

De emigratieregeling van het aanmerkelijkbelangregime
Een Europees en verdragsrechtelijke analyse

Naam: *Luz Marina Rodrigues Pita*

Studentnummer: *352379*

Begeleider: *Prof. Dr. P. Kavelaars*

Datum: *16 april 2018*

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	4
Lijst met gebruikte afkortingen.....	5
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	6
1.1 Aanleiding tot het onderzoek.....	6
1.1.1 Achtergrond van de emigratieheffing en de strijdigheid met het Europese Unie (EU) recht	8
1.1.2 Strijdigheid met het belastingverdragsrecht	10
1.2 Exitheffing voor ondernemers.....	11
1.3 Probleemstelling.....	12
1.4 Opzet en afbakening.....	12
1.5 Toetsingskader.....	13
Hoofdstuk 2: De emigratieregeling van de aanmerkelijkbelanghouder.....	15
2.1 Inleiding	15
2.2 Een duik(je) in de geschiedenis	16
2.2.1 Aanmerkelijkbelangregime tot 1997	16
2.2.2 Aanmerkelijkbelangregime van 1997 tot 2001	21
2.2.3 Emigratie	22
2.3 Het aanmerkelijkbelangregime vanaf 2001	25
2.3.1 Inleiding.....	25
2.3.2 Verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland	26
2.4 Remigratie van de aanmerkelijkbelanghouder	27
2.4.1 Inleiding.....	27
2.4.2 Aanmerkelijk belang in een niet in Nederland gevestigd lichaam	28
2.4.3 Aanmerkelijk belang in een in Nederland (al dan niet bij fictie) gevestigd lichaam	28
2.5 Samenvatting en conclusies.....	30
Hoofdstuk 3: Ontwikkelingen binnen de emigratieregeling gezien vanuit het EU-recht	32
3.1 Inleiding	32
3.2 Het EU-recht	33
3.2.1 Inleiding.....	33
3.2.2 Primair recht	33
3.3 Europese jurisprudentie inzake de emigrerende ab-houder	34
3.3.1 Zaak X en Y, HvJ 21 november 2002, C-436/221 (hierna: X & Y)	34
3.3.2 Zaak De Lasteyrie du Saillant, HvJ 11 maart 2004, C-9/02.....	39
3.3.3 Zaak N, HvJ 7 september 2006, C-470/04	44
3.3.4 HvJ 21 december 2016, nr. C-503/14, Commissie/Portugal	47
3.4 Conserverende aanslag inzake pensioenaanspraak	51
3.4.1 Inleiding.....	51
3.4.2 De 15 april-arresten, HR 15 april 2011, nr. 10/00990	51
3.5 Samenvatting en conclusies.....	53

Hoofdstuk 4: De ontwikkeling van de emigratieregeling in de winstsfeer gezien vanuit het EU-recht.....	55
4.1 Inleiding	55
4.2 Exitheffing in de winstsfeer	56
4.2.1 Inleiding.....	56
4.3 Europeesrechtelijke aspecten van de exitheffing	58
4.3.1 National Grid Indus, HvJ 29 november 2011, zaak C-371/10 (het NGI-arrest)	58
4.3.2 Gevolgen voor de Nederlandse eindafrekeningsregeling.....	64
4.3.3 Commissie/Portugal, HvJ 21 december 2016, C-503/14	68
4.4 De anti-ontgaansrichtlijn	71
4.4.1 Inleiding.....	71
4.5 Samenvatting en conclusies.....	75
 Hoofdstuk 5: De verdragsrechtelijke toetsing van de conserverende aanslag	 77
5.1 Inleiding	77
5.2 Verdragsinterpretatie	78
5.2.1 Het WVV	78
5.2.2 Interpretatie volgens artikel 3, lid 2, OESO-MV	79
5.3 Jurisprudentie inzake strijdigheid met het verdragenrecht.....	80
5.3.1 HR 20 februari 2009, BNB 2009/260, 261 en 262.....	80
5.3.2 HR 19 juni 2009, zaken nr. 43 978, 07/13 267 en 08/02 288.....	83
5.3.3 HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160 (het 15 aprilarrest).....	88
5.3.4 HR 16 januari 2015, nr. 13/05247, BNB 2015/64.....	91
5.3.5 HR 14 juli 2017, nr. 17/0125, BNB 2017/186	93
5.4 Samenvatting en conclusies.....	96
 Hoofdstuk 6: Bestrijding emigratielek ab-houders: EU- en verdragsrechtelijk getoetst	 98
6.1 Inleiding	98
6.2 Pakket bestrijding emigratielek ab-houders.....	99
6.2.1 Inleiding.....	99
6.2.2 Uitstel van betaling intrekken bij het elke winstuitdeling	100
6.2.3 Verlenging periode fictieve buitenlandse belastingplicht	104
6.3 Pakket bestrijden emigratielek: EU-rechtelijk getoetst	105
6.3.1 Inleiding.....	105
6.3.2 Bevindingen.....	105
6.4 Verdragsrechtelijke aspecten	108
6.4.1 Inleiding.....	108
6.4.2 Verdragsrechtelijke toetsing.....	110
6.5 Oplossingsrichting	119
6.5.1 In strijd met het verdragenrecht.....	119
6.5.2 Mogelijke oplossingen	120
6.6 Samenvatting en conclusies.....	123
 Hoofdstuk 7: Samenvatting en hoofdconclusies.....	 124
Literatuuroverzicht	131

Voorwoord

De tijd is aangekomen dat ik dag mag zeggen tegen mijn studententijd en de Erasmus Universiteit. Voor u ligt mijn scriptie over de emigratieregeling binnen het aanmerkelijkbelangregime. Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam voor de studie fiscale economie.

Het was mij een eer om begeleid te worden door professor P. Kavelaars. Samen met professor Kavelaars heb ik de onderzoeksvraag voor deze scriptie kunnen formuleren. Tijdens het uitvoeren van dit onderzoek heeft professor Kavelaars altijd kritische vragen gesteld en commentaar gegeven waardoor ik mijn onderzoek op niveau kon aanscherpen. Het onderzoek verrichten en uitschrijven was een lange traject. Deze periode heb ik namelijk ook gebruikt om, naast het schrijven van de scriptie, andere dingen te proberen, zoals het lopen van een aantal werkstudentenschappen. Deze tijd was zeker belangrijk want het heeft mij een beter inzicht gegeven in wat mijn volgende stap in het leven zal zijn.

Hierbij ben ik dan ook dankbaar aan mijn scriptiebegeleider voor de goede begeleiding en ondersteuning tijdens deze periode. Verder ben ik hem ook dankbaar voor de ruimte die hij mij heeft gegeven om andere dingen te proberen. Bovendien ook dank aan mijn familie en vrienden die mij steeds de motivatie geven om verder te gaan en het beste uit mezelf te halen. In het bijzonder wil ik graag mijn zus, Cristina, bedanken voor alles dat zij voor mij doet. Mede door haar positieve inzet en wijze woorden heb ik dit onderzoek met succes kunnen afronden. Als laatst ben ik voor altijd dankbaar aan mijn lieve ouders die door hun hard werken mijn universitaire opleiding mogelijk hebben gemaakt.

Na zeven jaren van (veel) vallen en opstaan kan ik met zekerheid zeggen dat ik dankbaar en blij ben voor mijn studententijd en voor mijn tijd in Nederland. Ik kijk uit naar de toekomst!

Lijst met gebruikte afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion Profit Shifting
BES-eilanden	Bonaire, Sint-Eustatius en Saba
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BRN	Belastingregeling voor het land Nederland
BRNC	Belastingregeling Nederland Curaçao
BRNS	Belastingregeling Nederland Sint Maarten
BV	Besloten vennootschap
EER	Europese Economische Ruimte
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IB	Inkomstenbelasting
OESO-MV	OESO-Modelverdrag
r.o.	Rechtsoverweging
Uitv. besl. IB	Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001
Uitv. reg. IB	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VK	Verenigde Koninkrijk
Vpb	Vennootschapsbelasting
VS	Verenigde Staten van Amerika
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
WVV	Het Weens Verdrag inzake Verdragenrecht

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

De emigratie van een in Nederland wonende aanmerkelijkbelanghouder (ab-houder) wordt – op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel h Wet IB 2001 – aangemerkt als een belastbaar feit voor de inkomstenbelasting. Op grond van artikel 4.6, onderdeel a Wet IB 2001 geldt dat een natuurlijk persoon een aanmerkelijk belang (ab) bezit indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste 5% aandeelhouder is van het geplaatste kapitaal in een vennootschap. In het geval van emigratie eindigt de belastingplicht voor de ab-houder zodat een fictief vervreemdingsmoment ontstaat. Het vervreemdingsvoordeel hierbij is het verschil tussen de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen en de waarde in het economische verkeer van de aandelen op het moment van emigreren (art. 4.19 Wet IB 2001). Aangezien de ab-houder geen echte opbrengst heeft gerealiseerd, kan het onmiddellijk moeten voldoen van de inkomstenbelasting tot liquiditeitsproblemen leiden. Teneinde dat te voorkomen, voorziet de wetgever erin dat emigranten de belastingschuld onder voorwaarden vooralsnog niet hoeven te betalen.¹ De verschuldigde belasting wordt vervolgens in de vorm van een conserverende aanslag geheven waarbij een uitstel van belasting wordt verleend. Bovendien wordt een conserverende aanslag opgelegd bij de verplaatsing van de feitelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland indien de ab-houder buiten Nederland woonachtig is (art. 7.5, lid 7 Wet IB 2001). Op grond van artikel 25, lid 8 IW 1990 (oud) werd het uitstel van betaling verleend – na het stellen van zekerheden – voor een verloop van tien jaar na de emigratie. Na de afloop van deze tienjaarstermijn kon op verzoek kwijtschelding aangevraagd worden voor de opgelegde conserverende aanslag waardoor de verschuldigde inkomstenbelasting de facto tot nihil wordt gebracht.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor een tienjaarstermijn is gekozen, omdat een dermate lang verblijf in het buitenland niet wordt beïnvloed door fiscale redenen.² Het probleem dat voortvloeit uit de oude regelgeving met betrekking tot de conserverende aanslag is dat de kwijtschelding na de tienjaarstermijn in de praktijk tot gevolg had dat de conserverende aanslag niet kon worden geïnd.³ Dit door het simpele feit dat de ab-houder in de regel geen verboden

¹A.E. de Leeuw en T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder, FTV 2016/01.

² M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

³ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 21.

handelingen binnen de tienjaarstermijn heeft gepleegd. Immers, de conserverende aanslag werd alsnog (gedeeltelijk) ingevorderd indien een verboden handeling werd verricht op grond van artikel 25, lid 8 IW 1990 (oud). Onder een verboden handeling werd verstaan:

- een vervreemding van (een deel van) de aandelen die aan het uitstel van betaling ten grondslag liggen;
- de onderneming staken waarin de aandelen worden gehouden, waarna de vennootschap haar reserves voor 90% of meer uitkeert, of, indien geen onderneming wordt gedreven, wanneer de vennootschap 90% of meer van haar reserves uitkeert;
- terugbetalen hetgeen op de aandelen is gestort.⁴

Op deze manier verloor de Nederlandse fiscus vaak de claim over de waardeestijging van de aandelen uit de periode waarin de belastingplichtige nog inwoner was van Nederland. Door te emigreren trachten ab-houders de ab-claim te ontlopen. Dit staat ook wel bekend als het *emigratielek*.⁵ Het kabinet achtte dit niet wenselijk en stelde daarom met het Belastingplan 2016 een wetswijziging voor om belastingontwijking daar waar mogelijk tegen te gaan.⁶ Dit ziet er als volgt uit:

1. winstuitdelingen na emigratie leiden in alle gevallen tot belastingheffing of tot een (naar rato) intrekking van het uitstel van belasting;
2. de conserverende belastingaanslag wordt niet meer na verloop van de tienjaarstermijn ingetrokken; en
3. de vestigingsplaatsfictie voor de verplaatste vennootschappen wordt verruimd.⁷

Het doel van de conserverende aanslag is de belasting daadwerkelijk te kunnen innen in geval van bepaalde omstandigheden. Volgens het kabinet zorgen deze maatregelen ervoor dat het doel van de conserverende aanslag daadwerkelijk wordt bereikt. De wetgever heeft de belangrijkste wijziging in box 2 voor de inkomstenbelasting ingevoerd, waarbij hij tracht het emigratielek te dichten.⁸

⁴ A.E. de Leeuw en T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder, 28 januari 2016, FTV 2016/01.

⁵ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

⁶ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

⁷ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

⁸ L. Berentsen, Het zoet van zestien, Na het zuur van 2015 nu het zoet van zestien, Het Financiële Dagblad, <http://fd.nl/economie-politiek/1133980/het-zoet-van-zestien>, geraadpleegd op 1 april 2016.

In geval van immigratie van een ab-houder, is de verkrijgingsprijs bepalen aan de orde in twee situaties. De eerste situatie betreft aandelen in een vennootschap die niet naar Nederlands recht is opgericht en die overigens de feitelijke leiding niet in Nederland uitoefent. Om deze reden wordt de ab-heffing beperkt tot de waardeangroei die kan worden toegerekend aan de periode waarin de immigrant binnenlands belastingplichtig wordt in Nederland.⁹ Op grond van 4.25, lid 1 Wet IB 2001 wordt aan de persoon die naar Nederland verhuist een *step up* verleend. Hierbij wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de waarde in het economische verkeer op het moment van immigratie. In deze situatie vallen de winstreserves opgebouwd vóór de immigratie niet onder de Nederlandse ab-claim.

De tweede situatie betreft het geval waarin de immigrant aandelen bezit in een vennootschap die naar Nederlands recht is opgericht of waar de feitelijke leiding in Nederland is gelegen. In deze situatie wordt geen *step up* verleend. Op basis van artikel 4.25, lid 3 Wet IB 2001 geldt dat de verkrijgingsprijs gesteld wordt op de historische kostprijs van de ab-aandelen. Om dubbele belasting te voorkomen, kan de historische verkrijgingsprijs verhoogd worden met het bedrag van de vermogenswinst, voor zover over de vermogenswinst belasting in het buitenland is betaald die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Hetzelfde geldt indien de aandelen – in de periode waarin de ab-houder in het buitenland woont – in waarde dalen. De historische verkrijgingsprijs wordt verlaagd met het vermogensverlies.¹⁰

Een uitzondering op artikel 4.25, lid 1 en 3 Wet IB 2001 geldt indien een eerder geëmigreerde ab-houder na een tijd terugkeert naar Nederland. Krachtens lid 2 wordt de verkrijgingsprijs van het ab gesteld op de historische prijs van de aandelen in de vennootschap. De vraag rijst wat er gebeurt met de opgelegde conserverende aanslagen bij een remigratie binnen de uitsteltermijn van tien jaar. Onder de oude emigratieregeling gold dat bij een remigratie binnen de tienjaarstermijn rekening wordt gehouden met de eerdere betalingen op de conserverende aanslag, op grond van artikel 16 Uitv. Besl. IB 2001.

1.1.1 Achtergrond van de emigratieheffing en de strijdigheid met het Europese Unie (EU) recht

Nederland heeft in 1997 het systeem van emigratieheffing van ab-houders geïntroduceerd. Het doel van de conserverende aanslag is tweeledig namelijk, de ab-claim behouden waarvan sprake

⁹ H.P.A.M. van Arendonk, A.J.M. Arends, A.C.G.A.C. de Graaf, J.C.M. van Sonderen, Wegwijs in de inkomstenbelasting, Wegwijs Reeks, Nr. 04-11, 1 Juli 2015, Hoofdstuk 8 Inkomen uit aanmerkelijk belang.

¹⁰ H.P.A.M. van Arendonk, A.J.M. Arends, A.C.G.A.C. de Graaf, J.C.M. van Sonderen, Wegwijs in de inkomstenbelasting, Wegwijs Reeks, Nr. 04-11, 1 Juli 2015, Hoofdstuk 8 Inkomen uit aanmerkelijk belang.

was in de periode waarin de belastingplichtige inwoner was van Nederland (claimbehoud) en fiscaal gedreven emigraties tegengaan (antimisbruikkarakter).¹¹ Meermalen is in de literatuur de vraag gesteld of deze Nederlandse exitheffing bij emigratie in strijd is met het EU-recht. Binnen de EU heeft elke lidstaat het fundamentele recht van soevereiniteit op het gebied van de directe belastingen. Echter, bij de uitoefening van dit recht geldt dat de lidstaten niet in strijd met het EU-recht mogen handelen. Met andere woorden, bij de implementatie van de afzonderlijke nationale belastingwetten mogen de lidstaten niet voor belemmeringen van het recht van vrij verkeer zorgen. Op 11 maart 2004 heeft het Europese Hof van Justitie (HvJ) uitspraak gedaan over de Franse exitheffing in de zaak *De Lasteyrie du Saillant*.¹² Toentertijd was de Franse exitheffing grotendeels vergelijkbaar met de toenmalige Nederlandse variant. De uitspraak van deze zaak is van essentieel belang voor de Nederlandse regelgeving.¹³ In het geding was sprake van een fictieve vervreemding van de aandelen bij emigratie van een Franse ab-houder. Net als in Nederland kon de feitelijke inning van de belastingaanslag worden uitgesteld, mits er voldoende zekerheid was gesteld en aan een aantal andere voorwaarden was voldaan. In tegenstelling tot de Nederlandse regeling, werd na een verloop van vijf jaar de belastingaanslag volledig kwijtgescholden. Het HvJ heeft in de onderhavige zaak geoordeeld dat de Franse emigratieregeling in strijd is met het EU-recht. Immers, de regeling vormde een belemmering voor de fundamentele vrijheid van vestiging waarvoor geen rechtvaardiging is aan te voeren, aldus het HvJ.

De Franse regeling was in grote mate vergelijkbaar met de Nederlandse emigratieregeling. De toenmalige Nederlandse wetgeving was in strijd met het EU-recht. De Nederlandse wetgever zag het arrest van het HvJ als een aanleiding om de emigratieregeling met ingang van 1 januari 2005 met terugwerkende kracht zodanig aan te passen dat het uitstel van betaling automatisch wordt verleend zonder verzoek en zekerheidstelling bij een emigratie binnen de EU/EER.¹⁴ Voor de emigratieregeling was er echter wel een objectieve rechtvaardigingsgrond, maar deze was disproportioneel. Het probleem ervan was de voorwaarde van de verplichting om zekerheid te stellen om uitstel van betaling te kunnen verkrijgen. Het HvJ oordeelde toen dat er middelen bestaan die de vrijheid van een persoon minder beperken.¹⁵

¹¹ Kamerstukken II 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 18 en 19.

¹² HvJ 11 maart 2004, nr. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.

¹³ S.H. Boers, *Nederlandse Exitheffing, Forfaitair 2006/166*.

¹⁴ P.R. van der Spek, R.W. van der Linde, *Is de uiterste houdbaarheidsdatum van de conserverende aanslag verlopen?*, 1 april 2004, WFR 2004/745.

¹⁵ E.J.M. Janssen, *De conserverende aanslag volledig EU-proof?*, april 2008, *Europese Fiscale Studies*.

In vergelijking met voorgaande jaren, leiden de regels die in 2016 zijn ingevoerd ertoe dat de conserverende aanslag onbeperkt in de tijd blijft gelden. De regeling waarbij men na verloop van tien jaar een verzoek om kwijtschelding kan aanvragen, is afgeschaft. Zolang de conserverende aanslag nog niet volledig is ingevorderd, blijft hij onbeperkt in de tijd in stand.¹⁶ De wetgever heeft hiermee een onbepaalde uitsteltermijn gecreëerd waarbij de conserverende aanslag te allen tijde invorderbaar blijft. De wetgever acht deze onbepaalde uitsteltermijn om belasting te heffen niet disproportioneel waardoor het niet in strijd is met het EU-recht.¹⁷

1.1.2 Strijdigheid met het belastingverdragsrecht

Zoals eerder vermeld, is de emigratie een fictief vervreemdingsmoment in de inkomstenbelasting. Vlak voor de emigratie van de ab-houder wordt de belasting geheven in de vorm van een conserverende aanslag waarvoor uitstel van betaling wordt verleent. Inning van de ab-claim kan daarom pas plaatsvinden na de emigratie van de ab-houder. Indien de ab-houder in het buitenland een verboden handeling¹⁸ verricht binnen de tienjaarstermijn geldt dat Nederland – op basis van het nationale recht – de conserverende aanslag onmiddellijk mag innen. Aangezien de ab-houder geen binnenlands belastingplichtige is, wordt het heffingsrecht van Nederland beperkt door het internationale belastingrecht. Het land van immigratie heeft – als woonland – in de regel ook heffingsrecht. De ab-houder is (bijvoorbeeld) over het ontvangen dividend inkomstenbelasting verschuldigd in zowel Nederland als in het woonland. Ingeval een verdrag is voorzien van een ab-voorbehoud ten aanzien van dividenden, kan Nederland het nationale heffingsrecht over winstuitdelingen blijven effectueren. Alleen door middel van het ab-voorbehoud kan Nederland heffingsbevoegd blijven bij emigratie, voor zover er nog een bedrag op de conserverende aanslag openstaat.¹⁹ Volgens de parlementaire geschiedenis wordt belasting onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van emigratie geheven waardoor Nederland hierbij niet wordt beperkt door een belastingverdrag. Immers, de ab-houder is vlak voor de emigratie nog steeds binnenlands belastingplichtig. Volgens de wetgever betreft de nieuwe maatregel geen belastingheffing over winstuitdelingen na emigratie en staat hij dus los van de toewijzing van het heffingsrecht onder belastingverdragen.²⁰ Om die reden meent de wetgever dat de maatregel niet in strijd is met de goede verdragstrouw jegens verdragspartners.

¹⁶ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

¹⁷ A.E. de Leeuw en T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigerende aanmerkelijkbelanghouder, 28 januari 2016, FTV, 2016/01.

¹⁸ Zie pagina 2 voor de verboden handelingen.

¹⁹ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

²⁰ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

1.2 Exitheffing voor ondernemers

Evenals in de ab-sfeer kent de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting een exitheffing voor belastingplichtigen die winst uit het drijven van een onderneming genieten. De exitheffing voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting staan geregeld in artikel 3.60 en artikel 3.61 Wet IB 2001 resp. artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969. Beide exitheffingbepalingen worden in samenhang behandeld. Het overbrengen van vermogensbestanddelen, of een zelfstandig gedeelte van de onderneming naar het buitenland wat gevolgd wordt door de emigratie van de ondernemer wordt aangemerkt als een fictieve vervreemding van de verplaatsing van die vermogensbestanddelen of een zelfstandig gedeelte van de onderneming. Om aan de exitheffingbepalingen toe te komen, dient belastingplichtige aan een aantal voorwaarden te voldoen. Allereerst moeten de vermogensbestanddelen, of een zelfstandig gedeelte van de onderneming worden overgebracht naar een buiten Nederland gedreven onderneming. Ook indien de ondernemer/aandeelhouder geheel ophoudt binnenlands belastingplichtig in Nederland te zijn, dient afgerekend te worden. Ten tweede dient de ondernemer/aandeelhouder op te houden binnenlands belastingplichtig te zijn.²¹ Hierdoor ontstaat een fiscale claim ten aanzien van de verplaatste vermogensbestanddelen (overdrachtswinst) die aan Nederland dient toe te komen onmiddellijk voordat de ondernemer/aandeelhouder ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat afgerekend moet worden over meerwaarden die op het moment van emigratie feitelijk nog niet zijn gerealiseerd. De vraag is diverse malen opgekomen of de exitheffing in strijd is met het EU-recht. Het HvJ heeft in het National Grid Indus-arrest ²² (het NGI-arrest) op het eerste punt geoordeeld dat het Nederlandse eindafrekeningssysteem in strijd is met het EU-recht. Deze strijdigheid was echter gerechtvaardigd door de noodzaak van verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Verder is het HvJ van oordeel dat dit niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel indien de nationale wet de keuze zou bieden tot onmiddellijke betaling of uitgestelde betaling waarbij de invordering wordt uitgesteld tot het moment van daadwerkelijke realisatie. Hierbij moeten de nodige zekerheden voor uitstel worden gesteld. Het HvJ stelde tevens in dit arrest dat de vertrekstaat – indien wordt gekozen voor uitstel van betaling – rente in rekening mag brengen.²³

²¹ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, 2017, p. 247.

²² HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus.

²³ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus.

In zijn commentaar stelt Waninge dat het in rekening brengen van invorderingsrente tot een liquiditeitsnadeel leidt wat een belemmering is van het vrije verkeer.²⁴

Naar aanleiding van dit arrest en het Besluit van 14 december 2011²⁵ is artikel 25a IW 1990 in 2013 in werking getreden. Het uitstel van betaling wordt verleend indien aan de bij ministeriële regeling gestelde voorwaarden is voldaan. Er dienen immers zekerheden te worden gesteld zoals een bankgarantie. In het geval dat de zekerheidstellingen niet meer voldoende zijn, wordt het uitstel ingetrokken. Het uitstel volgens artikel 25a IW 1990 is in principe onbeperkt en geldt alleen voor emigratie binnen de EU en EER.

Het feit dat aan verschillende voorwaarden dient te worden voldaan en invorderingsrente in rekening wordt gebracht bij toepassing van artikel 25a IW 1990 heeft in de literatuur aanleiding gegeven te stellen dat het eindafrekeningssysteem van Nederland omtrent artikel 3.60 en artikel 3.61 Wet IB 2001 en artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969 toch wel degelijk in strijd is met de vrijheid van vestiging.²⁶

1.3 Probleemstelling

Op basis van het voorgaande staat de volgende probleemstelling centraal in deze scriptie.

Is de in de tijd onbeperkte invordering van de conserverende aanslag ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen en de exitheffing in de winstsfeer in strijd met het EU-recht en het belastingverdragsrecht en zo ja hoe kan dat worden voorkomen en hoe vergelijkbaar zijn beide regelingen met elkaar?

1.4 Opzet en afbakening

Het onderzoek is gericht op de nationale emigratieregeling voor ab-houders en de exitheffing in de winstsfeer. Ook beoogt het onderzoek beide emigratieregelingen met elkaar te vergelijken. Het toetst beide aan het EU-recht en het belastingverdragenrecht waarbij het beoordeelt in welk opzicht de emigratieheffing in de winstsfeer afwijkt van de ab-exitheffing. Verder heeft het

²⁴ M.P. Waninge, commentaar art. 25a. IW 1990, aantekening 4, inhoud artikel 25a IW 1990, geraadpleegd via het NDFR op 1 april 2016.

²⁵ Staatssecretaris van Financien, Beleidsbesluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, geraadpleegd via de Staatscourant, www.overheid.nl, op 1 april 2016.

²⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling, WFR 2014/972 en M.P. Waninge, commentaar art. 25a. IW 1990, aantekening 4, inhoud artikel 25a IW, geraadpleegd via het NDFR op 1 april 2016.

onderzoek tot doel te bestuderen in hoeverre het pakket bestrijden emigratielek in strijd is met het EU-recht en het Verdragenrecht. Dit onderzoek wordt uitgevoerd door een analyse van jurisprudentie en literatuur. Om de probleemstelling zo duidelijk en volledig mogelijk te kunnen beantwoorden, zijn de volgende deelvragen opgesteld. Elk hoofdstuk een andere deelvraag:

1. Hoe heeft de emigratieregeling voor de aanmerkelijk belangregeling zich in de wet ontwikkeld en hoe dient de regeling toegepast te worden? Hoofdstuk 2 behandelt de achtergrond en de regeling omtrent emigratie. Het gaat niet in op de nieuwe regeling op grond van het Belastingplan 2016.
2. Wat is de ontwikkeling geweest van de emigratieregeling sinds de implementatie daarvan en hoe heeft het EU-recht daar invloed op gehad? Hoofdstuk 3 behandelt onder andere twee belangrijke arresten, namelijk De Lasteyrie du Saillant en de N-zaak. Het behandelt daarbij de gevolgen van deze arresten voor de Nederlandse emigratieregeling.
3. Wat wordt verstaan onder de emigratie in de winstsfeer, in welk opzicht verschilt zij van de emigratieregeling voor ab-houders en hoe heeft het EU-recht daar zijn invloed op gehad? Hoofdstuk 4 behandelt de exitheffing in de winstsfeer. Aan de hand van twee belangrijke arresten, namelijk het NGI-arrest en de zaak Commissie/Portugal onderzoekt het in hoeverre de Nederlandse wetgeving in overeenstemming is met het EU-recht.
4. In hoeverre is de emigratieregeling voor ab-houders en ondernemingen in strijd met het belastingverdragenrecht? Hoofdstuk 5 toetst de regeling aan het verdragenrecht. Door middel van de goede verdragstrouw en de arresten van de HR op dit gebied onderzoekt het of Nederland wel een emigratieheffing kan toepassen.
5. Wat houdt de nieuwe emigratieregeling voor ab-houders in en hoe verhoudt zij zich ten opzichte van het EU-recht en het belastingverdragsrecht? Hoofdstuk 6 toetst de nieuwe regeling aan zowel het EU-recht en het Verdragenrecht.

1.5 Toetsingskader

In dit onderzoek is het EU-recht en het belastingverdragsrecht van essentieel belang. Het toetst de nieuwe emigratieregeling aan beide rechten om tot een oordeel te komen. Om dit te bereiken, is een toetsingskader opgesteld. Het toetsingskader wordt gebruikt op drie verschillende momenten in de tijd, namelijk:

1. het moment waarop de emigratieregeling is geïntroduceerd;
2. het moment van de wetswijziging naar aanleiding van het arrest Lasteyrie du Saillant;
3. het moment van invoering van de huidige emigratieregeling naar aanleiding van het Belastingplan 2016.

Het toetsingskader bestaat uit een aantal stappen en ziet er als volgt uit:

1. Is de emigratieregeling in strijd met het EU-recht? De regeling wordt beoordeeld op basis van de verkeersvrijheden;
2. Trekt Nederland een heffingsrecht naar zich toe dat in principe toe moet komen aan de andere staat? Met andere woorden, handelt Nederland in strijd met het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht?

De scriptie sluit af met een samenvatting en conclusie die de hoofvraag beantwoorden.

Hoofdstuk 2: De emigratieregeling van de aanmerkelijkbelanghouder

2.1 Inleiding

De wet is per 1 januari 1997 ingrijpend gewijzigd om het emigratielek binnen de ab-regeling van de Wet IB 1964 te repareren. Sindsdien wordt de Nederlandse ab-houder die emigreert bij wetsfictie geacht zijn ab te hebben vervreemd.²⁷ Vóór 1997 kon de ab-claim van de aandeelhouder onder omstandigheden verloren gaan door te emigreren en de aandelen of winstbewijzen gedurende meestal vijf jaren aan te houden. Het ging hierbij om de (oude) belastingverdragen die veelal het (oude) ab-voorbehoud van vijf jaar bevatten en waarin het heffingsrecht aan Nederland werd toegekend.²⁸ De emigratie van de belastingplichtige werd vóór 1997 niet aangemerkt als een belastbaar feit volgens de Wet IB 1964. Na de emigratie verloor Nederland daarom de ab-claim omdat de emigratie van de ab-houder en/of de verplaatsing van de feitelijke leiding van de vennootschap niet als een belastbaar feit voor de ab-regeling in de nationale wet werd aangemerkt.²⁹

De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat een afrekening bij emigratie niet in strijd is met de vrijheid van vestiging met als argument dat de in het EU-recht neergelegde vrijheden en de goede verdragstrouw geen beperkingen teweeg brengt in het recht van elk afzonderlijke lidstaat om bij emigratie af te rekenen over de fiscale claims.³⁰ De vraag of het emigratieregime in strijd is met het EU-recht en verdragenrecht komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *Hoe heeft de emigratieregeling voor de ab-regeling zich in de wet ontwikkeld en hoe dient de regeling toegepast te worden?*

Alvorens de emigratieregeling te bespreken, gaat dit hoofdstuk kort in op de ab-regeling van de Wet IB 2001. Het behandelt daarbij de geschiedenis van de ab-regeling en hoe zij tot stand is gekomen. Vervolgens bespreekt het de achtergrond van de emigratieregeling per 1997 om een

²⁷ P.G.H. Albert, Vervreemding van aanmerkelijk belang na conserverende aanslag ter zake van emigratie, 1 januari 2002, WFR 2002/886.

²⁸ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuwer, Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, 2017, p. 608.

²⁹ E.J.W. Heithuis, Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen (FM nr. 89) 1999/7.3.9, 1 december 1999.

³⁰ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 19.

beter begrip te krijgen van de regeling. Op deze manier vormt dit hoofdstuk de basis voor het vervolg van het onderzoek. Het sluit af met een samenvatting en conclusie die antwoord geven op de bovenstaande deelvraag.

2.2 Een duik(je) in de geschiedenis

2.2.1 Aanmerkelijkbelangregime tot 1997

Met het Besluit IB 1941 werd de ab-regeling ingevoerd. Zij was toen gebaseerd op de constructie van een fictief bedrijf. Dit fictief bedrijf werd gezien vanuit de desbetreffende aandeelhouder. De vervreemdingswinst uit het ab viel onder de opbrengst van het niet-agrarisch bedrijf en de regeling viel onder het hoofdstuk inzake de winst.³¹ De strekking van de regeling was niet om het terug te voeren tot de winst van de vennootschap. Doel en strekking van de regeling zagen op het heffen over de waardemutatie van de aandelen gedurende de periode dat de aandelen in bezit waren van de aandeelhouder.³²

In de Wet IB 1964 – tot aan het geldende regime van 1997 – steunde de kwalificatie voor een ab op twee voorwaarden. Enerzijds het kwalitatieve vereiste waarbij sprake moest zijn van participaties in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Anderzijds moest worden voldaan aan het kwantitatieve vereiste dat de aandeelhouder onmiddellijk of middellijk deelgerechtigd was in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de vennootschap, voor meer dan 7% alleen of tezamen met zijn echtgenoot, en tevens voor ten minste een derde gedeelte alleen of tezamen met zijn echtgenoot en de in de wet genoemde bloed- en aanverwanten aandeelhouder. Indien aan de dubbele eis werd voldaan, werd het belang van de echtgenoot of het familielid meegesleept met het belang van de aandeelhouder.³³

De gedachtegang die ten grondslag lag aan het ab-regime in de Wet IB 1964 was driedelig.³⁴ De regering baseerde de strekking van de regeling op de volgende elementen, namelijk 1) op de machtspositie van de grootaandeelhouder, 2) op de daardoor geschapen mogelijkheid tot een antifiscale uitdelingspolitiek (winst oppotten), en 3) op de wens ter vermijding van nieuwe

³¹ A.C. Rijkers, J.E.A.M. van Dijk, De aanmerkelijk-belangregeling in de Wet IB 1964 en in de Wet IB 2001, 2000, Fed Fiscale Brochures, paragraaf 1.2.

³² A.C. Rijkers, J.E.A.M. van Dijk, De aanmerkelijk-belangregeling in de Wet IB 1964 en in de Wet IB 2001, 2000, Fed Fiscale Brochures, paragraaf 3.3.1.

³³ L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 756.

³⁴ L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 753.

mogelijkheden tot belastingvrije realisatie van de gevormde winstreserves door middel van vervreemding van de aandelen. Het was echter in de praktijk niet altijd duidelijk wat onder ‘machtspositie’ of ‘uitdelingspolitiek’ moest worden verstaan.³⁵

De belastingheffing met betrekking tot opbrengsten van aandelen konden worden onderscheiden in twee bronnen: (1) bron inkomsten uit vermogen en (2) de bron winst uit aanmerkelijk belang.³⁶ Het regime voor de ‘opbrengsten van aandelen’ kende een afzonderlijke inkomstencategorie waarop de rangorderegel van het bronnenstelsel van toepassing was.³⁷ Dit had tot gevolg dat het ab-regime op grond van de wetssystematiek pas aan de orde kwam na toepassing van de andere inkomstenbronnen. Reguliere inkomsten uit aandelen vielen op grond van de rangorderegel onder de bron inkomsten uit vermogen. Het ab-regime bleef dan buiten toepassing.³⁸ De ab-houder werd pas belast zodra de in zijn aandelenpakket besloten liggende vermogenswinst (algebraïsch) via verkoop van het aandelenpakket te gelde werd gemaakt. Het genietingsstip in de tot en met 1996 geldende regeling voor inkomsten uit aandelen lag bij de dividenduitdeling of de eventuele liquidatie van de vennootschap.

2.2.1.1 De objectiviteit van het ab-regime

Het ab-regime werd enerzijds gekenmerkt door het objectieve karakter van het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal en door de uiteenlopende tarieven anderzijds.³⁹ Het objectieve element van het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal was bepalend voor de heffing van aandelen. Uit het wettelijk systeem volgde dat inkomsten uit aandelen pas met inkomsten- en dividendbelasting konden worden belast als de voordelen uit de aandelen afkomstig waren uit de winst(reserves) van de vennootschap. Indien de voordelen afkomstig waren uit hetgeen op de aandelen is gestort, bleven de voordelen buiten de heffing. Het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal vormde dan de ondergrens voor de heffing.⁴⁰ Dit werd aangeduid als de ‘minimumwaarderingsregel’, in de zin van artikel 39, lid 4 Wet IB 1964.⁴¹ Bovendien vormde dit ook de ondergrens voor de betekening van de winst uit een ab. Bepalend hierbij is het object,

³⁵ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 753-754.

³⁶ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 28.

³⁷ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 754.

³⁸ Idem.

³⁹ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 29.

⁴⁰ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 30-31.

⁴¹ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 760.

namelijk het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal. Het was dus niet van belang welke aandeelhouder het aandelenkapitaal had gestort. Een verhoging van de storting op het aandelenkapitaal door de aandeelhouders verhoogde zodoende de ondergrens, wat gunstig was voor de aandeelhouders.

Bij de opbrengsten van aandelen konden verschillende belastbare feiten plaatsvinden. Belastingplichtigen probeerden in te spelen op het verschil in regime tussen inkomsten uit vermogen en de winst uit aanmerkelijk belang. Het grootste probleem hierbij was dat er verschillende tarieven verbonden waren aan de verschillende belastbare feiten.⁴² Het normale dividend verkregen uit een ab werd net als andere inkomsten belast naar het progressieve tarief dat kon oplopen tot 60%. De inkoop van aandelen en de liquidatie-uitkeringen werden belast tegen 45%, terwijl de vervreemdingswinst van aanmerkelijkbelangaandelen tegen 20% en de herkapitalisatiedividenden tegen een tarief van 10% werden belast.⁴³ De minimumwaarderingsregel leidde verder tot een aantal fiscaal besparende constructies die erop gericht waren het gemiddeld op aandelen gestorte kapitaal kunstmatig te verhogen door emissies uit te brengen met een hoog agio. Deze constructies worden hieronder kort verder toegelicht.

