ‘Cartesio, drie jaar later ...’, WFR 2012/12, par. 4.4.3.

<sup>432</sup> De varianten van compartimentering zie ik daarbij als één alternatief, waarvan de invulling op details afwijkt. Ik licht dat nog toe. In de literatuur is geschreven over compartimentering als oplossingsrichting voor de emigratieheffingen in de winstsfeer. Zie: <sup>432</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar’, WFR 2005/1613, par. 8; Conclusie A-G Wattel 28 augustus 2012, nr. 12/01453, onderdelen 1.3 en 8 en D.S. Smit, ‘De compartimenteringsleer en belastingverdragen’, TFO 2014/132.2. Ook de gang van zaken in Duitsland en Frankrijk kan als vorm van compartimentering worden gezien. Ik kom daarop kort terug.

<sup>433</sup> Zie: P.J. Wattel, ‘Handel in exitclaims’, NTFR 2002/303.

<sup>434</sup> Zie: B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 514.



in de winstsfeer en een beoordeling daarvan meen ik in deze scriptie niet te moeten doen. Gezien recente ontwikkelingen wijd ik wel nog enkele woorden aan harmonisatie op Europees niveau. De verkozen oplossingsrichting licht ik kort toe, alvorens ik deze aan een beschouwing en toetsing onderwerp. Een korte samenvatting en conclusie ronden dit hoofdstuk af.

## 7.2 Het leerstuk van compartimentering

Van compartimentering kan worden gesproken als een nieuw fiscaal regime van kracht wordt door een wijziging in de relevante feiten of regelgeving en – vanuit de achterliggende normen van de betrokken regeling en als vorm van overgangsrecht – nog deels van het oude regime wordt uitgegaan.<sup>435</sup> Een verandering van het toepasselijke fiscale regime kan zowel naar nationaal recht als naar internationaal recht (als gevolg van de regels in het toepasselijke belastingverdrag) plaatsvinden. Ik ga er hier vanuit dat toepassing van de compartimenteringsleer onder belastingverdragen mogelijk is. Ondersteuning daarvoor vind ik onder andere in de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het toewijzingsvraagstuk, die eerder aan de orde is geweest.<sup>436</sup> Uitdrukkelijk wijs ik erop dat een andere opvatting mogelijk is.<sup>437</sup>

In bovenstaande omschrijving van het begrip compartimentering is ook de essentie van de problematiek van de emigratieheffingen in de winstsfeer te herkennen: de verandering van de (verdrags)woonplaats van de belastingplichtige of de verplaatsing van een of meer vermogensbestanddelen van die belastingplichtige naar een andere (verdragsluitende) staat. Interessant is daarom om na te gaan of het leerstuk van compartimentering een alternatief kan vormen voor emigratieheffingen. De wijze waarop het compartimenteringsleerstuk uitwerkt is niet vastomlijnd. Een aantal ‘varianten’ van compartimentering bij de emigratieheffingen in de winstssfeer is te onderscheiden. Ik bespreek ze.

### ***Woonplaatsgebonden compartimentering***

Een systeem van ‘woonplaatsgebonden compartimentering’ is door Kemmeren geïntroduceerd<sup>438</sup> en later uitgewerkt<sup>439</sup>.

Bij emigratie wordt door de vertrekstaat niet een aanslag opgelegd, maar een voor bezwaar vatbare beschikking waarin is vastgelegd over welk inkomen de vertrekstaat heffingsbevoegd wenst te blijven. Het heffingsrecht over dit inkomen wordt toegekend aan de vertrekstaat; de ontvangststaat is heffingsbevoegd over de rest. Heffing over deze componenten vindt plaats bij realisatie en geschiedt in elk land volgens de daar geldende regels. Harmonisatie van belastingstelsels is daardoor niet vereist en er wordt zo gelijkstelling bereikt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende verplaatsingen. Waardedalingen na emigratie komen voor rekening van de vertrekstaat als deze geen onderdeel vormen van de belastinggrondslag in de ontvangststaat. Indien ‘dooremigratie’ plaatsvindt naar een land waar dit systeem niet geldt, is sprake van een belastbaar feit en kan tot acute heffing worden overgegaan. Een en ander kan worden vastgelegd in een verordening,

---

<sup>435</sup> Zie: D.S. Smit, ‘De compartimenteringsleer en belastingverdragen’, TFO 2014/132.2.

<sup>436</sup> Zie hiervoor in het bijzonder paragraaf 3.4.

<sup>437</sup> Smit zet dit treffend uiteen in zijn ‘juridisch toetsingskader’. Zie: D.S. Smit, ‘De compartimenteringsleer en belastingverdragen’, TFO 2014/132.2.

<sup>438</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*, Dongen: Pijnenburg 2001, p. 336 en 337.

<sup>439</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar’, WFR 2005/1613, par. 8.

bilateraal of multilateraal belastingverdrag. Tot slot vereist dit systeem dat tussen de betrokken landen sprake is van voldoende onderlinge bijstand bij de heffing en invordering.

### ***Opvolgend-inwonerschap-compartimentering***

Wattel heeft vrij recent een systeem van ‘opvolgend-inwonerschap-compartimentering’ omschreven.<sup>440</sup> Hij ziet een grote conceptuele gelijkenis tussen die vorm van compartimentering en wat hij noemt ‘opeenvolgende-verdragstatus-compartimentering’, dat in hoofdstuk 3 aan bod is gekomen.<sup>441</sup> Ook met het (causaal) toerekenen van resultaten aan een eerder aangehouden vaste inrichting, ziet hij enige (maar minder) overeenkomsten.<sup>442</sup>

Bij temporele compartimentering van meerwaarden – het door de tijd heen onderverdelen daarvan – zou acute belastingheffing middels een emigratieheffing niet nodig zijn omdat belastingheffing over die meerwaarden ook na emigratie, bij realisatie, mogelijk blijft. De ten tijde van emigratie bestaande meerwaarden worden als het ware geconserveerd en toegerekend aan een fictieve vaste inrichting die achterblijft.<sup>443</sup> Ten tijde van de realisatie is het vervolgens de jurisdictie waar de meerwaarden zijn opgebouwd die heffingsbevoegd is, niet de jurisdictie waar de meerwaarden worden gerealiseerd. Belastingplicht in het land waar meerwaarden zijn aangegroeid blijft in deze benadering bestaan tot de realisatie daarvan. Een goede administratie en de mogelijkheid om de meerwaarden te volgen zijn vereist.

### ***Compartimentering in de jurisprudentie***

Ook in de rechtspraak zijn elementen van de compartimenteringsleer terug te vinden. Ik doel hiermee op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het toerekeningsvraagstuk en de uitspraak van het Bundesfinanzhof die ik eerder heb besproken. Het betrof in die arresten kort gezegd het kunnen toerekenen van baten en lasten aan eerder uitgevoerde ondernemingsactiviteiten, terwijl de link met die ondernemingsactiviteiten (in de vorm van een vaste inrichting of vast middelpunt) op het moment van opkomen van die baten en lasten niet meer bestond.<sup>444</sup> Eén casus was hiervan verschillend en betrof een vernieuwd belastingverdrag waarin gewijzigde toerekeningsregels ten aanzien van een bepaalde inkomenscomponent waren opgenomen. Dit vereist volgens de Hoge Raad (in essentie) het opsplitsen van de (in casu vermogens)winst in een deel dat onder het oude en een deel dat onder het nieuwe verdrag valt.<sup>445</sup> Zonder al te veel fantasie kan in die arresten de compartimenteringsgedachte worden teruggezien: het doen toepassen van de regels op een niet meer bestaande situatie (feiten gewijzigd) of het doen toepassen van regels zoals die golden ten tijde van (een deel van) het opkomen van een vermogenswinst (regels gewijzigd). In het laatstgenoemde arrest was het overigens de Hoge Raad zelf die de term ‘compartimentering’

---

<sup>440</sup> Conclusie A-G Wattel 28 augustus 2012, nr. 12/01453, onderdelen 1.3 en 8.

<sup>441</sup> Zie in het bijzonder het in paragraaf 3.4 besproken arrest HR 12 juli 2002, nr. 36 954, BNB 2002/402 (Turkse nagekomen baten).

<sup>442</sup> Zie in het bijzonder het in paragraaf 3.4 besproken arresten HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110; HR 4 februari 1987, nr. 23 560, BNB 1987/131 en HR 26 maart 1991, nr. 26 409, BNB 1991/204.

<sup>443</sup> Het achterlaten van een fictie vaste inrichting en het daaraan blijven toerekenen van de voorheen gedreven onderneming zoals dat in Frankrijk mogelijk is lijkt sterk op deze omschrijving. Ook het Franse systeem zie ik daarom ook als vorm van compartimenteren.

<sup>444</sup> HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110 (Indonesische schade-uitkering); HR 4 februari 1987, nr. 23 560, BNB 1987/131; HR 26 maart 1991, nr. 26 409, BNB 1991/204; Bundesfinanzhof 12 oktober 2010, IR 99/09; en HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38.

<sup>445</sup> HR 12 juli 2002, nr. 36 954, BNB 2002/402.

bezigde. Smit merkt op dat in het meest recente arrest in deze serie<sup>446</sup> de Hoge Raad de compartimenteringsgedachte van het Bundesfinanzhof de zijne heeft gemaakt in de spiegelbeeldige situatie en het nog slechts een kleine stap is om uit te gaan van ‘verdragscompartimentering’, gelet hierop.<sup>447</sup>

### **Beschouwing**

Ondertussen zijn drie aanduidingen – ‘woonplaatsgebonden compartimentering’, ‘opvolgend-inwonerschap-compartimentering’ en ‘verdragscompartimentering’ – de revue gepasseerd voor iets dat naar mijn idee in feite de manifestatie is van één gedachte: het toekennen van het heffingsrecht over ongerealiseerde meerwaarden aan het land waar ze zijn ontstaan, ook al vindt realisatie plaats op een moment dat de vermogensbestanddelen waarin deze meerwaarden zijn begrepen onderdeel uitmaken van een (deel van een) onderneming die in een ander land wordt uitgeoefend, zodat een emigratieheffing bij de grensoverschrijding niet benodigd is. Om die reden zie ik ‘compartimentering’ (*sensu lato* dus) als één alternatief systeem voor emigratieheffingen.