2.2.1.2 Agio(-oppomp)- en turboconstructies

Bij de agio(-oppomp)-constructie werd het onbeclaimde gedeelte van het gemiddeld op de aandelen gestort kapitaal vergroot ten bate van de bestaande aandeelhouders. Het vergroten van het gemiddeld op de aandelen gestort kapitaal werd gerealiseerd door de vennootschap nieuwe aandelen te laten emitteren waarbij als emissieprijs de actuele waarde van de aandelen gold.⁴⁴ Indien de vennootschap over winstreserves beschikt, dan moet de nieuwe aandeelhouder normaliter agio storten. Aangezien het niet van belang is welke aandeelhouder het desbetreffende kapitaal heeft gestort, komt het agio mede ten goede aan de bestaande aandeelhouders doordat hun verkrijgingsprijs wordt verhoogd tot de gestortkapitaalgrens.⁴⁵

Bij de turboconstructies wordt eveneens gebruikgemaakt van de objectieve heffing met betrekking tot de opbrengsten van aandelen, namelijk dat het gemiddeld op de (desbetreffende) aandelen gestorte kapitaal de ondergrens vormde.⁴⁶ Hierbij wordt een (turbo)vennootschap

⁴² Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 2.

⁴³ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 2.

⁴⁴ E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, p. 34.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, 40.

verworven. Een turbovennootschap is gekenmerkt door het feit dat het een lege of nagenoeg lege vennootschap is met een hoog nominaal aandelenkapitaal. De nieuwe aandeelhouders brengen dan winstgevendende activiteiten in de turbovennootschap in en hebben het voordeel van een hoog gestort kapitaal. Op die manier kunnen zij de belastingclaim op zowel de inkomsten uit aandelen als de vervreemdingswinst deels omzeilen door de hoge ondergrens.⁴⁷

De wetgever probeerde deze constructies diverse malen te bestrijden door een beroep te doen op *fraus legis*.⁴⁸ De HR achtte dit terecht en hechtte met name er belang aan of er economisch gezien een verandering kwam in het gehouden belang. In zijn arrest van 22 juli 1997, BNB 1997/369 oordeelde de HR dat er sprake was van *fraus legis* omdat er economisch gezien door de emissie van aandelen niets veranderde in het belang van de oude aandeelhouders.⁴⁹ In de HR 18 oktober 1995, BNB 1996/189 daarentegen heeft de HR geen strijd met doel en strekking van de wet uitgesproken.⁵⁰ Het betrof hier een turboconstructie. Hoewel de gevolgen van dit arrest onbevredigend waren, lag het aan de wetgever om een subjectiever begrip voor de opbrengst van aandelen te introduceren.⁵¹ Overigens vind ik het oordeel van de HR terecht. Immers, de wet maakte zulke constructies mogelijk waardoor er niet in strijd met doel en strekking van de wet werd gehandeld. Het lag dus aan de wetgever en niet aan de rechter om deze constructies te bestrijden.

2.2.1.3 De kasgeld- en holdingconstructies

De onevenwichtige uitwerking van het ab-regime gaf belastingplichtigen verder de mogelijkheid met behulp van de zogenoemde kasgeld- en holdingconstructies dividenduitkeringen om te vormen in vermogenswinsten met als gevolg dat de belastingheffing volgens het normale tabeltarief werd vervangen door de lagere ab-heffing van 20%.⁵²

De holdingconstructie is erdoor gekenmerkt dat een vennootschap aandelen (vaak de werkmaatschappij) overdraagt aan een (vaak) nieuw opgerichte holdingvennootschap, waarbij de holding de koopprijs van de aandelen verschuldigd is aan de aandeelhouders. Vervolgens wordt

⁴⁷ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 760.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: HR 17 oktober 1990, BNB 1990/335 en HR 22 november 1989, BNB 1994/162.

⁴⁹ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 37.

⁵⁰ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 45.

⁵¹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 3.

⁵² Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 2.

de schuld afgelost door dividend uit de werkmaatschappij uit te keren.⁵³ De aandeelhouder realiseert hiermee in privé de in de werkmaatschappij opgeslagen winst(reserves) zonder enige wijziging van zijn economische eigendom bij de ondernemingsactiviteiten.⁵⁴

Bij de kasgeldconstructie wordt de werkmaatschappij opgesplitst in de ondernemingsactiviteiten en de opgebouwde overtollige (winst)reserves. Hierdoor ontstaat een kasgeldvennootschap waarin de opgebouwde overtollige reserves zijn afgezonderd. Verder was van belang dat de kasgeldvennootschap aan een financiële instelling werd overgedragen waardoor de reserves in privé door de aandeelhouder worden gerealiseerd. De holding- en de kasgeldconstructie hebben gemeen dat hoog belaste dividenduitkeringen worden omgevormd in niet of laag belaste aandelenverkoopwinsten.⁵⁵

De Belastingdienst bestreed zowel de holding- als de kasgeldconstructie door een beroep te doen op het leerstuk van *fraus legis*. In zijn arrest van 24 september 1980, BNB 1980/331 oordeelde de HR dat in strijd werd gehandeld met doel en strekking van artikel 24 Wet IB 1964. Hierbij achtte de HR van belang dat voor de bestaande aandeelhouders, na de constructie, hun uiteindelijke belang in de overgedragen vennootschap (de werkmaatschappij) niet was veranderd.⁵⁶ Anders gezegd, economisch gezien was er niets veranderd. Gelet op de doelstelling van dit onderzoek, wordt met deze summiere uitleg van de (geld besparende) constructies volstaan.

Zoals boven vermeld, had het regime een objectief karakter. Ook al werd het te belasten voordeel in beginsel bepaald vanuit het subject (de belastingplichtige), speelden de objectieve elementen wel een rol. Mede door het objectieve karakter en het objectieve stelsel alsmede het grote onderscheid in belastingdruk, was het regime tot aan 1997 niet langer houdbaar.⁵⁷ Bovendien gaf de HR in zijn arrest HR 18 oktober 1995 de wetgever verder aanleiding om het ab-regime te benaderen vanuit het subject.

⁵³ Veelal zullen de dividenduitkering buiten heffing plaatsvinden door de werking van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb 1969.

⁵⁴ E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, p. 55.

⁵⁵ E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, p. 56.

⁵⁶ E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, p. 57.

⁵⁷ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 3.

2.2.2 Aanmerkelijkbelangregime van 1997 tot 2001

Met ingang van 1 januari 1997 is het ab-regime drastisch gewijzigd. Het doel daarbij was om inkomen uit een ab in een eigen afzonderlijk regime te plaatsen. De minimumwaarderingsregel is per 1 januari 1997 afgeschaft om de fiscaal besparende constructies tegen te gaan.⁵⁸ De essentie van de wijziging was om de bron ‘opbrengsten van aandelen’ om te vormen in een subjectievere bron die vergelijkbaar is met de bron van de winst uit onderneming. Hiermee kreeg de ab-regeling een andere onderbouwing dan voorheen, namelijk een gelijke behandeling tussen ab-houders en ondernemers. Om de ab-winst te bepalen, werden daarom de daadwerkelijke verkrijgingsprijs en de vervreemdingsprijs doorslaggevend geacht. De heffingsgrondslag voor de bron inkomen uit een ab wordt bepaald door de reguliere voordelen en gerealiseerde vervreemdingsvoordelen. De subjectivering van de bron inkomen uit een ab is een van de belangrijke stappen geweest in het ontwikkelingsproces van de Wet IB 2001.⁵⁹ Daarnaast is de belangrijkste verandering de invoering geweest van een vast proportioneel tarief van 25% voor zowel reguliere voordelen als vervreemdingsvoordelen op tot een ab behorende aandelen.⁶⁰ Hiermee kwam een einde aan het tariefonderscheid tussen vermogenswinsten en dividenden. Inherent hieraan loonde het voor belastingplichtigen niet meer om gebruik te maken van eerdergenoemde constructies, aangezien er geen onderscheid meer was in de tarieven.

De bepaling van het voordeel met betrekking tot de ab-aandelen werd vanaf 1997 benaderd vanuit de belastingplichtige waarbij het daadwerkelijk gerealiseerde voordeel bij hen werd belast.⁶¹ Verder werd ingaande 1997 de bezitsei voor de aanwezigheid van een ab vereenvoudigd. Indien sprake is van een ab dan moet de belastingplichtige, eventueel tezamen met de partner, minimaal 5% van het geplaatste aandelenkapitaal in bezit hebben.⁶²

Mijns inziens heeft de wetgever de juiste stap genomen in de invoering van het nieuwe ab-regime. Het regime is hiermee ook in complexiteit afgenomen. Immers, er is een proportioneel tarief ingevoerd, de heffing wordt gebonden aan het subject en wat de belastingplichtige daadwerkelijk als voordeel geniet en de bezitsei is vereenvoudigd. Met de vereenvoudiging van de bezitsei is bovendien beoogd dat er sneller sprake is van een ab.

⁵⁸ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 4.

⁵⁹ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p. 761.

⁶⁰ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 4.

⁶¹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 12.

⁶² Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 18.

2.2.3 Emigratie

Een belangrijke stap in de herziening van het ab-regime in 1997 was de introductie van een fictieve vervreemding bij emigratie, zodat emigratie ook aangemerkt werd als een belastbaar feit. De fictieve vervreemding bij emigratie is per 1997 ingevoerd in artikel 20a lid 6, onderdeel i, Wet IB 1964. Bovendien werd ook het verplaatsen van de werkelijke leiding van de vennootschap waarin het ab wordt gehouden, aangemerkt als een vervreemding.⁶³ Voorheen was er geen sprake van belastingheffing van de ab-claim bij emigratie, wat vaak leidde tot fiscaal gedreven emigraties – al dan niet tijdelijk – om de ab-heffing te ontlopen.⁶⁴ Veelal bleef Nederland alsnog heffingsbevoegd over de ab-claim indien tussen Nederland en de emigrerende staat een verdrag bestond met een ab-voorbehoud. Met een ab-voorbehoud wordt bedoeld dat Nederland, na emigratie, over een periode van vijf of tien jaar nog heffingsbevoegd is over de ab-claim. In het verdrag met België (1970) bestond het ab-voorbehoud voor een periode van vijf jaar ten aanzien van vermogenswinsten, opgenomen in artikel 13, lid 5. Mocht de ab-houder zijn ab-pakket binnen vijf jaar na emigratie vervreemden, dan kon Nederland belasting heffen over de vervreemdingswinst.

Gelet op de positie van de ab-houder, heeft de wetgever een vergelijking willen maken tussen enerzijds de IB-ondernemer en anderzijds de ab-houder. De ab-houder heeft immers kenmerken van een ondernemer en door zijn bijzondere positie kan hij zelf beslissen over het al dan niet uitkeren van dividend.⁶⁵ Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat de gelijkenis tussen de ondernemer en de ab-houder tot uiting komt op het niveau van de vennootschap waarin het ab wordt gehouden. In dit geval dient de ab-houder te kijken naar de totale omvang van de belastingdruk over de met de onderneming behaalde winst. De belastingdruk over deze behaalde winst bestaat zowel uit de vennootschapsbelasting bij de vennootschap als de inkomstenbelasting bij de ab-houder. De gecombineerde druk van zowel de vennootschapsbelasting als de inkomstenbelasting zal derhalve ongeveer gelijk zijn aan de belastingdruk van de IB-ondernemer.⁶⁶

⁶³ E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime*, proefschrift, 1999, p. 207

⁶⁴ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 18.

⁶⁵ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 5.

⁶⁶ Idem.

In het kader van de emigratieheffing voor de ab-houders wordt eveneens getracht een gelijke positie te creëren ten opzichte van ondernemers.⁶⁷ Zij kenden reeds vóór de introductie van de emigratieheffing voor ab-houders een eindheffing in de winstsfeer. Op de voet van artikel 16 Wet IB 1964 (oud) wordt afgerekend over de fiscale reserves indien de belastingplichtige in Nederland niet langer belastbare winst uit onderneming geniet. Derhalve kan de emigratieheffing in de sfeer van een ab worden gezien als een complement van de eindafrekening in de winstsfeer.⁶⁸ Zowel op het niveau van de vennootschap als op het niveau van de ab-houder kan emigratieheffing van toepassing zijn. Vervolgens wordt de verplaatsing van de vennootschap – na de emigratie van de ab-houder – naar het buitenland aangemerkt als een fictieve vervreemding waarop emigratieheffing plaatsvindt, in de zin van artikel 7.5, lid 7, Wet IB 2001. Bovendien wordt de vennootschap geacht vlak voorafgaand aan de emigratie haar vermogen tegen de waarde in het economische verkeer te hebben vervreemd, in de zin van artikel 15c Wet Vpb.⁶⁹ Zodoende ontstaat er een gecombineerde heffing van zowel de vennootschapsbelasting als de inkomstenbelasting die vergelijkbaar is met de belastingdruk van de IB-ondernemer bij emigratie. De emigratieheffing die opkomt bij de verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap komt later in dit onderzoek aan bod.

Overigens is een heffing bij emigratie van de aandeelhouder (lees: ab-houder en niet-ab-houder) mijns inziens gerechtvaardigd. De waardeangroei die is opgekomen in de periode dat de aandeelhouder in Nederland woonachtig was, dient immers op grond van het territorialiteitsbeginsel in het betrokken land in de heffing te worden betrokken.⁷⁰ Het strookt niet met het Nederlandse belastingrecht om de waardeangroei die in de binnenlandse periode is opgekomen, verloren te laten gaan.

2.2.3.1 De conserverende aanslag en uitstel van betaling

De fictieve vervreemding met betrekking tot emigratie houdt in dat de ab-houder die ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn, wordt geacht zijn ab-pakket vlak voorafgaand aan de emigratie te hebben vervreemd. Op grond van het toen geldende artikel 20h, derde lid Wet IB 1964 was het fictieve genietingsmoment het tijdstip dat onmiddellijk voorafgaat aan de emigratie. Dit houdt in beginsel in dat zou moeten worden afgerekend over de in de binnenlandse periode

⁶⁷ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 18.

⁶⁸ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 19.

⁶⁹ Gelet op het doel van dit onderzoek, wordt verder niet diep ingegaan op de Vpb-aspecten van emigratie van de vennootschap naar het buitenland.

⁷⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Tiende herziene druk, Kluwer, Deventer, 2016, paragraaf 1.2.1.

ontstane waardeangroei van de ab-aandelen. Hierbij wordt de ab-claim die toe te rekenen is aan de Nederlandse binnenlandse periode veiliggesteld. Aangezien het geen daadwerkelijke vervreemding is waarbij liquide middelen vrijkomen is toen al een tegemoetkoming opgenomen in de wet waarbij de betaling uitgesteld werd – onder het vergoeden van rente – over een periode van tien jaar.⁷¹ Onder voorwaarden bepaalt artikel 25, achtste lid IW 1990 (oud) dat voor de conserverende aanslag uitstel van betaling op verzoek kan worden verleend. Bij het verlenen van het uitstel van betaling dient de belastingplichtige zekerheden te stellen door middel van bijvoorbeeld een bankgarantie.^{72,73} Indien na afloop van de tienjaarstermijn geen verboden handeling is verricht, wordt op grond van artikel 26, derde lid IW 1990 (oud) de claim kwijtgescholden.

Indien een verboden handeling wordt verricht, vindt invordering van de conserverende aanslag plaats. Onder een verboden handeling wordt het volgende verstaan:

- a) een vervreemding van (een deel van) de aandelen die aan het uitstel van betaling ten grondslag liggen;
- b) de onderneming waarin de aandelen worden gehouden staken, waarna de vennootschap haar reserves voor 90% of meer uitkeert, of, indien geen onderneming wordt gedreven, wanneer de vennootschap 90% of meer van haar reserves uitkeert;
- c) terugbetalen hetgeen op de aandelen is gestort.⁷⁴

Wanneer verboden handelingen worden verricht, wordt het uitstel van betaling ingetrokken en de conserverende aanslag ingevorderd.⁷⁵ Deze verboden handelingen kunnen verder gevolgen hebben voor de invordering van de conserverende aanslag. Indien het nieuwe woonland van de ab-houder op basis van de aldaar nationale wet of op basis van een belastingverdrag belasting mag heffen, wordt een deel van de conserverende aanslag kwijtgescholden, teneinde dubbele belasting te voorkomen (art. 26, lid 3, IW 1990 (oud)).⁷⁶

⁷¹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 18.

⁷² E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuiver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2017, p. 607

⁷³ In een volgende hoofdstuk zullen we zien dat deze voorwaarde is afgeschaft.

⁷⁴ A.E. de Leeuw en T.J.A. Hendriks, *Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder*, FTV 2016/01, 28 januari 2016.

⁷⁵ P.G.H. Albert, *Vervreemding van aanmerkelijk belang na conserverende aanslag ter zake van emigratie*, WFR 2002/886.

⁷⁶ *Idem*.

2.3 Het aanmerkelijkbelangregime vanaf 2001

2.3.1 Inleiding

Van 2001 vond een belastingherziening plaats die bestond uit een herziening van de inkomstenbelasting en leidde tot de Wet inkomstenbelasting 2001. De Wet IB 2001 maakte deel uit van een grotere belastingherziening die gericht was op het bevorderen van de werkgelegenheid en het stimuleren van de economie. De doelstelling bij de herziening van de Wet IB 2001 was te komen tot een meer rechtvaardige heffing en om meer recht te kunnen doen aan het beginsel van de draagkracht.⁷⁷ Dit is onder meer gedaan door middel van invoering van een forfaitair rendement voor inkomen uit sparen en beleggen en de invoering van een boxenstructuur waarbij elke bron van inkomen in de verschillende boxen wordt belast.⁷⁸

Hoewel de invoering van de Wet IB 2001 een grote belastingherziening inhield, bracht het geen inhoudelijke wijzigingen voor het reeds in 1997 ingevoerde ab-regime. Het belangrijkste gevolg was dat het inkomen uit aanmerkelijk belang afgezonderd werd in een eigen box: namelijk box 2.⁷⁹ Verder geldt in de boxenstructuur een rangordebepaling die opgenomen is in artikel 2.14 Wet IB 2001. Alle inkomensbestanddelen die onder de box van ‘belastbaar inkomen uit werk en woning’ vallen, kunnen niet meer aan de orde komen in het ab-regime. Het ab-inkomen was hiermee niet langer een restcategorie, wat paste in de subjectgerichte vormgeving van het belastbaar inkomen uit het ab van box 2. Hieruit vloeit voort dat de regeling die in 1997 is ingevoerd, niet is gewijzigd met de invoering van de Wet IB 2001.⁸⁰

De emigratieregeling is in de Wet IB 2001 ongewijzigd gebleven en opgenomen in artikel 4.16, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001. De fictieve vervreemding door emigratie leidt tot te conserveren inkomen waarbij een conserverende aanslag wordt opgelegd op grond van artikel 2.8, tweede lid, Wet IB 2001. Op basis van artikel 4.46, tweede lid, Wet IB 2001 geldt dat het (fictieve) genietingsmoment het tijdstip is dat onmiddellijk voorafgaat aan de emigratie waarbij de (fictieve) overdrachtprijs de waarde in het economisch verkeer van het ab-pakket bedraagt op dat

⁷⁷ Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 4.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ E.J.W. Heithuis, Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2, WFR 2006/291.

⁸⁰ L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014, p 766.

moment (art. 4.22, eerste lid Wet IB 2001).⁸¹ Onder voorwaarden bepaalt artikel 25, achtste lid IW 1990 (oud) dat voor de conserverende aanslag uitstel van betaling op verzoek kan worden verleend. Bij het verlenen van het uitstel van betaling dient de belastingplichtige zekerheden te stellen door middel van bijvoorbeeld een bankgarantie.^{82, 83} Indien na afloop van de tienjaarstermijn geen verboden handeling⁸⁴ is verricht, wordt op grond van artikel 26, derde lid, IW 1990 (oud) de claim kwijtgescholden.

2.3.2 Verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland

De situatie kan zich ook voordoen dat de werkelijke leiding van de vennootschap waarin het ab wordt gehouden zich verplaatst naar het buitenland. Voor de inkomstenbelasting heeft dit pas gevolgen indien de ab-houder tezamen met de verplaatsing van de werkelijke leiding naar het buitenland emigreert of indien deze al in het buitenland woonachtig is. Indien de ab-houder reeds vóór de verplaatsing van de werkelijke leiding is geëmigreerd, dan wordt hij aangemerkt als een buitenlandse belastingplichtige in de zin van artikel 7.5 Wet IB 2001. Immers, indien de vennootschap haar werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst voordat de ab-houder emigreert, dan blijft de ab-houder een binnenlandse belastingplichtige.

De verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap wordt wegens fictie geacht een vervreemding te zijn van de ab-aandelen op grond van artikel 7.5, zevende lid, Wet IB 2001. Hiervoor wordt eveneens een conserverende aanslag opgelegd. Door de verplaatsing van de werkelijke leiding aan te merken als een vervreemding wordt voorkomen dat een geëmigreerde ab-houder zijn ab-claim probeert af te schudden door de werkelijke leiding te verplaatsen naar het buitenland. Indien de ab-houder reeds vóór de verplaatsing van de werkelijke leiding is geëmigreerd, worden twee conserverende aanslagen opgelegd. De laatste conserverende aanslag bevat de waardestijging van de ab-aandelen die is ontstaan sinds de emigratie van de ab-houder.⁸⁵ Immers, er is reeds een conserverende aanslag opgelegd bij de emigratie van de ab-houder. De ‘eerste’ ab-claim is zodoende bij de emigratie van de ab-houder al veiliggesteld. De verkrijgingsprijs van de ab-aandelen wordt vastgesteld op grond van artikel 7.6, tweede lid, Wet IB 2001. Dit houdt de werkelijke waarde van de aandelen in. Bovendien ligt dit bedrag ten

⁸¹ P.G.H. Albert, Vervreemding van aanmerkelijk belang na conserverende aanslag ter zake van emigratie, WFR 2002/886.

⁸² E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuiver, Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, 2017, p. 607.

⁸³ In een volgende hoofdstuk zullen we zien dat deze voorwaarde is afgeschaft.

⁸⁴ Zie paragraaf 2.2.3.

⁸⁵ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

grondslag aan de conserverende aanslag die opgelegd wordt naar aanleiding van de verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap. De verkrijgingsprijs wordt dan verhoogd met het bedrag waarover op grond van de fictieve vervreemding wordt aferekend. Zodoende wordt dubbele heffing voorkomen.⁸⁶

Verder is een vestigingsplaatsfictie mogelijk voor de vennootschap die haar werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst. Indien de vennootschap ten minste vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest vóór de verplaatsing van de werkelijke leiding wordt de vennootschap geacht nog inwoner van Nederland te zijn na emigratie, in de zin van artikel 7.5, zesde lid, Wet IB 2001 zolang een belastingaanslag met betrekking tot te conserveren inkomen uit een ab in die vennootschap niet is voldaan.⁸⁷ Hoewel geen band meer bestaat met Nederland (de ab-houder en de vennootschap zijn namelijk (feitelijk) geen inwoners meer van Nederland) ontstaat wegens fictie een buitenlandse belastingplicht voor de ab-houder in Nederland. De volgende hoofdstukken behandelen hoe de vervreemdingsfictie bij verplaatsing van de werkelijke leiding naar het buitenland in verhouding staat tot het verdragenrecht en het EU-recht.

Tot 1 januari 2016 werd een lichaam voor een periode van tien jaar na verplaatsing van de werkelijke leiding nog geacht in Nederland te zijn gevestigd. Hiermee is dan ook de tienjaarstermijn van de conserverende aanslag komen te vervallen. Dit vloeit voort uit de in de IW 1990 opgenomen wijziging op grond waarvan conserverende belastingaanslagen opgelegd aan geëmigreerde ab-houders te allen tijde blijft bestaan totdat het volledige bedrag wordt ingevorderd.⁸⁸ Hoofdstuk 6 behandelt de wijziging van IW 1990.

2.4 Remigratie van de aanmerkelijkbelanghouder

2.4.1 Inleiding

In het kader van emigratie is het van belang om tevens de immigratie en remigratie van de ab-houder te bespreken. Hierbij moet worden nagegaan welke verkrijgingsprijs bij immigratie/remigratie geldt. In beide situaties kunnen de volgende hoofdsituaties van toepassing zijn:

- immigratie/remigratie met een ab in een niet in Nederland gevestigd lichaam; of
- immigratie/remigratie met een ab in een in Nederland gevestigd lichaam.

⁸⁶ P.G.H. Albert, Vervreemding van aanmerkelijk belang na conserverende aanslag ter zake van emigratie, WFR 2002/886

⁸⁷ Kamerstukken II, 2015/16, nr. 34 302, nr. 3, p. 39-40.

⁸⁸ Kamerstukken II, 2015/16, nr. 34 302, nr. 3, p. 39-40.

2.4.2 Aanmerkelijk belang in een niet in Nederland gevestigd lichaam

Bij de ab-regeling gaat het om het heffen over de waardeangroei die zich heeft voorgedaan in de periode dat een fiscale relatie bestond met Nederland. Er is onder andere sprake van die band als de vennootschap waarin de ab-aandelen worden gehouden zich in Nederland (feitelijk of bij fictie) bevindt. Ten aanzien van immigratie van de ab-houder ontstaat de fiscale band pas als hij zich in Nederland vestigt. Hij wordt immers binnenlands belastingplichtig en wordt zodoende belast over zijn wereldinkomen, waaronder de ab-aandelen. De verkrijgingsprijs voor de immigrerende ab-houder wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de immigratie, in de zin van artikel 4.25, lid 1, Wet IB 2001. Afhankelijk van de waardeontwikkeling van de ab-aandelen, wordt dan een *step-up* of *step-down* verleend om de nieuwe verkrijgingsprijs te bepalen.⁸⁹

2.4.3 Aanmerkelijk belang in een in Nederland (al dan niet bij fictie) gevestigd lichaam

Indien de vennootschap waarin de ab-aandelen worden gehouden in Nederland gevestigd is, wordt – in beginsel – geen *step-up/down* verleend bij immigratie van de ab-houder. Er bestaat immers een fiscale band met Nederland. De ab-houder is reeds voor de immigratie buitenlands belastingplichtig. Een *step-up/down* zou dan in strijd zijn met het territorialiteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de ab-regeling. De verkrijgingsprijs wordt zodoende gesteld naar de historische verkrijgingsprijs. Een *step-up/down* wordt eveneens niet verleend indien de vennootschap geacht is in Nederland te zijn gevestigd. Dit is het geval indien de vennootschap naar Nederlands recht is opgericht, maar niet feitelijk in Nederland gevestigd is (art. 4.35 Wet IB 2001).⁹⁰

Dit hoeft echter niet altijd het geval te zijn. Met betrekking tot (al dan niet bij fictie) in Nederland gevestigde vennootschappen kunnen, op grond van artikel 4.25, lid 4, Wet IB 2001, bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de verkrijgingsprijs. De delegatiebepaling is uitgewerkt in artikel 16 Uity. Besl. IB 2001. Op grond van het eerste lid wordt, in algemene zin, bepaald dat in situaties van een (al dan niet bij fictie) in Nederland gevestigde vennootschap, de verkrijgingsprijs wordt gesteld op de historische kostprijs van de ab-aandelen. Verder geldt een aantal uitzonderingen op de hoofdregel. Op de historische kostprijs worden de volgende vermeerderingen en verminderingen toegepast:

⁸⁹ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

⁹⁰ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

1. er geldt een waardevermeerdering op de historische kostprijs indien ter zake van de emigratie uit het andere land een naar het inkomen belasting is geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Teneinde een dubbele ab-claim te voorkomen, wordt op deze wijze rekening gehouden met een eventuele exitheffing uit de vertrekstaat (art. 16, lid 2, Uitv. besl. IB 2001);
2. waardeangroei (algebraïsch) van de ab-aandelen boven de historische kostprijs voor zover deze waardeangroei zich heeft voorgedaan in een periode dat er geen belastingplicht in Nederland bestond ter zake van de ab-aandelen en de waardeangroei (algebraïsch) niet eerder in aanmerking is genomen (art. 16, derde en vierde lid, Uitv. besl. IB 2001).

Het voorgaande houdt in dat evenwel een *step up* (algebraïsch) wordt verleend indien het ab-aandelen betreft in een naar Nederlands recht opgericht lichaam die geen of minder dan vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest of reeds langer dan tien jaar uit Nederland is vertrokken. Deze termijn vloeit voort uit de vestigingsplaatsfictie in de zin van artikel 7.5, lid 6, Wet IB 2001. Indien dit het geval is, bestaat er voor de ab-houder geen (buitenlandse) belastingplicht in Nederland hoewel het lichaam naar Nederlands recht is opgericht.⁹¹ Overigens is mijns inziens deze regeling terecht. Weliswaar is het lichaam opgericht naar Nederlands recht, maar de fiscale band met Nederland is zodanig zwak dat de *step up/down* achterwege laten tot een eventueel dubbele ab-claim zou leiden.

Indien de vestigingsplaatsfictie nog van toepassing is voor het lichaam, dan wordt geen *step up* (algebraïsch) verleend bij de immigrerende aandeelhouder. Immers, er bestaat reeds een buitenlandse belastingplicht voor de ab-houder, al dan niet wegens fictie. Zodoende wordt de verkrijgingsprijs gesteld op de historische kostprijs van de ab-aandelen.⁹²

Ingeval de ab-houder vóór de immigratie is opgehouden in Nederland te wonen, wordt in principe geen *step up* (algebraïsch) verleend bij de bepaling van de verkrijgingsprijs. In dit kader is sprake van een remigrerende ab-houder. Veelal gaat het in dit geval om een ab-pakket in een in Nederland gevestigde vennootschap. Hierbij geldt zodoende als hoofdregel dat bij terugkeer naar Nederland van de ab-houder de verkrijgingsprijs wordt gesteld op de historische kostprijs. Eveneens wordt in dit geval rekening gehouden met een eventuele exitheffing van de ab-aandelen

⁹¹ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

⁹² E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

in de vertrekstaat, zoals vermeld in punt 2 hiervoor. In zoverre zijn de regels voor immigratie en remigratie nagenoeg identiek.⁹³

Bij de remigrerende ab-houder doet zich echter een complicatie voor door de eerder opgelegde conserverende aanslag met betrekking tot de emigratie uit Nederland. Ingevolge artikel 16, vijfde tot en met tiende lid, Uitv. Besl. IB 2001 zijn er aanvullende regels met betrekking tot de reeds opgelegde conserverende aanslag. De conserverende aanslag wordt bij remigratie verminderd met het gedeelte van de belasting waarvoor nog uitstel van betaling loopt.⁹⁴ Indien er nog niets op de conserverende aanslag is betaald, wordt deze bij remigratie op nihil gesteld.

Verder, teneinde dubbele belasting te voorkomen, wordt de verkrijgingsprijs verhoogd met viermaal het bedrag dat op de conserverende aanslag is betaald indien de ab-houder reeds betalingen heeft verricht op die aanslag.

Gelet op de doelstelling van dit onderzoek volsta ik met deze beperkte uitleg met betrekking tot de immigratie/remigratie van de ab-houder.

2.5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk staat de ab-regeling en daarmee de emigratieregeling centraal. Het hoofdstuk is gebaseerd op de nationale wet- en regelgeving met betrekking tot de ab-regeling. De volgende vraag staat centraal: *Hoe heeft de emigratieregeling voor de ab-regeling zich in de wet ontwikkeld en hoe dient de regeling toegepast te worden?*

De ab-regeling en de emigratieregeling zoals bekend, is ingevoerd in 1997. De regeling die van toepassing tot 1997 was niet langer houdbaar. Mede door rechtspraak van de HR is de regeling volledig herzien. De ab-regeling is tot 1997 voornamelijk gekenmerkt door het objectieve karakter dat ten grondslag lag aan de heffing en het onderscheid in tarieven. Het objectieve karakter en het grote verschil in tarieven maakten het mogelijk voor belastingplichtigen gebruik te maken van verschillende fiscaal besparende constructies. Voorts was naar het buitenland emigreren geen belastbaar feit. De nieuwe ab-regeling (vanaf 1997) wordt benaderd vanuit het subject, waarbij de objectieve elementen achterwege worden gelaten. De invoering van het proportionele tarief van 25% was de belangrijkste wijziging. Bovendien werd per 1997 de emigratieheffing voor ab-houders een feit. De emigrerende ab-houder wordt vlak voorafgaand

⁹³ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

⁹⁴ E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

aan de emigratie geacht zijn ab-aandelen te hebben vervreemd. Aan de ab-houder wordt een conserverende aanslag opgelegd, aangezien het geen daadwerkelijke vervreemding is waarbij liquide middelen vrijkomen. Hierbij wordt de ab-claim die toe te rekenen is aan de Nederlandse binnenlandse periode veiliggesteld. Onder voorwaarden wordt uitstel van betaling verleend op de conserverende aanslag voor een periode van tien jaar. Bij het verlenen van het uitstel van betaling dient de belastingplichtige zekerheden te stellen door middel van bijvoorbeeld een bankgarantie. Indien na afloop van de tienjaarstermijn geen verboden handeling is verricht, wordt de claim kwijtgescholden. De verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap wordt wegens fictie geacht een vervreemding te zijn van de ab-aandelen, waarbij de regels van de conserverende aanslag eveneens van toepassing zijn. Door de verplaatsing van de werkelijke leiding als een vervreemding aan te merken, wordt voorkomen dat een geëmigreerde ab-houder zijn ab-claim probeert af te schudden door de werkelijke leiding te verplaatsen naar het buitenland. Voor de vennootschap die haar werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst, bestaat een vestigingsplaatsfictie.

In geval van immigratie/remigratie dient in principe een *step up/down* te worden verleend op de verkrijgingsprijs van de ab-houder. Indien de vennootschap waarin het ab wordt gehouden in Nederland gevestigd is of naar Nederlands recht is opgericht, geldt als hoofdregel dat geen *step up/down* wordt verleend. Bij remigratie wordt de conserverende aanslag verminderd met het gedeelte van de belasting waarvoor nog uitstel van betaling loopt. Verder wordt bij remigratie de conserverende aanslag op nihil gesteld indien er nog niets op de conserverende aanslag is betaald. Teneinde dubbele belasting te voorkomen, wordt de verkrijgingsprijs verhoogd met viermaal het bedrag dat op de conserverende aanslag is betaald indien de ab-houder reeds betalingen heeft verricht op die aanslag.

Concluderend, de ab-regeling – en daarmee de emigratieregeling – heeft zich in de tijd ontwikkeld mede door de wens om fiscaal besparende constructies of het ontgaan van de ab-claim tegen te gaan. Daarnaast, ook omdat de ab-regeling (mede) gebaseerd is op het territorialiteitsbeginsel, is de emigratieregeling ingevoerd. Immers, de waardeontwikkelingen van een ab-pakket die plaatsvinden in de periode van een fiscale relatie met Nederland dienen aan Nederland te worden toegekend.

Hoofdstuk 3: Ontwikkelingen binnen de emigratieregeling gezien vanuit het EU-recht

3.1 Inleiding

In 1997 is de emigratieregeling in de Wet IB 1964 ingevoerd. Sindsdien wordt de ab-houder die ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn, geacht zijn ab-pakket te hebben vervreemd onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip van emigratie. Er wordt dan een conserverende aanslag opgelegd. Aangezien het geen daadwerkelijke vervreemding is waarbij liquide middelen vrijkomen, is een tegemoetkoming opgenomen voor de ab-houder. De ab-houder kon op verzoek uitstel van betaling krijgen met betrekking tot de conserverende aanslag. Daarom vindt invordering alleen plaats indien de ab-houder (tot 15 september 2015) binnen tien jaar een verboden handeling verricht.⁹⁵ De vraag of een heffing bij emigratie een inperking vormt op het EU-recht is tijdens de parlementaire behandeling opgekomen. De wetgever heeft deze vraag destijds ontkennend beantwoord.⁹⁶

Dit hoofdstuk behandelt de ontwikkeling van de emigratieregeling in de aandeelhoudersfeer in het kader van het EU-recht. De wetwijziging van 15 september 2015 blijft in dit hoofdstuk buiten beschouwing, maar komt in hoofdstuk 6 aan bod. Het doel van dit hoofdstuk is begrip te krijgen over de invloed van het EU-recht op de emigratieregeling. De volgende vraag staat centraal: *Wat is de ontwikkeling geweest van de emigratieregeling sinds de implementatie daarvan en hoe heeft het EU-recht daar invloed op gehad?*

In dit kader gaat het hoofdstuk eerst in op het EU-recht. Vervolgens bespreekt het de ontwikkeling van de emigratieregeling in het kader van het EU-recht. Hierbij wordt, door toetsing aan Europese jurisprudentie beoordeeld of en in hoeverre die jurisprudentie invloed heeft gehad op de emigratieregeling vanaf 1997. Het hoofdstuk eindigt met een samenvatting en conclusie die antwoord geeft op de bovenstaande vraag.

⁹⁵ M.W.C. Feteris, De techniek van de conserverende aanslag onder de Wet inkomstenbelasting 2001, 1 januari 1999, WFR 1999/1551.

⁹⁶ Kamerstukken II, 1995/1996, nr. 3, 24 761, p. 19.

3.2 Het EU-recht

3.2.1 Inleiding

Bij emigratie van de ab-houder wordt een conserverende aanslag opgelegd met betrekking tot de fictieve vervreemding van zijn ab-pakket. Onder voorwaarden bepaalt artikel 25, achtste lid, IW 1990 (oud) dat voor de conserverende aanslag uitstel van betaling op verzoek kan worden verleend. Bij het uitstel van betaling verlenen, dient de belastingplichtige zekerheden te stellen door middel van bijvoorbeeld een bankgarantie.^{97,98} Indien de ab-houder binnen tien jaar na emigratie geen verboden handeling verricht, wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden.

3.2.2 Primair recht

De werking van de EU is neergelegd in de EU-verdragen, namelijk het VwEU en het VEU. De doelstelling van het VwEU is het vrije verkeer waarborgen tussen de verschillende lidstaten en een gemeenschappelijke markt tot stand brengen. Een beroep doen op het VwEU is overigens alleen mogelijk in grensoverschrijdende situaties.⁹⁹ Bij emigratie besluit de ab-houder en/of de vennootschap zich in een andere lidstaat te vestigen. Zodoende is er sprake van een grensoverschrijdende situatie waarbij de belanghebbende beroep kan doen op de in de VwEU neergelegde vrijheden. Voornamelijk de vrijheid van vestiging – neergelegd in artikel 49 VwEU voor natuurlijke personen en artikel 54 VwEU voor vennootschappen – kan zich verzetten tegen de emigratieheffing.¹⁰⁰ Beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen opgelegd door de lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat zijn verboden op grond van artikel 49 en 54 VwEU. Bovengenoemde artikelen zijn onderdeel van het primaire recht, waaraan de lidstaten hun wetgeving conform het primaire recht dienen vorm te geven. Het doel hierbij is te verzekeren dat buitenlandse onderdanen en vennootschappen in de lidstaat van aankomst op dezelfde wijze worden behandeld als de eigen onderdanen en vennootschappen. Bovendien is het de vertrekstaat verboden om de vestiging van een onderdaan in een andere lidstaat te belemmeren.¹⁰¹

De kwestie hierbij is of de Nederlandse emigratieheffing in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging. De directe belastingen, zoals de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting,

⁹⁷ E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuiver, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, 2017, p. 607.

⁹⁸ Later in dit hoofdstuk blijkt dat deze voorwaarden ter verlening van uitstel van betaling zijn afgeschaft.

⁹⁹ E. Poelmann, *Cursus Belastingrecht FBR.5.0.2.D, Het toepassingsbereik van het EU-recht*, 17 februari 2017.

¹⁰⁰ A.C. Rijkers, *Cursus Belastingrecht IB.4.6.1.I.d, Het immigratieland hoort tot de EU*, 6 april 2017.

¹⁰¹ HvJ EU 27 september 1988, nr. 81/87, *Daily Mail*.

vallen onder de afzonderlijke bevoegdheid van de lidstaten. Niettemin mogen de wettelijke bepalingen van de lidstaten geen belemmeringen vormen voor de in het VwEU gewaarborgde vrijheden.¹⁰² Om die reden heeft het EU-recht wel degelijk zijn invloed op de directe belastingen van de lidstaten.

De vraag of een wettelijke bepaling een beperking is voor de vrijheid van vestiging dient te worden voorgelegd aan het HvJ. Het HvJ toetst hierbij de verenigbaarheid van een nationaalrechtelijke bepaling met het EU-recht aan de hand van een viertal vragen, ook wel de beslisboom van het HvJ genoemd¹⁰³:

1. Heeft de belastingplichtige toegang tot het EU-recht? Hier is van belang of de belastingplichtige een onderdaan is van een lidstaat.
2. Is er sprake van een discriminatie of belemmering van een grensoverschrijdende situatie? Hierbij is van belang of een onderdaan van een andere lidstaat – in eenzelfde situatie – slechter behandeld wordt dan een onderdaan van een eigen lidstaat.
3. Zijn er rechtvaardigingsgronden voor de belemmering?
4. Gaat de rechtvaardigingsgrond verder dan noodzakelijk om het gewenste doel te bereiken en is deze proportioneel?

Het vervolg van dit hoofdstuk behandelt aan de hand van jurisprudentie van het HvJ of en in hoeverre de emigratieheffing in strijd is met het EU-recht.

3.3 Europese jurisprudentie inzake de emigrerende ab-houder

3.3.1 Zaak X en Y, HvJ 21 november 2002, C-436/221 (hierna: X & Y)

Uit dit arrest volgt dat het HvJ de coherentie van een belastingstelsel acceptabel acht mits de belemmerende regeling daarvoor noodzakelijk en evenredig is met de doelstelling ervan.¹⁰⁴ In het onderhavige arrest was daar geen sprake van.

In de Zweedse IB was een aandelenfusiefaciliteit voorhanden indien de aandelen tegen een lagere prijs dan de werkelijke waarde werden vervreemd aan een zuiver Zweedse vennootschap waarin

¹⁰² P. Kavelaars, Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst, 1 januari 2003, WFR 2003/575.

¹⁰³ J.J.A.M. Korving, Misbruik en primair EU-recht, 19 februari 2013, TFO 2013/125.3.

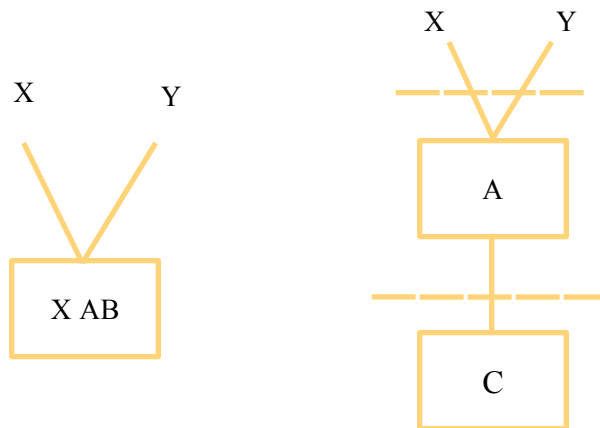
¹⁰⁴ A.C. Rijkers, Het immigratieland hoort tot de EU, Cursus Belastingrecht, IB 4.6.1.I.d, 6 april 2017.

de verkopers eveneens een belang hadden.¹⁰⁵ Door de Zweedse faciliteit kan de fiscale claim op de ab-aandelen worden doorgeschoven.

De faciliteit blijft echter buiten toepassing indien:

1. de aandelen worden verkocht aan een niet in Zweden gevestigde vennootschap waarin de verkopende ab-houders eveneens een vergelijkbaar belang hebben; en
2. de aandelen worden verkocht aan een in Zweden gevestigde vennootschap waarin een buitenlandse vennootschap een 'ab' heeft en de verkopers eveneens een belang hebben in de buitenlandse vennootschap. De in Zweden gevestigde vennootschap is zodoende geen zuiver Zweedse vennootschap.¹⁰⁶

Belanghebbenden X en Y hadden samen een 50% belang in een Zweedse vennootschap X AB. X en Y wensten de aandelen te vervreemden aan een andere in Zweden gevestigde vennootschap C. C had een moedervernootschap in België, A. X en Y hadden eveneens een belang in de Belgische A. Schematisch ziet dit er als volgt uit.



X en Y wensten de aandelen in X AB te vervreemden aan C die in Zweden was gevestigd. Aangezien C geen zuiver Zweedse vennootschap is, kon de aandelenfusiefaciliteit niet toegepast worden. In geschil is derhalve of in bovengenoemde gevallen sprake is van strijdigheid met het EU-recht en of objectieve rechtvaardigingsgronden aan te voeren zijn.

¹⁰⁵ P. Kavelaars, Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst, 1 januari 2003, WFR 2003/575.

¹⁰⁶ Idem.

3.3.1.1 *Belemmering van de vrijheid van vestiging*

Het HvJ heeft ten eerste moeten oordelen of er sprake is van een grensoverschrijdende situatie. De Zweedse belastingdienst heeft gesteld dat in onderhavige situatie de uitsluiting van de facilitering voor buitenlandse overnemers niet valt onder de door het VwEU gegarandeerde fundamentele vrijheden, omdat het gaat om een puur interne situatie.¹⁰⁷ Immers, belanghebbenden X en Y wonen in Zweden en willen hun belang in X AB aan een Zweedse vennootschap verkopen. Dit argument kan echter volgens het HvJ niet worden aanvaard. In de aandelenfusiefaciliteit ligt immers een externe component besloten die zeker relevant is voor de vrijheid van vestiging. Immers, een aandelenoverdracht aan een buitenlandse vennootschap of aan een binnenlandse vennootschap die een deelneming is van een buitenlandse vennootschap niet in aanmerking komt voor de Zweedse aandelenfusiefaciliteit. Het HvJ meent dat deze externe component ten grondslag ligt aan een verschil in behandeling in Zweden.¹⁰⁸ X en Y worden slechter behandeld als zij hun ab-belang aan een zuiver Zweedse vennootschap zouden vervreemden.

De aandelenfusiefaciliteit weigert uitstel van betaling te verlenen over de meerwaarde die gerealiseerd is op de overgedragen aandelen, omdat de moedervernootschap van de verkrijgende vennootschap in een andere lidstaat, in dit geval België, gevestigd is.¹⁰⁹ *“Het onthouden van dit fiscaal voordeel op grond dat de overnemende vennootschap waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, haar zetel in een andere lidstaat heeft, kan de belastingplichtige er dan ook van weerhouden gebruik te maken van het bij hem bij artikel 43 EG verleende recht om zijn activiteit door middel van een vennootschap in die andere lidstaat te verrichten.”*¹¹⁰

Om die reden oordeelt het HvJ dat de Zweedse bepaling een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging van X en Y. Bovendien vormt dit een belemmering van de vrijheid van vestiging van de Belgische moedervernootschap waarvan X en Y deel uitmaken. Door de weigering van het uitstel van betaling in Zweden wordt de Belgische moedervernootschap weerhouden om door middel van een filiaal activiteiten te verrichten in een andere lidstaat.¹¹¹ Dat het een belemmering voor de vrijheid van vestiging vormt is mijns inziens duidelijk. Het oordeel van het HvJ vind ik dan ook terecht. Of er nu wel of geen sprake is van daadwerkelijke emigratie is vanuit Zweden, is

¹⁰⁷ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 33.

¹⁰⁸ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 34.

¹⁰⁹ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 36.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 38.

er toch sprake van een grensoverschrijdende situatie. Dat een economische activiteit over de grens plaatsvindt, is al genoeg om van een grensoverschrijdende situatie te spreken in het kader van de vrijheid van vestiging.

3.3.1.2 *Rechtvaardigingsgronden*

De Zweedse regering heeft vier rechtvaardigingsgronden aangedragen, namelijk:

- (1) het risico van belastingontwijking;
- (2) het algemeen belang;
- (3) de (on)mogelijkheid van fiscale controle in de andere lidstaat;
- (4) de samenhang van het Zweedse fiscale stelsel (coherentieargument).

Het HvJ merkt op dat de eerste rechtvaardigingsgrond niet opgaat, omdat het in casu om een algemene regeling gaat. Ook gevallen waar geen risico van belastingontwijking bestaat, vallen onder de regeling. Een antiontwijkingsmaatregel dient alleen van toepassing te zijn in gevallen waarbij er daadwerkelijk sprake is van een risico voor belastingontwijking.¹¹²

Het tweede argument van algemeen belang betreft het geval waarbij uitstel van betaling zou leiden tot lagere belastingopbrengsten. In r.o. 50 bepaalt het HvJ dat een gemis in belastingopbrengsten niet als een rechtvaardigingsgrond kan gelden.

Wat dit arrest betreft, is de vierde aangedragen rechtvaardigingsgrond de belangrijkste. Het HvJ heeft opgemerkt dat de uitsluiting van de fiscale faciliteit uit het oogpunt van fiscale coherentie niet noodzakelijk is noch proportioneel.¹¹³ Hier valt op te merken dat Zweden geen emigratieheffing kent op ab-aandelen. Het HvJ wijst hierbij op dat de ab-aandelen eerst vervreemd kunnen worden aan een andere zuiver Zweedse vennootschap waarin de aandeelhouders een belang hebben. Vervolgens kunnen de aandeelhouders emigreren naar een andere lidstaat. Vijf jaar na de emigratie kunnen de aandeelhouders hun belang vervreemden zonder belasting daarover te betalen. Op grond van artikel 13, lid 5, Verdrag Zweden-België, heeft Zweden na de emigratie nog vijf jaar het heffingsrecht over de vermogenswinsten van de aandelen.¹¹⁴ Aangezien Zweden geen emigratieheffing kent, acht het HvJ de regeling waarbij de IB-claim in onderhavige situatie niet kan worden doorgeschoven, derhalve, geen sluitend

¹¹² P. Kavelaars, Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst, 1 januari 2003, WFR 2003/575.

¹¹³ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 57.

¹¹⁴ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 56

systeem. De IB-claim kan alsnog worden ontgaan door te emigreren en de aandelen na vijf jaar te verkopen, waardoor er geen samenhang bestaat in het fiscale systeem van Zweden. Op basis hiervan stelt het HvJ dat het coherentieargument geen rechtvaardigingsgrond kan zijn voor het onthouden van de doorschuiffaciliteit.¹¹⁵ Bovendien verleent Zweden geen uitstel van betaling van de IB-claim op de verkoop van de aandelen van X en Y.¹¹⁶ Mijns inziens gaat Zweden verder dan noodzakelijk om het doel te bereiken.

Op basis van het voorgaande volgt dat het coherentieargument zou worden aanvaard indien Zweden een emigratieheffing zou hebben. Rechtsoverweging 59 van het onderhavige arrest is cruciaal voor emigratieheffingen en – in zoverre – voor de Nederlandse conserverende aanslag op ab-aandelen. Het HvJ geeft aan dat de coherentie van het belastingstelsel verzekerd kan worden door minder beperkende maatregelen die specifiek gericht zijn op het risico van definitief vertrek van de belastingplichtige. *“Dergelijke maatregelen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn het creëren van een systeem van waarborgsommen of andere noodzakelijke garanties om betaling van de belasting veilig te stellen bij een definitieve verhuizing van de overdrager naar het buitenland.”*¹¹⁷

Het HvJ heeft hierbij expliciet gesteld dat een eindafrekening waarbij de nodige waarborgsommen en zekerheden worden gesteld niet strijdig is met het EU-recht. Het belang van dit arrest voor het Nederlandse belastingstelsel is hier onmiskenbaar. Nederland heeft immers een systeem waarbij een conserverende aanslag aan de emigrerende ab-houder wordt opgelegd. Vervolgens kan de belastingplichtige een verzoek indienen om uitstel van betaling te krijgen. De belastingplichtige dient, op grond van artikel 25, lid 8, IW 1990 (oud) de noodzakelijke garanties te geven om de betaling van de belasting veilig te stellen bij een definitieve verhuizing. Mijns inziens is daarom het systeem van conserverende aanslag in Nederland – in beginsel – niet in strijd met het EU-recht. Dit kan echter anders zijn indien de noodzakelijke garanties die gesteld worden een negatieve invloed hebben op de beslissing tot emigratie van de ab-houder. Kavelaars¹¹⁸ noemt als voorbeeld, indien de kosten om de nodige zekerheden te stellen oplopen, waardoor dit alsnog als een belemmering kan zijn op de vrijheid van vestiging. In dat geval ben ik van mening dat, om strijdigheid met EU-recht te voorkomen, het uitstel van betaling in beginsel

¹¹⁵ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 56 – 58.

¹¹⁶ HvJ EG 21 november 2002, Inkomstenbelasting. Europees Recht, V-N 2003/12.5

¹¹⁷ HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket, r.o. 59, tweede volzin.

¹¹⁸ P. Kavelaars, Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst, 1 januari 2003, WFR 2003/575.

automatisch moet worden verleend. Het HvJ heeft in het NGI-arrest¹¹⁹ beslist dat de exitheffing van artikel 16 Wet IB 1964 in beginsel gerechtvaardigd is, maar niet proportioneel is om de vastgestelde belastingschuld onmiddellijk bij de grens in te vorderen. In dit verband heeft het HvJ een belangrijke nuance aangebracht. Dit arrest heeft betrekking op de winstsfeer en wordt verder in hoofdstuk 4 besproken.

3.3.2 Zaak De Lasteyrie du Saillant, HvJ 11 maart 2004, C-9/02

Belanghebbende, De Lasteyrie du Saillant, is op 12 september 1998 vanuit Frankrijk naar België geëmigreerd. Belanghebbende heeft een ab in een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Frankrijk heeft op 9 september 1998 een wettelijke bepaling ingevoerd waarbij het een conserverende aanslag oplegt aan emigranten met een latente ab-winst in een in Frankrijk gevestigde vennootschap. De regeling bepaalt dat belastingplichtigen die middellijk of onmiddellijk tezamen met hun familieleden op enig moment gedurende de laatste vijf voorafgaande jaren recht hebben op minimaal 25% van de vennootschapswinst aan de Franse emigratieheffing onderworpen zijn. Belanghebbende kon onder voorwaarden, zoals zekerheid stellen, uitstel van betaling verkrijgen ten aanzien van de opgelegde ab-heffing. De Franse emigratieheffing op ab-aandelen vertoonde daarmee grote gelijkenissen met de Nederlandse emigratieheffing. De ab-heffing in Frankrijk werd na een periode van vijf jaar volledig kwijtgescholden.¹²⁰ Indien de belanghebbende binnen vijf jaar na emigratie een verboden handeling verricht, zoals overdracht, terugkoop, terugbetaling of nietigverklaring van de betrokken vennootschapsrechten, wordt de conserverende aanslag ingevorderd. Hiermee heeft de Franse regeling een antimisbruikarakter, die tot doel heeft fiscaal gemotiveerde emigratie tegen te gaan.¹²¹

3.3.2.1 Belemmering van de vrijheid van vestiging

In casu gaat het om een ab-belang van minimaal 25%. In geschil was of de Franse emigratieheffing – waarbij zekerheden dienen te worden gesteld om uitstel van betaling te krijgen – in strijd komt met het EU-recht.¹²² In conclusie kan worden gesteld dat belanghebbende een substantiële invloed heeft op de vennootschap en niet slechts een belegging houdt. De vrijheid die

¹¹⁹ HvJ EU 29 november 2011, nr. C371/10, BNB 2012/40.

¹²⁰ HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, Zaak Hughes Lasteyrie du Saillant, BNB 2004/258, met noot G.T.K. Meussen.

¹²¹ Idem.

¹²² HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o. 39).

hier daarom ter discussie staat, is de vrijheid van vestiging en niet de vrijheid van kapitaalverkeer.¹²³

Belanghebbende heeft dus op grond van de vrijheid van vestiging het recht om zich in een willekeurige lidstaat te vestigen zonder dat de vertrekstaat daar belemmeringen tegenin brengt. De regeling behandelt belanghebbende echter minder gunstig dan een persoon die zijn woonplaats in Frankrijk behoudt. Door de emigratie ontstaat voor belanghebbende een belastingschuld op inkomsten uit zijn ab-aandelen die nog niet zijn gerealiseerd. Een belastingplichtige die zijn woonplaats in Frankrijk behoudt, wordt niet geconfronteerd met een dergelijke heffing. In tegendeel, de waardevermeerderingen worden pas bij realisatie belast. Dit verschil in behandeling kan negatieve gevolgen hebben voor het vermogen van de belastingplichtige die besluit zijn woonplaats naar een andere lidstaat over te brengen, waardoor het verschil een afschrikwekkend effect kan hebben.¹²⁴

De belemmering ligt er voornamelijk in dat het uitstel van betaling niet automatisch wordt verleend. Immers, om uitstel te verlenen, dient belanghebbende aan strikte voorwaarden te voldoen, waaronder een waarborg verstrekken. *“Deze waarborg heeft uit zichzelf een belemmerende werking, daar hij de belastingplichtige het genot van het als waarborg verstrekte vermogen onthoudt.”*¹²⁵

Samengevat blijkt uit het vorenstaande dat het HvJ de oplegging van de conserverende aanslag als een belemmering van de vrijheid van vestiging acht. Ook voorwaarden stellen aan het uitstel van betaling ziet het HvJ als een belemmering van de vrijheid van vestiging. Uit het arrest is echter niet duidelijk dat bij automatisch uitstel verlenen, de regeling niet als een belemmering wordt aangemerkt. Aangezien het HvJ dat niet nadrukkelijk heeft gesteld, ga ik daar niet van uit. Puur de conserverende aanslag opleggen, heeft immers een ‘afschrikwekkend effect’ op het besluit tot emigreren.

¹²³ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o. 40 en HvJ EG 21 november 2002, zaak C-436/00, Zaak X en Y, BNB 2003/221.

¹²⁴ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o. 46.

¹²⁵ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o. 47.

3.3.2.2 *Rechtvaardigingsgronden*

In casu zijn verschillende rechtvaardigingsgronden aangedragen. In het vervolg zal ik de belangrijkste bespreken.

1. Het risico van belastingontwijking

Net als bij zaak X en Y heeft het HvJ dit argument afgewezen. De Franse regeling is immers algemeen geformuleerd, waardoor elke emigrerende ab-houder, of het nu een fiscaal gedreven emigratie is of niet, verplicht moet afrekenen.¹²⁶ De maatregel moet dan specifiek geformuleerd worden om fiscaal gedreven emigraties aan te pakken.

De mogelijkheid tot betalingsuitstel kan de regeling evenmin redden, omdat het betalingsuitstel aan strikte voorwaarden verbonden is. Mede door het voorwaardelijke karakter van het betalingsuitstel, kan het niet worden gerechtvaardigd met het belastingontwijkingsargument.¹²⁷ Peters¹²⁸ lijkt hieruit af te leiden dat indien het uitstel van betaling automatisch wordt verleend, het belastingontwijkingsargument wel soelaas zou bieden. Ik deel haar mening niet. Dit volgt uit r.o. 57: *“Voor zover de toepassing van deze voorwaarden de uitoefening van het recht van vestiging beperkt, kan het doel van voorkoming van belastingontwijking, dat geen rechtvaardiging kan vormen voor de belastingregeling van artikel 167 bis CGI, evenmin met succes worden aangevoerd tot staving van deze voorwaarden, die tot uitvoering van die regeling strekken.”*¹²⁹

Uit de overweging van het HvJ leid ik dus af dat, ook als het betalingsuitstel automatisch wordt verleend, de belastingontwijkingsargument alsnog niet als rechtvaardigingsgrond kan worden aangedragen, *omdat* het niet specifiek genoeg geformuleerd is.

¹²⁶ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o 50).

¹²⁷ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o 55-57).

¹²⁸ F.G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (1), 1 januari 2004, WFR 2004/1274, onderdeel 3.2.

¹²⁹ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o 57).

2. Fiscale coherentie van het belastingstelsel

Deze rechtvaardigingsgrond werd aangevoerd door de Nederlandse regering. Het HvJ heeft echter geen inhoudelijk oordeel gegeven over deze rechtvaardigingsgrond. Gezien het doel van de Franse regeling, namelijk tijdelijke fiscaal gedreven emigraties tegengaan, is dit begrijpelijk. Dit oordeel van het HvJ steunt bovendien erop dat de regeling elke belasting in aftrek op de conserverende aanslag toelaat die het nieuwe woonland heft bij daadwerkelijke vervreemding van aandelen.¹³⁰ Derhalve maakt het een inbreuk op de fiscale samenhang.

Niettemin is fiscale coherentie zeker van belang voor emigratieheffingen en met name voor de Nederlandse emigratieheffing.¹³¹ De Nederlandse emigratieheffing heeft als doelstelling de waardevermeerderingen die tijdens het Nederlands inwonerschap plaatsvonden, te realiseren op het moment vlak voorafgaand aan de emigratie. Dit is nodig om de uitgestelde belastingclaim veilig te stellen en zodoende de samenhang van het stelsel te waarborgen. Zo is emigratieheffing noodzakelijk om een sluitend belastingstelsel te waarborgen.¹³² Op basis van de wetsgeschiedenis is echter een andere doelstelling van de emigratieheffing om fiscaal geïndiceerde emigraties tegen te gaan waarbij men door (tijdelijk) te emigreren de ab-heffing probeert te ontlopen. Gezien vanuit de doelstelling die ten grondslag ligt aan de emigratieheffing in Nederland, is het denkbaar dat het coherentieargument wel verdedigbaar zou zijn. Immers, een primaire doelstelling is om de waardeaan groei die in Nederland is opgekomen hier te lande te belasten.

In de zaak X en Y heeft het HvJ in r.o. 59 geoordeeld dat Zweden door minder beperkende maatregelen, zoals een waarborg stellen, zijn doelstelling kan bereiken. Dit was toen een belangrijk oordeel ten aanzien van de emigratieheffing. In de zaak *De Lasteyrie du Saillant* heeft het HvJ juist het tegenovergestelde geoordeeld: zekerheden stellen, zoals een bankgarantie, wordt gezien als een belemmering voor de vrijheid van vestiging. Mijns inziens is het oordeel van het HvJ in onderhavige zaak terecht en niet opmerkelijk. De kosten die een emigrerende ab-houder moet maken om zulke zekerheden te stellen, kunnen immers hoog zijn, waardoor het een afschrikwekkend effect kan hebben op het besluit tot emigratie en zodoende een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging.

¹³⁰ F.G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (1), 1 januari 2004, WFR 2004/1274, onderdeel 2.1.

¹³¹ F.G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (1), 1 januari 2004, WFR 2004/1274, onderdeel 3.4.

¹³² Idem.

3.3.2.3 *Gevolgen voor de Nederlandse emigratieheffing*

Zoals reeds vermeld, is de Nederlandse emigratieheffing in grote mate vergelijkbaar met de Franse emigratieheffing. Naar aanleiding van dit arrest heeft de staatssecretaris van Financiën in een brief aangekondigd dat met ingang van 11 maart 2004 bij emigratie naar een lidstaat van de EU of EER het uitstel van betaling automatisch en onvoorwaardelijk wordt verleend.¹³³ Op deze manier heeft de staatssecretaris de regeling van conserverende aanslag proberen te redden. Blijkend uit het onderhavige arrest, is vrijwel zeker te stellen dat een conserverende aanslag opleggen alsnog een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Emigrerende ab-houders worden immers op een prematuur tijdstip geconfronteerd met afrekening over de waardevermeerdering op de ab-aandelen, zonder daadwerkelijke realisatie. Deze belemmering kan eventueel worden gerechtvaardigd door het fiscale coherentieargument.¹³⁴ Dit argument kan echter worden verzwakt, doordat Nederland ook kwijtschelding verleent op de conserverende aanslag voor zover het nieuwe woonland een belasting heft met betrekking tot de vervreemding van de aandelen, in de zin van artikel 26, derde lid, onderdeel b, IW 1990 (oud).¹³⁵ Immers, net als het geval was in Frankrijk, doet dit enigszins afbreuk aan de fiscale samenhang. De wetswijziging houdt verder ook in dat het land van vertrek rekening voortaan rekening moet houden met waardedalingen na emigratie.¹³⁶

In de regeling die geldig was tot 15 september 2015 werd de conserverende aanslag volledig kwijtgescholden na een periode van tien jaar na emigratie, in de zin van artikel 26, derde lid, onderdeel c, IW 1990 (oud). Het uitgangspunt van de tienjaarstermijn was dat na een dermate lange periode in het buitenland, de belastingplichtige niet om fiscale redenen was geëmigreerd. Echter, dit staat haaks op de fiscale coherentierechtvaardigingsgrond van het HvJ. Immers, de waardevermeerderingen die zich tijdens het Nederlandse inwonerschap hebben voorgedaan, worden na een periode van tien jaar niet meer belast.¹³⁷ Op grond van de jurisprudentie van het HvJ lijkt het er mijns inziens op dat de tienjaarstermijn juist de EU-houdbaarheid van de emigratieheffing in gevaar brengt.

¹³³ Brief van Staatssecretaris van Financiën van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8. Zie verder: Kamerstukken II, 2003/2004, 29 758, nr. 3.

¹³⁴ G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (2), 1 januari 2004, WFR 2004/1307, onderdeel 2.3.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Kamerstukken II, 2003/2004, 29 758, nr. 3, p. 15.

¹³⁷ Idem.

Belanghebbende N bezit een ab in drie verschillende bv's. N is op 22 januari 1997 vanuit Nederland naar het VK geëmigreerd. Tegelijk met zijn emigratie is de feitelijke leiding van de drie bv's waarin hij een ab heeft, vanuit Nederland naar de (toenmalige) Nederlandse Antillen overgebracht.¹³⁸ Naar aanleiding van de emigratie van N is hem een conserverende aanslag opgelegd op grond van artikel 20a, zesde lid, onderdeel i, Wet IB 1964 (oud). Daarbovenop is eveneens heffingsrente in rekening gebracht. Op verzoek van N werd hem uitstel van betaling verleend voor de op hem opgelegde conserverende aanslag en de heffingsrente. Op grond van de toen geldende wetgeving moest N voor dat uitstel van betaling zekerheid stellen. Hiervoor heeft N zijn aandelen in een van zijn vennootschappen op de Nederlandse Antillen als onderpand opgegeven. N had voor zijn emigratie een aangifte inkomstenbelasting moeten doen. Op basis van de toen geldende wetgeving werd geen rekening gehouden met waardedalingen van de ab-aandelen die zich na emigratie hadden voorgedaan.¹³⁹

3.3.3.1 *Belemmering van de vrijheid van vestiging*

N heeft een 100%-belang in het kapitaal van de vennootschappen die vóór de emigratie in Nederland waren gevestigd. Als enige aandeelhouder heeft hij een zodanige invloed op de besluiten, dat hij de activiteiten van de vennootschappen kan bepalen. Derhalve oefent N een economische activiteit uit waardoor hij onder de werking van de vrijheid van vestiging valt.¹⁴⁰ Kennelijk was het voor het HvJ niet van belang dat toen N emigreerde de feitelijke plaats van vestiging van de drie vennootschappen verlegd werd naar de Nederlandse Antillen.

Op een aantal punten vormde de toen geldende wetgeving een belemmering voor de vrijheid van vestiging:

1. Een conserverende aanslag opleggen op de latente waardevermeerderingen van de ab-aandelen ten tijde van emigratie. Immers, de waardevermeerderingen zijn ten tijde van de emigratie nog niet gerealiseerd. Zodoende wordt N op een prematuur tijdstip geconfronteerd met een belastingschuld. Deze belemmering werd reeds uitgebreid

¹³⁸ HvJ 7 september 2006, C470/04, C-470/04, V-N 2006.46.4.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 25 – 28.

- besproken in de zaak X & Y en de zaak De Lasteyrie du Saillant. Derhalve wordt hier slechts volstaan met een benoeming ervan.¹⁴¹
2. De voorwaarden die eraan verbonden waren aan het verlenen van een uitstel van betaling, zoals onder andere het stellen van zekerheden. Deze voorwaarden versterken de belemmerende werking van de conserverende aanslag. Zoals reeds aangehaald bij de zaak Lasteyrie du Saillant, onthouden zulke zekerheidstellingen de belastingplichtige het genot van zijn vermogen, waardoor het een afschrikwekkend effect kan hebben op de vrijheid van vestiging.¹⁴²
 3. Na emigratie worden eventuele waardeverminderingen van de ab-aandelen niet in aanmerking genomen ter vermindering van de belastingschuld. Dit kon tot gevolg hebben dat bij een latere vervreemding na emigratie belasting wordt geheven over niet-gerealiseerde winst. Bovendien zou de belasting na emigratie hoger zijn dan wanneer N niet zou hebben geëmigreerd. Immers, bij binnenlands belastingplicht wordt er rekening gehouden met de waardevermindering van de ab-aandelen. De overdrachtprijs wordt dan bepaald op het moment van vervreemding. In het geval van N wordt uitgegaan van de niet-gerealiseerde winst ten tijde van de emigratie. Door zijn emigratie wordt N zwaarder belast dan wanneer hij zijn woonplaats niet had verlegd. Dit vormt dus een belemmering voor de vrijheid van vestiging, aldus het HvJ.¹⁴³
 4. Het vereiste dat ten tijde van de emigratie N een aangifte inkomstenbelasting moet indienen, vormt volgens het HvJ – dat de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) Kokott volgt – een extra belemmering voor N. Indien N niet zou zijn geëmigreerd, zou hij pas bij daadwerkelijke vervreemding van de aandelen aangifte indienen.¹⁴⁴

3.3.3.2 *Rechtvaardigingsgronden*

In onderhavig arrest wordt beroep gedaan op het coherentieprincipe. Net als reeds is gebleken uit het arrest De Lasteyrie du Saillant, kan de conserverende aanslag die bij emigratie wordt opgelegd gerechtvaardigd worden door het coherentieprincipe.¹⁴⁵ De waardeontwikkeling waarvan sprake was tijdens de binnenlandse belastingplicht mag in Nederland worden belast om de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. De maatregel moet echter niet verder gaan dan noodzakelijk om het doel te bereiken. Het doel van de maatregel in het hoofdgeding is

¹⁴¹ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 35.

¹⁴² HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 36.

¹⁴³ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 37.

¹⁴⁴ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 38.

¹⁴⁵ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 46.

immers de waardeontwikkeling waarvan sprake was in de binnenlandse periode aldaar te belasten. Waarborgen stellen als voorwaarde om uitstel van betaling te verlenen, gaat verder dan noodzakelijk, waardoor het uitstel automatisch verleend moet worden. Dit aspect van onderhavige zaak is gelijk aan de zaak *De Lasteyrie du Saillant*. Derhalve wordt volstaan met een verwijzing naar de zaak *De Lasteyrie du Saillant*.

In dit verband wordt volgens het HvJ een systeem als evenredig en noodzakelijk beschouwd om het desbetreffende doel te bereiken, als dat systeem rekening houdt met waardedalingen die optreden na emigratie.¹⁴⁶ Indien in de immigratiestaat reeds rekening wordt gehouden met de waardedaling, hoeft de staat van emigratie dat niet te doen. Zodoende wordt een ‘dubbel dip’ voorkomen, waarbij beide staten rekening houden met de waardedaling na emigratie. De feiten in het hoofdgeding vonden plaats voordat Nederland, naar aanleiding van de zaak *De Lasteyrie du Saillant*, de emigratieheffing heeft gewijzigd. Zoals reeds is vermeld, wordt uitstel van betaling automatisch verleend indien de ab-houder naar een andere lidstaat of een land binnen de EER verhuist. Bovendien dient bij de conserverende aanslag rekening te worden gehouden met eventuele waardedalingen na emigratie.¹⁴⁷ Volgens het *Vakstudie Nieuws* heeft het HvJ terecht een nuance aangebracht met betrekking tot de waardedalingen na emigratie.¹⁴⁸ Immers, in het geval dat de nieuwe woonstaat rekening houdt met de waardedalingen hoeft Nederland dat niet meer te doen. Mijns inziens is dit ook terecht en ik deel de mening van het *Vakstudie Nieuws*. Ik ben echter de mening toegedaan dat rekening houden met waardedalingen die zich na de emigratie hebben voorgedaan haaks staat op het territorialiteitsbeginsel en het coherentieprincipe. De waardeontwikkeling die na de emigratie optreedt, valt immers buiten de periode van de binnenlandse belastingplicht en voldoet, mijns inziens, niet aan het coherentieargument. Daarom is in dit verband de nuance die het HvJ heeft aangebracht belangrijk. Het zou echter voor de vertrekstaat niet moeten uitmaken of de ontvangststaat rekening houdt met waardedalingen na emigratie.

¹⁴⁶ HvJ 7 september 2006, C-470/04, N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, r.o. 54.

¹⁴⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financien, 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8. Zie verder: Kamerstukken II, 2003/2004, 29 758, nr. 3.

¹⁴⁸ HvJ 7 september 2006, C470/04, V-N 2006.46.4.

Dit arrest betreft een inbreukprocedure door de Europese Commissie (EC) tegen Portugal. Hierbij start de EC een onderzoek over twee nationale maatregelen van Portugal: (1) bij aandelenruil gevolgd door emigratie door de betrokken aandeelhouder en (2) inbreng van een onderneming in een buitenlandse vennootschap (winstsfeer). Dit hoofdstuk besteedt aandacht aan de eerste nationale maatregel, aangezien hij betrekking heeft op de aandelensfeer. In hoofdstuk 4 komt het winstssfeeraspect van dit arrest aan bod.

3.3.4.1 *Belemmering van de vrijheid van vestiging en verkeer van personen*

Portugal heeft een aandelenfusiefaciliteit voor natuurlijke personen die het volgende inhoudt. Indien bij een aandelenruil bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de verkrijgende vennootschap worden toegekend aan aandeelhouders van de verkregen vennootschap zal dit niet leiden tot belastingheffing. Dit geldt voor zover die aandeelhouders aan de nieuw verkregen aandelen dezelfde fiscale waarde blijven toerekenen als aan de oude aandelen. De regeling houdt een uitstelfaciliteit in. De belasting over de waardeangroei bij de aandelenruil wordt pas geheven bij de belastingplichtige indien de aandelen worden vervreemd.¹⁴⁹ Echter, belastingplichtigen die hun woonplaats verleggen naar een andere lidstaat moeten belasting betalen over het bedrag dat niet is belast ten tijde van de aandelenruil. Daarom wordt de faciliteit als het ware teruggenomen in het jaar dat de emigratie plaatsvindt.¹⁵⁰

Belastingplichtigen die Portugal willen verlaten worden door deze maatregel slechter behandeld dan belastingplichtigen die in Portugal blijven. Het moment waarop belasting wordt geheven, wordt naar voren gehaald bij emigratie, wat een cashflownadeel oplevert.¹⁵¹ Belastingplichtigen die emigreren, zijn verplicht onmiddellijk belasting te betalen over de uit die aandelenruil resulterende waardeangroei. Er is dus sprake van een acute eindafrekening. Door de ongelijke behandeling in een vergelijkbare situatie, levert de maatregel volgens het HvJ een beperking op van het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging, in de zin van artikel 45 resp. artikel 49 VwEU.¹⁵²

¹⁴⁹ HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 41. V-N 2017/4.9.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 45. Zie ook: HvJ 12 juli 2012, Commissie/Spanje, C-269/09.

Gezien de eerdere arresten van het HvJ, zoals de zaak *De Lasteyrie du Saillant* en de zaak *N*, wekt het bovenstaande geen verbazing. Er is inderdaad sprake van een ongelijke behandeling bij een overigens gelijke situatie wat een beperking oplevert voor de vrijheid van vestiging. Sterker nog, in dit geval wordt geen conserverende aanslag opgelegd waarop uitstel van betaling mogelijk is. De belastingplichtige is verplicht meteen bij de grens af te rekenen. Daarnaast voegt het HvJ in deze zaak toe dat het eveneens een beperking oplevert voor de vrijheid van het verkeer van personen/werknemers.

3.2.4.2 *Rechtvaardigingsgronden*

Portugal heeft een drietal rechtvaardigingsgronden aangedragen. In de eerste plaats de noodzaak om overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren, in de tweede plaats de noodzaak om de coherentie van het fiscale stelsel te waarborgen en in de derde plaats de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen en belastingontduiking en -ontwijking tegen te gaan.¹⁵³

De belemmering wordt gerechtvaardigd op basis van de noodzaak om overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren.^{154, 155} De regeling waarbij de aandelenfusiefaciliteit niet geldt of teruggenomen wordt bij emigratie is geschikt om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. De exitheffing strekt er immers toe dat de waardeaan groei die zich in Portugal heeft voorgedaan, uitsluitend in Portugal aan belasting onderworpen wordt, op grond van het territorialiteitsbeginsel. Voorts heeft het HvJ bepaald dat de waardeaan groei die gerealiseerd wordt na emigratie uitsluitend belast dient te worden in de lidstaat van ontvangst. Zodoende wordt dubbele belasting daarvan voorkomen.¹⁵⁶ In dit verband is het HvJ van oordeel dat de lidstaat van vertrek geen rekening hoeft te houden met waardedalingen die gerealiseerd worden na emigratie. Portugal hoeft dus niet over te gaan tot een herbeoordeling van de belastingschuld – wanneer de aandelen vervreemd worden – die definitief is vastgesteld op het moment waarop de belastingplichtige zijn woonplaats heeft verlegd.¹⁵⁷ Hier probeert het HvJ het

¹⁵³ HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 50, V-N 2017/4.9.