Bij het opzetten van dat ene alternatief compartimentering moeten wel nog enige keuzes gemaakt worden over de exacte invulling. Het systeem dat ik uiteindelijk ga toetsen, destilleer ik uit de eerder weergegeven ideeën. De volgende componenten maken deel uit van het systeem dat ik zal toetsen:

Het neerleggen van een voor bezwaar vatbare beschikking waarin wordt aangegeven over welk inkomen (en dus welke ongerealiseerde meerwaarden) de vertrekstaat wenst te heffen acht ik passend. Kemmeren geeft naar mijn mening terecht aan dat hiermee de rechtszekerheid (van zowel belastingplichtige als vertrekstaat) is gediend en dat mogelijk lastige discussies in de (verre) toekomst worden zo voorkomen. Ook is dit volgens hem een proportionele maatregel.<sup>448</sup> De beschikking die Kemmeren bedoelt doet geen belastingschuld ontstaan, in tegenstelling tot een aanslag.<sup>449</sup> In *National Grid Indus* is inmiddels duidelijk geworden dat het vaststellen van de belastingschuld geen probleem vormt, zodat dit punt naar mijn idee van weinig belang meer is.<sup>450</sup>

Invordering vindt plaats bij realisatie van de meerwaarden en hiertoe dient een adequate administratie bijgehouden te worden. Juist doordat bekend is (er is immers de beschikking) over welke inkomensbestanddelen de vertrekstaat het heffingsrecht wenst te behouden kan die administratie tot een minimum beperkt blijven. Bovendien moet er sprake zijn van effectieve bijstand voor de heffing en invordering tussen de partijen die kiezen voor dit systeem.

---

<sup>446</sup> HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38.

<sup>447</sup> Zie: D.S. Smit, ‘De compartimenteringsleer en belastingverdragen’, TFO 2014/132.2.

<sup>448</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar’, WFR 2005/1613, par. 8.

<sup>449</sup> Overigens is een belastingaanslag ook een beschikking. Dit gezien de definitie die in art. 1:3, tweede lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is neergelegd. De Belastingdienst is het bestuursorgaan (art. 1:1, eerste lid Awb) dat de beschikking oplegt, waartegen de belastingplichtige als belanghebbende (art. 1:2, eerste lid Awb) bezwaar kan maken als daartoe een wettelijk voorschrift bestaat (art. 1:5 Awb).

<sup>450</sup> De kredietwaardigheid van de betrokkene kan nog opgeworpen worden, maar ik zie geen (economische) verschillen tussen het uitstellen van een belastingschuld en de latente belastingclaim die ontstaat door de beschikking waarmee het later in de heffing te betrekken inkomen wordt vastgesteld. Dit is anders als er over de aanslag – zoals Nederland nu naar mijn ongenoegen doet – rente wordt berekend.

Waardedalingen na emigratie zijn niet de zaak van de vertrekstaat nu het heffingsrecht daarover toekomt aan de ontvangstaat. (Invorderings)rente gaat lopen op hetzelfde moment en op dezelfde wijze als waarvan sprake zou zijn in een binnenlandse situatie. Zekerheidsstelling is niet vereist.

Uit mijn betoog in hoofdstuk 3 en hierboven kan worden afgeleid dat ik van mening ben dat niets in de weg staat van het eenzijdig toepassen van de compartimenteringsleer door Nederland. Desalniettemin meen ik dat een dergelijk systeem beter tot zijn recht komt als dit een (gezamenlijke keuze) is van de verdragsluitende staten of liever nog alle EU-lidstaten samen. Bij zo'n gezamenlijke keuze kunnen eventuele begeleidende regels ook worden gecoördineerd, wat bijdraagt aan een uniforme toepassing<sup>451</sup>.

### **Toetsing**

**Criterium claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt veiliggesteld. Dat is overeenkomstig met het uitgangspunt. Beoordeling: (o).

**Criterium overeenstemming met EU-recht:** Het opleggen van de beschikking betreft een beperking van de vrijheid van vestiging, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering:* De vertrekstaat gaat over tot invordering van de belasting over het vastgestelde inkomen op het moment van realisatie. Eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie is daardoor niet aan de orde. Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?:* Kwijtschelding vindt niet plaats. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling: (o).
- *Waardedalingen na emigratie:* Met waardedalingen wordt in de ontvangstaat rekening gehouden, zoals het HvJ lijkt te eisen. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening:* De vertrekstaat berekent geen rente. Rente in de ontvangstaat kan worden berekend vanaf invorderbaar worden belastingschuld. Beoordeling: (o).
- *Zekerheidsstelling:* Er worden geen zekerheden verlangd. Beoordeling: (+).
- *Administratieve verplichtingen:* In de vertrekstaat zijn enkele administratieve verplichtingen in verband met het kunnen volgen van de latente belastingclaim. In de ontvangstaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (o).

Het alternatief van compartimentering scoort behoorlijk in deze subtest, met een subtotaal van plus één. Het uitgangspunt wordt daarmee behaald. Bovendien is er sprake van enige positieve integratie als het systeem wordt vastgelegd in een richtlijn of verordening. Beoordeling: (+).

**Criterium haalbaarheid:** Ik heb geconstateerd dat niets aan de weg staat aan een eenzijdige invoering van dit alternatief. Dat is aanmerkelijk makkelijker te realiseren dan een gecoördineerde aanpak, waarvoor ik mijn voorkeur heb uitgesproken. Desalniettemin laat ik het eerste punt positief meewegen. Beoordeling (+).

**Criterium uitvoerbaarheid en eenvoud:** In de vertrekstaat zijn enkele administratieve verplichtingen in verband met het kunnen volgen van de latente belastingclaim. In de ontvangstaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (o).

---

<sup>451</sup> Een uniforme toepassing van de compartimenteringsleer welteverstaan. Elke verdragsluitende of EU-lidstaat blijft uiteraard zijn eigen belastingheffing toepassen.

**Totaalscore:** De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (+/+).

### **7.3 Handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims<sup>452</sup>**

Wattel betoogt kort gezegd dat emigratieheffingen in een interne markt 'ondingen' zijn die zorgen voor afrekenverplichtingen op ongewenste momenten en daardoor belemmeringen opwerpen, terwijl binnen die interne markt personen zich – en hun kapitaal – vrij moeten kunnen bewegen zonder met belastingheffing geconfronteerd worden op het moment dat er van realisatie nog geen sprake is. In wat abstracter termen omschreven: de 'claimopbouwjurisdictie' is een andere als de 'realisatiejurisdictie'. Deze 'jurisdictiefragmentering' moeten volgens hem worden opgelost op interstatelijk niveau, waar het wordt veroorzaakt.

#### ***Werking oplossing***

Wattel spreekt de voorkeur uit voor een systeem waarbij de belastingclaim als het ware mee-emigreert met de belastingplichtige van de ene lidstaat naar de andere. Dit systeem, dat uiteenvalt in een handelscomponent (de eerste hiernavolgende alinea) en een macroclearingcomponent (de tweede hiernavolgende alinea) zou in een richtlijn moeten worden vastgelegd.

Om een en ander te bereiken dient de ontvangststaat de belastingclaim van de vertrekstaat over te kopen. Hiertoe zouden de betrokken lidstaten de waarde van de fiscale claim van de vertrekstaat moeten bepalen, daarbij rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden, kansen en onzekerheden. De vertrekstaat heeft op deze wijze zijn belastingclaim direct gerealiseerd. De belastingplichtige blijft zijn vermogensbestanddelen in de ontvangststaat tegen dezelfde boekwaarden opnemen in zijn rapportage. De ontvangststaat verkrijgt zo een fiscale claim. De 'exitclaims' worden zo tussen de twee lidstaten afgewikkeld, zonder dat de belastingplichtige wordt belemmerd bij zijn grensoverschrijdende verplaatsing, tenminste dat is de gedachte.

Het tussen twee lidstaten afrekenen van de verhandelde belastingclaims kan praktisch worden ingestoken. Alle in een belastingjaar ge- en verkochte belastingclaims worden gesaldeerd en voor zover deze overlappen tegen elkaar weggestreept, waarna de resterende rekening (inclusief rentevergoeding over een gemiddelde krediettermijn) kan worden betaald.

Op het moment dat de belastingplichtige wederom emigreert, kan de claim opnieuw worden overgenomen als het weer een lidstaat betreft, of worden afgerekend als het een niet-lidstaat betreft. Op deze wijze blijven de belemmeringen van emigratieheffingen alleen nog aan de buitengrenzen van de EU ontstaan.

#### ***Beschouwing***

In dit voorgestelde systeem wordt bij de emigratie van de belastingplichtige geen aanslag of ander soort beschikking afgegeven. Het regelen en betalen van de exitclaim gebeurt 'achter de schermen' tussen de lidstaten en de belastingplichtige merkt hier niets van. Enkele gedachten over de toelaatbaarheid van dit systeem binnen de EU wil ik hieronder delen.

De vertrekstaat beperkt de vrijheid van vestiging van de belastingplichtige op geen enkele wijze, terwijl deze wel de belastingclaim betaald krijgt (door de ontvangststaat). Dat over de hoogte hiervan onderhandeld wordt is een gevolg van de keuze voor dit systeem.