¹⁵⁴ HvJ EU (A-G) 12 mei 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, Portugese IB-heffing bij aandelenruil vertrekkende dga volgens A-G in strijd met EU-recht, V-N 2016/28.6.

¹⁵⁵ De overige aangedragen rechtvaardigingsgronden worden door het Hof verworpen en derhalve worden hier verder niet behandeld.

¹⁵⁶ HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 57, V-N 2017/4.9.

¹⁵⁷ HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 55, V-N 2017/4.9.

onderscheid van exitheffing tussen enerzijds natuurlijke personen en anderzijds rechtspersonen (winstsfeer) op te heffen. Immers, bij de exitheffing bij rechtspersonen hoeft de vertrekstaat geen rekening te houden met de waardedalingen na emigratie.¹⁵⁸

Hierbij oordeelt het HvJ expliciet het volgende:

“Er bestaat dus geen objectieve reden om met het oog op de rechtvaardigingsgrond inzake de doelstelling om tussen de lidstaten een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, een onderscheid te maken tussen de exitheffing over de latende meerwaarde bij natuurlijke personen en bij rechtspersonen.”

Hoewel de rechtvaardigingsgrond door het HvJ wordt aanvaard, is de maatregel niet proportioneel. De maatregel gaat immers verder dan noodzakelijk om de doelstelling te bereiken in verband met de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren. De Portugese regeling biedt de belastingplichtige geen keuze tussen enerzijds onmiddellijke betaling van het belastingbedrag en anderzijds uitstel van betaling. Voorts gaat het uitstel van betaling gepaard met een administratieve last om zekerheden te stellen.¹⁵⁹ Omdat de Portugese regeling inzake de aandelenruil geen keuze biedt aan belastingplichtigen, gaat het verder dan noodzakelijk om de doelstelling te bereiken. Daarom vormt de regeling een beperking voor de in de artikelen 45 en 49 VwEU vervatte vrijheden.¹⁶⁰

Voorts heeft het HvJ de regeling getoetst aan artikel 21 VwEU. Dit artikel waarborgt de vrijheid van burgers van de Unie die zich binnen de Unie wensen te verplaatsen om redenen die geen verband houden met de uitoefening van een economische activiteit. Wat betreft dit artikel trekt het HvJ dezelfde conclusie als het voorgaande, aangezien deze op dezelfde gronden berust.¹⁶¹ Concluderend is de Portugese regeling inzake de aandeelhoudersfeer in strijd met artikel 21, 45 en 49 VwEU.

¹⁵⁸ HvJ EU 29 november 2011, National Grid Indus, nr. C-371/10.

¹⁵⁹ HvJ EU 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 58 – 60, V-N 2017/4.9.

¹⁶⁰ HvJ EU 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 61, V-N 2017/4.9.

¹⁶¹ HvJ EU 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 69, V-N 2017/4.9. Zie in dit verband HvJ 12 juli 2012, Commissie/Spanje, C-269/09.

3.3.4.3 *Gevolgen zaak Commissie/Portugal – aandeelhoudersfeer*

Het HvJ heeft geoordeeld dat de regeling in onderhavige zaak in strijd is met het EU-recht. Hierbij heeft het HvJ een aantal belangrijke nuanceringen aangebracht. Ten eerste, de vertrekstaat hoeft geen rekening te houden met de waardedalingen die na de emigratie bij vervreemding van de aandelen gerealiseerd worden. Derhalve is het, naar mijn mening, in lijn met het territorialiteitsbeginsel om geen rekening te houden met deze waardedalingen. Ten tweede dient Portugal een keuze aan de belastingplichtige te bieden tussen enerzijds gelijk afrekenen aan de grens en anderzijds uitstel van betaling. Het HvJ oordeelt voorts dat de lidstaat van vertrek toegestaan is rekening te houden met het risico van niet-invordering van de belastingschuld dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Dit risico kan in de vorm van zekerheden stellen, zoals een bankgarantie, worden ingeperkt.¹⁶² Het is de lidstaat daarom toegestaan om zekerheden te stellen bij emigratie. Een voorwaarde daarbij is dat de lidstaat wel de keuze moet bieden tussen enerzijds gelijk aan de grens afrekenen en anderzijds het uitstel van betaling.

Het oordeel van het HvJ is zeker opmerkelijk gezien zijn eerdere jurisprudentie, met name de zaak N, waarin het expliciet oordeelde dat de vertrekstaat rekening dient te houden met de waardedalingen na emigratie, voor zover de staat van ontvangst daar geen rekening mee houdt. De redactie van *Vakstudie Nieuws* stelt terecht de vraag op of – en in hoeverre – zaak N nog wel geldend recht kan zijn na het onderhavige arrest.¹⁶³ Hierdoor lijkt het erop dat het bepaalde in artikel 26, lid 5, IW 1990 inzake de aftrek van post-emigratie waardedalingen en artikel 2, lid 1, onderdeel a, Uitv. Reg IW 1990 inzake geen verplichte zekerheidstelling bij uitstel van betaling voor emigratie binnen de EU/EER, niet meer noodzakelijk zijn.¹⁶⁴ Het is dan de vraag wat de mogelijke gevolgen zijn van dit arrest voor de huidige Nederlandse regeling. Mijns inziens is er op basis van dit arrest geen belemmering om de genoemde bepalingen in de Invorderingswet af te schaffen of te wijzigen, wellicht met een mogelijk overgangsrecht.

¹⁶² HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, r.o. 60.

¹⁶³ HvJ 21 december 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, Redactionele aantekening, V-N 2017/4.9.

¹⁶⁴ Idem.

3.4 Conserverende aanslag inzake pensioenaanspraak

3.4.1 Inleiding

Bij grensoverschrijdende situaties kan ook met betrekking tot pensioenaanspraken een conserverende aanslag worden opgelegd. Op de voet van artikel 3.83, lid 1, Wet IB 2001 wordt de waarde in het economische verkeer van opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon van een belastingplichtige gerekend. Dit loon wordt in geval van emigratie geacht te zijn genoten op het tijdstip dat onmiddellijk aan de emigratie voorafgaat, in de zin van artikel 3.146, lid 3, Wet IB 2001. Hierbij wordt een conserverende aanslag opgelegd voor dat deel van de pensioenaanspraak dat in eerdere jaren ten laste van het belastbaar inkomen uit werk in woning is gekomen. Dit is overigens om ervoor te zorgen dat na emigratie geen claimverlies ontstaat. Op de conserverende aanslag kan uitstel van betaling verleend worden, op grond van artikel 25, lid 5, IW 1990. Indien na een periode van tien jaar geen verboden handeling is verricht, wordt de conserverende aanslag volledig kwijtgescholden, in de zin van artikel 26, lid 2, IW 1990. Net als het geval is bij een conserverende aanslag in de ab-sfeer, is in dit verband de vraag opgekomen of de conserverende aanslag bij pensioenen in strijd is met het EU-recht.

3.4.2 De 15 april-arresten, HR 15 april 2011, nr. 10/00990

In casu was belanghebbende werkzaam bij een Nederlandse werkgever en heeft aldaar zijn pensioenaanspraken opgebouwd. Belanghebbende emigreert op 5 maart 2003 naar België. Bij emigratie is aan belanghebbende een conserverende aanslag opgelegd met revisierente met betrekking tot zijn in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken. In casu was primair in geschil of de opgelegde conserverende aanslag in strijd was met de goede verdragstrouw tussen de lidstaten. Subsidiair was in geschil of de conserverende aanslag in strijd is met het EU-recht. Het primaire geschilpunt wordt verder besproken in hoofdstuk 5.¹⁶⁵

De conserverende aanslag voor pensioenaanspraken is in grote mate vergelijkbaar met de conserverende aanslag bij de emigrerende ab-houder. Het verschil ligt in beginsel slechts in het belastbare feit. In tegenstelling tot de conserverende aanslag voor ab-houders, wordt in de

¹⁶⁵ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

pensioensfeer de conserverende aanslag na een periode van tien jaar volledig kwijtgescholden, in de zin van artikel 26, lid 2, IW 1990.¹⁶⁶

De conserverende aanslag in de pensioensfeer legt een beperking op aan de belastingplichtige die zijn woonplaats naar een andere lidstaat wil verleggen. Immers, door de wettelijke regeling wordt de emigrerende werknemer slechter behandeld dan een persoon die in Nederland blijft wonen.¹⁶⁷ Deze beperking kan in beginsel worden aanvaard, omdat het een doel van algemeen belang nastreeft en de verwezenlijking van dat doel door de conserverende aanslag op te leggen, kan worden gewaarborgd. De wettelijke regeling inzake de emigratieheffing over de pensioenaanspraak is overigens in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel.¹⁶⁸ Het is de staten immers toegestaan afspraken te maken op grond waarvan zij bevoegd zijn alsnog belasting te heffen indien een pensioenaanspraak die uit hun land afkomstig is die tot uitkering komt te belasten, ongeacht de belastingplichtige op dat moment in een andere lidstaat woonachtig is. Net als bij de overige zaken het geval is, mag de beperking niet verder gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefte doel van algemeen belang te bereiken. Het moet daarom voldoen aan het evenredigheidsvereiste. Aan dit vereiste wordt niet voldaan indien de belastingplichtige die uit Nederland is geëmigreerd naar aanleiding van een verboden handeling hogere Nederlandse belasting is verschuldigd dan een belastingplichtige die in Nederland blijft wonen.¹⁶⁹

In dit verband oordeelt de HR dat aan het evenredigheidsvereiste wordt voldaan indien rekening wordt gehouden met de waardeverminderingen die opkomen na emigratie.¹⁷⁰ Dat rekening dient te worden gehouden met de waardeverminderingen na emigratie volgt uit de zaak N van het HvJ. Zoals reeds vermeld, maakt het mijns inziens een inbreuk op het territorialiteitsbeginsel om rekening te houden met waardeverminderingen na emigratie. De HR brengt een belangrijke nuance aan bij dit arrest, namelijk: *“Voor zover het bedrag van de conserverende aanslag dat als gevolg van een besmette handeling op grond van de Nederlandse nationale wetgeving invorderbaar wordt hoger is dan op grond van het in 4.6.6 overwogene evenredig is, zal een ontvanger ter voldoening aan de eisen die uit het VWEU voortvloeien het meerdere niet mogen invorderen. Dit brengt mee dat een ontvanger het uitstel van betaling voor dat deel van de*

¹⁶⁶ Indien geen verboden handeling binnen tien jaren na emigratie worden verricht, wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden.

¹⁶⁷ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.6.2.

¹⁶⁸ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.6.3.

¹⁶⁹ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.6.5.

¹⁷⁰ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

conserverende aanslag niet mag beëindigen op de voet van artikel 25, lid 5, slotzin, van de IW 1990.”¹⁷¹

De conserverende aanslag kan dan volgens de HR in stand blijven en is niet in strijd met het EU-recht. De conserverende aanslag opleggen, is weliswaar niet in strijd met het EU-recht, maar het invorderen daarvan is er wel mee in strijd indien niet aan het evenredigheidsvereiste wordt voldaan. In het kader van het EU-recht is in zoverre geen verschil tussen de pensioensfeer en de ab-sfeer.

3.5 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van de emigratieregeling in de aandeelhoudersfeer in het kader van het EU-recht aan bod gekomen. De volgende vraag is in dit hoofdstuk behandeld: *Wat is de ontwikkeling geweest van de emigratieregeling sinds de implementatie daarvan en hoe heeft het EU-recht daar invloed op gehad?*

Bij emigratie is sprake van een grensoverschrijdende situatie waarbij beroep kan worden gedaan op de in het VwEU neergelegde vrijheden. Enige beperkingen aan de vrijheden stellen, is verboden, tenzij er rechtvaardigingsgronden kunnen worden aanvaard.

De emigrerende ab-houder wordt aan de grens geconfronteerd met een conserverende aanslag. Het doel hiervan is dat de waardevermeerderingen die zich ten tijde van het Nederlandse inwonerschap hebben voorgedaan ook in Nederland belast worden. Een secundaire doelstelling is om fiscaal gedreven emigraties tegen te gaan. In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste arresten van het HvJ in het kader van de emigratieheffing in de aandeelhoudersfeer besproken, namelijk de zaak X & Y, De Lasteyrie du Saillant, de zaak N en de zaak Commissie/Portugal.

Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat de conserverende aanslag in Nederland een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Echter, op basis van de jurisprudentie blijkt dat de belemmering kan worden gerechtvaardigd door de wens om samenhang te behouden in het belastingsysteem van de vertrekstaat, ofwel het coherentieprincipe. Dit zorgt immers voor een sluitend belastingsysteem. Het coherentieargument kan alleen aanvaard worden als het doel van de desbetreffende regeling is om de binnenlandse waardeaan groei te belasten.

¹⁷¹ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.6.7.

Naar aanleiding van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* heeft de staatssecretaris de wetgeving gewijzigd. Sindsdien wordt automatisch en onvoorwaardelijk uitstel van betaling verleend aan abhouders die hun woonplaats binnen de EU/EER willen verleggen. Het coherentieargument kan echter worden verzwakt, aangezien Nederland kwijtschelding verleent indien in het buitenland belasting wordt geheven met betrekking tot de vervreemding van de aandelen. Naar mijn mening zorgt dit ervoor dat het geen sluitend systeem is. Het zou echter wel onwenselijk voor de belastingplichtige zijn indien er dubbele belasting wordt geheven. Op basis van de zaak N dient de verrekstaat eveneens rekening te houden met waardedalingen die na de emigratiedatum plaatsvinden, voor zover de staat van ontvangst daar geen rekening mee houdt. Zodoende wordt voorkomen dat over niet-gerealiseerde waardeaanwinst belasting wordt geheven. Rekening houden met waardedalingen na de emigratiedatum zorgt ervoor dat er inbreuk ontstaat in het coherentieprincipe, waardoor het geen sluitend systeem is. Kennelijk acht het HvJ dit noodzakelijk om de regeling proportioneel te houden.

Met het arrest *Commissie/Portugal* is dit wellicht veranderd. Het HvJ heeft hierbij gesteld dat de aandelenfusiefaciliteit van Portugal in strijd is met het EU-recht. Wel heeft het HvJ een aantal belangrijke nuanceringen aangebracht. Ten eerste hoeft de vertrekstaat geen rekening te houden met de waardedalingen die na de emigratie gerealiseerd worden. Ten tweede dient Portugal de belastingplichtige de keuze te geven tussen enerzijds gelijk afrekenen aan de grens en anderzijds uitstel van betaling. Het HvJ oordeelt voorts dat het de vertrekstaat toegestaan is rekening te houden met het risico van niet-invordering van de belastingschuld die stijgt naarmate de tijd verstrijkt.

De emigratieregeling heeft de nodige ontwikkelingen doorgemaakt sinds de invoering ervan. Nederland heeft de regeling telkens aangepast aan de rechtspraak van het HvJ. De invloed van het arrest *Commissie/Portugal* op de Nederlandse wetgeving is nog niet bekend. Wel blijkt dat het HvJ terugkomt op eerdere uitspraken inzake de emigratieregeling in de aandeelhoudersfeer. De regeling mag volgens het HvJ voor de emigrerende ab-houder strenger worden. Het wekt wellicht geen verbazing als Nederland zijn wetgeving conform de Europese rechtspraak wijzigt. Komt tijd komt raad.

Hoofdstuk 4: De ontwikkeling van de emigratieregeling in de winstsfeer gezien vanuit het EU-recht

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is de exitheffing bij particulieren (ab-houders) aan bod gekomen en hoe zij in verhouding staat tot het EU-recht. De mogelijke strijdigheid van de exitheffing bij lichamen is eveneens een punt van discussie geweest bij het HvJ. Een vennootschap houdt op binnenlands belastingplichtig te zijn indien zij de activa en passiva, ofwel onderneming, naar een in het buitenland gedreven onderneming verplaatst. De activa en passiva worden geacht te zijn vervreemd in het jaar dat de vennootschap ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. De vertrekstaat heeft na een emigratie geen aanknopingspunt meer om te heffen, tenzij een vaste inrichting in de vertrekstaat achterblijft. Hierdoor wordt de vennootschap in principe geconfronteerd met een afrekening aan de grens. De vertrekstaat heft, net als bij particulieren, veelal over de meerwaarde die in de periode dat de belastingplichtige actief is in het binnenland.

In het kader van exitheffing bij een onderneming is er discussie geweest in hoeverre zij strijdig is met het EU-recht. Dit hoofdstuk beantwoordt de volgende deelvraag: *Wat wordt verstaan onder de emigratie in de winstsfeer, in welk opzicht verschilt zij van de emigratieregeling voor ab-houders en hoe heeft het EU-recht daar zijn invloed op gehad?*

In hoofdstuk 3 is uitgebreid stilgestaan bij de werking van het EU-recht, VEU en VwEU. Daarom volstaat dit hoofdstuk met een verwijzing naar paragraaf 3.2. De afrekening vindt niet alleen plaats bij de verplaatsing van de hele onderneming van een vennootschap naar het buitenland, maar ook bij de verplaatsing van een enkel actief of passief. In dit geval blijft de vennootschap binnenlands belastingplichtig, maar een enkel actief of passief verplaatsen, leidt tot een afrekening.

Verder staat dit hoofdstuk kort stil bij de werking van exitheffing in de winstsfeer, in de zin van artikel 3.60 en artikel 3.61 Wet IB 2001 en artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969. Vervolgens behandelt het aan de hand van een aantal belangrijke arresten of en zoja in hoeverre de exitheffing in strijd is met het EU-recht.

Op 12 juli 2016 is de anti-BEPS-richtlijn van de Raad aangenomen. De richtlijn is een directe implementatie van de BEPS-actiepunten tegen grondslaguitholling. Gezien de recente

ontwikkelingen vanuit de EC om grondslaguitholling door multinationale ondernemingen te bestrijden, bespreekt dit hoofdstuk eveneens de anti-BEPS-richtlijn van de EC en de implementatie internetconsultatievoorstel. In dit kader bespreekt het artikel 5 van de richtlijn dat betrekking heeft op exitheffing. Het doel hiervan is om na te gaan in hoeverre Nederland zijn wetgeving moet wijzigen om EU-conform te zijn. Tot slot sluit het hoofdstuk af met een conclusie en samenvatting.

4.2 Exitheffing in de winstsfeer

4.2.1 Inleiding

Een onderneming die vermogensbestanddelen naar het buitenland verplaatst en ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn, dient af te rekenen over de meerwaarde die schuilgaat in de vermogensbestanddelen. De exitheffing voor IB-ondernemingen is geregeld in artikel 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en voor lichamen in artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969. Deze artikelen zijn de opvolgers van artikel 16 Wet IB 1964 en zijn op 1 januari 2001 in werking getreden.¹⁷² Via artikel 8 Wet Vpb 1969 werkte artikel 16 Wet IB ook door voor lichamen.

Artikel 3.60 Wet IB 2001 is een partiële eindafrekeningsbepaling en is uitsluitend van toepassing indien aan twee voorwaarden wordt voldaan. Met partiële afrekening wordt bedoeld op de situatie waarin de belastingplichtige niet volledig ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten.¹⁷³ Allereerst dient er sprake te zijn van overbrenging van vermogensbestanddelen van een onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming naar een vaste inrichting in het buitenland. Ten tweede dient de belastingplichtige/ondernemer op te houden binnenlands belastingplichtig te zijn.¹⁷⁴ Het einde van de binnenlandse belastingplicht hoeft overigens niet op hetzelfde moment plaats te vinden als de overbrenging van de vermogensbestanddelen. De eindafrekening kan dus nog jaren na de overbrenging plaatsvinden wanneer de belastingplichtige emigreert. Indien aan deze twee voorwaarden wordt voldaan, worden de overgebrachte vermogensbestanddelen geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.

Volgens de parlementaire geschiedenis dient artikel 3.61 Wet IB 2001 als een ‘vangnet’-artikel.¹⁷⁵ Hiermee wordt bedoeld op winstbestanddelen die niet volgens de totaalwinstgedachte

¹⁷² Kamerstukken, II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 116.

¹⁷³ HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, Partiële eindafrekening bij zetelverplaatsing naar Malta mogelijk, V-N 2013/12.18.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Kamerstukken, II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 118

van artikel 3.8 Wet IB 2001, dan wel volgens artikel 3.58, 3.59 of 3.60 Wet IB 2001 tot de winst gerekend kunnen worden.¹⁷⁶ Deze winstbestanddelen dienen dan in het geval van beëindiging van binnenlandse belastingplicht bij wijze van eindafrekening alsnog in de heffing betrokken te worden. Verder ziet artikel 3.61 op situaties waarin de ondernemer volledig ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn.

De parallelbepalingen van artikel 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 voor lichamen is te vinden in artikel 15c en 15d Wet Vpb 1969. Deze artikelen beogen eenzelfde doel: de in Nederland opgebouwde meerwaarde alhier te belasten. Indien een lichaam – op basis van de Nederlandse wet of een van toepassing zijnde verdrag, de BRK of de BRN – niet langer inwoner is van Nederland, dient te worden afgerekend over de meerwaarde die gelegen ligt in de vermogensbestanddelen die tegelijkertijd of op een eerder tijdstip zijn overgebracht naar het buitenland, in de zin van artikel 15c Vpb 1969. Op grond van dit artikel is een partiële afrekening eveneens mogelijk.¹⁷⁷ Artikel 15d Vpb 1969 voorziet in een algemene eindafrekeningsbepaling, zodat indien de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, over alle reserves afgerekend dient te worden. Overigens geldt de afrekeningsverplichting alleen voor de stille en fiscale reserves die betrekking hebben op vermogensbestanddelen die daadwerkelijk zijn overgebracht naar het buitenland en waarover Nederland geen heffingsrecht meer heeft.¹⁷⁸

De belastingheffing op grond van bovengenoemde exitheffing in de winstsfeer vindt niet plaats op basis van een conserverende aanslag opleggen. Daarom moet direct afgerekend worden aan de grens zonder mogelijkheid tot uitstel van betaling. Later in het hoofdstuk wordt door middel van de Europese jurisprudentie besproken hoe dit veranderd is in een minder disproportionele maatregel.

¹⁷⁶ M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht*, IB.3.2.31.E.a Algemeen, 2017.

¹⁷⁷ S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, Vpb.2.10.3.B.a, Algemeen, 2017.

¹⁷⁸ R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M Kampschöer, R.C. de Smit, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, Druk 16, 2017, p. 75.

4.3 Europeesrechtelijke aspecten van de exitheffing

4.3.1 National Grid Indus, HvJ 29 november 2011, zaak C-371/10 (het NGI-arrest)

Sinds de invoering van de emigratieheffing in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting is de vraag gerezen of zij in strijd is met het EU-recht.¹⁷⁹ NGI was een besloten vennootschap opgericht naar Nederlands recht. NGI had sinds 1996 een vordering in Britse ponden op een Engelse groepsvennootschap, National Grid Company plc. Door een stijging van de Britse pond ten opzichte van de toen geldende Nederlandse gulden, ontstond een aanzienlijke latente koerswinst op de vordering. Op 15 december 2000 heeft NGI zijn feitelijke bestuurszetel naar het Verenigd Koninkrijk (VK) verplaatst, wat resulteerde in de beëindiging van het Nederlandse inwonerschap. NGI werd immers op grond van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting inwoner van het VK. De emigratie resulteerde verder in een eindafrekening voor de vennootschapsbelasting. Op basis van artikel 16 Wet IB 1964 diende daarbij afgerekend te worden over de ontstane koerswinst op de vordering. In casu ging het immers niet om een daadwerkelijke meerwaarde, maar om een koerswinst. In de nieuwe vestigingsstaat, namelijk het VK, kon de koerswinst nooit gerealiseerd worden. De functionele valuta daar is gelijk aan de valuta van de vordering, waardoor dubbele heffing niet mogelijk was. De eindafrekening was voor het Hof Amsterdam aanleiding om prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen inzake de EU-houdbaarheid ervan.¹⁸⁰

4.3.1.1 Belemmering van de vrijheid van vestiging

Nederland hanteert het incorporatiestelsel voor wat betreft het vennootschapsrecht. Dit houdt in dat indien een vennootschap opgericht is naar Nederlands recht, zij bij emigratie vanuit Nederland, het Nederlands recht blijft behouden. Door de verplaatsing van de werkelijke leiding verloor NGI niet zijn hoedanigheid onder het Nederlandse recht. Uit de vaste rechtspraak van het HvJ volgt dat indien de vennootschap blijft bestaan volgens het recht van de vertrekstaat, de vennootschap zich kan beroepen op het recht van vrijheid van vestiging.¹⁸¹ Als lichaam opgericht naar het vennootschapsrecht van Nederland heeft NGI derhalve toegang tot de vrijheid van vestiging.¹⁸²

¹⁷⁹ B.J. Kiegebald, De Wet op de Vennootschapsbelasting (2007) EU-proof: Problemen in het heden als lering voor de toekomst, november 2004, MBB 2004/11.

¹⁸⁰ R. de Graaff, A. de Haan, National Grid vs. N: verenigbaar of niet?, 3 mei 2012, WFR 2012/612.

¹⁸¹ Zie: HvJ 27 september 1988, zaak 81/87 Daily Mail, HvJ 16 december 2008, C-210/06 Cartesio.

¹⁸² HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 32.

Het HvJ onderzocht vervolgens of de eindafrekening een verboden belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. NGI wordt bij emigratie onderworpen aan een eindheffing, zonder dat de regeling in een uitstel van betaling voorziet tot het moment van daadwerkelijke realisatie. Volgens het HvJ was er sprake van een verboden belemmering door Nederland, aangezien de vennootschap bij emigratie een liquiditeitsnadeel ondervindt in vergelijking met een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel in Nederland behoudt. Immers, op basis van de eindafrekening leidt de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel tot onmiddellijke invordering van de belasting over de latente meerwaarde in de verplaatste activa. Een vennootschap kan zodoende ontmoedigd worden om zich in een andere lidstaat te vestigen.¹⁸³ Om die reden vormt de regeling een verboden beperking van de vrijheid van vestiging.¹⁸⁴

Het wekt geen verbazing dat de onderhavige eindafrekeningsregeling een belemmering vormt voor de vrijheid van vestiging. Tot dusverre is de NGI-zaak gelijk aan de arresten van de emigrerende ab-houders. De verplaatsende vennootschap wordt slechter behandeld dan een vennootschap die haar binnenlandse belastingplicht behoudt. Een dergelijke belemmering kan daarom, mijns inziens, niet in stand blijven.

4.3.1.2 *Rechtvaardigingsgronden*

Volgens het Hof Amsterdam was de eindafrekeningsregeling van Nederland gebaseerd op het internationaal erkende territorialiteitsbeginsel dat verbonden is aan een temporele component, en heeft in wezen tot doel de heffingsbevoegdheid tussen de staten te verdelen.¹⁸⁵ De belasting over winsten van ondernemingen is in Nederland gebaseerd op de totaalwinstgedachte. De eindafrekening zorgt ervoor dat de totale winst die een vennootschap behaalt in het tijdvak waarin zij in Nederland actief is, dus zowel binnenlands als buitenlands belastingplichtig, hier wordt belast. Zodoende wordt met dat doel bewerkstelligd dat de aangegroeide latente meerwaarde vlak voor vertrek in de heffing betrokken wordt. Teneinde dubbele heffing te voorkomen, worden de vermogensbestanddelen bij aankomst in het nieuwe woonland over het algemeen gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer (een *step up*).¹⁸⁶ De *step up* volgt immers uit de resolutie

¹⁸³ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 37-41.

¹⁸⁴ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 41.

¹⁸⁵ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, conclusie A-G Kokott, r.o. 47.

¹⁸⁶ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, conclusie A-G Kokott, r.o. 47.

van de Raad van 2 december 2008 betreffende coördinatie van exitheffingen.¹⁸⁷ De eindafrekening wordt derhalve aanvaard op het OESO-MV gebaseerde belastingverdrag, hetgeen tot doel heeft de heffingsbevoegdheden tussen de staten te verdelen.¹⁸⁸ In Nederland vloeit de *step up* echter voort uit het totaalwinstbegrip.

Nederland heeft dus de bevoegdheid om te heffen over de meerwaarde die is ontstaan tijdens het bestaan van het Nederlandse ondernemerschap. Indien de heffing achterwege blijft, doet dit afbreuk aan de heffingsbevoegdheid van Nederland.¹⁸⁹ De rechtvaardigingsgrond die als doel heeft de heffingsbevoegdheden tussen de staten te verdelen, wordt door het HvJ aanvaard. Voorts merkt het Hof op dat de lidstaten de autonomie hebben bilaterale afspraken met elkaar te maken om dubbele heffing of dubbele non-heffing te voorkomen.

4.3.1.3 *Proportionaliteitstoets*

Het HvJ onderzocht verder of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om het einddoel te bereiken. Als gevolg van de eindafrekening staat het bedrag van de belastingschuld definitief vast vóór de verplaatsing van de werkelijke leiding naar het buitenland. Verder wordt de belastingschuld op basis van de toen geldende wet ook direct voorafgaand aan de emigratie ingevorderd. Om die reden maakte het HvJ in casu een onderscheid tussen enerzijds de heffing en anderzijds de invordering ervan.¹⁹⁰

▪ Definitieve vaststelling van de belastingschuld (de heffing)

In casu stond de belastingschuld over de latente koerswinst definitief vast. Nederland hoeft dan geen rekening te houden met waardeverminderingen die na verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel optreden. Het HvJ oordeelt dat het evenredig is met het territorialiteitsbeginsel om geen rekening te houden met waardeverminderingen nadien. Derhalve is het toegestaan onder de vrijheid van vestiging om de belastingschuld definitief vóór vertrek vast te stellen. Bij de zaak N heeft het HvJ echter geoordeeld dat de vertrekstaat wel rekening moet houden met waardeverminderingen na emigratie indien de staat van ontvangst daar geen rekening mee houdt. Kennelijk ging het HvJ in casu ervan uit dat het land van aankomst een *step up* verleent in de waardering van overgebrachte activa. In internationaal verband wordt het totaalwinstbegrip

¹⁸⁷ Resolutie van de Raad van 2 december 2008, Pb. 2008, C 323/1.

¹⁸⁸ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, conclusie A-G Kokott, r.o. 47.

¹⁸⁹ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 43 en 48.

¹⁹⁰ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 51.

grotendeels erkend, waardoor het gebruikelijk is dat het nieuwe woonland verder gaat met de actuele waarde van de vermogensbestanddelen.¹⁹¹ Dit oordeel acht ik evenredig, aangezien er sneller sprake is van een *step up* in de winstsfeer dan in de particulierensfeer.¹⁹² Bovendien zou het afbreuk doen aan het territorialiteitsbeginsel om rekening te houden met waardedalingen na emigratie.

Het HvJ achtte verder niet van belang dat het valutarisico nooit tot uitdrukking zal komen. De functionele valuta in de ontvangststaat is immers gelijk aan die van de vordering. Hierbij merkt het HvJ expliciet op dat het recht op vrijheid van vestiging niet betekent dat een verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel fiscaal neutraal moet lopen.¹⁹³ De vertrekstaat hoeft zijn belastingregeling niet af te stemmen met de staat van ontvangst om fiscale verschillen tussen de lidstaten op te heffen.¹⁹⁴

In zoverre is er een verschil met de emigratieheffing in de ab-sfeer. In de particuliere sfeer is een *step up* bij aankomst in de immigratiestaat niet altijd vanzelfsprekend. Om dubbele belastingheffing te voorkomen, is het daarom van belang waardedalingen na emigratie in aanmerking te nemen. Derhalve staat de belastingschuld bij emigratie nog niet vast, hetgeen volgens het HvJ evenredig is met het territorialiteitsbeginsel. Het verschil tussen het NGI-arrest en de zaak N ligt naar mijn mening in het object, namelijk aandelen vs. vermogensbestanddelen in een onderneming.¹⁹⁵ Bedrijfsmiddelen genereren winst en dalen in waarde naarmate de tijd verstrijkt. De heffingsrechten die voortvloeien uit de opbrengsten worden op basis van bilaterale belastingverdragen toegewezen aan het nieuwe woonland.¹⁹⁶ Hieruit concludeer ik dat het HvJ van mening is dat het nieuwe woonland eveneens rekening moet houden met de waardevermindering na verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel.

Bij NGI gaat het om een vordering die uitgedrukt wordt in Britse ponden. Aangezien NGI zijn feitelijke bestuurszetel naar het VK verplaatst, kunnen eventuele valutaverliezen na emigratie niet tot uitdrukking komen. Het HvJ overweegt dat Nederland als vertrekstaat geen rekening moet houden met de valutaverliezen na emigratie, ongeacht het feit dat in het VK deze verliezen al dan

¹⁹¹ Zie bijvoorbeeld: HvJ 23 januari 2014, nr. C-164/12, DMC.

¹⁹² M.V. Lambooy, De exitheffing: geconserveerd of toch niet?, NTFR-B 2012/11.

¹⁹³ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 60.

¹⁹⁴ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 62. Zie arrest van HvJ 28 februari 2008, C-293/06, Deutsche Shell, punt 43.

¹⁹⁵ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 57 en 58.

¹⁹⁶ R. de Graaff, A. de Haan, National Grid vs. N: verenigbaar of niet?, 3 mei 2012, WFR 2012/612.

niet tot uitdrukking komen.¹⁹⁷ Onder het EU-recht ontstaat hier een verschil in behandeling tussen twee soorten emigratieregelingen; enerzijds voor ondernemingen en anderzijds particulieren. Het verschil hangt dus met name samen met het totaalwinstbegrip en de wijze waarop ondernemingsresultaten onder verdragen worden toegedeeld.

A-G Kokott is echter de mening toegedaan dat de valutaverliezen na emigratie wel in aanmerking moeten worden genomen. Anders zou de vennootschap na vertrek zwaarder belast worden dan een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel niet verplaatst. De eventuele valutaverliezen na vertrek vallen zodoende ook onder de bevoegdheid van de vertrekstaat om die in aanmerking te nemen, aldus A-G Kokott.¹⁹⁸ In zijn noot is Douma echter van mening dat door de valutaverliezen na vertrek in aanmerking te nemen een asymmetrisch resultaat bereikt wordt.¹⁹⁹ Een valutaverlies wordt immer aan Nederland toegewezen, terwijl een valutawinst zowel in Nederland als in het VK niet belast wordt.²⁰⁰ Ik deel de mening van Douma. Enkel valutaverliezen in aanmerking nemen en niet valutawinsten doet verder afbreuk aan een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten en aan het territorialiteitsbeginsel.

▪ Onmiddellijke invordering van de heffing

De onmiddellijke invordering van de belastingschuld voorafgaand aan de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel naar het buitenland is niet evenredig, aldus het HvJ.²⁰¹ Door de onmiddellijke invordering ervaart de vennootschap een liquiditeitsnadeel dat belemmerend is voor de vrijheid van vestiging. Het zou daarom evenredig zijn om uitstel van betaling te verlenen. Aan het uitstel van betaling zijn echter administratieve lasten verbonden, zoals een verklaring afgeven waarin de vennootschap aangeeft over de in bezit zijnde activa en het moment van vervreemding van de desbetreffende activa. Het HvJ realiseerde dat zulke administratieve lasten eveneens belemmerend zijn en een ontmoedigend effect op een vennootschap kunnen hebben om de vestigingsplaats naar het buitenland over te brengen. Om die reden oordeelde het HvJ dat het evenredig is met het doel om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten te waarborgen, indien de regeling de vennootschap van een keuze voorziet tussen onmiddellijke betaling van de belastingschuld of uitstel van betaling tot het moment van

¹⁹⁷ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 59.

¹⁹⁸ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, conclusie A-G Kokott, r.o. 47 en 87.

¹⁹⁹ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, met noot S.C.W. Douma, punt 5.3.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 65.

realisatie. Dit uitstel van betaling gaat gepaard met de behoefte van de vertrekstaat om fiscaal toezicht te houden over de desbetreffende activa. Daarnaast mag de lidstaat van oorsprong bij het uitstel van betaling rekening houden met het invorderingsrisico door zekerheid te stellen door middel van een bankgarantie en invorderingsrente in rekening te brengen.²⁰²

In tegenstelling tot de zaken in de ab-sfeer, bestaat het automatische uitstel van betaling in de winstsfeer dus niet. Het HvJ oordeelde in tegendeel dat een keuze te bieden aan belastingplichtige tussen acute afrekening en uitstel van betaling evenredig is met de doelstelling en de vrijheid van vestiging. In onderhavige casus ging het uitstel van betaling gepaard met zekerheden stellen en invorderingsrente in rekening brengen. Echter, voor ab-houders mogen in overeenstemming met de zaak *Lasteryie du Saillant* en de zaak *N*, geen voorwaarden worden verbonden aan het uitstel van betaling, omdat het hoge administratieve lasten voor belastingplichtigen met zich kan brengen, hetgeen resulteert in een belemmering van de vrijheid van vestiging. Het verschil in behandeling tussen belastingplichtigen in de winstsfeer en de ab-sfeer is bijzonder, voornamelijk gezien de Europese richtlijnen inzake informatie-uitwisseling²⁰³ en de wederzijdse bijstand bij heffing en invordering van belasting. Beide richtlijnen zijn immers van toepassing op zowel vennootschappen als natuurlijke personen. In beginsel is er geen reden voor een onderscheid tussen de subjecten.²⁰⁴

Zoals eerder vermeld, ligt – in tegenstelling tot de zaak *N* – de belastingschuld van NGI op het moment van verplaatsing definitief vast, waardoor de onmiddellijke invordering in principe mogelijk is. Het probleem dat hierbij speelt is het liquiditeitsnadeel bij onmiddellijk invordering, waardoor de belastingplichtige alsnog de keuze geboden moet worden tussen afrekenen en uitstel van betaling.²⁰⁵ De keuzemogelijkheid die in dit arrest door het HvJ werd geïntroduceerd acht ik evenredig en in lijn met de vrijheid van vestiging. De belastingplichtige kan immers zelf de afweging maken tussen meteen afrekenen of de (negatieve) gevolgen ondergaan die gepaard gaan met uitstel van betaling. De keuzeregeling is mijns inziens fiscaal neutraal, omdat vennootschappen kunnen verschillen in complexiteit. Voorts beoogt een keuzeregeling een goed evenwicht te behouden tussen de fiscale soevereiniteit van de lidstaten en het recht van

²⁰² HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, *National Grid Indus*, r.o. 73.

²⁰³ Europese Richtlijnen 77/799/EEG en 76/308/EEG.

²⁰⁴ H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek, J.J.A.M. Korving, *Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidstelling en step-ups*, 3 mei 2012, WFR 2012/601.

²⁰⁵ R. de Graaff, A. de Haan, *National Grid vs. N: verenigbaar of niet?*, 3 mei 2012, WFR 2012/612.

verkeersvrijheden van het EU.²⁰⁶ Bovendien acht ik de administratieve lasten nodig om de vermogensbestanddelen te kunnen controleren. In tegenstelling tot aandelen bij ab-houders, zijn vermogensbestanddelen bij een onderneming minder eenvoudig te controleren. Indien de vertrekstaat geen controle mag uitoefenen, loopt de vertrekstaat het risico dat de belastingschuld verloren gaat. Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan het territorialiteitsbeginsel waardoor het evenwicht in de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten in gevaar komt, wat onwenselijk is.

4.3.2 Gevolgen voor de Nederlandse eindafrekeningsregeling

De uitkomst van het arrest is duidelijk en Nederland moet actie ondernemen. Op 14 december 2011 heeft de staatssecretaris van Financiën, vooruitlopend op een wetsvoorstel, een besluit uitgevaardigd.²⁰⁷ In dit besluit bevestigt de staatssecretaris dat aanslagen bij vertrek steeds worden opgelegd onder verwijzing van de mogelijkheid tot uitstel van betaling, waarbij invorderingsrente is verschuldigd. Het uitstel van betaling wordt voor onbepaalde tijd verstrekt en is verbonden aan voorwaarden zoals jaarlijks een overzicht van de niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen verstrekken.²⁰⁸

Op 30 mei 2013 is de Wet uitstel van betaling exitheffingen van artikel 25a IW 1990²⁰⁹ in werking getreden met terugwerkende kracht tot 29 november 2011. Het artikel geeft de belastingplichtige de mogelijkheid tot uitstel van betaling voor belastingaanslagen van vennootschaps- en inkomstenbelasting voor het gedeelte dat ziet op de eindafrekeningsheffing. Artikel 25a, lid 1 IW 1990 definieert de eindafrekeningswinst als *“voordelen ter zake van vermogensbestanddelen die bij de belastingschuldige bij het vaststellen van de belastingaanslag in aanmerking zijn genomen terwijl bij die belastingschuldige deze voordelen niet in aanmerking zouden zijn genomen ingeval deze ter zake van die vermogensbestanddelen voor de heffing in Nederland zouden zijn gebleven”*. Op grond van het nieuwe artikel wordt de belastingplichtige een extra mogelijkheid geboden – naast het meteen afrekenen of uitstel van betaling – namelijk, de mogelijkheid om de belastingschuld in tien gelijke jaarlijkse termijnen te voldoen. De

²⁰⁶ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40, met noot S.C.W. Douma, punt 6.1.

²⁰⁷ Staatssecretaris van Financiën, Besluit 14 december 2011, Uitstel van betaling bij eindafrekeningswinst, BLKB 2011/2477M.

²⁰⁸ M.V. Lambooy, De exitheffing: geconserveerd of toch niet?, HvJ EG 29 november 2011, nr. C-371/10, NTFR-B 2012/11.

²⁰⁹ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 262, nr. 3.

uitstelfaciliteit ziet zowel op voordelen die in de vermogensbestanddelen besloten liggen als op (fiscale) reserves.²¹⁰

Zoals volgt uit het NGI-arrest, zijn bij ministeriële regeling voorwaarden gesteld aan het uitstel van betaling, op grond van artikel 6d, Uitv. Reg. IW 1990. Indien de belastingplichtige kiest voor uitstel van betaling moet hij jaarlijks een fiscale balans en winst- en verliesrekening indienen die opgesteld worden conform de Nederlandse fiscale regelgeving. Verder wordt er invorderingsrente in rekening gebracht en teneinde invorderingsrisico te voorkomen, dient voldoende zekerheid te worden gesteld in de vorm van een bankgarantie. Uitstel van betaling wordt verder alleen verleend indien de onderneming zich verplaatst naar een lidstaat binnen de EU of de EER. In het geval dat niet langer voldaan wordt aan de voorwaarden of de voordelen die in de vermogensbestanddelen gerealiseerd worden, eindigt het uitstel van betaling.²¹¹

Tijdens de parlementaire behandeling hebben Eerste Kamerleden diverse punten van kritiek geuit op het wetsvoorstel voor de uitstelfaciliteit van artikel 25a IW 1990. Zij vroegen zich met name af of de uitstelfaciliteit niet op een meer proportionele wijze kan worden vormgegeven. Naast de administratieve verplichtingen, moet de belastingplichtige invorderingsrente betalen en voldoende zekerheid stellen. Volgens de Kamerleden is dit kostbaar voor ondernemingen wat uiteindelijk toch een belemmering vormt van de vrijheid van vestiging.²¹²

4.3.2.1 Invorderingsrente

De Kamerleden wezen erop dat andere landen, zoals Frankrijk en Duitsland, geen rente in rekening brengen. De staatssecretaris meende dat rente in rekening brengen in overeenstemming is met andere gevallen waarvoor uitstel van betaling wordt verleend.²¹³ Naar aanleiding van het NGI-arrest stelde het HvJ expliciet dat een lidstaat rente in rekening mag brengen indien dit overeenkomt met het toepasselijke nationale recht.²¹⁴ De wetgever wees er zodoende op dat uit de Invorderingswet 1990 voortvloeide dat wanneer uitstel van betaling op een belastingaanslag verleend wordt, rente in rekening kan worden gebracht, in de zin van artikel 28 IW 1990.²¹⁵ Om

²¹⁰ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 262, nr. 3, Wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffing), p. 4.

²¹¹ Kamerstukken II, 2011/2012, 33 262, nr. 3, Wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exitheffing), p. 5.

²¹² Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E, aantekening V-N 2013/20.11.

²¹³ Kamerstukken II, 2011/2012, 33. 363, nr. 3, p. 2.

²¹⁴ Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E, aantekening V-N 2013/20.11, HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, r.o. 73.

²¹⁵ Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E.

die reden volgde de staatssecretaris de beoordeling van het HvJ, waarin het expliciet had uitgedrukt dat dit proportioneel werd geacht met de vrijheid van vestiging.²¹⁶ Er moet echter op gewezen worden dat anders dan in de parlementaire behandeling was uiteengezet, artikel 28 IW 1990 niet voorziet in de verschuldigdheid van invorderingsrente voor gevallen van uitstel van betaling over eindafrekeningswinst.²¹⁷

A-G Mengozzi was in zijn conclusie bij het arrest van het HvJ inzake Commissie/Portugal een andere mening toegedaan.²¹⁸ Hij wees erop dat in binnenlandse situaties geen rente wordt verschuldigd, omdat er geen sprake is van uitstel van betaling. In een binnenlands situatie van zetelverplaatsing wordt de belastingplichtige pas belast bij realisatie en niet op een eerder moment. Het HvJ biedt de lidstaten de mogelijkheid om rente te bedingen bij uitstel van betaling, wat vergelijkbaar is met rente verschuldigd over aan de belastingplichtige verleend krediet.²¹⁹ De A-G is daarom van mening dat rente in rekening brengen niet in strijd is met de vrijheid van vestiging. Wel moet de invorderingsrente overeenkomstig zijn met een nationale regeling bij keuze voor uitstel van betaling.²²⁰ Naar mijn mening, stemt het overeen met een nationale regeling, namelijk artikel 28 IW 1990. In de wet staat inderdaad niet expliciet dat het moet gaan om een eindafrekeningswinst. Er moet echter op gewezen worden dat de eindafrekeningswinst wordt *geheven* bij wege van een belastingaanslag en definitief vaststaat op het moment direct voorafgaand aan het vertrek. Het is echter van belang dat de invorderingsrente niet verder gaat dan noodzakelijk is om het einddoel te bereiken.

4.3.2.2 *Zekerheidstelling en administratieve verplichtingen*

De staatssecretaris heeft de mogelijkheid om voldoende zekerheden te stellen bij het uitstel van betaling overgenomen uit het NGI-arrest. Een bankgarantie geniet de voorkeur aangezien zij eenvoudig is en voldoende zekerheid biedt. De staatssecretaris heeft, naar mijn mening terecht, de nuance gemaakt dat per geval moet worden beoordeeld wat de verhaalsmogelijkheden en de invorderingsrisico's van de ontvanger zijn. Op basis daarvan en het beginsel van de minste pijn wordt beoordeeld wat voor de belastingplichtige de snelste en minst kostbare waarborg is.²²¹ In de literatuur wordt erop gewezen dat in andere landen zoals Frankrijk en het VK geen of alleen

²¹⁶ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 262, nr. 5, p. 4 en 5.

²¹⁷ Douma, t.a.p., onderdeel 6.4 en F.P.G. Pötgens, Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans? In W.J.M. van Veen (Ed.), Grensoverschrijdende omzetting, -fusies en -splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht, p. 87-120, Deventer, Kluwer, 2013.

²¹⁸ Conclusie HvJ 28 januari 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal).

²¹⁹ Conclusie, HvJ 28 januari 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal), r.o. 76.

²²⁰ Conclusie, HvJ 28 januari 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal), r.o. 77.

²²¹ Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. C, p. 2.

zekerheden worden gesteld indien er een daadwerkelijk gevaar is van wanbetaling.²²² Het argument hiervoor is dat het een minder belemmerende werking heeft en minder kostbaar is voor de belastingplichtige. Hoewel ik deze redenering kan volgen, handelt de wetgever niet in strijd met het EU-recht. De Nederlandse overheid heeft zich nauw willen aansluiten bij de minimale vereisten van het HvJ. Volledigheidshalve, dient erop te worden gewezen dat het per geval om verschillende soorten vermogensbestanddelen kan gaan, zoals mobiele activa (denk aan octrooien of vorderingen).²²³ De omvang van de zekerheidstelling verschilt zodoende per geval. Realisatie kan dan in de verre toekomst liggen, waardoor voldoende zekerheid stellen niet disproportioneel is.

Van den Broek²²⁴ is verder van mening dat de hoge eisen rondom de administratieve verplichtingen in strijd zijn met het EU-recht. Uit het NGI-arrest volgt immers dat slechts aan de hand van jaarlijks in te dienen stukken gecontroleerd moet kunnen worden in hoeverre er sprake is van realisatie van inkomen. De administratieve verplichtingen opgenomen in de Wet uitstel van betaling exitheffingen gaan volgens Van den Broek echter te ver. Mijns inziens is dat een terechte opmerking. Volgens de wet moet de belastingplichtige immers jaarlijks op basis van het Nederlands fiscale recht, een fiscale balans en fiscale winst- en verliesrekening indienen, hetgeen neerkomt op een nagenoeg volledige Nederlandse aangifteplicht.²²⁵ De kosten die hieraan verbonden zijn, acht ik derhalve disproportioneel met de geest van het NGI-arrest en daarmee met het EU-recht. Deze disproportionaliteit wordt alleen maar versterkt als de belastingplichtige verder geen activiteiten in Nederland behoudt.

Concluderend heeft Nederland zich volledig willen aansluiten bij de overwegingen van het HvJ bij het NGI-arrest. Dit arrest en de Wet uitstel van betaling exitheffingen hebben ervoor gezorgd dat emigrerende natuurlijke personen inzake hun ab-heffing anders worden behandeld dan emigrerende ondernemingen. De exitheffing bij de ab-houder wordt bij wege van een conserverende aanslag geheven waarbij automatisch uitstel van betaling wordt verleend. Bovendien wordt uitstel van betaling verleend aan de ab-houder die naar een derde land emigreert, terwijl bij ondernemingen dit alleen mogelijk is bij verplaatsing naar een land binnen

²²² Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E, aantekening V-N 2013/20.11, F.P.G. Pötgens, Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans? In W.J.M. van Veen (Ed.), Grensoverschrijdende omzetting, -fusies en -splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht, Deventer, Kluwer, 2013, p. 87-120.

²²³ Nadere MvA, Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E, aantekening V-N 2013/20.11.

²²⁴ J.J. van den Broek, Wetsvoorstel Uitstel van betaling exitheffingen, 12 juli 2012, WFR 2012/916.

²²⁵ J.J. den Broek, Wetsvoorstel Uitstel van betaling exitheffingen, 12 juli 2012, WFR 2012/916.

de EU/EER. Noch in de literatuur, noch in de jurisprudentie is dit verschil in behandeling verduidelijkt. Vermoedelijk is dit verschil te verklaren uit het verschil in object namelijk, aandelen enerzijds versus bedrijfsmiddelen (inclusief fiscale reserves) anderzijds. Niettegenstaande het verschil in objecten, meen ik dat het uitstel van betaling open moet staan voor ondernemingen die zich naar derde landen verplaatsen en waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat voorziet in uitwisseling van informatie en bijstand bij invordering.^{226, 227}

4.3.3 Commissie/Portugal, HvJ 21 december 2016, C-503/14

Dit arrest betreft een inbreukprocedure door de EC tegen Portugal. De EC start een onderzoek naar twee nationale regelingen van Portugal: (1) bij aandelenruil gevolgd door emigratie door de betrokken aandeelhouder en (2) inbreng van een onderneming in een buitenlandse vennootschap (winstsfeer). In hoofdstuk 3 is reeds aandacht besteed aan de eerstgenoemde regeling. In het vervolg wordt aandacht besteed aan de tweede regeling.

4.3.3.1 Belemmering van de vrijheid van vestiging

Portugal kent een geruisloze inbreng faciliteit van een onderneming in een bv. Op grond van de inbrengfaciliteit blijft de winst behaald bij de overdracht van activa en passiva die verbonden zijn met een op individuele basis uitgeoefende activiteit van een natuurlijke persoon in ruil voor aandelen, buiten beschouwing. Anders gezegd, de natuurlijke persoon die zijn IB-onderneming aan een vennootschap overdraagt in ruil voor aandelen, en wiens vennootschap haar vestigingsplaats in Portugal heeft, moet geen winst in aanmerking nemen. Een van de voorwaarden voor toepassing van faciliteit – die ten grondslag ligt aan de infractieprocedure van de EC – is dat activa en passiva dienen te worden overdragen aan een in Portugal gevestigde vennootschap.²²⁸ Indien de ontvangende vennootschap haar statutaire en werkelijke zetel niet op het Portugese grondgebied heeft, dan is de inbrengfaciliteit uitgesloten voor de overdragende natuurlijke persoon.²²⁹ De EC meent dat Portugal door deze maatregel niet voldoet aan de

²²⁶ Conform art. 26 en 27 van het OESO-Modelverdrag.

²²⁷ Pötgens, Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans? In W.J.M. van Veen (Ed.), Grensoverschrijdende omzetting, -fusies en -splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht, p. 87-120, Deventer, Kluwer, 2013, p. 97.

²²⁸ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 5 en 6.

²²⁹ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 82.

verplichtingen die op hem rusten krachtens artikel 49 VwEU en artikel 31 van de EER-Overeenkomst.²³⁰

Op de belastingplichtige die het gehele vermogen overdraagt aan een vennootschap gevestigd in Portugal, is de fiscale regeling van toepassing. Om die reden is er geen sprake van een vervreemding in fiscale zin waardoor er niet hoeft te worden afgerekend. De belasting wordt verschuldigd op het moment dat de ontvangende vennootschap op een later stadium de overgedragen vermogensbestanddelen vervreemdt. De heffing van de verschuldigde belasting wordt daarom uitgesteld totdat daadwerkelijke realisatie plaatsvindt. Bevindt de ontvangende vennootschap zich echter in een andere lidstaat, dan is de regeling niet van toepassing. Door dit verschil in fiscale behandeling tussen twee gelijke situaties, ontstaat bij het tweede geval een cashflownadeel. De ene belastingplichtige wordt slechter behandeld dan de belastingplichtige die de vermogensbestanddelen overdraagt aan een in Portugal gevestigde vennootschap.²³¹ Het HvJ oordeelde dat de regeling een belemmering voor de vrijheid van vestiging vormt.²³²

4.3.3.2 *Rechtvaardigingsgronden*

Portugal beriep zich op de noodzaak om overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren en verder op de noodzaak om te zorgen voor een economische continuïteit.²³³

Wat betreft de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te verzekeren, oordeelde het HvJ dat de regeling verder gaat dan noodzakelijk om de doelstelling te bereiken. In dit verband oordeelde het HvJ dat een nationale regeling die de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, de keuze biedt tussen enerzijds onmiddellijke heffing van het bedrag van de heffing, en, anderzijds het uitstel van betaling (inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling), evenredig en daarom minder ingrijpend is voor de vrijheid van vestiging. Dit vloeit voort uit het NGI-arrest van het HvJ. Evenzo oordeelde het HvJ in de Portugese zaak, dat de lidstaat rekening kan houden met het

²³⁰ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, V-N 2017/4.9, punt 22.

²³¹ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 83 en 84.

²³² HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 84.

²³³ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 86.

invorderingsrisico door – in het kader van de toepasselijke nationale regelgeving inzake uitstel van betaling – zekerheid te stellen door middel van een bankgarantie.²³⁴

De Portugese Republiek achtte dat de regeling inzake het uitstel van belastingheffing voor binnenlandse situaties de eerbiediging van het beginsel van economische continuïteit zodanig waarborgt dat de belasting van de corresponderende overdracht van vermogensbestanddelen kan worden verzekerd. Hieruit volgt dat het doel dat voornoemde regeling probeert te bereiken is, dat de in Portugal opgekomen meerwaarde daadwerkelijk daar belast wordt.²³⁵ Portugal meent dat een verplaatsing van de feitelijke en werkelijke zetel afbreuk doet aan het beginsel van economische continuïteit, aangezien het nieuwe vestigingsland heffingsbevoegd wordt over de in de vermogensbestanddelen gelegen meerwaarde.²³⁶ Mijns inziens is dit niet een realistisch en zuiver argument voor het verschil in fiscale behandeling. Het nieuwe vestigingsland wordt inderdaad heffingsbevoegd over de meerwaarden die daar opkomen, maar de belastingschuld kan vóór vertrek door middel van een (conserverende) aanslag definitief worden vastgesteld, waardoor Portugal de heffingsbevoegdheid over de meerwaarden die daar zijn opgekomen niet verliest. Portugal zou bovendien overeenkomstig richtlijn 2011/16 een verzoek kunnen indienen bij de lidstaat van ontvangst om informatie te verstrekken, teneinde na te gaan of de ontvangende rechtspersoon de betrokken activa en passiva nog steeds bezit of reeds vervreemd heeft.²³⁷ Om die reden kan Portugal enigszins controle uitoefenen op de rechtspersoon die zijn werkelijke en feitelijke bestuurszetel heeft verplaatst.

Het HvJ heeft in beginsel niet anders geoordeeld vergeleken met het NGI-arrest. Nog steeds meent het HvJ dat de keuzeregeling evenredig is met de vrijheid van vestiging. Bovendien acht het HvJ het evenredig om rente in rekening te brengen en zekerheden te stellen door middel van een bankgarantie. Wat opmerkelijk is, is dat het HvJ in dit arrest de rente en de zekerheidstelling niet verder onderbouwt. Het HvJ heeft in een eerder arrest²³⁸ geoordeeld dat zekerheden stellen slechts als evenredig kan worden beschouwd, indien het risico van niet-invordering vooraf wordt geschat. Zekerheidstelling hangt daarom uitsluitend af van het werkelijke risico van niet-invordering. Naar mijn mening heeft het HvJ hierbij meer nuance aangebracht aan de zekerheidsstellingscomponent vergeleken met het NGI-arrest. Niettemin heeft het Hof deze meer

²³⁴ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 59.

²³⁵ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, r.o. 90.

²³⁶ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, Conclusie A-G Wathelet, punt 27 en 28.

²³⁷ HvJ 21 december 2016, zaak nr. C-503/14, Commissie/Portugal, Conclusie A-G Wathelet, punt 106.

²³⁸ HvJ 23 januari 2014, nr. C-164/12, DMC, r.o. 66 – 69.

genuanceerde benadering in het arrest Commissie/Portugal achterwege gelaten. Het is dus niet zeker of het HvJ deze benadering inzake de zekerheidsstelling nog steeds onderschrijft. Desalniettemin acht ik het evenredig met de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te verzekeren.

4.4 De anti-ontgaansrichtlijn

4.4.1 Inleiding

Op 28 januari 2016 heeft de EC een pakket met plannen tegen belastingontwijking gepubliceerd met de titel ‘Anti Tax Avoidance Package’. Het belangrijkste onderdeel daarvan is de anti-BEPS-richtlijn, ofwel de anti-ontgaansrichtlijn (ATAD1). Deze richtlijn bevat regels ter bestrijding van grondslaguitholling die de werking van de interne markt van de EU kunnen schaden.²³⁹ Het vloeit rechtsreeks voort uit het door de G20 en de OESO afgeronde project ter bestrijding van grondslaguitholling en winstverschuiving (BEPS).²⁴⁰

De EC heeft de lidstaten ruimte gegeven om te reageren op het voorstel. De Raad heeft de richtlijn op 12 juli 2016 aangenomen. De richtlijn gaat niet alleen over de EU-implementatie van de BEPS-uitkomsten, maar eveneens over de EU-coördinatie van verschillende onderdelen van de vennootschapsbelastingssystemen van de lidstaten die geen deel uitmaken van de BEPS-actiepunten.²⁴¹ Een onderdeel van de richtlijn is het exitheffingraamwerk opgenomen in artikel 5 van de richtlijn. De lidstaten moeten de bepalingen van de richtlijn in beginsel per 1 januari 2019 in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd. In Nederland is een internetconsultatie ter voorbereiding voor de implementatie van de richtlijn reeds begonnen. De consultatie bevat een voorlopig conceptwetsvoorstel dat de minimumbepalingen uit de ATAD1 in de Nederlandse wetgeving implementeert, genoemd het consultatiedocument.²⁴²

²³⁹ Europese Commissie, Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, Brussel, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), 28 januari 2016, p. 3.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ M.F. de Wilde, De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

²⁴² Ministerie van Financiën, Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017.

Net als het HvJ in zijn jurisprudentie inzake eindafrekeningssystemen heeft geoordeeld, strekt artikel 5 tot doel om een effectieve vennootschapsbelastingheffing te garanderen. Immers, het doel is om de ongerealiseerde waardeangroei, die besloten ligt in de vermogensbestanddelen van de belastingplichtige op het moment dat hij deze aan de heffingsjurisdictie van de betrokken lidstaat onttrekt, in de heffing te betrekken.²⁴³ De exitheffing vindt toepassing in de volgende gevallen:

- overbrenging van vermogensbestanddelen vanuit het hoofdhuis in een lidstaat naar een vaste inrichting in een andere lidstaat of een derde land²⁴⁴;
- overbrenging van vermogensbestanddelen vanuit de vaste inrichting in een lidstaat naar het hoofdhuis of vaste inrichting in een andere lidstaat of derde land;
- verplaatsing van de feitelijke leiding van een lidstaat naar een andere lidstaat of een derde land;
- de ondernemingsactiviteiten van belastingplichtige verleggen, uitgeoefend vanuit een vaste inrichting in een lidstaat naar een andere lidstaat of derde land.²⁴⁵

Het moet in dit verband gaan om vermogensbestanddelen over te brengen die, als gevolg van deze overbrenging, buiten het heffingsrecht van de vertrekstaat vallen.²⁴⁶ Indien de vertrekstaat alsnog heffingsbevoegd blijft, treedt de exitheffing van artikel 5 niet in werking. Voor wat betreft de overbrenging van vermogensbestanddelen, de verplaatsing van de feitelijke leiding en ondernemingsactiviteitenverlegging vanuit de EU naar een derde land, voorziet de exitheffing in een onmiddellijke afrekening.

Voor verplaatsingen, overbrenging en verlegging binnen het grondgebied van de EU/EER bepaalt artikel 5 dat de waardeangroei in de heffing betrokken mag worden, met andere woorden, de heffing kan definitief worden vastgesteld, maar het mag niet tot onmiddellijke eindafrekening leiden. Dit is in overeenstemming met het NGI-arrest van het HvJ. De lidstaten moeten uitstel verlenen voor een periode van ten minste vijf jaar en mogen in geval van een daadwerkelijk en

²⁴³ M.F. de Wilde, De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

²⁴⁴ Een land dat niet in de EU/EER grondgebied zit.

²⁴⁵ M.F. de Wilde, De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

²⁴⁶ Idem.

aantoonbaar invorderingsrisico zekerheidstelling verlangen. Bovendien kunnen de lidstaten overeenkomstig de nationale wetgeving rente bedingen bij uitstel van betaling.²⁴⁷ De belastingplichtigen hebben de mogelijkheid om de heffing onmiddellijk te voldoen of in vijf jaarlijkse termijnen te betalen.²⁴⁸

Voorts bepaalt de richtlijn dat de lidstaat van ontvangst een *step up* aan de belastingplichtige moet verlenen bij aankomst. Om die reden dienen de vermogensbestanddelen bij binnenkomst op marktwaarde te worden gewaardeerd.²⁴⁹ Naar mijn mening wordt hiermee de zienswijze van het HvJ bevestigd en gecodificeerd. Voor de belastingplichtige is het immers wenselijk dat de lidstaat van ontvangst een *step up* verleent. Op deze manier wordt dubbele belasting voorkomen en wordt immers, mijns inziens, aan het territorialiteitsbeginsel voldaan. De Wilde noemt het '*step-up-recht*' een positieve kant van het exitheffingraamwerk van de richtlijn.²⁵⁰ Het zorgt er verder voor dat de fiscale boekwaarde waartegen wordt afgeschreven hoger is, waardoor de effectieve vennootschapsbelastingdruk in de ontvangstlidstaat wordt verlaagd. Ik deel daarom de mening van De Wilde.

Nederland kent reeds een eindafrekeningssysteem in de vennootschapsbelasting, namelijk artikel 15c en artikel 15d Wet Vpb 1969. Over het algemeen komt het qua toepassing overeen met de richtlijntekst. De waardeangroei waarvan in Nederland sprake was, wordt alhier belast. Tevens voorziet de Nederlandse wetgeving, naar aanleiding van het NGI-arrest, in de keuze tot uitstel van betaling. Vergeleken met de richtlijn blijkt de wet enigszins soepeler te zijn. De wet voorziet in een driedelige keuze namelijk: (1) onmiddellijke betaling, (2) rentedragend uitstel van betaling tot het moment van realisatie, of (3) betaling in tienjaarlijkse termijnen, overeenkomstig artikel 25a IW 1990. Het betalingsuitstel moet vermoedelijk gewijzigd worden om in overeenstemming te zijn met de richtlijn. De Wilde is van mening dat het gewijzigd moet worden naar de vijfjaarstermijn in de richtlijn.²⁵¹ Ik ben echter de mening toegedaan dat Nederland in beginsel zelf de termijn kan kiezen, zolang die ten minste vijf jaar is. De lidstaten zijn immers niet verplicht om de richtlijn klakkeloos over te nemen; wel is vereist dat zij conform de richtlijnbevestigingen is geformuleerd.

²⁴⁷ M.F. de Wilde, De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingstelsel, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ Idem.

Volgens de richtlijn mag de lidstaat een rentedragend uitstel van betaling verlenen dat gekoppeld is aan een verplichting tot zekerheidstelling. De zekerheidstelling mag alleen verlangd worden indien een werkelijk invorderingsrisico aanwezig is. De richtlijn is in dit opzicht soepeler dan de wet. Immers, de Invorderingswet en -regelgeving schrijft voor dat altijd zekerheid dient te worden gesteld, ook wanneer er geen daadwerkelijk risico aanwezig is.²⁵² Het vereiste van een werkelijk risico om zekerheid te stellen, vloeit voort uit het DMC-arrest van het HvJ. Mijns inziens is het voor de belastingplichtige wenselijk als Nederland de wettekst in overeenstemming brengt met de richtlijn. De verplichting van zekerheidstelling kan zeker zwaar wegen op de belastingplichtige, waardoor uiteindelijk de keuze kan worden gemaakt voor de onmiddellijke betaling. Wat dit betreft, kan het daarom alsnog een belemmerende werking hebben op belastingplichtige.

De exithetfing conform de richtlijn zal worden opgenomen in artikel 25b IW 1990. Volgens de internetconsultatie zal binnen de vennootschapsbelasting de uitsteltermijn aangepast worden naar vijf jaar in plaats van tien jaar. Dit staat geregeld in artikel 25b, lid 1, IW 1990. De ATAD is echter op dit punt strenger voor vennootschappen dan voor natuurlijke personen (IB-ondernemers). Derhalve is voorgesteld om de huidige regelgeving nog van toepassing te laten zijn in gevallen waarop de inkomstenbelasting van toepassing is. Verder zal de zekerheidsvereiste eveneens aangepast worden om haar in overeenstemming te brengen met de richtlijn. Immers, indien de ontvanger aannemelijk kan maken dat er gegronde vrees bestaat dat de belastingschuld niet kan worden voldaan, kunnen van de belastingplichtige voldoende zekerheden worden geëist (art. 25b, lid 2, IW 1990). In de huidige regeling kan de ontvanger altijd, ook ingeval er geen vrees op verhaalmogelijkheden bestaat, zekerheden stellen. Verder regelen het derde respectievelijk het vierde lid de situaties waarin het uitstel van betaling wordt beëindigd. Het uitstel wordt beëindigd indien de belastingplichtige niet langer in de EU/EER gevestigd is, niet meer voldoet aan de voorwaarden zoals opgenomen in een ministeriële regeling, niet meer voldoende zekerheid is gesteld, dan wel ingeval de belastingplichtige de voordelen realiseert die ten grondslag liggen aan het uitstel.²⁵³ Hiermee wordt verwacht dat de wettekst, in tegenstelling tot de huidige wettekst, ATAD1-proof wordt.²⁵⁴

²⁵² M.F. de Wilde, De exithetfing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingsysteem, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

²⁵³ Ministerie van Financien, Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017, p. 32.

²⁵⁴ Kamerbrief, Internetconsultatie en technische briefing richtlijn ter bestrijding van belastingontwikkelingspraktijken (ATAD1), 10 juli 2017.

4.5 Samenvatting en conclusies

Een vennootschap die zich in een andere lidstaat wil vestigen of activa en/of passiva naar het buitenland overdraagt, wordt op het moment van verplaatsing belast. Dit heeft de vraag doen rijzen of de exitheffing in strijd is met het EU-recht. De volgende vraag is behandeld: *Wat wordt verstaan onder de emigratie in de winstsfeer, in welke opzicht verschilt zij van de emigratieregeling voor ab-houders en hoe heeft het EU-recht daar zijn invloed op gehad?*

De vennootschap wordt geconfronteerd met een exitheffing wanneer zij vermogensbestanddelen overdraagt en/of de feitelijke bestuurszetel verplaatst, teneinde te verzekeren dat de meerwaarde die in Nederland is opgekomen in Nederland belast wordt. Bij de invoering van de exitheffing in de winstsfeer was er, in tegenstelling tot de ab-sfeer, geen mogelijkheid tot uitstel van betaling. De belasting werd daarom direct ingevorderd vlak voorafgaand aan het moment van emigratie. Het HvJ heeft geoordeeld dat een belasting aan de grens een ontmoedigend effect heeft op de belastingplichtige om zich vrijelijk in een andere lidstaat te kunnen vestigen. Een lidstaat mag overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel de heffing voorafgaand aan emigratie definitief vastleggen en hoeft verder geen rekening te houden met waardedalingen na emigratie. Het HvJ heeft in de zaak N echter expliciet geoordeeld dat de vertrekstaat wel rekening moet houden met waardedalingen na emigratie, tenzij de lidstaat van ontvangst er reeds rekening mee houdt. Derhalve staat de heffing bij de emigratie in de ab-sfeer nog niet vast. Vermoedelijk heeft het ermee te maken dat in beide gevallen het om twee verschillende objecten gaat namelijk, aandelen en bedrijfsmiddelen. Voorts oordeelde het HvJ dat de belastingplichtige de keuze geboden moet worden tussen onmiddellijk afrekenen enerzijds en uitstel van betaling anderzijds. De keuzemogelijkheid die door het HvJ wordt geïntroduceerd acht ik evenredig en in lijn met de vrijheid van vestiging. Verder kan de vertrekstaat administratieve verplichtingen verbinden aan een rentedragend uitstel van betaling en kan rekening worden gehouden met een invorderingsrisico door zekerheid te stellen. Vergelijken met de ab-sfeer, is de exitheffing in de winstsfeer daarom aan strengere voorwaarden verbonden. Immers, in de ab-sfeer moet het uitstel van betaling automatisch verleend worden zonder zekerheden te stellen.

Naar aanleiding van het NGI-arrest is de uitstelfaciliteit in artikel 25a IW 1990 ingevoerd. Het uitstel van betaling is verbonden aan een aantal voorwaarden. Naar mijn mening is invorderingsrente in rekening brengen in overeenstemming met de nationale regeling waardoor zij niet in strijd is met het EU-recht. De administratieve verplichtingen opgenomen in de wet gaan

mijns inziens verder dan noodzakelijk en zijn in strijd met het EU-recht. Zekerheid stellen, moet alleen gesteld worden indien er een werkelijk invorderingsrisico bestaat en niet in alle gevallen.

Op 12 juli 2016 is door de Raad de anti-ontgaansrichtlijn aangenomen. In Nederland is reeds de internetconsultatie begonnen ter voorbereiding voor de implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving per 1 januari 2020. De richtlijn voorziet in een exitheffing opgenomen in artikel 5. In de Invorderingswet zal de uitsteltermijn gewijzigd worden naar een periode van vijf jaar. Verder mag er slechts waarborg worden gesteld in geval van een werkelijk invorderingsrisico, hetgeen wenselijk is voor de belastingplichtige en naar mening evenredig met het EU-recht. Concluderend vloeit hieruit voort dat na de beperkte aanpassing de Nederlandse wetgeving volledig EU-houdbaar zal zijn.

Hoofdstuk 5: De verdragsrechtelijke toetsing van de conserverende aanslag

5.1 Inleiding

Sinds de invoering van de conserverende aanslag in 1997 is regelmatig de vraag opgekomen of deze EU-rechtelijk wel houdbaar is. In de vorige hoofdstukken is dit onderzocht en blijkt dat zij tot dusverre niet in strijd is met het EU-recht. Hoofdstuk 6 behandelt verder of dit ook geldt voor de wetswijziging die geldt per 15 september 2015, 15:15.

Dat de emigratieregeling (vermoedelijk) niet in strijd is met het EU-recht betekent weliswaar niet dat daarmee alle vragen zijn beantwoord en problemen zijn opgelost. Het speelveld van deze regeling is namelijk in feite verplaatst van het EU-recht naar het belastingverdragenrecht. Hierbij dient de opgelegde conserverende aanslag te worden getoetst aan de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het desbetreffende belastingverdrag. Aan een ab-houder die zijn woonplaats naar een ander land verlegt, wordt een conserverende aanslag opgelegd. Deze aanslag wordt vervolgens geïnd (onder andere) bij vervreemding van de aandelen of bij dividenduitkering. De invordering van de aanslag gebeurt daarom na emigratie indien gehandeld wordt in strijd met de wettelijke voorwaarden. Op het moment dat de aandelen worden vervreemd, heeft het nieuwe woonland van de ab-houder het heffingsrecht over de vervreemdingswinst.

De heffingsbevoegdheid tussen twee landen wordt in principe bepaald door het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Dit hoofdstuk beantwoordt de volgende vraag: *In hoeverre is de emigratieregeling voor ab-houders en ondernemingen in strijd met de goede verdragstrouw van belastingverdragen?*

Bij de herziening van het ab-regime in 1997 heeft de regering aangegeven dat een conserverende aanslag opgelegd aan de ab-houder niet in strijd is met de door Nederland gesloten bilaterale belastingverdragen, omdat de heffing aangrijpt op het laatste moment waarop de ab-houder nog binnenlands belastingplichtig is.²⁵⁵ In dit verband is het van belang een onderscheid te maken tussen een conserverende aanslag *opleggen* en de *inning* daarvan. Door middel van jurisprudentie wordt onderzocht hoe deze twee momenten van elkaar verschillen bij de beantwoording van de vraag of zij in strijd zijn met het verdragenrecht. Bovendien draagt dit hoofdstuk bij aan een goed

²⁵⁵ Kamerstukken II, 1996/1997, 24 761, nr. 7, p. 23-24.

begrip over de verdragsinterpretatie. Daarom wordt kort stilgestaan bij het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht (WVV) en het interpretatievoorschrift van artikel 3, lid 2, OESO-MV. Tot slot sluit het hoofdstuk af met een conclusie en samenvatting waarin het antwoord geeft op de bovenstaande vraag.

5.2 Verdragsinterpretatie

5.2.1 Het WVV

Een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is een overeenkomst gesloten tussen (meestal) twee landen. De geest van het verdrag houdt in dat recht wordt gedaan aan de gezamenlijke wil van de verdragsluitende partijen.²⁵⁶

De uitlegging van verdragen gebeurt met behulp van verschillende gewoonteregels die hun uitdrukking vinden in artikel 31 tot en met 33 WVV. Het WVV heeft een juridisch karakter en is van toepassing op verdragen die zijn gesloten tussen landen na de inwerkingtreding van het WVV.²⁵⁷ De in het WVV neergelegde normen gelden overigens ook indien de desbetreffende bepalingen in een verdrag een vastlegging zijn van de normen die al op grond van het volkenrecht golden, in de zin van artikel 4 WVV.²⁵⁸ Dit betekent dat de normen neergelegd in het WVV ook hun toepassing vinden op verdragen gesloten vóór de inwerkingtreding van het WVV, gezien het feit dat de gewoonteregels neergelegd in artikel 31 tot en met 33 WVV reeds bestonden vóór de inwerkingtreding van het WVV.²⁵⁹ Door zijn bijzondere juridische karakter is de WVV eveneens van toepassing op de verdragsinterpretatie indien een van de verdragsluitende staten het WVV niet geratificeerd heeft.²⁶⁰

De hoofdregel van de verdragsuitlegging, opgenomen in artikel 31, lid 1, WVV, is het volgende: *“Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van*

²⁵⁶ L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR, 10 oktober 2017.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ David O. Coreddor Velásquez, Tax Treaty Interpretation: interaction between article 3(2) Organization for Economic Co-Operation and Development Model Convention and Article 31 Vienna Convention, Intertax, nr 12, Kluwer Law International, Den Haag, December 2016, p. 963.

²⁶⁰ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, NTFR 2009/466.

*de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.*²⁶¹ Een verdrag dient te allen tijde te goeder trouw worden uitgelegd.