---

<sup>452</sup> Zie: P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', NTFR 2002/303.

De ontvangststaat verlangt dat de belastingplichtige de fiscale boekwaarden uit de vertrekstaat blijft hanteren. Wordt in een andere situatie een persoon belastingplichtig door het gaan drijven van ondernemingsactiviteiten, dan kan deze zijn vermogensbestanddelen op zijn openingsbalans waarden tegen de waarde in het economische verkeer (step-up).<sup>453</sup> Als dat het geval is wordt de grensoverschrijdende situatie (de binnenkomende ondernemer) ongunstiger behandeld als de vergelijkbare binnenlandse situatie (iemand die nog niet belastingplichtig was wordt dat wel). Dit houdt een beperking van de vrijheid van vestiging in, die gerechtvaardigd dient te worden. Die rechtvaardiging kan worden gevonden in het feit dat met dit systeem de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component, wordt nagestreefd. Het overnemen van de boekwaarden is een noodzakelijk vereiste voor de werking van dit alternatief. Ik ga ervanuit dat het HvJ EU dit inziet. Het belasten van de van de vertrekstaat overgenomen ongerealiseerde meerwaarden gebeurt verder volgens het belastingstelsel van de ontvangststaat, zoals dat ook bij de vergelijkbare binnenlandse situatie gebeurt zodat de verdere toetsing op Europeesrechtelijk gebied niet op problemen mag stuiten.

Bewust maak ik hiervoor de nuance 'mag', want dat belastingheffing over de ongerealiseerde meerwaarden plaatsvindt volgens het stelsel van de ontvangststaat betekent ook dat hiermee door de belastingplichtige mogelijk een ander bedrag over de betrokken (ongerealiseerde) meerwaarden wordt betaald als in het geval waarin de vertrekstaat een reguliere emigratieheffing had opgelegd. Verschillen kunnen zitten in het belastingtarief of de manier waarop bepaalde inkomsten in de heffing worden betrokken. Het voorgaande is naar mijn mening geen probleem voor de Europeesrechtelijke houdbaarheid, want zoals in hoofdstuk 4 geconstateerd garandeert de vrijheid van vestiging niet dat een grensoverschrijdende verplaatsing zonder negatieve fiscale gevolgen kan plaatsvinden.

### ***Toetsing***

**Criterium claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt in beginsel veiliggesteld. Directe betaling (door de ontvangststaat) is bovendien gunstig voor de schatkist en is de facto hetzelfde als directe invordering. Echter, over de hoogte van de betaling moet door de betrokken partijen worden onderhandeld. Dat kan ertoe leiden dat minder wordt betaald door de vertrekstaat dan op aanslag zou zijn vastgesteld. Dit is echter een gevolg van de bewuste keuze voor dit systeem. Dat wil ik niet veroordelen. Deze twee punten combinerend, een positief en een negatief aspect, ben ik van mening dat aan het uitgangspunt is voldaan. Beoordeling: (o).

**Criterium overeenstemming met EU-recht:** Het overnemen van de boekwaarden door de ontvangststaat brengt een beperking van de vrijheid met zich, die gerechtvaardigd zal moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

- *Moment van invordering:* De ontvangststaat gaat over tot belastingheffing over het vastgestelde inkomen op het moment van realisatie. Eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie is daardoor niet aan de orde. Beoordeling: (o).

---

<sup>453</sup> Tenminste, zo werkt het in Nederland. Zoals besproken in hoofdstuk 4 signaleert de Commissie echter dat hierin verschillen tussen de lidstaten bestaan. De aanpak die de Commissie voor zich ziet is er een van wederzijdse erkenning en dat is precies wat in het nu besproken alternatief gebeurt. Die wederzijdse erkenning is ook een oplossing voor het wel hanteren van dezelfde waarderingsmethode (boekwaarde of waarde economisch verkeer) maar het desondanks op een ander bedrag waarden van de overgebrachte activa. Ik kan me zo voorstellen dat de Commissie deze component uit dit alternatief toejuicht.

- *Kwijtschelding?*: Kwijtschelding vindt niet plaats. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling: (o).
- *Waardedalingen na emigratie*: Met waardedalingen wordt in de ontvangstaat rekening gehouden, zoals het HvJ lijkt te eisen. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening*: De vertrekstaat berekent geen rente. Rente in de ontvangstaat kan worden berekend vanaf invorderbaar worden belastingschuld. Beoordeling: (o).
- *Zekerheidsstelling*: Er worden geen zekerheden verlangd. Beoordeling: (+).
- *Administratieve verplichtingen*: In de vertrekstaat zijn geen administratieve verplichtingen. In de ontvangstaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (+).

Het alternatief van de handel in exitclaims scoort behoorlijk in deze subtest, met een subtotaal van plus twee. Het uitgangspunt wordt daarmee behaald. Bovendien is er sprake van enige positieve integratie omdat het om een richtlijn zou gaan. Beoordeling: (+).

**Criterium haalbaarheid**: Het betreft een systeem dat in een richtlijn wordt vastgelegd. Coördinatie is daarom vereist. Beoordeling (o).

**Criterium uitvoerbaarheid en eenvoud**: In de vertrekstaat zijn geen administratieve verplichtingen. In de ontvangstaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (+).

**Totaalscore**: De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (+/+).

## 7.4 Koppeling tussen belastingbetaling en belastingvoordelen

Terra en Wattel<sup>455</sup> geven de kaders voor nog een oplossingsrichting aan. De ontvangstaat wordt daarbij expliciet in de analyse betrokken door de voordelen van het daar kunnen afschrijven te vergelijken met de betaling van de emigratieheffing in de vertrekstaat.

### *Werking oplossing*

Als (i) de ongerealiseerde meerwaarden die door de vertrekstaat worden belast even groot zijn als de step-up die in de ontvangstaat wordt geboden – idealiter zou dan het geval zijn – én (ii) de gemiddelde afschrijvingsperiode voor de activa in de ontvangstaat overeenkomt met de te betalen termijnen in de vertrekstaat dan heffen de emigratieheffing in de vertrekstaat en de belastingvoordelen in de ontvangstaat elkaar min of meer op.

Bovendien zou de ontvangstaat de step-up die hiervoor benodigd is moeten bieden als dat ook wordt gedaan in de vergelijkbare binnenlandse situatie (een niet-belastingplichtige wordt belastingplichtig) en om consequent te zijn als er ook een emigratieheffing wordt gehanteerd.

Een ander voorstel van het koppelen van de belastingbetaling in de vertrekstaat en de ontvangen voordelen ontvangstaat is geïntroduceerd door De Smit, in zijn masterscriptie.<sup>456</sup> De regels ter voorkoming van dubbele belasting zoals die ook gelden bij het overbrengen van activa tussen hoofdhuis en buitenlandse vaste inrichting en buitenlandse vaste inrichtingen onderling spelen hierin een cruciale rol.

<sup>455</sup> B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (Student Edition), Kluwer: Deventer 2012, p. 514.

<sup>456</sup> Zie: R.C. de Smit, 'Exitheffingen in de winstfeer, conserveren of voorkomen?' 10 augustus 2009 (Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam), p. 17 t/m 19.

Te raadplegen via: [thesis.eur.nl/pub/6053/Smit,%20R.C.%20de.doc](https://thesis.eur.nl/pub/6053/Smit,%20R.C.%20de.doc).

In het voorstel van De Smit legt de vertrekstaat een emigratieheffing op. De ontvangststaat hanteert geen step-up. Op het moment van realisatie betreft de ontvangststaat de gerealiseerde meerwaarden in zijn belastingheffing, terwijl tegelijkertijd een voorkoming van dubbele belasting wordt toegekend voor de waardeangroei die door de vertrekstaat in zijn emigratieheffing is betrokken. De vertrekstaat gaat op dat moment over tot invordering van het deel van de emigratieheffing die ziet op het betrokken vermogensbestanddeel. Op deze wijze wordt de betaling van de emigratieheffing in de vertrekstaat gekoppeld aan de ontvangen voordelen in de ontvangststaat.

### **Beschouwing**

In dit systeem is het aan de ontvangststaat om de beperking van de vrijheid van vestiging die in de vertrekstaat het gevolg is van de emigratieheffing op te lossen. Oplossing daarvan vindt plaats door het *neutraliseren* van de beperking: tegenover heffing in de vertrekstaat staan voordelen in de ontvangststaat. Van belang daarbij is het volgende. In het arrest *Amurta*<sup>457</sup> is gebleken dat een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden geneutraliseerd door het toepasselijke belastingverdrag:

“De Nederlandse regering verklaart dat het DBV (IL: dubbelbelastingverdrag) deel uitmaakt van het op het hoofdgeding toepasselijke rechtskader. Al voorziet het DBV niet in een volledig belastingkrediet, het is van belang te weten of er een reële mogelijkheid bestaat om het verschil in behandeling te neutraliseren. In dat geval leveren de Nederlandse regels inzake de vrijstelling van de bronbelasting op dividenden geen enkele belemmering op voor het vrij verkeer van kapitaal. Niettemin staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de totale belastingdruk voor ingezetenen en niet-ingezetenen gelijk is.”