Op grond van artikel 32 WVV is het overigens mogelijk een beroep te doen op overige interpretatiemiddelen, slechts:

- (1) ter bevestiging van de interpretatie op de voet van artikel 31 VWW;
- (2) ter bepaling van de interpretatie in het geval dat de interpretatie van artikel 31 WVV niet duidelijk genoeg is of tot onredelijke resultaten leidt.²⁶²

Volledigheidshalve merk ik op dat de interpretatieregel op basis van het WVV een algemene regel is. Indien de verdragspartijen afwijkende interpretatieregels beogen, is het WVV niet van toepassing op het desbetreffende verdrag. Het WVV geeft daarom partijen de ruimte een bijzondere (lees: eigen) interpretatieregel toe te passen.²⁶³

5.2.2 Interpretatie volgens artikel 3, lid 2, OESO-MV

Waar het WVV een algemene vorm van interpretatie is, is artikel 3, lid 2, OESO-MV, een bijzondere vorm van interpretatie. Het artikel vormt een interpretatieregel voor begrippen die in het OESO-MV worden gebruikt, maar niet elders in het desbetreffende verdrag gedefinieerd worden. De ongedefinieerde verdragsterm wordt geïnterpreteerd volgens de wet van de verdragsluitende staat. Volgens de OESO dient een verdragsterm, op basis van artikel 3, lid 2, OESO-MV dynamisch te worden geïnterpreteerd, met andere woorden, de toepasbare nationale wet is de wet die op het moment van interpretatie geldig is.²⁶⁴ Indien de interpretatie naar nationaal recht geen passende oplossing biedt, wordt artikel 3, lid 2, OESO-MV niet toegepast. Om deze reden blijven de normen neergelegd in het WVV van belang zelfs voor verdragen met een bepaling conform artikel 3, lid 2, OESO-MV. Met ‘geen passende oplossing’ wordt, mijns inziens, bedoeld dat de uitleg volgens de nationale wetgeving in strijd is met het beoogde doel van het belastingverdrag of de wil van de verdragsluitende landen.

²⁶¹ Art. 31, lid 1, WVV en L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR, 10 oktober 2017.

²⁶² Art. 32 WVV en L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR, 10 oktober 2017.

²⁶³ David O. Coreddor Velásquez, Tax Treaty Interpretation: interaction between article 3(2) Organization for Economic Co-Operation and Development Model Convention and Article 31 Vienna Convention, Intertax, nr 12, Kluwer Law International, Den Haag, December 2016, p. 967.

²⁶⁴ Idem.

De algemene interpretatieregel conform het WVV is van toepassing op alle problematiek met betrekking tot het interpreteren van een verdrag; denk hierbij aan ongedefinieerde termen, potentiële heffingslekken ten gevolge van het verdrag of mogelijke tegenstrijdigheden, terwijl artikel 3, lid 2, OESO-MV alleen van toepassing is wanneer een verdragsterm niet gedefinieerd is.²⁶⁵ Mocht echter de interpretatie van artikel 3, lid 2, OESO-MV niet tot een passende oplossing leiden, dan dient men voor interpretatiedoeleinden terug te vallen op de algemene regel van het WVV.

5.3 Jurisprudentie inzake strijdigheid met het verdragenrecht

5.3.1 HR 20 februari 2009, BNB 2009/260, 261 en 262²⁶⁶

Onderhavige arresten hebben telkens betrekking op een in Nederland wonende ab-houder die zijn woonplaats naar respectievelijk België, de Verenigde Staten (VS) en het VK verlegde. Belanghebbende werd geacht zijn ab-pakket, overeenkomstig artikel 20h, lid 3, Wet IB 1964, op het moment vlak voor zijn emigratie te hebben vervreemd. Daarom werd hem een conserverende aanslag opgelegd over de waardeaan groei waarvan sprake was in de binnenlandse periode.²⁶⁷ In casu was in geschil of het opleggen van een heffing door middel van een conserverende aanslag in strijd was met de desbetreffende bilaterale belastingverdragen.

De HR had oordeelde dat de bepaling inzake de conserverende aanslag niet in strijd is met de desbetreffende bilaterale belastingverdragen. Zoals eerder opgemerkt, dient een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting te goeder trouw te worden uitgelegd.²⁶⁸ Het ab-regime, zoals thans bekend, is in 1997 ingevoerd. In 1997 is de wet gewijzigd, waardoor Nederland een heffingsrecht heeft gecreëerd op het moment vlak voorafgaand aan de emigratie. Het doel hiervan was voornamelijk om de ab-claim veilig te kunnen stellen en de in Nederland opgekomen waardeaan groei in Nederland te belasten.

²⁶⁵ David O. Coreddor Velásquez, Tax Treaty Interpretation: interaction between article 3(2) Organization for Economic Co-Operation and Development Model Convention and Article 31 Vienna Convention, Intertax, nr 12, Kluwer Law International, Den Haag, December 2016, p. 969.

²⁶⁶ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261 en HR 20 februari 2009, nr. 07/12314, BNB 2009/262.

²⁶⁷ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261, V-N 2009/11.9.

²⁶⁸ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.33.

Artikel 13 van het OESO-MV bepaalt de heffingsverdeling over vervreemdingswinsten. Op grond van artikel 13, lid 5, OESO-MV wordt het heffingsrecht over vervreemdingswinsten op aandelen uitsluitend aan de woonstaat toegekend. In het belastingverdrag Nederland-België bijvoorbeeld staat dit geregeld in lid 4. In vrijwel alle verdragen heeft Nederland echter een ab-voorbehoud opgenomen in lid 5. Dit ab-voorbehoud houdt in dat Nederland nog heffingsbevoegd is over de waardevermeerdering van de aandelen indien zij binnen tien jaar worden vervreemd. Dit zorgt ervoor dat het heffingsrecht over vervreemdingswinsten niet exclusief aan de woonstaat toegekend is; de bronstaat heeft evenzeer heffingsrecht.²⁶⁹

Verder dient erop te worden gewezen dat Nederland met artikel 4.46, lid 2, Wet IB 2001 bij wijze van fictie het vervreemdingsmoment van de aandelen eenzijdig buiten het verdragsbereik heeft geconstrueerd. Immers, de belastingplichtige is op het genietingstijdstip nog op een ondeelbaar moment vóór emigratie binnenlands belastingplichtig, waardoor er (nog) geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie. Op grond van aantekening 12 van het OESO-commentaar op artikel 3, lid 2, OESO-MV, zou zo'n wijziging afbreuk doen aan het beginsel van wederkerigheid waarop een verdrag gebaseerd is, waardoor het geen fundament meer zou moeten hebben in de nationale wetgevingen, die tevens de context vormen waarin het verdrag moet functioneren.²⁷⁰ De nationale wetgevingen van de verdragsluitende staten zijn immers van belang voor de uitleg van het verdrag en vormen er tevens de basis voor een heffingsrecht te kunnen uitoefenen. In het fictieve-inkomstenarrest is bovendien het volgende geoordeeld: *“Een eenzijdige posterieure wijziging van de nationale wetgeving als hier aan de orde, die geen equivalent heeft in de nationale wetgeving van de andere verdragsluitende partij, kan dan ook niet krachtens haar eigen rechtvaardigingsgrond een verschuiving in de bij het sluiten van het Verdrag overeengekomen verdeling van de heffingsbevoegdheid legitimeren.”*²⁷¹

Het ab-regime uit 1997 is op een later tijdstip in werking getreden dan de inwerkingtreding van de verdragen met België, de VS en het VK. Bij de belanghebbende die in 1998 naar België is verhuisd, was het oude verdrag Nederland-België 1970 van toepassing, waar de eenzijdige wijziging van Nederland in 1997 geen rol speelde in de onderhandelingen ten tijde van het sluiten

²⁶⁹ P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (1), NTFR-B 2009/28.

²⁷⁰ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.32 en zie verder: de fictieve-inkomstenarresten HR 5 september 2003, nr. 37 651 en 37 670, BNB 2003/379 en 381, met conclusie Wattel en noot Kavelaars.

²⁷¹ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.32 en zie verder: de fictieve-inkomstenarresten HR 5 september 2003, nr. 37 651 en 37 670, BNB 2003/379 en 381, r.o. 3.4.4, met conclusie Wattel, en noot Kavelaars.

van het verdrag. Derhalve was de belanghebbende van mening dat een dergelijke eenzijdige wijziging de werking van het verdrag frustreerde waardoor het in strijd zou zijn met de goede verdragstrouw. Niettegenstaande de eenzijdige wijziging, dient erop te worden gewezen dat Nederland (eenzijdig) kwijtschelding verleent aan de belastingplichtige indien na zijn emigratie de ab-winst gerealiseerd wordt en het op werkelijke invordering aankomt, in de zin van artikel 26, lid 5, letter b, IW 1990.²⁷² In onderhavige gevallen dient te worden onderzocht of de tekst en context van artikel 13 van het verdrag, dat over vermogenswinsten gaat, zich verzetten tegen de heffing over ongerealiseerde ab-winsten die bij werkelijke realisatie, pas gerealiseerd worden in de immigratiestaat.²⁷³

Niettemin dient men zich te realiseren dat het in onderhavige situaties ging om een exitheffing. Het OESO-commentaar geeft geen aanwijzing hoe dient te worden omgegaan met een exitheffing, aangezien het genietingsstijdstip voorafgaat aan de emigratie. Een verdrag is op dat moment, strikt genomen, nog niet van toepassing. Het gaat hier om een ongerealiseerde waardeaan groei en op basis van het OESO-commentaar op artikel 13 dienen de staten zelf te bepalen hoe hiermee moet worden omgegaan.²⁷⁴ De OESO biedt daarom de ruimte om een conserverende aanslag op te leggen. De exitheffing in Nederland is mede gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel. Nederland heft als emigratiestaat de waardeaan groei die hier is opgekomen door middel van een conserverende aanslag. Bovendien verleent Nederland bij binnenkomst een *step up*, zodat alleen de in Nederland aangegroeide waarde belast wordt. De waardeaan groei is daarom op basis van het – in internationaal perspectief erkende – territorialiteitsbeginsel belast. Bovendien dient niet te worden vergeten, dat Nederland eenzijdig terugtreedt van zijn heffingsrecht door kwijtschelding te verlenen indien na emigratie realisatie plaatsvindt en het voordeel in de immigratiestaat belast wordt. A-G Wattel concludeerde daarom in alle drie de arresten dat de conserverende aanslag opleggen niet in strijd is met het verdragenrecht.²⁷⁵

Concluderend gaat het in bovenstaande arresten om de vraag of het simpelweg *opleggen* van de conserverende aanslag in strijd is met het verdragenrecht. In dit geval is het niet in strijd, gezien het beoogde doel van de conserverende aanslag, namelijk de Nederlandse ab-claim veiligstellen en behouden.

²⁷² HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.45.

²⁷³ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.39.

²⁷⁴ P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (1), NTFR-B 2009/28.

²⁷⁵ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.45.

Deze zaken (hierna: de 19 juni-arresten) betreffen de fictiebepalingen opgenomen in de Wet IB 2001 waar bij emigratie de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken door middel van een conserverende aanslag in de heffing wordt betrokken. In bovengenoemde casus was er sprake van emigratie door de belanghebbende naar respectievelijk Frankrijk, Korea en de Filippijnen, waarop de (oude) belastingverdragen van toepassing zijn. De systematiek van het pensioenartikel onder de verdragen met Korea en de Filippijnen verschilt enigszins van die van het OESO-MV. Echter geldt dit niet voor de afkoopproblematiek, waardoor de drie arresten tezamen besproken worden.

Op grond van artikel 3.83 Wet IB 2001 wordt de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken tot het loon gerekend indien degene aan wie die aanspraken zijn toegewezen ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn. Dit voordeel wordt vervolgens bij emigratie geacht te zijn genoten op het moment vlak voorafgaand aan de emigratie, in de zin van artikel 3.146, lid 3, Wet IB 2001.²⁷⁷ Op grond van artikel 25, lid 5, IW 1990 wordt uitstel van betaling verleend betreffende de belasting die verschuldigd is op basis van de conserverende aanslag. Het uitstel van betaling wordt verleend voor een periode van tien jaar en kan verbonden zijn aan voorwaarden, zoals voldoende zekerheid stellen. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat de toekenning van pensioenaanspraken aangewezen aan een werknemer die inwoner is van Nederland onvoorwaardelijk vrijgesteld is onder de loon- en inkomstenbelasting. De uitkering die daaruit op een later tijdstip voortvloeit wordt in de heffing betrokken als loon uit een vroegere dienstbetrekking (omkeerregeling).

De werking van de bovengenoemde wettelijke bepalingen brengt mee dat de belanghebbende wordt geacht het loon te genieten op een tijdstip dat hij nog in Nederland belastingplichtig is, waardoor de belanghebbende in beginsel geen beroep kan doen op een belastingverdrag.²⁷⁸ Daarenboven dient opgemerkt te worden dat heffing over het loon uit een tegenwoordige dienstbetrekking onder het verdrag toekomt aan de staat waar de dienstbetrekking wordt vervuld,

²⁷⁶ HR 19 juni 2009, nr. 43 978, HR 19 juni 2009, nr. 07/ 13 267, BNB 2009/265 en HR 19 juni 2009, nr. 08/02 288, BNB 2009/266.

²⁷⁷ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), HR 19 juni 2009, nr. 43 978, r.o. 3.3.1, NTFR 2009/1438.

²⁷⁸ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), HR 19 juni 2009, nr. 43 978, r.o. 3.3.2, NTFR 2009/1438.

in de zin van artikel 15 verdrag Nederland-Frankrijk.²⁷⁹ Dit betekent dat de toekenning van de pensioenaanspraken als loon aan Nederland wordt toegekend indien de dienstbetrekking alhier vervuld wordt. Nederland stelt dit loon echter volledig vrij²⁸⁰, terwijl uitkeringen die voortvloeien uit een pensioenregeling een exclusieve woonstaatheffing hebben in het verdrag, op grond van artikel 18 van het verdrag Nederland-Frankrijk. Om die reden belast artikel 3.83 in samenhang met artikel 3.146 Wet IB 2001 de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken op basis van een fictie.

Nederland probeert door middel van deze fictie een heffingsrecht naar zich toe te trekken door de opgebouwde pensioenaanspraken ‘vroegtijdig’ als loon aan te merken, namelijk vlak voorafgaand aan de emigratie.

In r.o. 3.4.3 van arrest nr. 43 978 is het volgende geoordeeld:

*“Een fictie op grond waarvan de waarde van de opgebouwde pensioenrechten als loon in de Nederlandse heffing wordt betrokken op een ondeelbaar moment voorafgaand aan de emigratie, komt onder die omstandigheden in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van het Verdrag in acht dient te worden genomen (vgl. HR 5 september 2003, nr. 37.657, BNB 2003/380).”*²⁸¹

Zonder de fictiebepaling heeft artikel 18 van het Verdrag tot gevolg dat de uitkeringen die uit de pensioenaanspraken voortvloeien (pensioenen als soortgelijke beloningen) uitsluitend belastbaar zijn in het nieuwe woonland. Hoewel de belastingplichtige nog in Nederland woonde op het moment dat het belastbare feit plaatsvond, zorgde deze fictie er evenzeer voor dat de werking van artikel 18 op een onaanvaardbare wijze doorkruist wordt.²⁸² Dus oordeelt de HR dat de conserverende aanslag opleggen over de opgebouwde pensioenaanspraken vlak voor het moment van emigratie in strijd is met de goede verdragstrouw.

In werkelijkheid komt het heffingsrecht aan het woonland toe en niet aan Nederland. Zowel A-G Wattel en de HR zijn van mening dat de conserverende aanslag met betrekking tot

²⁷⁹ Voor het gemak van de analyse van onderhavige arresten, volsta ik met de benoeming van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk.

²⁸⁰ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), HR 19 juni 2009, nr. 43 978, r.o. 3.4.1, NTFR 2009/1438.

²⁸¹ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), HR 19 juni 2009, nr. 43 978, r.o. 3.4.3, NTFR 2009/1438.

²⁸² Idem.

pensioenaanspraken in strijd is met de goede verdragstrouw. Albert²⁸³ is echter de mening toegedaan dat de HR de regeling van de conserverende aanslag pas aan het verdrag moet toetsen op het moment dat er zich na de emigratie een besmette handeling²⁸⁴ voordoet waardoor de belasting moet worden ingevorderd. Anders gezegd, toetsing aan de verdragstoepassing moet gebeuren op het moment dat er werkelijk sprake is van inning en niet op het moment voorafgaand aan de emigratie. Hieruit concludeer ik dat Albert van mening is dat de simpele oplegging van de conserverende aanslag niet getoetst moet worden aan het verdragenrecht, maar de inning ervan, waardoor een dergelijke toetsing een genuanceerdere benadering zou zijn. A-G Kalmthout ondersteunt zijn mening.²⁸⁵

Voor zowel de ab-houder als de werknemer die Nederland metterwoon willen verlaten, geldt dat een conserverende aanslag aan hen wordt opgelegd. Toch blijkt er een verschil te zijn bij de toetsing van de regelingen aan het verdragenrecht; de ene is er niet mee in strijd terwijl de andere dat wel is. Mijns inziens ligt het verschil in de wettelijke regeling die ten grondslag ligt aan de conserverende aanslagen.

- (1) Bij de ab-houder wil Nederland heffen over de waardeangroei die verscholen ligt in het ab-pakket waarvan sprake was tijdens de binnenlandse periode, hetgeen onder het territorialiteitsbeginsel erkend wordt. Volgens het OESO-commentaar op artikel 13 over vermogenswinsten heeft Nederland de ruimte om hierover te heffen.²⁸⁶ Bovendien heeft het vermogenswinstartikel in de door Nederland gesloten belastingverdragen geen exclusieve woonstaatheffingsbevoegdheid, waardoor de bronstaat nog ruimte heeft om te heffen.²⁸⁷
- (2) Bij de conserverende aanslag over pensioenaanspraken liggen de zaken toch anders. Er wordt immers niet geheven over feitelijk bestaande waardeangroei, maar over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken: een heffing die alleen bestaat door een fictie. Op basis van de nationale wet, zonder emigratie, wordt niet geheven over de toekenning van de pensioenaanspraak. De regeling bij emigratie is bedoeld om de eerder gefaciliteerde opbouw van de pensioenaanspraak terug te nemen. Echter, door

²⁸³ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), commentaar, punt 6, NTFR 2009/1438.

²⁸⁴ Met een besmette handeling wordt bedoeld op bijvoorbeeld de afkoop van een pensioenrecht.

²⁸⁵ P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), punt 6, NTFR 2009/1438 en Conclusie A-G Kalmthout, HR 24 oktober 2003, nr. 37 565, NTFR 2003/1821 (met commentaar Boxem), punt 3.12.

²⁸⁶ HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, BNB 2009/265, met noot I.I.J. Burgers, punt 1.

²⁸⁷ P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (1), NTFR-B 2009/28.

over de volle waarde te heffen in het economische verkeer van de pensioenaanspraken creëert Nederland een heffingsrecht dat zonder deze fictie uitsluitend aan de woonstaat toekomt. De HR zoekt – in tegenstelling tot de ab-arresten – hier geen aansluiting bij het OESO-commentaar.

Mijns inziens dient – anders dan de mening van Albert – wel getoetst te worden aan het moment dat de conserverende aanslag wordt opgelegd. Hoewel de belasting niet op dat moment wordt ingevorderd, ontstaat er evenzeer een wijziging van de verdragscategorie door de nationaalrechtelijke fictie. Dit is daarom, naar mijn mening, in strijd met de wil van de wederkerigheid van de partijen wanneer zij een verdrag sluiten, indien de andere staat zijn heffingsrecht wordt ontnomen of die staat niet dezelfde fictie kent.

5.3.2.1 Reparatiewetgeving

Naar aanleiding van de pensioenarresten kondigde de staatssecretaris van Financiën een wetswijziging aan teneinde de ongewenste resultaten van de arresten te repareren.²⁸⁸ Volgens de wetgever zou door de pensioenarresten een omvangrijk heffingslek ontstaan. Kavelaars meent overigens dat het gevreesde heffingslek van de staatssecretaris niet realistisch is en dat er geen werkelijk (omvangrijk) risico van budgettaire derving bestaat.²⁸⁹ De zogenaamde gemiste opbrengsten zijn immers gebaseerd op een fictie. Bovendien wijst Kavelaars, naar mijn mening terecht, op het feit dat een afkoop van het pensioenrecht op basis van de Pensioenwet verboden en beboetbaar is, waardoor het pensioenarrest niet tot ongewenste afkopen zal leiden. In de literatuur²⁹⁰ werd daarom grote kritiek geuit op dit argument van de wetgever. Er kon echter niet met zekerheid worden aangegeven hoeveel budgettaire schade Nederland zou lijden naar aanleiding van de arresten. Essers meent daarom het niet repareren van een ‘pensioenlek’ in een tijd van financieel-economische rampspoed onverantwoord zou zijn geweest.²⁹¹ Ik kan mij enigszins in zijn mening vinden: het zou inderdaad onverantwoord van de wetgever zijn om een (mogelijk) heffingslek niet te repareren. Volgens een aantal auteurs in de literatuur had dit echter niet via de nationale wetgeving moeten.²⁹² Een dergelijke reparatie kan beter via een

²⁸⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 juni 2009, nr. DB2009/329m, NTFR 2009/1416, aantekening P.G.H. Albert.

²⁸⁹ P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (2), NTFR-B 2009/29.

²⁹⁰ P.H.J. Essers, Enkele reflecties uit de Chambre de Réflexion, WFR 2009/1363, P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (2), NTFR-B 2009/29 en L.G.M. Stevens, Fiscale beleidsnotities 2010, WFR 2009/1183.

²⁹¹ P.H.J. Essers, Enkele reflecties uit de Chambre de Réflexion, WFR 2009/1363.

²⁹² P.H.J. Essers, Enkele reflecties uit de Chambre de Réflexion, WFR 2009/1363, F.P.G. Pötgens, H.M. Kappelle, Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt

verdragswijziging worden toegepast, wellicht via het protocol van het verdrag. Op die manier voorkomt Nederland alsnog mogelijke strijdigheid met het verdrag.

De conserverende aanslag voor pensioenen en lijfrente heeft tot doel om – net als in binnenlandse situaties – zo veel mogelijk te verzekeren dat de fiscaal gefaciliteerde opgebouwde pensioen- en lijfrenteaanspraak ook daadwerkelijk wordt aangewend voor het beoogde doel, namelijk als levenslange inkomensvoorziening in de vorm van een periodieke uitkering. De voorgestelde wetgeving geldt eveneens als iemand in het buitenland woont en tot een onregelmatige afwikkeling (zoals afkoop) van de pensioenrechten overgaat.²⁹³ Door de fiscale facilitering wordt een belastingvoordeel genoten. Door de wetswijziging zal de heffing niet langer naar de waarde in het economische verkeer van de pensioen- en lijfrenteaanspraken plaatsvinden, maar naar de bedragen waarvoor bij de toekenning van de aanspraken een fiscaal voordeel is genoten, in de vorm van in aftrek genoten premies. De wetgever heeft hiervoor ruimte gevonden bij de HR in de bovengenoemde r.o. 3.4.3 van het arrest 43 978. Om die reden acht de staatssecretaris dat Nederland door de wetswijziging niet in strijd met het verdragenrecht handelt.²⁹⁴ De wetswijziging is opgenomen in artikel 3.136 en 3.146, lid 7 en 8, Wet IB 2001 en houdt het volgende in: met ingang van 29 juni 2009 geldt dat de tot het moment van emigratie in aftrek genoten premies (negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen) terug worden genomen voor zover de aanspraken en bijdragen op grond van artikel 3.81 Wet IB 2001 niet eerder tot het loon zijn gerekend. De in aftrek genoten premies worden teruggenomen door een conserverende aanslag op te leggen in de zin van artikel 2.8 Wet IB 2001.

De HR heeft echter eveneens geoordeeld dat een eenzijdige posterieure wetswijziging die niet ten tijde van het sluiten van het verdrag de bedoeling van een van de verdragsluitende staten is geweest, in strijd is met de goede verdragstrouw. Dit is met name het geval bij de oude belastingverdragen. Nederland wijzigt zijn wetgeving waardoor het onder – veelal oudere – verdragen de heffingsrechten eenzijdig naar zich toetrekt terwijl die bevoegdheid voor de wetswijziging toekwam aan de immigratiestaat, op basis van artikel 18.²⁹⁵ Systematisch wijzigt er daarom naar mijn mening niks, waardoor Nederland alsnog in strijd handelt met de oudere

zich te herhalen!, WFR 2010/74 en H.M. Kappelle, Reparatiewetgeving conserverende aanslag pensioen minder effectief dan wetgever beoogde, WFR 2017/96.

²⁹³ Redactie NDFR, Reparatiewet pensioen- en lijfrenteaanspraken naar de Tweede Kamer, Staatssecretaris van Financien, 29 juni 2009, nr. DB2009/352, NTFR 2009/1508.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ F.P.G. Potgens, H.M. Kappelle, Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!, WFR 2010/74.

belastingverdragen.²⁹⁶ Bovendien dient erop te worden gewezen dat het OESO-commentaar niet de ruimte biedt om zulke belastingvoordelen aan de bronstaat toe te kennen.²⁹⁷ Hoewel de HR in de pensioenarresten niet via deze benadering zijn uitkomst beargumenteerde, is het mijns inziens relevant voor de beantwoording van de vraag of door een wetsfictie in strijd wordt gehandeld met een belastingverdrag.

5.3.3 HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160 (het 15 aprilarrest)

Belanghebbende X, is tijdens het gehele jaar 2003 in dienstbetrekking geweest in Nederland. Uit hoofde van zijn dienstbetrekking heeft X pensioenaanspraken opgebouwd in Nederland. In maart van dat jaar is X geëmigreerd naar België, waarbij aan hem met betrekking tot zijn opgebouwde pensioenaanspraken een conserverende aanslag is opgelegd. Deze aanslag heeft betrekking op de waarde in het economische verkeer van de tot het tijdstip van emigratie opgebouwde pensioenaanspraken. Op grond van artikel 3.83, lid 1, in samenhang met artikel 3.146, lid 3, Wet IB 2001, zijn de aanspraken tot zijn loon gerekend.²⁹⁸ Voor de conserverende aanslag is verder uitstel van betaling verleend zonder dat er zekerheden zijn gesteld, in de zin van artikel 25, lid 5 IW 1990 en artikel 1e, lid 2, Uitv. Reg. IW 1990.

In casu was in geschil of de oplegging van de conserverende aanslag in strijd is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het Belastingverdrag tussen Nederland en België.²⁹⁹

De feiten in onderhavige casus speelden zich af onder het huidige verdrag met België dat op 31 december 2002 in werking is getreden.³⁰⁰ Artikel 18 van het verdrag tussen Nederland en België regelt de heffingsbevoegdheden met betrekking tot (onder andere) pensioenen en andere soortgelijke beloningen. In tegenstelling tot het verdrag uit 1970 is er in het huidige verdrag geen sprake van een exclusieve woonstaatheffing. Het beoogde doel van de verdragswijziging is om pensioenvluchten ter ontwijking van de Nederlandse heffing te voorkomen.³⁰¹ Op grond van artikel 18, lid 1 van het verdrag geldt de hoofdregel dat de woonstaat het heffingsrecht heeft. De

²⁹⁶ H.M. Kappelle, Reparatiewetgeving conserverende aanslag pensioen minder effectief dan wetgever beoogde, WFR 2017/96.

²⁹⁷ HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, BNB 2009/265, met annotatie I.J.J. Burgers, punt. 2.

²⁹⁸ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.1.1. – 4.1.3.

²⁹⁹ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.2.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, conclusie A-G van Ballegooijen, punt. 7.3.

uitzonderingen op de hoofdregel zijn geregeld in het tweede en derde lid, waardoor in bepaalde situaties de bronstaat (ook) heffingsbevoegd is.³⁰²

De HR oordeelt dat aangezien Nederland door de werking van het nieuwe verdrag in een groot aantal gevallen als bronstaat bevoegd is te heffen met betrekking tot pensioenen, de conserverende aanslag niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Daarnaast legt de HR er grote nadruk op dat de conserverende aanslag in principe niet betaald hoeft te worden, omdat aan de belastingplichtige uitstel van betaling wordt verleend zonder zekerheden te stellen. De conserverende aanslag wordt binnen tien jaar na emigratie kwijtgescholden, tenzij er een besmette handeling plaatsvindt zoals neergelegd in artikel 25, lid 5, IW 1990.^{303, 304} De conserverende aanslag is een voorwaardelijke aanslag, hetgeen inhoudt dat indien binnen tien jaar na emigratie geen besmette handeling wordt verricht, de conserverende aanslag wordt kwijtgescholden.³⁰⁵ De HR oordeelt dat de conserverende aanslag ook ziet op de niet-reguliere afwikkeling van pensioenen, waar artikel 18, lid 2 en 3 van het verdrag op zien. Deze leden geven Nederland de bevoegdheid om te heffen over de afwikkeling. De conserverende aanslag opleggen, is daarom niet in strijd met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing van het verdrag.³⁰⁶ De verdragsonderhandelingen hebben plaatsgevonden voordat de Wet IB 2001 in werking trad. Uit de parlementaire toelichting blijkt echter dat reeds ten tijde van de verdragsonderhandelingen de inhoud van artikel 3.83 Wet IB 2001 en de regeling inzake de conserverende aanslag bekend was.³⁰⁷ België was dus op de hoogte van de Nederlandse regeling waardoor de invoering van de Wet IB 2001 geen eenzijdige wijziging van verdragsposterieur was.³⁰⁸ Mijns inziens is dit een terechte conclusie van de A-G.

De HR brengt in het onderhavige arrest een nuancering aan ten aanzien van de invordering van de conserverende aanslag na emigratie. Indien een besmette behandeling plaatsvindt na emigratie, en naar aanleiding daarvan Nederland overgaat tot invordering van de conserverende aanslag, kan de invordering in strijd zijn met de goede trouw in gevallen waarin het verdrag de heffingsbevoegdheid met betrekking tot de besmette handeling aan België als woonstaat

³⁰² HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.3.

³⁰³ Dit lid verwijst naar de besmette handelingen genoemd in art. 19b, lid 1 en 2, Wet LB 1964, art. 3.133, lid 2 onder a tot en met g of art. 3.135, lid 1, Wet IB 2001.

³⁰⁴ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.5.

³⁰⁵ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, conclusie A-G van Ballegooijen, punt. 7.3.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, conclusie A-G van Ballegooijen, punt. 4.5. Zie verder Kamerstukken II, 2001/2002, 28 259, nr. 3, p. 47.

³⁰⁸ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, conclusie A-G van Ballegooijen, punt. 7.2.

toewijst.³⁰⁹ De HR overweegt in het verlengde hiervan dat het uitstel van betaling niet mag worden ingetrokken indien het verdrag de heffingsbevoegdheid aan België toekent.³¹⁰ Mijns inziens is dit een volkomen terechte nuancering van de HR. Het moment waarop de besmette handeling wordt verricht, is immers het moment dat negatieve gevolgen heeft voor de belastingplichtige en niet zozeer het moment dat de conserverende aanslag wordt opgelegd. Mijns inziens dient zowel het moment van oplegging als invordering van de conserverende aanslag getoetst te worden aan het verdrag. Mocht bij het opleggingsmoment vaststaan dat de conserverende aanslag in strijd is met een verdrag, dan is het overigens weinig zinvol om (ook) bij invordering een toetsingsmoment te laten plaatsvinden. In dat geval zou de conserverende aanslag moeten vervallen.

Schaap³¹¹ merkt in haar commentaar op dat gezien deze laatste overweging van de HR een conserverende aanslag opleggen niet nodig is. Mijns inziens is dit een terechte opmerking. Immers, indien Nederland op basis van het verdrag heffingsbevoegd blijft, kan Nederland de verschuldigde belasting invorderen. Indien dat niet zo is, mag de belasting niet ingevorderd worden waardoor de conserverende aanslag geen waarde heeft. Zoals Schaap verder, naar mijn mening, terecht opmerkt, lijkt het efficiënter om geen conserverende aanslag op te leggen.³¹² In zijn conclusie merkt A-G van Ballegooijen verder op dat de conserverende aanslag niet meer dan een voorwaardelijke belastingschuld vaststelt. De conserverende aanslag dient slechts als een herinnering voor de belanghebbende dat, als hij zich niet aan de Nederlandse regels houdt, Nederland heffingsbevoegd blijft. Derhalve is hij eveneens van mening dat de conserverende aanslag niet opgelegd moest worden. De inspecteur had kunnen wachten een definitieve aanslag op te leggen tot het moment dat de belanghebbende een besmette handeling verricht binnen de tienjaarstermijn, waarbij Nederland op basis van het verdrag heffingsbevoegd is.³¹³ Een conserverende aanslag opleggen, kan echter van belang zijn om de waarde van de aanspraak te kunnen bepalen en op die manier een referentiepunt te hebben.

³⁰⁹ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.6.

³¹⁰ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, r.o. 4.4.7.

³¹¹ J.R. Schaap, Conserverende aanslag pensioenaanspraken niet strijdig met goede trouw Verdrag België en EU-recht, NTFR 2011/958.

³¹² Idem.

³¹³ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160, conclusie A-G van Ballegooijen, punt. 7.4.

In casu was belanghebbende medio 2004 naar Zwitserland geëmigreerd, waarbij hem een conserverende aanslag was opgelegd met betrekking tot zijn ab-pakket. In geschil was of de conserverende aanslag opleggen met betrekking tot de waardestijging van zijn ab-pakket, in strijd is met het verdrag tussen Nederland en Zwitserland van 1951.³¹⁴

Het slotprotocol bij het verdrag geeft Nederland toestemming om belasting te heffen over de vervreemdingswinst van aandelen van een in Nederland gevestigd lichaam indien de aandelen toebehoren aan een natuurlijke persoon met zijn woonplaats in Zwitserland. Het slotprotocol bepaalt verder dat Nederland het recht behoudt de directe belastingen van het inkomen en het vermogen te berekenen over het geheel van de bestanddelen belastbaar overeenkomstig zijn belastingwetgeving, van een belastingplichtige die zijn woonplaats in Nederland heeft.³¹⁵ Op basis hiervan is de emigratiestaat bevoegd om overeenkomstig zijn eigen wetgeving, aan de belastingplichtige, belasting te heffen over al het inkomen dat hij als inwoner van die staat geniet. Wel dient rekening te worden gehouden met belastingverminderingen na emigratie. De HR oordeelt dus dat een conserverende aanslag opgelegd aan belanghebbende op het moment vlak voor de emigratie niet in strijd is met het verdrag.³¹⁶ Het is duidelijk dat het verdrag uit 1951 Nederland de ruimte biedt om deze aanslag op te leggen. In zoverre acht ik het oordeel van de HR terecht.

Het verdrag tussen Nederland en Zwitserland uit 1951 blijkt dus in overeenstemming te zijn met de heffingssystematiek in Nederland. Immers, van waardestijgingen die plaatsvonden tijdens de binnenlandse periode is de heffing aan Nederland toegekend. De HR houdt zich in dit arrest daarom, net als bij de 19 februari-arresten, aan bij de heffingssystematiek van de conserverende aanslagen.³¹⁷

De HR heeft in casu, in tegenstelling tot BNB 2011/160, zich niet uitgelaten over de vraag of de inning van een conserverende aanslag met betrekking tot ab-aandelen wel of niet verenigbaar is met het belastingverdrag tussen Nederland en de emigratiestaat. Albert is de mening toegedaan dat als ook de inning van de conserverende aanslag getoetst had moeten worden aan het verdrag,

³¹⁴ Er is reeds een nieuwe verdrag tussen het Koninkrijk van Nederland en Zwitserland die op 1 januari 2012 in werking is getreden.

³¹⁵ HR 16 januari 2015, nr. 13/05247, BNB 2015/64, r.o. 3.2.4.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ C.J.D. Warren, Aanslag niet binnen termijn op voorgeschreven wijze bekend gemaakt, NTFR 2015/715.

de HR dan daarop had moeten wijzen, zoals is gebeurd in BNB 2011/160.³¹⁸ Tot aan BNB 2011/160 had de HR zich nooit uitgelaten over de vraag of de inning van een conserverende aanslag (met betrekking tot pensioen- en lijfrenteaanspraken of ab-aandelen) in strijd is met een verdrag. Albert schrijft dat hij de inning verdragsrechtelijk niet problematisch vindt, omdat de HR de inning niet heeft getoetst aan het verdrag.³¹⁹ Heithuis is het echter niet met Albert eens. In zijn interessante naschrift beargumenteert hij dat de HR in zijn arrest uit 2011, expliciet ervoor heeft gekozen een onderscheid te maken tussen enerzijds de conserverende aanslag opleggen en anderzijds de invordering ervan.³²⁰ Heithuis wijst erop dat in de onderhavige casus niet werd geprocedeerd over de inning ervan. Hoewel bij BNB 2011/160 niet in geschil was of de inning in strijd is met het verdrag, heeft de HR daar toch een oordeel over gegeven. Ik ben het echter met Heithuis volstrekt eens: het simpele feit dat de HR in zijn arrest uit 2011 een oordeel heeft gegeven over de inning van de conserverende aanslag en dat niet bij BNB 2015/64 heeft gedaan, betekent niet dat de HR de inning ervan niet problematisch vindt.³²¹ Heithuis sluit zich aan bij wat de HR wel heeft gezegd in dit arrest. Overigens acht ik dit een correcte manier om het arrest te interpreteren.

Men kan lang doorgaan met speculeren. De HR heeft tot op heden echter geen uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van de inning van een conserverende aanslag met betrekking tot ab-aandelen met een belastingverdrag. Naar mijn mening zou de invordering van de conserverende aanslag met betrekking tot ab-aandelen in bepaalde gevallen in strijd zijn met het belastingverdrag. Zoals eerder vermeld, heeft Nederland in vrijwel alle verdragen een ab-voorbehoud, wat inhoudt dat Nederland voor vijf of tien jaar na emigratie de conserverende aanslag kan invorderen overeenkomstig diens belastingwetgeving. Indien de ab-aandelen na de periode van het ab-voorbehoud worden verkocht, mag Nederland niet meer invorderen. Doet het dat echter wel, dan levert dat strijdigheid met het verdrag op.

³¹⁸ P.G.H. Albert, Inning conserverende aanslag bij vervreemding ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?, WFR 2017/133.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ P.G.H. Albert, Inning conserverende aanslag bij vervreemding ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?, 20 juni 2017, WFR 2017/133 met naschrift E.J.W. Heithuis.

³²¹ Idem.