Het HvJ EU neemt een toepasselijk belastingverdrag dus expliciet mee in zijn beoordeling of sprake is van een beperking van het vrije kapitaalverkeer<sup>458</sup> en ziet dus niet eerst een beperking daarvan die vervolgens wordt gerechtvaardigd door de neutralisatie van het verschil in behandeling. Het is aan de nationale rechter te beoordelen of hiervan sprake is. Een oplossing die voldoet aan dit vereiste uit *Amurta* kan dus bij het toetsingscriterium dat betrekking heeft op het EU-recht als ‘niveau-2-oplossing (geen beperking van de vrijheid van vestiging) worden gezien. Een unilaterale regeling van een andere lidstaat kan er overigens niet toe leiden dat een lidstaat is ontheven van de verplichtingen die op hem rusten ingevolge heeft. *Amurta* betrof het vrije kapitaalverkeer, uit het arrest *Denkavit*<sup>459</sup> maak ik op dat het HvJ EU neutralisatie ook mogelijk acht als het de vrijheid van vestiging betreft:

“Er moet dus worden vastgesteld dat de toepassing van het Frans-Nederlands verdrag in samenhang met de relevante Nederlandse wettelijke regeling het onmogelijk maakt, de gevolgen van de in het kader van het antwoord op de eerste vraag vastgestelde beperking van de vrijheid van vestiging te neutraliseren.”

Na een lange overpeinzing komen bij mij een aantal vragen op, die ik hier onder bespreek.

---

<sup>457</sup> HvJ EU 8 november 2007, zaak C-379/05, *Amurta*, punt 70.

<sup>458</sup> Hoewel *Amurta* het vrije kapitaalverkeer betrof zie ik geen enkele reden waarom dit oordeel niet eveneens voor de overige verdragsvrijheden zou gelden.

<sup>459</sup> HvJ EU 14 december 2006, zaak C-170/05, *Denkavit Internationaal*, punt 47.



### *Wat moet worden geneutraliseerd?*

Bij de hierboven overgenomen passage uit *Amurta* heb ik dubbele gevoelens. Het is mij allerm minst duidelijk wat er precies moet worden geneutraliseerd. Het slot van de tweede volzin bevat de frase “*het verschil in behandeling [te] neutraliseren*”. Bij de emigratieheffingen in de winstsfeer is het verschil in verschil in behandeling erin gelegen dat door de vertrekstaat in de grensoverschrijdende situatie eerder wordt geheven dan in de binnenlandse situatie. Met de bovenstaande zinsnede in het achterhoofd zou dan geconcludeerd kunnen worden dat die eerdere belastingheffing moet worden geneutraliseerd om te kunnen constateren dat er geen sprake is van enige belemmering van de vrijheid van vestiging.

Het slot van de vierde volzin daarentegen dicteert dat “het aan de verwijzende rechter [is] om na te gaan of *de totale belastingdruk* voor ingezetenen en niet-ingezetenen gelijk is”. Het ‘min of meer’ opheffen zoals Terra en Wattel bedoelen is dan zeker niet voldoende voor het Europeesrechtelijk houdbaar zijn van deze oplossing. Ook in het systeem zoals dat is uitgewerkt door De Smit moet dan zorg worden gedragen voor het volledig neutraliseren van de emigratieheffing door de ontvangstaat. Tariefsverschillen en het op een andere wijze in de heffing betrekken van inkomensbestanddelen komen op als mogelijke spelbrekers. Voor de verschillen in belastingstelsels bevat het voorstel van De Smit naar mijn mening voldoende uitwegen, omdat kort gezegd een deel van de emigratieheffing slechts wordt geïnd als daarvoor ook een voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven. Dat is het aantrekkelijke van het voorstel van De Smit. Tariefverschillen zouden er nog toe kunnen leiden dat de emigratieheffing hoger is dan de voorkoming waard is als de vrijstellingsmethode wordt gehanteerd.<sup>460</sup> Dit kan echter vrij eenvoudig worden opgelost, namelijk door de belastingheffing in de vertrekstaat te maximeren tot het bedrag dat de voorkoming van dubbele belasting in de ontvangstaat waard is. Lastiger wordt het als de verrekeningsmethode wordt gehanteerd. Deze ingrepen doen echter wel af aan het relatieve gemak van de oplossing.

Ik meen echter dat de eerste uitleg de juiste is. Immers, het HvJ EU heeft in de arresten die betrekking hebben op de emigratieheffingen in de winstsfeer in klare taal aangegeven dat de vertrekstaat gerechtigd is ongerealiseerde meerwaarden in de heffing te betrekken. De tweede uitleg zou een serieuze inperking van dat recht inhouden. Bovendien heeft het HvJ EU herhaaldelijk aangegeven dat de vrijheid van vestiging niet garandeert dat de grensoverschrijding zonder nadelige fiscale gevolgen kan plaatsvinden. De lidstaten zijn immers niet gedwongen hun belastingstelsels op elkaar af te stemmen om nadelige gevolgen van dispariteiten of dislocaties te voorkomen.<sup>461</sup> Het vereisen van een neutralisatie van de totale belastingheffing zou daartoe mijns inziens wel (gedeeltelijk) dwingen. Ik ga er daarom vanuit dat het verschil in behandeling, de eerdere heffing, hetgeen is dat moet worden geneutraliseerd.

### *Kan neutralisatie worden bereikt?*

Een belastingplichtige die eerst zijn gehele onderneming in de vertrekstaat drijft (zonder een vaste inrichting in een andere staat te hebben) en vervolgens op enig moment zijn onderneming vanuit de ontvangstaat gaat uitoefenen met medeneming van alle vermogensbestanddelen (zodat geen vaste inrichting achterblijft) zal na voorkoming van dubbele belasting geen last meer hebben van timingsverschillen als ik het goed zie. Dat kan anders zijn als er een vaste inrichting in het spel is

---

<sup>460</sup> Bij wijze van voorbeeld: heffing over 100 tegen een tarief van 25% is meer als een vrijstelling van diezelfde 100 waard is bij een tarief van 15%.

<sup>461</sup> De termen dispariteiten en dislocaties zijn in hoofdstuk 4 aan bod gekomen.

(geweest) en wereldwinst in de hoofdhuistaat zo beperkt is dat van een effectieve toepassing van de beoogde voorkoming van dubbele belasting effectief nog geen sprake is. De Smit zet dit treffend uiteen. Ik meen dan ook dat de vertrekstaat in dit systeem pas tot invordering kan overgaan als de voorkoming van dubbele belasting effectief wordt in die zin dat deze ook leidt tot een verminderde belastingdruk in de ontvangststaat.

Al met al meen ik dat een effectieve en volledige – zoals in *Amurta* geëist – neutralisatie van de eerdere belastingheffing in de vertrekstaat door de ontvangststaat mogelijk is. De vertrekstaat is daarmee ‘veilig’. Echter, ook in dit alternatief wordt door de ontvangstsstaat geen step-up gehanteerd, wat een beperking van de vrijheid van vestiging door die staat inhoudt. De rechtvaardiging die hiervoor kan worden gevonden is exact dezelfde als in het hiervoor besproken voorstel van de handel in exitclaims. Het niet hanteren van een step-up is een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaansrecht van dit systeem en dient er slechts toe de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component, te garanderen. Bovendien garandeert dat de vrijheid van vestiging niet dat een grensoverschrijdende verplaatsing zonder negatieve fiscale gevolgen kan plaatsvinden.

*Wordt neutralisatie ook geaccepteerd bij de emigratieheffingen in de winstsfeer?*

Van belang is wel te constateren dat in *Amurta* de heffing en verrekening van een bronheffing, om precies te zijn de dividendbelasting centraal stond. Die kent een geheel andere heffingssystematiek, waarbij geconstateerd kan worden dat het een gevestigde praktijk is om in bilaterale gevallen de in bronstaat een bronheffing te hanteren en in de woonstaat verrekening van die bronheffing te verlenen.<sup>462</sup> Om die reden ben ik er allerm minst zeker van dat neutralisatie wel mogelijk is. Aan de andere kant blijkt uit *Amurta* wel dat de neutralisatie in het belastingverdrag moet zijn vastgelegd. Ik verwacht daarom wel dat het HvJ EU in die omstandigheden eerder geneigd zal zijn neutralisatie te accepteren. Gezien het laatste acht ik het opportuun dit alternatief wel mee te nemen in de beoordeling.

*De ontvangststaat*

Evenals in het alternatief van de handel in exitclaims wordt in dit systeem door de ontvangstsstaat geen step-up gehanteerd, wat een beperking van de vrijheid van vestiging door die staat inhoudt. De rechtvaardiging die hiervoor kan worden gevonden is exact dezelfde. Het niet hanteren van een step-up is een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaansrecht van dit systeem en dient er slechts toe de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, verbonden met een temporele component, te garanderen.

**Toetsing**

**Criterium claimbehoud:** De latente belastingclaim wordt veiliggesteld. Dat is overeenkomstig met het uitgangspunt. Beoordeling: (o).

**Criterium overeenstemming met EU-recht:** Het betreft een beperking van de vrijheid van vestiging in zowel de verstrek- als de ontvangststaat. De beperking in de vertrekstaat moet geneutraliseerd worden. De beperking in de vertrekstaat zal gerechtvaardigd moeten worden. Beoordeling (o) is daarom het uitgangspunt.

---

<sup>462</sup> Deze systematiek is terug te vinden in art. 10 en 23B OESO-modelverdrag.

- *Moment van invordering*: De ontvangststaat gaat over tot belastingheffing op het moment van realisatie. De vertrekstaat gaat over tot invordering op het moment dat de voorkoming van dubbele belasting effectief wordt. Tezamen is van eerdere heffing dan in de binnenlandse situatie geen sprake. Beoordeling: (o).
- *Kwijtschelding?*: Kwijtschelding vindt niet plaats. Het HvJ EU vereist dit overigens niet. Beoordeling: (o).
- *Waardedalingen na emigratie*: Met waardedalingen wordt in de ontvangststaat rekening gehouden, zoals het HvJ lijkt te eisen. Beoordeling: (o).
- *Renteberekening*: De vertrekstaat berekent geen rente. Rente in de ontvangststaat kan worden berekend vanaf invorderbaar worden belastingschuld. Beoordeling: (o).
- *Zekerheidsstelling*: Er worden geen zekerheden verlangd. Beoordeling: (+).
- *Administratieve verplichtingen*: In de vertrekstaat zijn enkele administratieve verplichtingen in verband met het kunnen volgen van de latente belastingclaim. In de ontvangststaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (o).

Het alternatief van de handel in exitclaims scoort behoorlijk in deze subtest, met een subtotaal van plus één. Het uitgangspunt wordt daarmee behaald. Bovendien kan er sprake zijn van enige positieve integratie als dit systeem wordt neergelegd in een richtlijn. Beoordeling: (+).

**Criterium haalbaarheid**: Doordat neutralisatie door het toepasselijke belastingverdrag moet worden geregeld is aanpassing van de verdragen vereist. Aldus is coördinatie vereist. Beoordeling (o).

**Criterium uitvoerbaarheid en eenvoud**: In de vertrekstaat zijn enkele administratieve verplichtingen in verband met het kunnen volgen van de latente belastingclaim. In de ontvangststaat is een aldaar normale administratie vereist. Beoordeling: (o).

**Totaalscore**: De beoordeling op alle vier de criteria opgesomd, resulteert in de totaalscore (+/+).

## 7.5 Emigratieheffingen nieuwe stijl

De voorgaande omschrijving en toetsing van de alternatieven voor emigratieheffingen stemmen wellicht niet al te optimistisch. Geen van de onderzochte alternatieven komt op alle criteria positief uit de toets. Sterker nog, eigenlijk blijkt simpelweg dat volledige bevrediging van alle belangen niet mogelijk. Dat is ook wel logisch, als bedacht wordt dat belastingplichtige en lidstaten nu eenmaal tegenstrijdige belangen hebben. Bij grensoverschrijding komt daarbij dat op de een of andere manier ‘greep’ op de belastingheffing moet worden gehouden. Geen enkel alternatief is voorts van die orde dat daarmee volledige positieve integratie wordt bereikt. Alle drie de onderzochte alternatieven brengen echter – bij EU-wijde invoering – enige positieve integratie met zich. Dat is positief. De beoordeling van alle alternatieven die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen zijn te zien in onderstaande tabel.

	Compartimentering	Clearingsysteem	Neutralisatie beperking
Claimbehoud	(o)	(o)	(o)
Overeenstemming met EU recht			
<i>Moment van invordering</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Kwijtschelding?</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Waardedalingen na emigratie</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Renteberekening</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Zekerheidsstelling</i>	(+)	(+)	(+)
<i>Administratieve verplichtingen</i>	(o)	(+)	(o)
Totaaluitslag EU-recht	(+)	(+)	(+)
Haalbaarheid	(+)	(o)	(o)
Uitvoerbaarheid en eenvoud	(o)	(+)	(o)
<b>Totaaluitslag</b>	<b>(+/-)</b>	<b>(+/-)</b>	<b>(+/-)</b>
<b>Ranking</b>	<b>gelijk</b>	<b>gelijk</b>	<b>gelijk</b>

Ik meen dat recente ontwikkelingen<sup>464</sup> in Europa reden zijn die EU-wijde invoering te bekijken. Daarbij stap ik over het criterium van haalbaarheid heen, omdat als de neuzen dezelfde kant op wijzen het moeten coördineren van een aanpak het probleem niet mag vormen. Zo kan worden bekeken welk systeem het beste scoort op de theoretische punten en in de praktische uitvoering ervan. De uitkomst ziet dan als volgt uit.

	Compartimentering	Clearingsysteem	Neutralisatie beperking
Claimbehoud	(o)	(o)	(o)
Overeenstemming met EU recht			
<i>Moment van invordering</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Kwijtschelding?</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Waardedalingen na emigratie</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Renteberekening</i>	(o)	(o)	(o)
<i>Zekerheidsstelling</i>	(+)	(+)	(+)
<i>Administratieve verplichtingen</i>	(o)	(+)	(o)
Totaaluitslag EU-recht	(+)	(+)	(+)
Haalbaarheid	(o)	(+)	(o)
Uitvoerbaarheid en eenvoud	(o)	(+)	(o)
<b>Totaaluitslag</b>	<b>(+)</b>	<b>(+/-)</b>	<b>(+)</b>
<b>Ranking</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>2</b>

Het handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims komt na deze toetsing als beste systeem uit de bus. Oorzaak daarvan is gelegen in het niet meer hoeven volgen van de belastingplichtige in de vertrekstaat.

Eerder heb ik geschreven dat van volledige positieve integratie sprake kan zijn als wordt gekomen tot een Europese non-facultatieve ondernemingswinstbelasting. Wellicht op dit moment nog utopisch, maar zoals vermeld lijken steeds meer lidstaten zich bewust te worden van de voordelen

<sup>464</sup> De recente Luxleaks affaire is hier in mijn ogen een grote drijfveer achter. Kort gezegd komt deze erop neer dat steeds duidelijker wordt hoe multinationals op grote schaal belastingen ontwijken. Op het wereldwijde web zijn diverse uitgebreide dossiers over Luxleaks terug te vinden. Een voorbeeld: <http://www.mo.be/dossiers/luxembourg-leaks>

Kamerlid voor Groenlinks Klaver heeft op 10 december kamervragen gesteld: kv-tk-2014Z22734.

De auteur van het artikel 'Commission Pledges to Push New EU Tax Rules as 'Lux leaks' Expand' suggereert zelfs dat de CCCTB weer op de agenda komt. Het artikel is online te raadplegen: <https://euro-insight.com/posts/commission-pledges-to-push-new-eu-tax-rules-as-lux-leaks-expand-3369>

hiervan. Groeiende ergernis over belastingplichtigen die gebruik trachten te maken van dispariteiten zou zo wel eens de stimulerende factor kunnen zijn achter het heroverwegen van een Europese ondernemingswinstbelasting. Zie ik het goed, dan kan het handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims daarin bovendien zonder al te veel problemen worden ingevoerd. Is voorts sprake van een gezamenlijke grondslag en/of tarief, dan vervalt het nadelige effect van het moeten onderhandelen over de hoogte van het bedrag dat de ontvangststaat aan de vertrekstaat moet betalen. Dat bedrag volgt dan immers uit direct uit de gezamenlijke grondslag en/of tarief. Op het criterium van claimbehoud resulteert dan een verhoogde score.

Onderstaande tabel maakt duidelijk dat het EU-proof maken van de uitstelfaciliteiten niet tot een hogere score leidt als het handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims. Zoals min of meer al vroeg in deze scriptie tussen de regels te lezen was geniet het heeft invoeren van een nieuw systeem, waarbij bovendien van enige (of volledige, zie boven) positieve integratie sprake is, mijn absolute voorkeur.

	Nederland (1) realisatiemoment	Nederland (2) tien termijnen	Zweedse uitstelfaciliteit	Oostenrijkse uitstelfaciliteit
Claimbehoud	(+)	(+)	(o)	(-/-)
Overeenstemming met EU recht				
<i>Moment van invordering</i>	(o)	(o)	(o)	(o)
<i>Kwijtschelding?</i>	(o)	(o)	(o)	(+)
<i>Waardedalingen na emigratie</i>	(o)	(o)	(o)	(+)
<i>Renteberekening</i>	(-/-)	(-)	(+)	(+)
<i>Zekerheidsstelling</i>	(-/-)	(-/-)	(+)	(+)
<i>Administratieve verplichtingen</i>	(-)	(+)	(o)	(o)
Totaaluitslag EU-recht	(-/-)	(-/-)	(o)	(o)
Haalbaarheid				
Uitvoerbaarheid en eenvoud	(-)	(+)	(o)	(o)
<b>Totaaluitslag</b>	<b>(-/-)</b>	<b>(o)</b>	<b>(o)</b>	<b>(-/-)</b>

Duidelijk is dat de benodigde coördinatie veel tijd zal vergen. Een politieke component, maar zeker ook het feit dat een goed functionerende regeling in de stijgers moet worden gezet. In de tussentijd ligt de speelbal bij de Nederlandse wetgever. Die zal allereerst moeten zorgen voor het EU-proof maken van de uitstelfaciliteiten. Daarna kan de aandacht worden verlegd naar het invoeren van de hierboven omschreven oplossing.

## 7.6 Samenvatting en conclusie

Alternatieve systemen voor emigratieheffingen stonden centraal in dit hoofdstuk. Ik heb stilgestaan bij de wijze waarop de compartimenteringsgedachte, waarbij kort gezegd een onderverdeling van de ongerealiseerde meerwaarden tussen de betrokken staten leidend is, kan worden ingezet als alternatief voor acute heffing bij emigratie. Vervolgens is een systeem van handel in exitclaims (en de onderlinge betaling daarvan) tussen de lidstaten aan de orde gekomen. Het laatste alternatief betreft een koppeling van de betaling van de emigratieheffing in de verkregen voordelen in de ontvangststaat. In het bijzonder heb ik stilgestaan bij een systematiek waarin de regels ter voorkoming van dubbele belasting kunnen worden ingezet om deze afstemming te bereiken.