Onlangs heeft de HR zich nogmaals uitgesproken over de vraag of een conserverende aanslag van de pensioen- en lijfrente aanspraak in strijd komt met een belastingverdrag. In casu had Rechtbank Zeeland-West-Brabant prejudiciële vragen aan de HR gesteld.³²² Belanghebbende Y, houdt een direct 100%-belang in A bv. A bv houdt op haar beurt de aandelen in B bv. Bij inbreng van zijn onderneming in de bv-structuur in 1997 heeft Y een gerichte lijfrente bedongen. Bij A bv heeft Y een pensioen bedongen. In 2014 is Y naar Frankrijk geëmigreerd. Met betrekking tot deze emigratie wordt aan Y een conserverende aanslag opgelegd met betrekking tot zijn pensioen- en lijfrente aanspraken.³²³ De Rechtbank heeft twee prejudiciële vragen aan de HR gesteld, namelijk zijn de conserverende aanslagen met betrekking tot de lijfrente- (1) en pensioenaanspraken (2) in strijd met het verdrag tussen Nederland en Frankrijk? Het verdrag dat van toepassing is tussen Nederland en Frankrijk werd gesloten in het jaar 1973.

Lijfrente

De termijnen en afkoopsommen van lijfrente zijn op basis van artikel 22 van het verdrag uitsluitend in Frankrijk belastbaar. Op grond van artikel 3.136, lid 2, Wet IB 2001 worden slechts de eerder in aftrek gebrachte premies als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen. Dit inkomen wordt achtereenvolgens geacht te zijn genoten op het moment dat onmiddellijk aan de emigratie voorafgaat.³²⁴

De HR herhaalt in het onderhavige arrest zijn oordeel uit de 19 juniarresten. *“De goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg van deze verdragsbepaling brengt mee dat zij niet kan worden uitgehold of ontgaan door een regeling op grond waarvan (een gedeelte van) de waarde van aanspraak op de lijfrente tot het inkomen wordt gerekend op het moment dat onmiddellijk aan de emigratie voorafgaat (vgl. HR 19 juni 2009, nr. 44 050, BNB 2009/264).”*³²⁵

De toepassing van een regeling zoals artikel 3.136, lid 2, Wet IB 2001, leidt echter niet tot het belasten van een deel van de waarde van de aanspraak, maar slechts tot het terugnemen van de eerder afgetrokken premies. Daarom wordt een voorwaardelijk verleende aftrek teruggenomen.³²⁶

³²² F. Ravelli, Prejudiciële vraag aan Hoge Raad over conserverende aanslag bij emigratie naar Frankrijk, HR 9 maart 2017, nr. 16/3350, NTFR 2017/803.

³²³ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, V-N 2017/38.9.

³²⁴ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.1, V-N 2017/38.9.

³²⁵ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.4, V-N 2017/38.9.

³²⁶ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.5, V-N 2017/38.9.

Volgens de HR geldt dit niet voor de hele periode dat lijfrente is opgebouwd, waardoor er gecompartmenteerd moet worden. Het regime tussen de invoering van de Wet IB 2001 en de datum van inwerkingtreding van artikel 3.136, lid 2, Wet IB 2001 belastte de waarde in het economische verkeer van de aanspraak. In deze periode is de regeling daarom wel in strijd met het verdrag. Het regime had vóór de invoering van de Wet IB 2001 geen mogelijkheid om de in aftrek gebrachte premies bij niet-naleving van de voorwaarden terug te nemen. De aftrek van de premies had daarom toen geen voorwaardelijk karakter, waardoor de periode vóór 2001 niet in strijd is met het verdrag. De HR beantwoordt met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag dat de conserverende aanslag op lijfrenteaanspraak niet in strijd is met het verdrag voor zover het betrekking heeft op de periode tussen 1 januari 1992 tot 1 januari 2001 of de periode na 15 juli 2009.³²⁷

Pensioenen

Bij emigratie wordt de waarde in het economische verkeer van de aanspraak tot het loon van de belastingplichtige gerekend, in de zin van artikel 3.83, lid 1, Wet IB 2001.³²⁸ In het geval dat dit artikel niet kan worden toegepast als gevolg van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting, worden, op grond van artikel 3.136, lid 3, Wet IB, de negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking genomen bij de pensioenaanspraken en -bijdragen voor zover zij niet tot het loon zijn gerekend.³²⁹ Door de werking van artikel 3.136, lid 3, Wet IB, wordt de verleende vrijstelling door middel van aftrekpremie, als het ware teruggenomen. Hier voorziet artikel 18 van het verdrag er niet op alsnog een voorwaardelijke vrijstelling te belasten, waardoor de regeling geldend per 16 juli 2009 en vóór 2001 niet in strijd is met het verdrag.³³⁰

Dit is een belangrijk arrest ten aanzien van de conserverende aanslagen voor pensioenaanspraken na de reparatiewetgeving van 2009. De HR bevestigt in feite zijn eerdere arresten uit 2009 en aanvaardt de reparatiewetgeving die het gevolg daarvan was. Velen in de fiscale wereld betwijfelden immers of de wetgever met de reparatiewetgeving inderdaad zou bereiken wat hij wilde bereiken. Opmerkelijk bij dit arrest is dat het zeker relevant is voor emigratie naar landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft dat exclusieve heffingsrecht toekent aan de woonstaat met betrekking tot pensioenen en lijfrente. Het verdrag met Frankrijk uit 1973 kent de woonstaat – met uitsluiting van de bronstaat – een exclusief heffingsrecht toe met betrekking tot

³²⁷ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.4-5.8, V-N 2017/38.9.

³²⁸ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.9, V-N 2017/38.9.

³²⁹ Idem.

³³⁰ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, r.o. 5.10-5.12, V-N 2017/38.9.

een regulier afgewikkeld pensioen en afkoop van pensioen. De afkoop van pensioenen wordt in het verdrag aangemerkt als soortgelijk aan pensioen en valt onder artikel 18 van het verdrag. Het verdrag geeft daarom geen ruimte voor voorbehouden en uitzonderingen. Dat de opbouw van de pensioen- en lijfrenteaanspraken een voorwaardelijk karakter heeft, doet er voor de toepassing van het verdrag niet toe. In alle gevallen is beoogd dat Frankrijk heffingsbevoegd blijft.³³¹ Kavelaars³³² is derhalve de mening toegedaan dat door de eenzijdige posterieure aanpassing van de nationale wetgeving, er direct sprake is van een *treaty override*. De aanpassing van de nationale wetgeving in 2009 heeft een heffingsbevoegdheid gecreëerd over de premie die, volgens Kavelaars, voor het grootste deel overeenkomt met de uitkering. De reparatiewetgeving uit 2009 geeft Nederland de ruimte om vlak voorafgaand aan de emigratie de conserverende aanslag op te leggen voor de in Nederland opgebouwde pensioenaanspraken. Overigens is deze manier van heffen niet anders dan vóór de reparatiewetgeving van 2009. Specifiek gezien met betrekking tot het verdrag met Frankrijk, trekt Nederland een heffingsrecht naar zich toe dat verdragsrechtelijk – ook niet tijdens de parlementaire behandeling van het verdrag – niet is beoogd en in beginsel niet is toegestaan. Ik deel de mening van Kavelaars. In aanvulling hierop acht ik het enigszins verwonderlijk dat de HR in het onderhavige arrest geen oordeel heeft gegeven over de strijdigheid met het verdrag op het moment dat de conserverende aanslag invorderbaar wordt. Immers, indien een oneigenlijk handeling plaatsvindt, wordt het uitstel van betaling beëindigd. Dit moment kan ver na de datum van emigratie liggen. Uit BNB 2011/160 is af te leiden dat Nederland de conserverende aanslag alleen kan invorderen indien het daartoe verdragsrechtelijk heffingsbevoegd is. Op basis van het verdrag is Nederland niet heffingsbevoegd, waardoor op het invorderingsmoment Nederland alsnog in strijd met het Verdrag handelt. Pötgens³³³ leidt eveneens uit het 15 aprilarrest af dat een conserverende aanslag opgelegd na de invordering van de reparatiewetgeving niet mag worden ingevorderd: *“Uit het 15 april-arrest volgt evenwel dat alsdan de conserverende aanslag niet mag worden ingevorderd als gevolg van een besmette handeling waarover het heffingsrecht niet aan Nederland is toegewezen. In dit verband is het uiteraard niet relevant of de fiscaal gefaciliteerde premies worden teruggenomen, dan wel de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak op het moment van emigratie in de belastingheffing wordt betrokken.”*³³⁴

³³¹ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186, noot P. Kavelaars, punt 3, p. 61.

³³² HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186, noot P. Kavelaars, punt 3, p. 61.

³³³ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186, conclusie A-G Niessen, paragraaf 6.27, p. 47. Zie anders: F.P.G. Pötgens, Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord, NTFR-B 2011/32, onderdeel 3.

³³⁴ F.P.G. Pötgens, Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord, NTFR-B 2011/32, onderdeel 3.

In het onderhavige arrest is de invorderingskwestie geheel niet in geschil waardoor de HR dit ook niet heeft beoordeeld. Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat de HR hiermee het 15 aprilarrest terzijde heeft geschoven of überhaupt heeft bevestigd. Niettegenstaande zou een nuancering ten goede zijn gekomen van de rechtszekerheid.

De HR hecht hier grote waarde aan het voorwaardelijke karakter dat de nationale wetgeving geeft aan de premies. Sinds de inwerkingtreding in 2009 van artikel 3.136, lid 2 en artikel 3.136, lid 3, Wet IB 2001 dienen immers de als uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aftrek gebrachte premies van lijfrente en pensioen, in verband met emigratie, terug te worden genomen. Op basis hiervan wordt niet de gehele waarde van de aanspraak belast, maar slechts de voorwaardelijke verleende aftrek wordt teruggenomen. In tegenstelling tot de huidige regeling, voorzagen de oude regelingen die golden in de periode van 1 januari 2001 tot 16 juli 2009³³⁵ er niet in een voorwaardelijk verleende vrijstelling terug te nemen, maar in een heffing over de opgebouwde lijfrente- en pensioenaanspraken.³³⁶ Op grond hiervan dient gecompartmenteerd te worden en het bedrag dat wel kan worden belast moet herzien worden, aldus de HR. Echter, zoals eerder beargumenteerd, ben ik de mening toegedaan dat Nederland – ongeacht het voorwaardelijke karakter van de fiscale facilitering – in strijd handelt met het verdrag Nederland-Frankrijk.

5.4 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *In hoeverre is de emigratieregeling voor abhouders en ondernemingen in strijd met de goede verdragstrouw van belastingverdragen?*

Door middel van jurisprudentie is onderzocht hoe de HR zich uitlaat over de vraag of een conserverende aanslag in strijd is met een belastingverdrag. Om een nationale regeling te kunnen toetsen aan een belastingverdrag is van belang dat het verdrag te goeder trouw wordt uitgelegd. De hoofdregel van de verdragsuitlegging luidt als volgt: *“Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.”* Waar het WVV een algemene vorm van interpretatie is, is artikel 3, lid 2, OESO-MV een bijzondere vorm van interpretatie. De ongedefinieerde verdragsterm wordt geïnterpreteerd volgens de wet van de verdragsluitende staat. In gevallen waarin een begrip gedefinieerd is in het belastingverdrag, prevaleert het WVV boven artikel 3, lid 2, OESO-MV.

³³⁵ De datum van inwerkingtreding van de Wet IB 2001 resp. de datum van inwerkingtreding van art. 3.136, lid 2 en lid 3 Wet IB 2001.

³³⁶ HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186, noot P. Kavelaars, punt 3, p. 61.

De HR oordeelde verschillend ten aanzien van een conserverende aanslag met betrekking tot ab-heffing ten opzichte van een conserverende aanslag van pensioen- en lijfrenteanspraken. Bij de ab-heffing is geconcludeerd dat zij niet in strijd is met het verdragenrecht, aangezien het om een ongerealiseerde waardeaan groei gaat, waarbij de OESO de staten ruimte biedt om deze te belasten. Op basis van het territorialiteitsbeginsel is het belasten van de waardeaan groei toegestaan. Een belangrijk element bij de conserverende aanslag met betrekking tot ab-heffing is dat er geen exclusieve woonheffingsstaat bestaat. De verdragen bieden ruimte aan de bronstaat om te mogen heffen. Verder heeft Nederland in de meeste verdragen een ab-voorbehoud waardoor Nederland op basis van het verdrag tot een periode van tien jaar na emigratie heffingsbevoegd is.

In BNB 2011/160 heeft de HR expliciet geoordeeld dat de inning van de conserverende aanslag met betrekking tot pensioen- en lijfrenteanspraken in strijd is met het verdrag in het geval dat op het invorderingsmoment het nieuwe woonland heffingsbevoegd is. Hoewel de HR niet in de ab-zaken heeft geoordeeld over de vraag of de invordering in strijd is met het belastingverdrag, ben ik van mening dat de HR dat wel had moeten doen. Ik onderschrijf het oordeel van de HR in BNB 2011/160: niet alleen het opleggen van de conserverende aanslag moet getoetst worden maar eveneens het moment waarop de conserverende aanslag mogelijk ingevorderd wordt. Aangezien Nederland in de meeste verdragen een ab-voorbehoud heeft tot tien jaar na emigratie, ontstaat er geen strijdigheid met het verdrag. Enige inning na de tienjaarstermijn is daarom in strijd met het verdrag. De HR heeft verder in zijn pensioenarresten geoordeeld dat een eenzijdige posterieure wetwijziging die toen het verdrag werd gesloten niet de bedoeling van een van de verdragsluitende staten was, in strijd is met de goede verdragstrouw.

Concluderend is de conserverende aanslag opleggen inzake de exitheffing in de ab-sfeer tot dusverre niet in strijd met de goede verdragstrouw die ten grondslag ligt aan de uitlegging van een belastingverdrag. Dit is het geval, indien er ruimte bestaat in het verdrag en/of OESO-commentaar voor de bronstaat om de aldaar opgekomen waardeaan groei te belasten. Alhoewel de HR zich niet heeft uitgelaten over de verenigbaarheid van de inning met het verdragenrecht, acht ik dat dit alleen geldt indien de inning gebeurt binnen de periode waarin Nederland nog een ab-voorbehoud heeft.

Hoofdstuk 6: Bestrijding emigratielek ab-houders: EU- en verdragsrechtelijk getoetst

6.1 Inleiding

Tot op dit moment is de wetgeving besproken zoals die gold tot 15 september 2015, 15:15. Op deze datum is het pakket bestrijden emigratielek aanmerkelijkbelanghouders bekendgemaakt.³³⁷

De ab-houder die besluit te emigreren, wordt geacht zijn ab-pakket te hebben vervreemd. Om die reden wordt over de waardeangroei van het ab gedurende de binnenlandse periode belasting geheven in de vorm van een conserverende aanslag.³³⁸ Op basis van de oude wetgeving, zoals omschreven in artikel 25, lid 8, IW 1990 (oud), werd voor deze conserverende aanslag tien jaar uitstel van betaling verleend. Indien geen verboden handelingen werden gepleegd die tot invordering van de conserverende aanslag leiden, werd deze aanslag na een periode van tien jaar op verzoek kwijtgescholden, in de zin van artikel 25, lid 8, sub a-c, IW 1990 (oud). Een conserverende aanslag bij emigratie opleggen, dient een tweeledig doel, namelijk (1) claimbehoud van de waardeangroei die plaatsvond in de periode dat de ab-houder in Nederland woonde en (2) fiscaal gedreven emigratie tegengaan waarbij de ab-heffing wordt ontgaan.

Indien de belastingplichtige ten minste tien jaar geleden is geëmigreerd en in de tienjaarsperiode geen aanleiding tot invordering is geweest, wordt het uitstel van betaling omgevormd tot afstel.³³⁹ Het kabinet heeft daarom een nieuw regime voor ab-houders ingevoerd. Dit nieuwe regime houdt (onder andere) in dat de conserverende aanslag niet meer na een tijdsverloop van tien jaar wordt kwijtgescholden.³⁴⁰ De conserverende aanslag blijft derhalve te allen tijde gelden.

In de vorige hoofdstukken zijn de Europese en verdragsrechtelijke aspecten van het ab-regime besproken van vóór de wetswijziging. Dit hoofdstuk onderzoekt de volgende vraag:

Wat houdt de nieuwe emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders in en hoe verhoudt zij zich ten opzichte van het EU-recht en het belastingverdragsrecht?

³³⁷ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 20.

³³⁸ Idem.

³³⁹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 21.

³⁴⁰ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22

Allereerst bespreekt het hoofdstuk de nieuwe regeling en welke gevolgen zij heeft voor ab-houders. Vervolgens wordt de regeling getoetst aan het EU-recht en het belastingverdragsrecht aan de hand van het onderzoek in de vorige hoofdstukken. Tot slot sluit het hoofdstuk af met een conclusie en samenvatting die antwoord geven op de bovenstaande vraag.

6.2 Pakket bestrijding emigratielek ab-houders

6.2.1 Inleiding

Op basis van de oude regeling werd de conserverende aanslag alsnog ingevorderd indien zich een verboden handeling voordeed. Onder een verboden handeling werd het volgende verstaan, in de zin van artikel 25, lid 8, IW 1990 (oud):

- een (reële of fictieve) vervreemding van het ab-pakket die aan het uitstel ten grondslag ligt;
- de onderneming van de vennootschap staken waarin de aandelen worden gehouden, waarna de vennootschap haar reserves voor 90% of meer uitkeert;
- terugbetaling van hetgeen op de aandelen is gestort.³⁴¹

Indien geen verboden handeling werd verricht in een periode van tien jaar na de emigratie, werd op verzoek kwijtschelding verleend van de conserverende aanslag, op grond van artikel 26, lid 2, IW 1990 (oud).³⁴² De gedachte achter een termijn van tien jaar was dat bij een dermate lang verblijf in het buitenland geen sprake kon zijn van een fiscaal gedreven emigratie.³⁴³ Toch bleek dat de gewenste resultaten niet werden bereikt, aangezien de fiscale claim veelal na een periode van tien jaar verloren ging.³⁴⁴ Dit werd onwenselijk geacht door de wetgever en daarom zijn de volgende maatregelen per 1 januari 2016 ingevoerd:

- (1) Een afschaffing van de tienjaarstermijn voor de kwijtschelding van de conserverende aanslag. Derhalve blijft de conserverende aanslag onbeperkt in de tijd in stand, zolang deze nog niet volledig is ingevorderd. Dit bewerkstelligt dat de ab-claim die in Nederland is opgebouwd uiteindelijk volledig wordt voldaan.

³⁴¹ A.E. de Leeuw, T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder, FTV 2016/01.

³⁴² Idem.

³⁴³ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

³⁴⁴ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 21.

- (2) De conserverende aanslag wordt ingevorderd in geval van een winstuitdeling. Onder de oude regeling was het mogelijk dat de vennootschap tot 90% van haar reserves uitkeerde, zonder invordering van de conserverende aanslag. Per 1 januari 2016 is dit gewijzigd; iedere winstuitdeling zal tot een (eventueel gedeeltelijke) invordering van de conserverende leiden. De conserverende aanslag wordt dan – in principe – ingevorderd tegen een bedrag van 25% van de uitdeling.
- (3) Verlenging van de vestigingsplaatsfictie na verplaatsing van de werkelijke leiding. Ten aanzien van de vestigingsplaatsfictie wordt de tienjaarstermijn eveneens afgeschaft, hetgeen gericht is op claimbehoud.^{345, 346}

De conserverende aanslag wordt (gedeeltelijk) ingevorderd indien de volgende verboden handeling worden verricht:

- een vervreemding van (een deel van) het ab-pakket die aan het uitstel ten grondslag ligt;
- winstuitdelingen doen;
- hetgeen dat op aandelen is gestort terugbetalen. De conserverende aanslag invorderen gebeurt pro rata.

Het primaire doel van het nieuwe pakket is het emigratielek te bestrijden. De wetgever heeft dit beargumenteerd met het argument dat ab-houders die binnen tien jaar emigreren, na hun emigratie geen verboden handeling verrichten waardoor de conserverende aanslag nooit wordt ingevorderd. Kwijtschelding is dan de regel geworden en niet de uitzondering, aldus de wetgever.³⁴⁷

6.2.2 Uitstel van betaling intrekken bij het elke winstuitdeling

De nieuwe regeling beoogt dat elke dividenduitkering, dus ook een uitkering van onder de 90% van de reserves, pro rata tot invordering van de conserverende aanslag zal leiden tot een bedrag van 25% van de dividenduitkering.³⁴⁸ Bovendien dient te worden opgemerkt dat alle vormen van winstuitkering, waaronder ook verkapte dividenduitkering, tot invordering zal leiden.³⁴⁹ De conserverende aanslag wordt verminderd met de over die winstuitdeling in Nederland verschuldigde dividend- of inkomstenbelasting en verminderd met de in het buitenland feitelijk

³⁴⁵ A.E. de Leeuw, T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder, FTV 2016/01.

³⁴⁶ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 65.

³⁴⁷ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 21.

³⁴⁸ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 65.

³⁴⁹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 66.

geheven belasting. De nieuwe maatregel leidt in alle gevallen tot inning van de conserverende aanslag ter hoogte van 25% van de winstuitdeling. Dit houdt dus in dat voor zover over de uitgedeelde reserves feitelijk in het buitenland belasting wordt geheven, het uitstel van betaling niet wordt ingetrokken, waardoor de conserverende aanslag in stand blijft.³⁵⁰ Op grond van artikel 26, lid 4, IW 1990, is de belastingplichtige de mogelijkheid geboden om kwijtschelding te krijgen van de conserverende aanslag tot een bedrag dat gelijk is aan de dividendbelasting of, indien dit meer bedraagt, aan de in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting die door de reguliere voordelen verschuldigd is.³⁵¹ Uitstel van betaling wordt overigens automatisch verleend aan de belastingplichtige die naar een andere lidstaat binnen de EU/EER emigreert, zoals omschreven in artikel 2, lid 1, Uitv. Reg. IW 1990.

Opmerkelijk is dat de nieuwe maatregel dubbele belasting veroorzaakt. Immers, indien de immigratiestaat met betrekking tot de winstuitdeling belasting heft, treedt Nederland in de heffing niet terug. Nederland heeft in vrijwel alle verdragen een ab-voorbehoud opgenomen ten aanzien van het vermogenswinstartikel. In tegendeel tot het vermogenswinstartikel, heeft Nederland in bijna geen enkel verdrag een ab-voorbehoud ten aanzien van het dividendartikel. Dit zou dan inhouden dat bij een dividenduitkering na emigratie Nederland zijn nationale heffingsbevoegdheid niet of niet volledig zou kunnen effectueren. Ten aanzien van het dividendartikel dient een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen inkomstenbelasting enerzijds en de dividendbelasting anderzijds. Wanneer een dividenduitkering plaatsvindt vanuit Nederland naar de ab-houder, wordt in principe dividendbelasting ingehouden bij de dividenduitkerende vennootschap – indien deze in Nederland gevestigd is – en wordt inkomstenbelasting geheven bij de buitenlandse ab-houder, in de zin van artikel 7.5 Wet IB 2001.

6.2.2.1 Inkomstenbelasting

Bij een dividenduitkering na emigratie wordt – op basis van het nationale recht – de conserverende aanslag voor dat deel ingevorderd. Van de ab-houder wordt derhalve inkomstenbelasting geheven met betrekking tot zijn ontvangen dividend. Blijft de vennootschap waarin een ab wordt gehouden in Nederland gevestigd dan is er uiteraard sprake van een buitenlandse belastingplicht voor de ab-houder. Het heffingsrecht op basis van artikel 7.5 Wet IB 2001 staat echter los van het heffingsrecht op basis van de conserverende aanslag. De verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap wordt ook aangemerkt als een

³⁵⁰ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 65 en 66.

³⁵¹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 67.

fictieve vervreemding op basis van artikel 7.5, lid 7, Wet IB 2001, waarop de regels van de conserverende aanslag overeenkomstig van toepassing zijn.³⁵² Een vennootschap die voorafgaand aan haar verplaatsing ten minste vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest, wordt geacht na verplaatsing in Nederland te zijn gevestigd, in de zin van artikel 7.5, lid 6, Wet IB 2001. Derhalve wordt bij een dividenduitkering van de ab-houder inkomstenbelasting geheven indien:

- de vennootschap feitelijk of bij wege van fictie nog in Nederland gevestigd is; en
- voor zover een bedrag openstaat op de conserverende aanslag.

Of Nederland na emigratie daadwerkelijk de conserverende mag invorderen, komt in paragraaf 6.4 aan de orde.

6.2.2.2 *Dividendbelasting*

Dividendbelasting wordt geheven van degene die gerechtigd is tot – kortweg – winstuitdelingen, waarbij de vennootschap die de winstuitdeling doet de belasting moet inhouden en afdragen. Immers, Nederland heeft op basis van zijn nationale recht altijd heffingsrecht indien de vennootschap in Nederland, al dan niet wegens fictie, gevestigd is.

De werkelijke leiding verplaatsen, doet nationaalrechtelijk niet af aan de belastingplicht van de dividendbelasting. Immers, de vestigingsplaatsfictie van artikel 1, lid 3, Wet DB 1965, bewerkstelligt dat een vennootschap die naar Nederlands recht is opgericht na haar emigratie steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. In verband hiermee dient opgemerkt te worden dat Nederland op basis van het verdrag gerechtigd is dividendbelasting te heffen indien de uitkerende vennootschap in Nederland gevestigd is. In dit geval is Nederland beperkt in zijn heffingsrecht als bronland, aangezien de woonstaat ook heffingsrecht heeft, in de zin van artikel 10, lid 1, OESO-MV. Het verdragsinwonerschap wordt in artikel 4 van het OESO-MV bepaald aan de hand van de vestigingsplaats of de werkelijke leiding van de vennootschap. Uit het drielandenpuntarrest blijkt dat uit het OESO-commentaar op artikel 4 OESO-MV, dat voor inwonerschap van de vennootschap een volledige onderworpenheid van belasting is vereist.³⁵³

De vestigingsplaatsfictie van artikel 1, lid 3, Wet DB 1965 zou tot gevolg hebben dat, indien de ab-houder gezamenlijk met de werkelijke leiding van de vennootschap emigreert, Nederland op basis van de vestigingsplaatsfictie dividendbelasting kan heffen bij een dividenduitkering, ook al is de vennootschap feitelijk niet langer in Nederland gevestigd. Volledigheidshalve dient

³⁵² E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.

³⁵³ HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.

opgemerkt te worden dat een vennootschap die geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd op basis van de vestigingsplaatsfictie, slechts belastbaar is in Nederland voor dat deel van haar wereldinkomen dat aan Nederland is toegewezen.³⁵⁴ Door de vestigingsplaatsfictie is de vennootschap niet langer volledig onderworpen aan belasting in Nederland, waardoor de vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting niet doorwerkt naar verdragen gebaseerd op het OESO-MV.

6.2.2.3 *Dubbele belasting*

Met het pakket bestrijden emigratielek ab-houders heeft Nederland bewerkstelligd dat ook gevallen waarin Nederland verdragsrechtelijk geen heffingsrecht heeft, alsnog zullen leiden tot invordering van de conserverende aanslag.³⁵⁵ Weliswaar is Nederland bereid om eenzijdig af te zien van belastingheffing, maar de conserverende aanslag blijft in stand waardoor de belastingplichtige alsnog dubbel belast wordt over eenzelfde belastbaar feit. Derhalve acht ik dit een onwenselijk gevolg van de nieuwe maatregel. In het volgende voorbeeld, dat ontleend is aan de parlementaire geschiedenis³⁵⁶, is deze dubbele belasting beter te zien.

Verkrijgingsprijs aandelen:	€ 0
Waarde aandelen bij emigratie (jaar t):	€ 10 miljoen
Conserverende aanslag (CA) bij emigratie:	€ 2,5 miljoen (25% * € 10 miljoen)
Dividend jaar t+1:	€ 5 miljoen
Waarde aandelen bij vervreemding in jaar t +20:	€ 20 miljoen
Na de dividenduitkering in jaar t+1 worden geen dividenduitkeringen meer gedaan.	

Stel, een ab-houder emigreert naar een lidstaat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft zonder ab-voorbehoud ten aanzien van dividenden. Voorts is het uitgangspunt dat de bv feitelijk gevestigd blijft in Nederland.³⁵⁷

³⁵⁴ HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.

³⁵⁵ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 54.

³⁵⁶ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 66.

³⁵⁷ Idem.

Dividendbelasting in NL (t+1):	15%	€ 750.000
Belasting in buitenland (t+1):	7,5%	€ 375.000
Kwijtschelding CA (t+1):		€750.000
Intrekken uitstel en innen CA (t+1):		€ 125.000
Restant CA waarvoor uitstel (t+1):		€ 1.625.000
Kwijtschelding CA (t+10):		€ 0
Intrekken uitstel en innen CA (t+20):		€ 1.625.000
Totale belastingopbrengst NL:		€ 2.500.000
Totale belastinglast voor ab-houder	€ 2.500.000 + € 375.000	€ 2.875.000

De dubbele belasting wordt in dit geval veroorzaakt doordat Nederland geen kwijtschelding verleent over de in het buitenland geheven belasting, waardoor de ab-houder uiteindelijk meer verschuldigd is dan als hij in Nederland zou blijven wonen.

6.2.3 Verlenging periode fictieve buitenlandse belastingplicht

Op grond van de regeling zoals die van toepassing was tot en met 2015 gold een fictieve vestigingsplaatsfictie voor een termijn van tien jaar nadat de werkelijke leiding van de vennootschap uit Nederland is verplaatst. De vennootschap die haar werkelijke leiding naar het buitenland verplaatst werd daarom geacht in Nederland gevestigd te zijn voor een periode van tien jaar na de verplaatsing. Zoals in eerdere hoofdstukken is behandeld, verplaatsen ab-houders die emigreren vaak ook de werkelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland. Zonder de fictieve buitenlandse belastingplicht zou ten aanzien van de geëmigreerde ab-houder, na de verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap, zijn belastingplicht eindigen. Immers, de ab-houder heeft dan niet langer een ab in een in Nederland gevestigde vennootschap, in de zin van artikel 7.5, lid 1, Wet IB 2001.³⁵⁸ Onder de nieuwe regeling blijft de fictie echter gelden zolang de conserverende aanslag met betrekking tot inkomen uit een ab in de desbetreffende vennootschap nog niet is voldaan.³⁵⁹

³⁵⁸ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

³⁵⁹ Idem.

De verlenging van de tienjaarstermijn van de vestigingsplaatsfictie geldt voor zowel de ab-houder die naar een land verhuist waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft, als voor een land waarmee Nederland wel een belastingverdrag heeft. De reden hiervoor is dat Nederland in sommige verdragen geen ab-voorbehoud kent ten aanzien van het dividendartikel. Zonder dit ab-voorbehoud heeft Nederland geen heffingsrecht over de dividenduitkering.³⁶⁰ Echter, zoals eerder vermeld, heeft de vestigingsplaatsfictie, opgenomen in artikel 1, lid 3, Wet DB 1965, geen doorwerking naar een verdrag die gebaseerd is op het OESO-MV.

6.3 Pakket bestrijden emigratielek: EU-rechtelijk getoetst

6.3.1 Inleiding

De afschaffing van de tienjaarstermijn heeft geleid tot vragen over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het pakket maatregelen. De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling aangegeven het pakket maatregelen te hebben getoetst op zijn Europeesrechtelijke houdbaarheid. Volgens hem leidt de afschaffing van de tienjaarstermijn er niet toe dat de conserverende aanslag in strijd komt met het EU-recht, of dat het een disproportionele maatregel is.³⁶¹

In hoofdstuk 3 en 4 is reeds de werking van het EU-recht uiteengezet. Zoals reeds genoemd, dient de regeling van de conserverende aanslag bij emigratie – sinds de invoering ervan – een tweeledig doel. Namelijk, de claim op de waardeangroei opgekomen tijdens de periode die de belastingplichtige inwoner is geweest van Nederland behouden en emigratie tegengaan die tot doel heeft de fiscale claim, die toe te rekenen is aan Nederland, te ontkomen. Het eerste doel is overigens in lijn met het territorialiteitsbeginsel, hetgeen inhoudt dat de waardeangroei die tijdens het Nederlandse inwonerschap is opgekomen, alhier belast moet worden.

6.3.2 Bevindingen

Uit vaste jurisprudentie van het HvJ volgt dat een maatregel die een belemmering van de in artikel 49 VwEU neergelegde vrijheid van vestiging met zich brengt, alleen gerechtvaardigd kan worden indien een doel van algemeen belang wordt nagestreefd, dat zich met het VwEU verdraagt. Verder moet de maatregel geschikt zijn om het nagestreefte doel te verwezenlijken

³⁶⁰ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 39 en 40.

³⁶¹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 53.

(doelmatigheidseis) en mag hij niet verder gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken (proportionaliteitseis).³⁶²

Het staat vast dat een conserverende aanslag opleggen aan een emigrerende ab-houder een belemmering kan opleveren voor de vrijheid van vestiging, aangezien puur de conserverende aanslag opleggen een nadeel oplevert voor de ab-houder die naar een andere lidstaat verhuist.³⁶³ Een ab-houder die niet emigreert, wordt pas belast over zijn waardeaan groei bij daadwerkelijke realisatie. Dit verschil in behandeling tussen een emigrerende ab-houder en een niet-emigrerende ab-houder heeft negatieve gevolgen voor het vermogen van de belastingplichtige die Nederland wil verlaten.

Deze belemmering kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te waarborgen, aangezien er een direct verband bestaat tussen de overdracht van de jaarlijkse belasting op de waardeaan groei en de daadwerkelijke inning van de belasting bij overbrenging van de woonplaats naar het buitenland.³⁶⁴ Gezien de primaire doelstelling van de conserverende aanslag met betrekking tot emigratie van de ab-houder, namelijk het claimbehoud, is emigratieheffing van essentieel belang voor de noodzaak om de fiscale samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Het doel is immers om de waardeaan groei in het land te belasten waar die is opgekomen, waarbij het belastingstelsel als het ware rond is. Gezien vanuit deze doelstelling is het vanuit het coherentieargument verdedigbaar dat de emigratieheffing gerechtvaardigd is. Bovendien is een conserverende aanslag opleggen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd door de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten. Wel is vereist dat de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken (claimbehoud).³⁶⁵

Naar mijn mening stond de oude regeling juist haaks op de fiscale coherentie rechtvaardigingsgrond van het HvJ. De waardeaan groei die eigenlijk aan Nederland dient toe te komen, werd immers na een periode van tien jaar niet langer belast, hetgeen naar mijn mening een afbreuk doet aan de samenhang van het belastingstelsel. Daarom zorgt de afschaffing van de

³⁶² Zie onder andere: HvJ EG 11 maart 2004, C-9/02, Zaak Hughes Lasteyrie du Saillant.

³⁶³ A.C.P. Bobeldijk, A.E. de Leeuw, H.M. ten Vergert, De regeling van de conserverende aanslag: nu wel EU-proof?, 12 maart 2012, WFR 2012/376.

³⁶⁴ HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, r.o 61).

³⁶⁵ L.C. van Hulten, W.R. Kooiman, Emigratie door de aanmerkelijkbelanghouder, 27 september 2016, WFR 2016/188.

tienjaarstermijn en de conserverende aanslag voor onbepaalde tijd laten gelden er juist voor dat de regeling, in principe, niet in strijd is met het EU-recht aangezien zij in zoverre voldoet aan de samenhang van het belastingstelsel.

Verder verdient opmerking dat de tienjaarstermijn afschaffen ook gelijk is aan de exitheffing in de winstsfeer. Een vennootschap die haar feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, heeft immers de keuze tussen meteen de belasting over de meerwaarde af te rekenen, uitstel van betaling of betaling binnen een periode van tien jaar. Indien werd gekozen voor het uitstel van betaling, werd het voor onbepaalde tijd verleend. Op basis van de jurisprudentie van het HvJ EU bleek dat niet in strijd te zijn met het EU-recht.³⁶⁶ Wanneer de tienjaarstermijn afgeschaft wordt, worden ab-houders en vennootschappen gelijk behandeld. Naar mijn mening komt dat ook ten goede aan de neutraliteit van het belastingstelsel.

In de zaak N³⁶⁷ heeft het HvJ geoordeeld dat de vertrekstaat rekening moet houden met waardedalingen na vertrek, indien het nieuwe woonland dat niet doet. Het HvJ was toen van oordeel dat rekening houden met de waardedalingen na vertrek alsnog het doel van het claimbehoud bereikt op een minder disproportionele manier. Nederland verleent kwijtschelding van de conserverende aanslag voor zover de waarde van de aandelen in het economische verkeer bij vervreemding ervan is gedaald, krachtens artikel 26, lid 5 onder a, IW 1990. Het uiteindelijke doel hierbij is de daadwerkelijk gerealiseerde winst te belasten en niet te heffen over een winst die niet gerealiseerd is. In zoverre is de regeling dan niet in strijd met het EU-recht. Al eerder heb ik echter opgemerkt dat rekening houden met de waardedalingen na emigratie, naar mijn mening, haaks staat op het coherentie- en territorialiteitsprincipe. De waardeontwikkeling die na de emigratie optreedt, valt immers buiten de periode van binnenlandse belastingplicht en voldoet dan ook niet aan het coherentieargument.

In tegenstelling tot de zaak N heeft het HvJ in het arrest Commissie/Portugal geoordeeld dat de vertrekstaat geen rekening moet houden met de waardedalingen na emigratie. Derhalve is het toegestaan om de conserverende aanslag bij vertrek van een ab-houder definitief vast te leggen. Verder moet de belastingplichtige, volgens het HvJ, de keuze geboden worden tussen enerzijds de belasting meteen aan de grens te voldoen of anderzijds uitstel van betaling te verlenen. Zo'n belastingregeling wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om overeenkomstig het fiscale

³⁶⁶ HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus.

³⁶⁷ HvJ 7 september 2006, nr. C-470/04, N-zaak.

territorialiteitsbeginsel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren. Het is dus de vraag of de zaak N nog geldend recht is. Naar mijn mening heeft Nederland EU-rechtelijk de ruimte om de regeling van kwijschelding bij een waardedaling na emigratie af te schaffen. De regeling afschaffen, is alsnog niet in strijd met het EU-recht.

6.4 Verdragsrechtelijke aspecten

6.4.1 Inleiding

Het pakket bestrijden emigratielek zorgt ervoor dat de mogelijkheden van Nederland om de conserverende aanslag te innen uitgebreid zijn, omdat het uitstel van betaling bij winstuitdelingen na emigratie naar rato wordt ingetrokken.³⁶⁸ De heffing over de winstuitdelingen en vervreemdingswinsten betreffen een waardeangroei die gold vóór de emigratie. Derhalve meent de wetgever dat deze manier van – het naar rato – innen na emigratie geen belastingheffing over winstuitdelingen en vervreemdingswinsten na emigratie betreft en dus losstaat van enige verdragstoewijzing.