Toetsing van de drie alternatieven leidde niet meteen tot een duidelijke uitkomst. Alle alternatieven hebben hun voor- en nadelen. Omdat ik binnen Europa ontwikkelingen zie die uiteindelijk kunnen leiden tot het beter coördineren van belastingstelsel heb ik de moeite die nodig is om dit te bereiken

buiten beschouwing gelaten, uitgaande van een gezamenlijke visie. Het resultaat is dat één alternatief als beste uit de toetsing komt. Dat is het handels- en macroclearingsysteem voor exitclaims, dat kort gezegd inhoudt dat de vertrekstaat de betaling van de emigratieheffing niet ontvangt van de emigrerende belastingplichtige, maar van de ontvangststaat. De belastingplichtige is zo gevrijwaard van verdere verplichtingen in de vertrekstaat. De ontvangststaat ontvangt de vergoeding hiervoor indirect via de belastingplichtige omdat deze in de ontvangststaat de oude boekwaarden blijft hanteren. Heffing kan zo plaatsvinden bij daadwerkelijke realisatie. De betaling wordt pragmatisch ingestoken door tussen de lidstaten openstaande claims met elkaar te verrekenen en het restant uit te betalen. Bijkomend voordeel van dit alternatief is dat het naar mijn mening uitstekend zou passen binnen een Europese ondernemingswinstbelasting.

## Hoofdstuk 8      **Samenvatting en conclusie**

Over alle met in Nederland uitgeoefende ondernemingsactiviteiten behaalde voordelen, ongeacht de vorm waarin deze opkomen, de zogenoemde totaalwinst, wenst de Nederlandse fiscale wetgever belasting te heffen. Het totaalwinstbeginsel is daarmee hét centrale begrip in de winst uit onderneming die in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is geregeld. Waar heffingsrechten verloren dreigen te gaan ingeval vermogensbestanddelen naar het buitenland worden verplaatst, omdat van realisatie van de voordelen nog geen sprake is, tezamen met een verplaatsing van de belastingplichtige zelf, grijpt de wetgever in met emigratieheffingen, thans art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet Vpb 1969. De emigratieheffingen hebben geen ander doel dan het dienen van het totaalwinstbeginsel, dat hiermee als dé randvoorwaarde op nationaal fiscaalrechtelijk gebied kan worden omschreven.

Emigratieheffingen dienen te passen binnen de in internationale verstandhoudingen afgesproken verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen staten. Het OESO-modelverdrag en het daarbij behorende commentaar is hierbij leidend, al blijkt uit de ratio hiervan en de invulling die rechterlijke instanties hieraan geven dat het opleggen van emigratieheffingen niet nodig behoeft te zijn om de belastingheffing over ongerealiseerde meerwaarden veilig te stellen. De randvoorwaarde op het gebied van het internationale belastingrecht, een correcte verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen verschillende staten, is er daarmee een van behoorlijke flexibiliteit.

Dat met emigratieheffingen op een eerder moment tot belastingheffing wordt overgegaan dan in een binnenlandse situatie gebruikelijk is, vormt een serieuze beperking van de interne markt, met de daarbij behorende vrijheid van vestiging, waarvan de lidstaten van de EU hebben afgesproken deze te creëren. Een dergelijke beperking is alleen toegestaan indien hiermee met een daarvoor geschikte maatregel een dwingende reden van algemeen belang is gediend en de beperking niet verder gaat dan hiervoor noodzakelijk is. Het veiligstellen van de heffingsrechten door de lidstaten is een dergelijke dwingende reden van algemeen belang en een emigratieheffing is hiervoor ook een geschikt middel. De exacte vormgeving van emigratieheffingen is van doorslaggevende invloed op het al dan niet doorgang kunnen vinden hiervan, waarbij echter opgemerkt dient te worden dat nog diverse vragen open staan. Aandacht hiervoor bij het opstellen van alternatieven voor de huidige systematiek is dan ook zeer geboden en behoort tot de randvoorwaarden op het gebied van het Europese belastingrecht. Een maatregel die geen beperking van de vrijheid van vestiging met zich brengt is uiteraard ook goed te keuren vanuit een EU-perspectief. Wordt daarenboven (gedeeltelijke) positieve integratie bereikt, dan is dat alleen maar toe te juichen.

Oplossingen heb ik getoetst aan een viertal criteria. Met het criterium 'claimbehoud' wordt tot uitdrukking gebracht dat de wetgever wenst te heffen over de totaalwinst. Ook van belang is dat een oplossing in overeenstemming met het EU-recht is. Het criterium 'overeenstemming met EU-recht' valt uiteen in een aantal componenten, waarmee ik wil aangeven dat er kan worden gezocht naar een oplossing in de vorm van positieve integratie, maar ook dat oplossingen die weliswaar niet voor positieve integratie zorgen, maar de vrijheid van vestiging van de belastingplichtige niet beperken of gerechtvaardigd beperken, geoorloofd zijn. Daarnaast is van belang dat een oplossing haalbaar blijkt en in de praktijk goed toegepast kan worden. Deze punten zijn vervat in de criteria 'haalbaarheid' en 'uitvoerbaarheid en eenvoud'.

Vier vormgevingen van uitstel van betaling voor emigratieheffingen in de winstsfeer heb ik vergeleken. De twee Nederlandse opties, uitstel tot het moment van realisatie en de betaling in tien jaarlijkse termijnen, heb ik vergeleken met de Zweedse en Oostenrijkse varianten. Duidelijk is geworden dat Zweden en Oostenrijk gunstigere faciliteiten hebben. Hoewel ik de kans niet groot acht dat deze worden overgenomen zijn maar mijn mening wel aanpassingen nodig om het Nederlandse systeem in overeenstemming met het EU-recht te brengen. Pas op het moment dat een deel van de belastingschuld invorderbaar wordt zou daarover rente berekend mogen worden. Bij het vereisen van zekerheden van de belanghebbende moet sprake zijn van maatwerk. Alleen als er sprake is van een reëel risico op niet-invordering mogen zekerheden worden verlangd. De zekerheden mogen bovendien slechts verlangd worden voor het deel van de belastingschuld waarover die risico's worden gelopen. De administratie die aan de Nederlandse fiscus overhandigt dient te worden, moet tenslotte beperkt zijn tot het broodnodige, een overzicht van de relevante vermogensbestanddelen.

Ook heb ik drie alternatieve systemen onderzocht. Dit betroffen een uitwerking van de compartimenteringsgedachte, een systeem waarbij tussen de EU-lidstaten wordt 'gehandeld' in de belastingclaims die met de emigratieheffingen gepaard gaan en tenslotte een systematiek waarbij de belastingheffing in de vertrekstaat wordt opgeheven door het verlenen van een voorkoming van dubbele belasting. Compartimentering is kortgezegd een vorm van overgangsrecht waarbij een regime dat op een goed moment niet meer van kracht is toch nog deels wordt toegepast. Concreet betekent dit dat op het moment dat de belastingplichtige emigreert de vertrekstaat aangeeft over welke inkomsten hij wenst te heffen. Die heffing vindt dan plaats op het moment dat de betrokken inkomsten worden gerealiseerd, ook al heeft de belastingplichtige dan alle aanknopingspunten met de vertrekstaat verloren. Het systeem van de handel in exitclaims houdt in dat de belastingplichtige na emigratie niet geconfronteerd wordt met een emigratieheffing, maar de ontvangstaat de betaling hiervan op zich neemt. Over de hoogte van de claim onderhandelen de vertrek- en ontvangstaat. In ruil voor deze betaling verkrijgt de ontvangstaat de heffingsrechten over de meerwaarden die hij heeft vergoed aan de vertrekstaat. Bij realisatie van de meerwaarden betaalt de belastingplichtige belasting in de ontvangstaat. Deze 'handel' wordt bijgestaan door een macroclearingsysteem dat in essentie een praktische uitwerking is van de betaling van de claims over en weer tussen de lidstaten. Tot slot is vastgesteld hoe de regels die de voorkoming van dubbele belasting regelen kunnen worden ingezet om de emigratieheffing in de vertrekstaat te neutraliseren in de ontvangstaat. Nadat ik heb geconstateerd dat er recentelijk aanwijzingen zijn te vinden dat coördinatie tussen de lidstaten op gang lijkt te komen heb ik het toetsingskader iets aangepast om die gedachte uit te drukken. Gevolg is de handel in en de macroclearing van exitclaims het beste alternatief bleek. Ik heb bovendien gesteld dat dit systeem goed zou passen in een eventuele Europese ondernemingswinstbelasting.

De vraag die ik in deze scriptie centraal hebt gesteld luidt als volgt:

*Op welke wijze kan de wetgever de emigratieheffingen in de winstsfeer inrichten zodat maximaal recht wordt gedaan aan de randvoorwaarden die op nationaal, internationaal en Europees fiscaalrechtelijk gebied hiervoor onderscheiden kunnen worden?*



Gebleken is dat de Nederlandse faciliteiten voor uitstel van betaling van de emigratieheffing aanpassing behoeven, met name om op het gebied van de renteberekening, de zekerheidsstelling en de administratieve vereisten op Europeesrechtelijk gebied in de pas te lopen.

Er is ook een alternatief systeem voorgesteld, waarin de handel in exitclaims en de onderlinge betaling daarvan tussen de lidstaten centraal staat. Dit systeem vereist coördinatie op Europees gebied, zodat het strikt genomen niet alleen aan de Nederlandse wetgever is, maar aan de wetgevers van alle EU-lidstaten. Uiteindelijk kan dit alternatief worden ingepast in een Europese ondernemingswinstbelasting.

Rest mij nog antwoord te geven op de vraag die ik in de ondertitel van deze scriptie heb gesteld. Of het tot een gecoördineerde aanpak komt is aan de politiek. Ik heb met deze scriptie willen laten zien dat oplossingen denkbaar zijn. Dat is een fijne gedachte om mee af te sluiten.

## Bijlagen

### Overzicht infractieprocedures

Aankondiging EC	Lidstaat	Status
27 januari 2011, nr. IP/11/78	Ierland	Infractieprocedure loopt nog
22 maart 2012, nr. IP/12/285	Verenigd Koninkrijk	Infractieprocedure loopt nog
18 maart 2010, nr. IP/10/299	Belgie	ingetrokken: 18 maart 2010, IP/10/299.
18 September 2008, nr. IP/08/1362	Zweden	ingetrokken: 18 maart 2010, IP/10/299.
27 November 2008, nr. IP/08/1813	Spanje	Arrest: HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-269/09.
27 November 2008, nr. IP/08/1813	Portugal	Arrest: HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10.
24 november 2010, nr. IP/10/1565	Nederland	Arrest: HvJ EU 31 januari 2013, nr. C-301/11.
27 November 2008, nr. IP/08/1813	Spanje	Arrest: HvJ EU 25 april 2013, nr. C-64/11.
24 november 2010, nr. IP/10/1565	Denemarken	Arrest: HvJ EU 18 juli 2013, nr. C-261/11.

**Overzicht toetsing emigratieheffing door Hof van Justitie: vergelijking natuurlijke personen - vennootschappen**

Onderwerp	Natuurlijke personen <i>Conclusies De Lasteyrie du Saillant + N</i>	Vennootschappen <i>Conclusies National Grid Indus (tenzij anders vermeldt)</i>	Vennootschappen <i>Vragen naar aanleiding van National Grid Indus (tenzij anders vermeldt)</i>
Toegang tot de vrijheid van vestiging	Geen problemen voor onderdanen met nationaliteit van een lidstaat.	Indien zetelverplaatsing met behoud van hoedanigheid van vennootschap kan plaatsvinden.	Emigratieheffing ook toetsbaar indien beeindiging hoedanigheid vennootschap? ( <i>Commissie v. Portugal</i> )
Beperking van de vrijheid van vestiging	Eerdere heffing bij grensoverschrijdende verplaatsing vergeleken met binnenlandse verplaatsing; niet verklaard door objectief verschil in situatie.	Eerdere heffing bij grensoverschrijdende verplaatsing vergeleken met binnenlandse verplaatsing; niet verklaard door objectief verschil in situatie.	
Rechtvaardigingsgrond	Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, in verbinding met een temperele component.	Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, in verbinding met een temperele component. Maar ook (want overlap): de samenhang van het belastingstelsel: winsten belast, verliezen in aftrek.	
Geschiktheid emigratieheffing	Emigratieheffing stelt heffing veilig en is daarvoor geschikt middel.	Emigratieheffing stelt heffing veilig en is daarvoor geschikt middel.	
Proportionaliteit emigratieheffing			
- <i>Vaststelling belastingschuld</i>	Lidstaat van vertrek moet rekening houden met toekomstige waardedalingen aandelenpakket.	Definitief vaststellen belastingschuld toegestaan; lidstaat van vertrek hoeft geen rekening te houden met waardedalingen; waardevermindering voor rekening ontvangstland.	Te allen tijde step-up in ontvangstland?
- <i>Invoering van belastingschuld</i>	Automatisch uitstel van betaling, renteloos.	Keuzemogelijkheid tussen directe invoering of uitstel van betaling tot realisatie relevante vermogensbestanddelen, inclusief renteberekening, toegestaan.	Vormgeving renteberekening: rente vanaf moment vaststelling belastingschuld of moment realisatie?
		Ingeval van vermogensbestanddelen welke niet bedoeld zijn om te worden gerealiseerd mag voor uitstel bij andere <i>trigger</i> worden aangesloten ( <i>Commissie v. Denemarken</i> ).	Vormgeving <i>triggers</i> ? ( <i>Commissie v. Denemarken</i> ).
		Keuzemogelijkheid tussen directe invoering of gespreide betaling in 5 jaarlijkse termijnen, renteloos, toegestaan (DMC).	Vormgeving uitstel: trade-off aantal termijnen - rente? (DMC)
- <i>Administratieve verplichtingen</i>	Geen bijkomende administratieve verplichtingen.	Jaarlijks terugkomende administratieve verplichtingen: overzicht vermogensbestanddelen en melding maken van realisatie.	
- <i>Risico niet-invoering</i>	Er mag geen zekerheidstelling verlangd worden i.v.m. risico op niet-invoering.	Ingeval van echt en bewezen risico op niet-invoering kan zekerheidstelling in de vorm van een bankgarantie worden verlangd (Arcade Drilling AS + DMC).	Toetsing echt en bewezen risico altijd maatwerk? (Arcade Drilling AS + DMC).
			Bankgarantie voor volledig bedrag of een deel?

## Literatuurlijst

### Jurisprudentie Europese rechtsprekende instanties (incl. conclusies)

- EVA-hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11, *Arcade Drilling AS*
  
- HvJ EU 27 september 1988, zaak 81/87, *Daily mail*
- HvJ EU 28 januari 1992, zaak C-204/90, *Bachmann*
- HvJ EU 26 januari 1993, zaak C-112/91, *Werner*
- HvJ EU 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Schumacker*
- HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard*
- HvJ EU 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*
- HvJ EU 27 juni 1996, zaak C-107/94, *Asscher*
- HvJ EU 15 mei 1997, zaak C-250/95, *Futura Participations*
- HvJ EU 12 juli 1997, zaak C-28/95, *Leur-Bloem*
- HvJ EU 12 mei 1998, zaak C-336/96, *Gilly*
- HvJ EU 9 maart 1999, zaak C-212/97, *Centros*
- HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97, *Saint-Gobain*
- HvJ EU 13 april 2000, zaak C-251-98, *Baars*
- HvJ EU 5 november 2002, zaak C-208/00, *Überseering*
- HvJ EU 21 november 2002, zaak C-4360/00, *X en Y*
- HvJ EU 18 september 2003, zaak C-168/01, *Bosal Holding*
- HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*
- HvJ EU 29 april 2004, zaak C-224/02, *Pusa*
- HvJ EU 7 september 2004, zaak C-319/02, *Manninen*
- HvJ EU 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *Caixa Bank*
- HvJ EU 12 juli 2005, zaak C-403/03, *Schempp*
- HvJ EU 13 december 2005, zaak C-466/03, *Marks & Spencer II*
- HvJ EU 23 februari 2006, zaak C-513/03, *Van Hilten-Van der Heijden*
- HvJ EU 7 september 2006, zaak C-470/04, *N*
- HvJ EU 3 oktober 2006, zaak C-452/04, *Fidum Finanz*
- HvJ EU 9 november 2006, zaak C-520/04, *Turpeinen*
- HvJ EU 14 november 2006, zaak C-513/04, *Kerckhaert-Morres*
- HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*
- HvJ EU 12 december 2006, zaak C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*
- HvJ EU 12 december 2006, zaak C-524/04, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*
- HvJ EU 14 december 2006, zaak C-170/05, *Denkavit Internationaal*
- HvJ EU 13 maart 2007, zaak C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*
- HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-102/05, *Skatteverket v. A en B*
- HvJ EU 10 mei 2007, zaak C-492/04, *Lasertec*

- HvJ EU 24 mei 2007, zaak C-157/05, *Holbock*
  - HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231/05, *Oy AA*
  - HvJ EU 8 november 2007, zaak C-379/05, *Amurta*
  - HvJ EU 6 december 2007, zaak C-298/05, *Columbus Container Services*
  - HvJ EU 15 mei 2008, zaak C-414/06, *Lidl Belgium*
  - HvJ EU 26 juni 2008, zaak C-284/06, *Burda*
  - HvJ EU 23 oktober 2008, zaak C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*
  - HvJ EU 16 december 2008, zaak C-210/06, *Cartesio*
  - HvJ EU 22 december 2008, zaak C-282/07, *Truck Center*
  - HvJ EU 27 januari 2009, zaak C- 318/07, *Persche*
  - HvJ EU 12 februari 2009, zaak C-67/08, *Block*
  - HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-439/07, *KBC Bank*
  - HvJ EU 18 juni 2009, zaak C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*
  - HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-128/08, *Damseaux*
  - HvJ EU 17 september 2009, zaak C-182/08, *Glaxo Wellcome*
  - HvJ EU 21 januari 2010, zaak C-311/08, *SGL*
  - HvJ EU 11 maart 2010, zaak C-440/08, *Gielen*
  - HvJ EU 15 april 2010, zaak C-96/08, *CIBA*
  - HvJ EU 10 februari 2011, zaken C-436/08 en C-437/08, *Haribo en Salinen*
  - HvJ EU 5 mei 2011, zaak C-384/09, *Prunus*
  - HvJ EU 30 juni 2011, zaak C-262/09, *Meilicke II*
  - HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *National Grid Indus*, BNB 2012/40
  - HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken. C-338/11 t/m C-347/11, *Santander e.a.*
  - HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/10, *Vale*
  - HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, *Commissie v. Spanje.*
  - HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-31/11, *Scheunemann*
  - HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18/11, *Philips Electronics UK Ltd*
  - HvJ EU 6 september 2012, zaak C-38/10, *Commissie v. Portugal*
  - HvJ EU 13 november 2012, zaak C-35/11, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation (II)*
  - HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, *Commissie v. Nederland*
  - HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-123/11, *A Oy*
  - HvJ EU 25 april 2013, zaak C-64/11, *Commissie v. Spanje*
  - HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-261/11, *Commissie v. Denemarken*
  - HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, *DMC*
  - HvJ EU 5 juni 2014, gevoegde zaken C-24/12 en C-27/12, *X BV en TBG Limited*
  - HvJ EU 12 juni 2014, gevoegde zaken C-39/13 t/m C-41/13, *SCA Group e.a.. (V-N 2014/30.9)*
- 
- Conclusie A-G Damon 7 juni 1988, zaak C-81/87
  - Conclusie A-G Jacobs 21 maart 2002, zaak C-136/00
  - Conclusie A-G Mengozzi 28 juni 2012, zaak C-38/10

**Jurisprudentie nationale rechtsprekende instanties (incl. conclusies)**

- HR 11 maart 1926, B. 3788
- HR 26 juni 1957, nr. 13 219, BNB 1957/268
- HR 21 oktober 1959, nr. 14 034, BNB 1959/358
- HR 5 december 1990, nr. 26 844, BNB 1991/28
- HR 28 oktober 1959, nr. 14 047, BNB 1959/374
- HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272
- HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208
- HR 20 mei 1953, nr. 11 031, BNB 1953/190
- HR 5 oktober 1955, nr. 12 401, BNB 1955/346
- HR 4 april 1951, B. 8970
- HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, V-N 2013/12.18
- HR 15 november 2000, nr. 35 694, BNB 2001/61
- HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, BNB 1998/50
- HR 27 april 1994, nr. 28 500, BNB 1994/208
- HR 15 november 2000, nr. 35 694, BNB 2001/61
- HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163
- HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, BNB 2013/94
- HR 18 juni 1952, B. 9247.
- HR 12 februari 1954, nr. 11 656, BNB 1952/112
- HR 21 januari 2011, nr. 10/0056, BNB 2011/98
- HR 3 maart 2011, nr. 10/04026, BNB 2011/127
- HR 22 december 1971, nr. 16 650, BNB 1973/120
- HR 3 oktober 2003, nr. 37 513, BNB 2004/264
- HR 3 oktober 2003, nr. 37 513, FED 2003/649
- HR 23 september 1993, nr. 27 293, BNB 1993/193
- HR 14 februari 1951, B. 8945
- HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, BNB 2013/94
- HR 25 februari 1976, nr. 17 804, BNB 1976/110
- HR 4 februari 1987, nr. 23 560, BNB 1987/131
- HR 26 augustus 1981, nr. 20 413, BNB 1981/307
- HR 26 maart 1991, nr. 26 409, BNB 1991/204
- HR 12 juli 2002, nr. 36 954, BNB 2002/402
- HR 8 november 2002, nr. 37 796, BNB 2003/73
- HR 1 juli 1981, nr. 20 450, BNB 1981/318.
- HR 3 oktober 1990, nr. 25 897, BNB 1991/16.
- HR 15 november 2000, nr. 35 195, BNB 2001/99
- HR 14 december 2001, nr. 36 602, BNB 2002/222
- HR 19 maart 2010, nr. 08/01448, BNB 2010/213
- HR 19 maart 2010, nr. 08/02813, BNB 2010/2014
- HR 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379
- HR 6 december 2013, nr. 12/00252, BNB 2014/38

- Conclusie A-G van Soest 25 februari 1976, nr. 17 804
- Conclusie A-G Verburg 27 maart 1991, nr. 26 409
- Conclusie A-G Van Kalmthout 31 mei 2000, nrs. 35 195 & 35 694
- Conclusie A-G Wattel 28 augustus 2012, nr. 12/01453
  
- Hof Leeuwarden 31 januari 1990, nr. 494/89, BNB 1991/157
- Hof 's-Gravenhage 31 december 1993, nr. 93/1555, FED 1994/181
- Hof Amsterdam 15 juli 2010, nr. 08/00135
- Hof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, V-N 2012/46.19
  
- Bundesfinanzhof 12 oktober 2010, IR 99/09

### **Boeken en naslagwerken**

- P.G.H. Albert, *Vaste inrichting*, FED Fiscale brochures, FED: Deventer 1994
- C. Barnard, *The substantive law of the EU: the Four Freedoms*, New York: Oxford University press 2010
- F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb '69, EU-rechtelijk onhoudbaar* (NOB/LOF scriptieprijs), Deventer: Kluwer 2011
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, FED Fiscale studiereserie, Kluwer: Deventer, 2014
- E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*, Dongen: Pijnenburg 2001
- A.O. Lubbers, *Foutenleer*, FM nr. 95, Kluwer Deventer 2000
- R. Russo, *Herinvesteringsreserve*, Fiscale Monografieën nr. 62, Kluwer Deventer 2004
- E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, Kluwer : Deventer 2014
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law (Student Edition)*, Kluwer: Deventer 2012
  
- Fiscale encyclopedie de Vakstudie, Algemeen Deel
- Fiscale encyclopedie de Vakstudie, Wet IB 2001
- Fiscale encyclopedie de Vakstudie, Wet Vpb 1969 2001
  
- P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*
- C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*
- J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*
- D.M. Weber e.a., *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*

## **Artikelen**

- P.G.H. Albert, 'vaste inrichting en aftrek tvvdb', TFO 2001/97
- J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', WFR 2012/12
- R. de Graaff en A. de Haan, 'National Grid vs. N: verenigbaar of niet?', WFR 2012/612
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Vijf jaar Wet IB 2001' (redactie: A.C. Rijkers en H. Vording), hoofdstuk 13: Exitheffingen in de Wet IB 2001, Kluwer, Deventer 2006
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', WFR 2005/1613
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', TFO 2011/108
- M.V. Lambooy, 'De exitheffing: geconserveerd of toch niet?', NTFR Beschouwingen 2012/11
- M.V. Lambooy, 'Exitheffingen: particulier vs onderneming: zoek de verschillen', NTFR Beschouwingen 2013/3
- A.O. Lubbers en R. van Scharrenburg, 'Confrontatie tussen de totaalwinst en jaarwinst', WFR 2007/1007
- P.J.J.M. Peeters, 'Winsttoerekening aan vaste inrichtingen', TFO 2011/122.
- F.P.G. Pötgens, 'exitheffingen; Quo vadunt?', VU Amsterdam: Kluwer 2012
- D.S. Smit, 'De compartimenteringsleer en belastingverdragen', TFO 2014/132.2
- R.C. de Smit, 'Exitheffingen in de winstsfeer: noodzakelijk?', in: P. Kavelaars, Totaalwinst, Rotterdam: Service Point Erasmus Universiteit 2011.
- D. van Sprundel en K. Dans, 'Whether or Not Interest Income Should Fall under the Scope of the Tonnage Tax Regime', European Taxation December 2011
- D.E. van Sprundel, 'Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof', WFR 2012/914
- M. Vrouwenvelder, De 'fictieve niet-vaste inrichting' artikel 4 lid 4 OESO-modelverdrag 1977, Stichting Moret Fonds, 1992
- P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', NTFR 2002/303

## **Kamerstukken, brieven en beleid**

- Kamerstukken II 1955/56, nr. 4080, nr. 5
- Kamerstukken II 1957/58, nr. 4080, nr. 7
- Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3
- Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3
- Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7
- Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3
- Kamerstukken II 2011/12, nr. 33 262, nr. 3
- Kamerstukken II 2012/13, 33 262, nr. 3
- Eerste Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 33 262, B
- Eerste Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 33 262, C



- Besluit van 26 januari 1996, nr. DG096/0691, V-N 1996/754
- Besluit van 6 maart 2001, nr. CPP2000/3020M, par. 5, BNB 2001/230
- Besluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, BNB 2012/41
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, nr. DB/2012/460U, par. 4.
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, V-N 2011/12

### **Officiële publicaties**

- Stb. 2010, 346
- Stb. 2013, 183
- Trb. 1977, 169
- Trb. 1985, 79

### **Europese Commissie, Europees parlement en Raad van Ministers**

- Europese Commissie, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief
- Europese Commissie, 18 maart 2010, IP/10/299, NTFR 2010/1513
- Europees Parlement, 14 juni 2012, 2012/2669(RSP).
- Raad van Ministers, 2 december 2008, nr. 104449.

### **Richtlijnen en verordeningen**

- Richtlijn 90/435/EG
- Richtlijn 2009/133/EG
- Richtlijn 2003/49/EG
- Richtlijn 2003/48/EG
- Verordening 2157/2001/EG, 8 oktober 2001, PbEg 2001 L 294/1
- Verordening 1435/2003/EG, 22 juli 2003, PbEU 2003 L 207/1

### **Buitenlandse regelgeving**

- 'Finance (No.2) Act 2013' (Ierland):  
<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/bills/2013/10213/b10213d.pdf>
- 'Deferral of payment of exit charges' (Verenigd Koninkrijk):  
[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/191554/corporation\\_tax\\_deferral\\_of\\_payment\\_of\\_exit\\_charges.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191554/corporation_tax_deferral_of_payment_of_exit_charges.pdf)

## Overige

- Ambtelijk voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen, 31 januari 2014, (internetconsultatie)  
[http://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](http://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting)
- Michael Tell, PhD, Exit Taxation After Commission v Denmark C-261/11, 5 december 2013  
<http://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2011/12/Exit-Taxation-After-Commission-v-Denmark-C-261-11-Michael-Tell-Global-Tax-Weekly-Issue-56-December-2013..pdf>
- R.C. de Smit, 'Exitheffingen in de winstsfeer, conserveren of voorkomen?', 10 augustus 2009, (Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam)  
<http://thesis.eur.nl/pub/6053/Smit,%20R.C.%20de.doc>
- D. Versloot, 'De Wet uitstel van betaling exitheffingen: EU-proof?', 19 december 2013 (Masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam)  
(<http://thesis.eur.nl/pub/15722/>)
- OESO, *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, Parijs, 2010  
<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>
- Dossier Luxleaks  
<http://www.mo.be/dossiers/luxembourg-leaks>
- Silvia Amaro, 'Commission Pledges to Push New EU Tax Rules as 'Lux leaks' Expand', Euro Insight, 10 december 2014  
<https://euro-insight.com/posts/commission-pledges-to-push-new-eu-tax-rules-as-lux-leaks-expand-3369>