De wetgever is verder van mening dat er geen sprake is van een verschuiving in de verdeling van het heffingsrecht, waardoor de maatregelen niet in strijd zijn met de goede verdragstrouw.³⁶⁹ Een verdrag zonder een ab-voorbehoud ten aanzien van dividenduitkeringen houdt in dat Nederland over deze dividenden strikt op grond van het desbetreffende verdrag zijn heffingsrecht niet of niet volledig kan effectueren.³⁷⁰ De wetgever heeft echter tijdens de parlementaire behandeling bepaald dat met de nieuwe maatregelen Nederland bij elke dividenduitkering na emigratie wel kan invorderen. Het zou dus niet moeten uitmaken of in het desbetreffende verdrag tussen Nederland en het emigratieland een ab-voorbehoud geldt ten aanzien van dividenden. Nederland kan in principe te allen tijde zijn heffingsrecht effectueren, aldus de wetgever.³⁷¹ Om dubbele belasting te voorkomen, is Nederland bereid eenzijdig van belastingheffing af te zien indien het immigratieland belasting heft met betrekking tot het ab-belang.³⁷² Zoals reeds vermeld, wordt het bedrag op de conserverende aanslag als gevolg hiervan niet verminderd. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat Nederland in vrijwel de meeste verdragen een ab-voorbehoud heeft opgenomen ten aanzien van vervreemdingswinsten.

³⁶⁸ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

³⁶⁹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 23.

³⁷⁰ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 54.

³⁷¹ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

³⁷² M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

Alsnog blijkt het niet zo simpel te zijn als de wetgever had gehoopt. De HR heeft in de 19 februari-arresten³⁷³ geoordeeld dat het OESO-commentaar geen aanwijzingen aan de lidstaten geeft hoe zij dienen om te gaan met een exitheffing. De conserverende aanslag betreft immers de waardeangroei in de heffing op het moment vlak voorafgaand aan de emigratie. Strikt genomen, kan op dat moment geen beroep worden gedaan op een belastingverdrag. Het OESO-commentaar geeft de ruimte aan de staten om zelf te bepalen hoe zij hiermee dienen om te gaan.³⁷⁴ De HR heeft dan ook geoordeeld dat de conserverende aanslag opleggen met betrekking tot de emigratie van een ab-houder niet in strijd komt met de goede verdragstrouw die ten grondslag ligt aan de uitlegging van een belastingverdrag.³⁷⁵

Dat het niet in strijd is met het verdragenrecht heeft, naar mijn mening, bovendien te maken met het doel van de conserverende aanslag, namelijk de ab-claim over de waardeangroei waarvan sprake was in de binnenlandse periode veiligstellen. De waardeangroei dient te worden belast daar waar die is opgekomen, wat in lijn is met het territorialiteitsbeginsel.

Naar mijn mening kan voor zover nagenoeg met zekerheid gezegd worden dat het simpelweg opleggen van de conserverende aanslag aan de ab-houders niet in strijd is met het verdragenrecht. Dit is echter alleen mogelijk indien de heffing van de waardestijging van de aandelen waarop de conserverende aanslag betrekking heeft daadwerkelijk aan Nederland toekomt. Echter, het feit dat het toegestaan is de conserverende aanslag op te leggen, betekent niet dat hetzelfde geldt voor de daadwerkelijke invordering of heffing van de conserverende aanslag.³⁷⁶ Verder dient erop te worden gewezen dat een eenzijdige posterieure wijziging van de nationale wetgeving niet kan zorgen voor een verschuiving van heffingsrechten in het verdrag indien dat in het nadeel van de belastingplichtige is, aldus de HR in het fictieve-inkomstenarrest.³⁷⁷ Ik onderschrijf het oordeel van de HR in BNB 2011/160. Het moment waarop een verboden handeling wordt verricht, wordt de conserverende aanslag, al dan niet pro rata, ingevorderd. Immers, bij een vervreemding van het ab-pakket of een dividenduitkering heeft het nieuwe woonland, al dan niet exclusief, eveneens heffingsrecht. Om die reden is het moment van invordering, in tegendeel tot het moment waarop

³⁷³ HR 19 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260-262.

³⁷⁴ P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (1), NTFR-B 2009/28.

³⁷⁵ HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260, Conclusie A-G Wattel, punt 4.45.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ HR 5 september 2003, nr. 37 651 en 37 670, BNB 2003/379 en 381, r.o. 3.4.4, met conclusie Wattel, en noot Kavelaars.

de conserverende aanslag wordt opgelegd, wel in strijd met de geest van het desbetreffende belastingverdrag.

Uit BNB 2017/34³⁷⁸ blijkt dat een nationale regeling alleen doorwerking heeft in een verdrag wanneer uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat de andere verdragspartij een wijziging van de heffingsbevoegdheid heeft aanvaard, of dat een nationale regeling een andere verdeling van de heffingsbevoegdheid oplevert. Alleen kennisnemen van de nationale regeling is volgens de HR niet genoeg om een wijziging in verdeling van de heffingsbevoegdheden te bewerkstelligen.³⁷⁹ In het onderhavige arrest was in geschil of de gebruikelijke loonregeling van artikel 12a Wet LB 1964 mag worden toegepast in verhouding tot het belastingverdrag Nederland-Portugal. Volgens Heithuis³⁸⁰ is het twijfelachtig of de conserverende aanslag inderdaad niet in strijd is met een verdrag, wanneer in het ab-voorbehoud geen tienjaarstermijn bestaat. Het moet immers ook blijken uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag.

Dit arrest samen met de 19 februari-arresten en BNB 2011/160 dienen, naar mijn mening, de basis te zijn van de toetsing aan een verdrag. De conserverende aanslag is immers gebaseerd op een in het internationaal belastingrecht erkend beginsel, namelijk het territorialiteitsbeginsel.

6.4.2 Verdragsrechtelijke toetsing

Om een beter beeld te krijgen van de toetsing van het pakket aan een verdrag, wordt dit getoetst aan drie verdragen, namelijk het belastingverdrag tussen Nederland en België, Nederland en Duitsland en de belastingregeling tussen Nederland en Curaçao (BRNC).

In het verdrag Nederland-België is een ab-voorbehoud opgenomen in het vervreemdingswinstartikel, terwijl er geen ab-voorbehoud is opgenomen in het dividendartikel. Het verdrag tussen Nederland en Duitsland is een van de weinige verdragen met een ab-voorbehoud in zowel het vervreemdingswinst- als in het dividendartikel. Mijns inziens is het daarom relevant het pakket bestrijden emigratielek te toetsen aan beide soorten verdragen. Als laatste wordt de BRNC behandeld, die overeenkomstig met het verdrag Nederland-Duitsland, een ab-voorbehoud heeft in zowel het vervreemdingswinst- als het dividendartikel. Het verschil van

³⁷⁸ HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34.

³⁷⁹ HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34.

³⁸⁰ E.J.W. Heithuis, Conserverende aanslag voor ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?, 16 mei 2017, WFR 2017/106.

de BRNC met de andere verdragen is dat het de vorm heeft gekregen van een rijkswet en niet van een belastingverdrag, waardoor het wellicht niet op dezelfde wijze kan worden getoetst als de andere op het OESO-MV gebaseerde verdragen.

6.4.2.1 Verdrag Nederland-België

Het verdrag tussen Nederland en België is in werking getreden in 2003 en verving het verdrag uit 1970.³⁸¹ Uit de parlementaire behandeling bij de totstandkoming van het verdrag blijkt dat het voornaamste doel met betrekking tot ab-aandelen is om fiscaal gedreven emigratie te voorkomen.³⁸²

Het vermogenswinstartikel wordt geredigeerd door artikel 13 van het verdrag en inkomen uit dividend door artikel 10. Op grond van artikel 13, lid 4, geldt de hoofdregel dat voordelen verkregen uit de vervreemding van alle andere goederen anders dan vermeld in het eerste tot en met het derde lid, slechts belastbaar zijn in de staat waar de vervreemder inwoner van is. Vervolgens is een uitzondering opgenomen in artikel 13, lid 5 voor de vervreemding van ab-aandelen of winstbewijzen. In het verdrag uit 2001, is het zogenoemde ab-voorbehoud geïntroduceerd. Het ab-voorbehoud houdt in dat indien na emigratie binnen een periode van tien jaar de aandelen en/of winstbewijzen daadwerkelijk worden vervreemd, Nederland kan overgaan tot invordering van de conserverende aanslag. Enig openstaand bedrag op de conserverende aanslag na de tienjaarstermijn wordt kwijtgescholden.³⁸³ Zodoende kan Nederland zijn nationale wetgeving op dit punt verwezenlijken, maar alleen binnen tien jaar na de emigratie.

6.4.2.1.1 Afschaffing tienjaarstermijn binnen de Invorderingswet

De conserverende aanslag bij emigratie ten aanzien van de waardeinstijging van het ab-pakket mag op basis van het verdrag Nederland-België wel opgelegd worden. Immers, tijdens de parlementaire behandeling is besproken dat Nederland de wens had het emigratielek zo veel mogelijk te dichten.

Bij het pakket bestrijden emigratielek is de tienjaarstermijn binnen de Invorderingswet afgeschaft. Het uitgangspunt hiervan is dat de emigreerde ab-houder onbeperkt in de tijd wordt gevolgd, waarbij het territorialiteitsbeginsel vanuit Nederlands uitgangspunt zwaarder gaat wegen. Dit

³⁸¹ Kamerstukken II, 2001/2002, 28 259, nr. 3, p. 1.

³⁸² Kamerstukken II, 2001/2002, 28 259, nr. 3, p. 9.

³⁸³ Kamerstukken II, 2001/2002, 28 259, nr. 3, p. 10.

terwijl een ab-voorbehoud duidelijkheid moet scheppen omtrent de bevoegdheid om de conserverende aanslag in te vorderen.³⁸⁴ Bovendien zorgt het ab-voorbehoud ervoor dat Nederland eerder zijn belastingclaim kan effectueren.³⁸⁵ Het ab-voorbehoud lijkt dus met het pakket bestrijden emigratie geen relevantie te hebben verloren.³⁸⁶ Uit het verdrag blijkt duidelijk dat Nederland binnen de tienjaarstermijn na emigratie de conserverende aanslag kan invorderen indien er sprake is van realisatie. In de verdragstekst en de parlementaire behandeling van het verdrag hebben immer beide staten de ruimte geboden om binnen tien jaar na emigratie de belastingclaim op ab-aandelen te mogen effectueren indien hij bij wege van een conserverende aanslag is opgelegd. De staatssecretaris blijkt verder van mening te zijn dat ook in het geval dat in een verdrag geen ab-voorbehoud mogelijk is, Nederland alsnog bevoegd is tot invordering. Echter, indien het immigratieland bij vervreemding van de aandelen belasting heft, treedt Nederland eenzijdig terug teneinde dubbele belasting te voorkomen.³⁸⁷ Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat de feitelijk in het buitenland geheven belasting niet wordt kwijtgescholden op de conserverende aanslag, maar slechts in mindering wordt gebracht op het bedrag waarmee het uitstel van betaling wordt beëindigd.³⁸⁸ Hieruit trek ik de conclusie dat het voor de staatssecretaris duidelijk is dat ook na de ommekomst van de tienjaarstermijn na emigratie, Nederland alsnog tot invordering kan overgaan. Ik deel echter de mening van Brummen en Nieuwenhuizen³⁸⁹ dat de situatie na de tienjaarstermijn nog onduidelijk is. Volgens het verdrag, is Nederland na deze periode niet meer bevoegd de conserverende aanslag in te vorderen. Het volgt immers niet uit de verdragstekst en evenmin uit de parlementaire behandeling dat Nederland de ruimte heeft om na de ommekomst van de tienjaarstermijn de conserverende aanslag in te vorderen. Doet Nederland dat wel, dan trekt het een heffing naar zich toe die hem niet toekomt. Hierdoor wordt een inbreuk gemaakt op de wederkerigheid van het belastingverdrag en aan de goede verdragstrouw die ten grondslag ligt aan de uitleg van het verdrag.

³⁸⁴ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

³⁸⁵ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 55.

³⁸⁶ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 55.

³⁸⁷ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11, p. 56.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

6.4.2.1.2 *De pro-rata-invordering van de conserverende aanslag*

Per 1 januari 2016 leiden winstuitdelingen na emigratie in alle gevallen tot belastingheffing of tot een naar rato intrekking van het uitstel van betaling.³⁹⁰ Deze maatregel zal verder in alle gevallen tot inning van de conserverende aanslag leiden van 25% van de winstuitdeling. De aanslag wordt immers niet ingevorderd voor zover in het buitenland wordt geheven over de winstuitdeling. Dit betekent echter niet dat het uitstel wordt kwijtgescholden. De wetgever heeft dit zo bepaald om dubbele belasting voor de belastingplichtige te voorkomen. Naar mijn mening lijkt het er echter niet op dat zo enige vorm van dubbele belasting wordt voorkomen. Brummen en Nieuwenhuizen zijn eveneens van mening dat dit tegen de geest van het dividendartikel van de belastingverdragen ingaat en daardoor een risico van dubbele heffing ontstaat.³⁹¹

De wetgever geeft aan dat deze manier van innen geen belastingheffing over winstuitdelingen na emigratie betreft, waardoor zij losstaat van de toewijzing van het heffingsrecht onder een belastingverdrag. Zij is daarmee niet in strijd met de goede verdragstrouw die tussen de verdragspartners geldt, aldus de wetgever.³⁹² Het gaat immers om de inning van een openstaande belastingschuld over de waardeangroei gedurende de binnenlandse periode. Verschuiving in de verdeling van heffingsrechten is er immers niet.³⁹³ Ik betwijfel ten zeerste of dit daadwerkelijk zo uitpakt als de wetgever had gehoopt.

Het systeem van de emigratieregeling, zoals Brummen en Nieuwenhuizen het uiteenzetten, betreft een regeling die bij emigratie de aanwezige waardestijging van het ab-pakket belast. Volgens de auteurs gaat het dan ook om een regeling die een vermogenswinst belast en niet een potentiële winstuitdeling. Beide vormen van inkomen vallen onder twee verschillende verdragsartikelen, namelijk het vermogenswinst- en dividendartikel. De invordering van de aanslag die is gevestigd met betrekking tot de heffing over een vermogenswinst, hangt immers (gedeeltelijk) af van het wel of niet doen van een winstuitdeling. De conserverende aanslag in samenhang met de invorderingsmaatregelen zorgen ervoor dat winstuitdeling onder de Nederlandse heffing wordt gebracht. Gezien het doel van de conserverende aanslag, is dit begrijpelijk. Echter, op basis van artikel 10 van het verdrag met België, wordt de

³⁹⁰ Kamerstukken II 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22.

³⁹¹ M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.

³⁹² Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 22.

³⁹³ Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 23.

heffingsbevoegdheid over dividenden toegekend aan het woonland. Indien de vennootschap die de dividenden uitkeert gevestigd is in Nederland mag Nederland heffen tot een tarief van maximaal 15%, zoals omschreven in artikel 10, lid 2, van het verdrag. Volgens de hoofdregel geldt dus dat België als nieuw woonland heffingsbevoegd is over de winstuitdelingen. Noch in de verdragstekst, noch in de parlementaire behandeling van het verdrag is er een ab-voorbehoud opgenomen in het dividendartikel. Enige invordering van de belastingheffing bij winstuitdeling is daarom in strijd met het verdrag. Nederland probeert immers op basis van zijn nationale wet- en regelgeving een heffingsrecht naar zich toe trekken dat op basis van het verdrag niet aan Nederland toekomt. Dit is dus in strijd met het verdrag.³⁹⁴

6.4.2.2 *Verdrag Nederland-Duitsland 2012*

Sinds jaar en dag bestaan er sterke politieke, financiële en economische betrekkingen tussen Nederland en Duitsland.³⁹⁵ Mede gezien deze sterke verwevenheid tussen beide landen en omdat het verdrag met Duitsland relatief nieuw is, lijkt het geschikt dit verdrag te behandelen. Het verdrag is tot stand gekomen op 12 april 2012 en is in werking getreden op 1 januari 2016.

In het verdrag is het ab-voorbehoud geïntroduceerd. Het ab-voorbehoud houdt in dat indien na emigratie de aandelen en/of winstbewijzen daadwerkelijk worden vervreemd, Nederland kan overgaan tot invordering van de conserverende aanslag.³⁹⁶ In de verdragstekst bij artikel 13 is geen beperking in de tijd opgenomen waarop Nederland nog, na emigratie, heffingsrecht heeft. Uit de parlementaire behandeling volgt echter dat artikel 13, lid 6 in samenhang dient te worden gelezen met artikel 10, lid 6 van het verdrag.³⁹⁷ Immers, in artikel 10, lid 6, van het verdrag is een ab-voorbehoud opgenomen voor ab-dividenden. Nederland kan op basis van het verdrag binnen tien jaar na de emigratie heffen over dividenduitkeringen aan de ab-houder voor zover er nog een openstaand bedrag staat op de conserverende aanslag. Na een ommekomst van de tien jaar, vervalt op basis van het verdrag de heffingsbevoegdheid van Nederland.³⁹⁸ Het doel hiervan is dat beide artikelen sterk op elkaar aansluiten. Mijns inziens geldt de tienjaarstermijn eveneens voor het vermogenswinstartikel. Daarnaast is bepaald dat het woonland niet mag heffen over de vervreemdingswinst die aan het andere land toekomt. Om die reden wordt bewerkstelligd dat, in

³⁹⁴ HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.

³⁹⁵ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 1.

³⁹⁶ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 17.

³⁹⁷ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 24.

³⁹⁸ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 20.

dit geval, Duitsland een *step up* moet verlenen voor de verkrijgingsprijs bij binnenkomst van de ab-aandelen.³⁹⁹

6.4.2.2.1 *Afschaffing tienjaarstermijn binnen de Invorderingswet*

Op grond van artikel 13, lid 6 van het verdrag is Nederland toegestaan zijn ab-claim jegens de ab-houder te effectueren. Nederland heeft in overeenstemming met het Nederlands Notitie Fiscaal Verdragsbeleid⁴⁰⁰ een bronstaatheffing willen toepassen teneinde de ab-claim te kunnen behouden. Uit de verdragsonderhandelingen volgt dat de voormalige woonstaat zijn heffingsrecht over de vermogenswinst op aandelen kan blijven effectueren, maar slechts voor een periode van tien jaar na emigratie voor zover er nog een bedrag openstaat op de conserverende aanslag. Aangezien het ab-voorbehoud in het vervreemdingswinstartikel in het verdrag Nederland-Duitsland overeenkomt met het ab-voorbehoud opgenomen in het vervreemdingswinstartikel in het verdrag Nederland-België, wordt volstaan met een verwijzing naar paragraaf 6.4.2.1.1.

6.4.2.2.2 *De pro-rata-invordering van de conserverende aanslag*

In tegenstelling tot het verdrag met België, is in het verdrag met Duitsland wel een ab-voorbehoud opgenomen voor ab-dividenden.⁴⁰¹ Indien een lichaam dat volgens de nationale wetgeving geacht wordt gevestigd te zijn in Nederland, een dividend uitkeert of uitdeling doet aan een ab-houder die inwoner is van Duitsland, mag dat dividend of de uitdeling in Nederland worden belast, maar slechts voor een periode van tien jaar na de emigratie, in de zin van artikel 10, lid 6 van het verdrag.⁴⁰²

In dit kader zijn een aantal aspecten van belang. Namelijk, het lichaam waaruit de dividenden worden uitgekeerd dient, krachtens de nationale wetgeving en het verdrag, inwoner te zijn van Nederland. Uit de verdragstekst leid ik af dat het hierbij gaat om een lichaam dat daadwerkelijk inwoner is van Nederland alsmede een lichaam dat een fictieve vestigingsplaats heeft in de zin van artikel 7.5, lid 6, Wet IB 2001. Zoals eerder is aangegeven, is er een nuance wanneer de woonplaats bepaald wordt. In het geval dat de vennootschap is opgericht naar Nederlands recht en besloten wordt de werkelijke leiding naar het buitenland te verplaatsen, geldt op grond van de oprichtingsfictie dat de vennootschap geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd voor de

³⁹⁹ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 22.

⁴⁰⁰ Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011, p. 50.

⁴⁰¹ Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3, p. 19.

⁴⁰² Idem.

dividendbelasting. Dit zou tot gevolg hebben dat de vennootschap een dubbele woonplaats heeft: de plaats van werkelijke leiding enerzijds en Nederland als oprichtingsland anderzijds. Op basis van het OESO-commentaar⁴⁰³, waarop het verdrag Nederland-Duitsland is gebaseerd, blijkt dat om verdragsrechtelijk inwoner te zijn van een van de staten, volledige onderworpenheid is vereist, zoals beslist is in het Drielandenpuntarrest.⁴⁰⁴ Daarom, zoals eerder is vermeld, heeft de oprichtingsfictie geen verdragswerking.

Verder dient een dividend te worden uitgekeerd aan een inwoner van Duitsland die geëmigreerd is uit Nederland, waarbij met betrekking tot zijn of haar emigratie een conserverende aanlag is opgelegd. Tot slot geldt dat Nederland gedurende tien jaar na emigratie heffingsbevoegdheid heeft.

De vraag of Nederland in dit kader in strijd treedt tegen het belastingverdrag dient in principe ontkennend beantwoord te worden. Hierbij wordt verwezen naar de vorige sub-paragraaf. Het verdrag is overeenkomstig de Nederlandse wetgeving die gold vóór 15 september 2015. Om die reden mag Nederland na een periode van tien jaar de conserverende aanslag niet invorderen. In dit geval probeert Nederland immers een heffingsrecht naar zich toe te trekken dat verdragsrechtelijk aan het woonland toekomt (HR 15 april 2011, BNB 2011/160). Dat het uitkerende lichaam geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, doet er na een periode van tien jaar, verdragsrechtelijk, niet meer toe.

6.4.2.3 Belastingregeling Nederland-Curaçao

Tussen de landen van het Koninkrijk⁴⁰⁵ is sinds 1965 de BRK van toepassing om dubbele belasting te voorkomen.⁴⁰⁶ Op 10 oktober 2010 zijn de (voormalige) Nederlandse Antillen (NA) ontmanteld. De ontmanteling van de NA is een staatkundige hervorming van het Koninkrijk. De BES-eilanden⁴⁰⁷ behoren daarmee tot een bijzondere gemeente van Nederland (het Caribisch Nederland). Daarnaast zijn Sint-Maarten en Curaçao twee nieuwe landen met een status aparte binnen het Koninkrijk geworden, zoals Aruba al langer is. De BRK is daarmee nog verder af komen te liggen van de huidige internationaal-fiscale standaarden opgelegd door de OESO-MV

⁴⁰³ Commentaar op art. 4 OESO-MV, paragraaf 3.

⁴⁰⁴ HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.

⁴⁰⁵ Nederland, Aruba, Curaçao, Sint-Maarten en de BES-eilanden.

⁴⁰⁶ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 1.

en sluit niet meer aan op de staatkundige vorm van het Koninkrijk.⁴⁰⁸ Als gevolg van de ontmanteling van de NA bestaat het Koninkrijk uit vier verschillende landen. Hierdoor werd het hoog tijd om de BRK in het verband Nederland-Curaçao te vernieuwen in een nieuwe belastingregeling te voorzien. Op 10 september 2015 heeft de Tweede Kamer de nieuwe bilaterale regeling tussen Nederland en Curaçao goedgekeurd. De BRNC dient ter vervanging van de BRK, maar alleen in de verhouding tussen Nederland en Curaçao. De BRNC is van toepassing voor de belastingjaren vanaf 1 januari 2016. In de verhouding tussen Nederland en Sint-Maarten is eveneens een belastingregeling afgesloten, de BRNS, ingaande vanaf 2017. Voor Aruba, waarvoor nog geen bilaterale belastingregeling is getroffen, blijft de BRK gelden.⁴⁰⁹ De BRK blijft eveneens van toepassing tussen de (ei)landen onderling. De BRNC is voorts van toepassing op het Caribische gedeelte van Nederland.⁴¹⁰

6.4.2.3.1 Koninkrijksrelatie tussen Nederland en Curaçao

De relatie tussen Nederland en Curaçao is niet te vergelijken met de relatie tussen Nederland en een lidstaat of een derde land. De BRNC heeft de vorm gekregen van een rijkswet, omdat zij een regeling betreft binnen het Koninkrijk.⁴¹¹ Het doel hierbij was echter wel om bij de onderhavige rijkswet zo veel mogelijk uit te gaan van de situatie dat tussen beide landen een verdrag tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting zou worden gesloten. Om die reden is de rijkswet zo veel mogelijk aangesloten bij het OESO-MV en het nationaal-fiscaal verdragsbeleid zoals met andere landen is bereikt. Bij de uitleg van de rijkswet kan dan ook het OESO-commentaar gebruikt worden voor interpretatie.⁴¹² De structuur, inhoud en bewoordingen van de BRNC stemmen daarom in grote mate overeen met hetgeen bij een belastingverdrag gewoonlijk is.⁴¹³ Weliswaar heeft de BRNC de vorm van een rijkswet gekregen, maar de geest van de regeling ziet meer op een bilateraal belastingverdrag waarop de verdragsinterpretatie van het OESO-commentaar van toepassing is. Derhalve toetst dit laatste gedeelte van de paragraaf het pakket bestrijden emigratielek aan de BRNC.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ A. Kattouw, S.R. Vanenburg, R.P.C.W.M. Brandsma, De belastingregeling voor Nederland en Curaçao, 11 november 2011, WFR 2014/1437, p. 1.

⁴¹⁰ A. Kattouw, S.R. Vanenburg, R.P.C.W.M. Brandsma, De belastingregeling voor Nederland en Curaçao, 11 november 2011, WFR 2014/1437, p. 2.

⁴¹¹ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 2.

⁴¹² Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 2.

⁴¹³ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 3.

6.4.2.3.2 *Afschaffing tienjaarstermijn binnen de Invorderingswet*

De verdeling van de heffingsrechten over vermogenswinsten wordt geregeld in artikel 13 en komt inhoudelijk en tekstueel grotendeels overeen met artikel 13 van het OESO-MV. Een afwijking daarvan is het ab-voorbehoud opgenomen in artikel 13, lid 5 BRNC. Blijkens de parlementaire geschiedenis, dient het ab-voorbehoud in het dividendartikel in samenhang te worden gezien met het ab-voorbehoud in het vermogenswinstartikel. Het ab-voorbehoud ziet op de waardevermeerdering die is ontstaan tijdens het inwonerschap in het voormalige woonland. Hier geldt eveneens een heffingsrecht voor het bronland voor een periode van tien jaar na de emigratie. Voorts wordt dubbele belasting voorkomen doordat het nieuwe woonland een *step up* moet verlenen indien het bij een latere daadwerkelijke vervreemding belasting heft.⁴¹⁴ Derhalve wordt rekening gehouden met de reeds in aanmerking genomen belasting die door het voormalige woonland is geheven. Het ab-voorbehoud in de BRNC komt overeen met het ab-voorbehoud in de verdragen tussen Nederland en België en Nederland en Duitsland. Voor de toetsing van het pakket bestrijden emigratielek aan de BRNC, volsta ik hiermee met een verwijzing naar paragraaf 6.4.2.1.1.

6.4.2.3.3 *De pro-rata-invordering van de conserverende aanslag*

Artikel 10 van de BRNC betreft de verdeling van heffingsrechten over dividenden en is in hoofdlijnen gebaseerd op het artikel 10 van het OESO-MV.⁴¹⁵ Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat ab-houders woonachtig in Nederland naar Curaçao zijn verhuisd, al dan niet met een verplaatsing van de werkelijke leiding van hun vennootschap.

Het dividendartikel heeft een woonlandheffing als hoofdregel. De dividenden mogen immers in het woonland van de ab-houder worden belast. Het bronland mag overeenkomstig artikel 10, lid 2 ook heffen, maar indien de uiteindelijke gerechtigde van het dividend inwoner is van het woonland, mag de belasting het tarief van 15% van het brutobedrag niet overschrijden.

Net als bij Duitsland, is er in de BRNC een ab-voorbehoud opgenomen, overeenkomstig artikel 10, lid 14. *“De strekking van het daarin opgenomen aanmerkelijkbelangvoorbehoud is om als voormalig woonland na emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder gedurende enige tijd een heffingsrecht over dividenden respectievelijk vermogenswinsten uit aanmerkelijk belang te*

⁴¹⁴ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 26.

⁴¹⁵ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 19.

*behouden ten behoeve van invordering van de opgelegde conserverende aanslag over de bij emigratie geconstateerde waardevermeerdering.*⁴¹⁶

Opmerking verdient, dat het ab-voorbehoud in de BRNC beperkt is tot een periode van tien jaar na emigratie, voor zover er nog een bedrag openstaat op de conserverende aanslag.⁴¹⁷ Uit de parlementaire behandeling blijkt dus dat Nederland ten aanzien van dividenden de conserverende aanslag, overeenkomstig de nationale wetgeving, mag heffen en kan invorderen, maar slechts voor een periode van tien jaar na emigratie. Evenmin blijkt uit de parlementaire behandeling dat rekening is gehouden met het per 1 januari 2016 ingevoerde pakket bestrijden emigratielek, waarbij de tienjaarstermijn is afgeschaft. Aangezien het ab-voorbehoud in de BRNC overeenkomt met het ab-voorbehoud in het verdrag Nederland-Duitsland ten aanzien van dividenden, volsta ik hiermee met een verwijzing naar paragraaf 6.4.2.2.2.

Verder geldt op grond van artikel 32 BRNC een overgangsregeling. Indien een ab-houder reeds voor bekendmaking van de BRNC is verhuisd, wordt de periode van tien jaar genoemd in artikel 10, lid 14 en artikel 13, lid 5 teruggebracht naar vijf jaar en mag de belasting geheven op grond van artikel 7.5 Wet IB 2001 de 15%-tarief niet overschrijden. In de BRNC is Nederland dan ook verder beperkt in zijn heffingsrecht ten aanzien van ab-aandelen.

6.5 Oplossingsrichting

6.5.1 In strijd met het verdragenrecht

De strijdigheid van het pakket bestrijden emigratie blijkt in de belastingverdragsrechtelijke sfeer te zitten en niet zozeer in de EU-rechtelijke sfeer. Het moment van opleggen van de conserverende aanslag vlak voor de emigratie blijkt niet in strijd te zijn met een verdrag, mits beide landen tijdens de verdragsonderhandelingen kennis hebben genomen van de regeling van de conserverende aanslag. Het invorderingsmoment moet eveneens getoetst worden aan het verdrag. In dit verband handelt Nederland in strijd met een verdrag indien er geen ab-voorbehoud is opgenomen ten aanzien van vervreemdingswinsten en/of dividenden.

Daarenboven is de (on)mogelijkheid van Nederland om na emigratie kwijtschelding te verlenen een ander probleem. In verband hiermee bestaat er een verschil tussen vermogenswinsten en

⁴¹⁶ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3, p. 24.

⁴¹⁷ Idem.

dividenduitkeringen na emigratie. Immers, indien het nieuwe woonland op basis van de BRK, de BRN of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, heffingsrecht heeft over de vermogenswinsten na emigratie, is Nederland bereid om kwijtschelding te verlenen op de conserverende aanslag voor het bedrag dat in het buitenland aan belasting is geheven. Daarentegen, in het geval van een dividenduitkering na emigratie biedt de Invorderingswet geen mogelijkheid tot kwijtschelding van de conserverende aanslag over de in het buitenland geheven belasting. Dit verschil in behandeling kan wellicht worden beargumenteerd door het argument dat in vrijwel alle gesloten verdragen een ab-voorbehoud bestaat voor vermogenswinsten, terwijl veel minder verdragen een ab-voorbehoud hebben in het dividendartikel. Zoals reeds is vermeld in paragraaf 6.2.2.3, zorgt het gebrek aan kwijtschelding bij dividenduitkering ervoor dat de belastingplichtige een hoger risico loopt om dubbel belast te worden over eenzelfde belastbaar feit.

6.5.2 Mogelijke oplossingen

De strijdigheid van het pakket bestrijden emigratie met het verdragenrecht is zeer onwenselijk, niet alleen voor de belastingplichtige, maar ook voor de Nederlandse overheid. Enerzijds treedt voor de belastingplichtige mogelijke dubbele belasting op en anderzijds handelt Nederland mogelijk in strijd met het verdragenrecht door een heffingsrecht naar zich toe te trekken dat in principe aan het woonland behoort. Mijns inziens dient Nederland deze problemen op te lossen. Mogelijke oplossingen komen in het vervolg aan bod.

6.5.2.1 Wijziging verdrag of protocol

Het is belangrijk om de mogelijke strijdigheid van een belastingverdrag bij de eventuele invordering van de conserverende aanslag zo veel mogelijk te voorkomen. Strijdigheid doet immers af aan de rechtszekerheid. In dit verband dient het ab-voorbehoud ten aanzien van vermogenswinsten en dividend te worden aangepast. In het artikel van vermogenswinsten is in vrijwel de meeste verdragen een ab-voorbehoud opgenomen. Het ab-voorbehoud is echter beperkt tot een periode van tien jaar na emigratie, waardoor het ab-voorbehoud niet in lijn is met het nationale recht. In het dividendartikel hebben weinig verdragen een ab-voorbehoud, waardoor Nederland meteen na emigratie op basis van het verdrag zijn heffingsrecht over dividenden niet of beperkt kan effectueren. Een wijziging in de belastingverdragen of een protocolwijziging kan daarom een oplossing zijn voor het gebrek aan ab-voorbehoud. De wijziging houdt dan in dat het ab-voorbehoud in het vermogenswinstartikel wordt uitgebreid zonder beperking in de tijd, terwijl een ab-voorbehoud wordt ingevoerd in het dividendartikel. Door de wijziging is zeker dat beide

verdragspartners kennis hebben genomen van elkaars nationale wetgevingen waardoor Nederland bij de invordering niet in strijd met het verdrag handelt. Niettemin is deze oplossing wellicht niet de meest realistische. Een belastingverdrag of protocol wijzigen kan een lang traject zijn, laat staan om alle belastingverdragen die Nederland heeft gesloten te wijzigen.

6.5.2.2 Kwijtschelding verlenen bij winstuitdelingen

Zoals reeds besproken in paragraaf 6.2.2.3 kan er sprake zijn van een dubbele heffing ten aanzien van het uitkeren van winstreserves. Cornelisse⁴¹⁸ geeft een oplossing: om dubbele heffing te voorkomen, dient Nederland eveneens kwijtschelding te verlenen bij winstuitdelingen voor het bedrag dat in de woonstaat aan belasting wordt geheven. De kwijtschelding wordt verleend onder voorwaarde dat de woonstaat daadwerkelijk heffingsbevoegd is over de winstuitdeling en voor zover daadwerkelijk heffing door de woonstaat plaatsvindt, aldus Cornelisse.⁴¹⁹ Ik onderschrijf deze oplossing. Naar mijn mening is het bovendien een realistische oplossing, omdat er reeds kwijtschelding van belasting mogelijk is bij vervreemdingswinsten. Voorts kan naar mijn mening een derde voorwaarde worden toegevoegd, namelijk dat in de woonstaat een belasting naar het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Dientengevolge wordt voorkomen dat bij elke heffing, hoe laag dan ook, kwijtschelding wordt verleend. De nieuwe kwijtscheldingsmaatregel zou in de Invorderingswet onder artikel 26, lid 6, kunnen worden opgenomen:

Nr. 2 Voorstel van wet

Artikel I

De Invorderingswet 1990 wordt als volgt gewijzigd:

Artikel 26, zesde lid, wordt als volgt vervangen door:

Voorzover de ontvanger het op de voet van artikel 25, achtste, lid verleende uitstel van betaling beëindigt omdat aan de conserverende aanslag ten grondslag liggende aandelen een winstuitdeling wordt gedaan, kan krachtens bij ministeriele regeling te stellen regels kwijtschelding worden verleend indien:

- a) het heffingsrecht wegens winstuitdeling ingevolge de BRK, de BRN, of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land van het Koninkrijk, aan een ander heffingsgebied binnen het Rijk, respectievelijk aan een andere mogendheid is toegewezen

⁴¹⁸ R.P.C. Cornelisse, Conserverende aanslag bij emigratie en treaty override: acte claire?, 9 januari 2017, FED 2017/8.

⁴¹⁹ Idem.

- tot een bedrag gelijk aan de aldaar ter zake van die winstuitdeling feitelijk geheven belasting; en
- b) de in de andere mogelijkheid feitelijk geheven belasting is geheven in de vorm van inkomstenbelasting dan wel dividendbelasting; en
- c) in de andere mogelijkheid wordt een belasting naar het inkomen geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is.

6.5.2.3 *Compartimentering*

Wanneer de conserverende aanslag bij elke winstuitdeling naar rato wordt ingetrokken, is de kans groter dat Nederland in strijd handelt met een belastingverdrag. Immers, er bestaan weinig verdragen met een ab-voorbehoud ten aanzien van dividenden en er zijn geen kwijtscheldingsmogelijkheden bij winstuitdelingen. De wetgever is van mening dat wanneer de conserverende aanslag bij winstuitdelingen naar rato wordt in getrokken, er niet in strijd met een belastingverdrag wordt gehandeld: *“Deze manier van innen betreft geen belastingheffing over winstuitdelingen na emigratie en staat daarmee los van de toewijzing van het heffingsrecht onder een belastingverdrag.”*⁴²⁰ Het moment waarop de winst wordt behaald en het moment van de winstuitdeling zijn uiteraard twee verschillende aangelegenheden. De wetgever lijkt echter hiermee te suggereren dat de winstuitdelingen na emigratie afkomstig zijn van de winst behaald tijdens de periode van binnenlandse belastingplicht, waardoor het vanzelfsprekend moet zijn dat de belastingheffing over de winstuitdeling aan Nederland toekomt en niet aan het nieuwe woonland. Mijns inziens is deze gedachtegang niet zo vanzelfsprekend als de wetgever denkt. Immers, hoe dient gecontroleerd te worden van welke winst een winstuitdeling na emigratie afkomstig is? In dit verband kan gecompartmenteerd worden om te verzekeren dat de winstuitdelingen daadwerkelijk afkomstig zijn van de winst van de periode van binnenlandse belastingplicht. Deze mogelijke oplossing is ontleend aan de Wet Compartimenteringsreserve waarbij een vennootschap een compartimenteringsreserve dient te creëren indien sprake is van een sfeerovergang van bijvoorbeeld belast naar onbelast.⁴²¹

In dit geval kan gebruik worden gemaakt van een FIFO-methode (first in first out), waarbij de eerste winstuitdelingen na emigratie worden geacht afkomstig te zijn van de waardeangroei bij emigratie die geheven is bij wege van de conserverende aanslag, voor zover er nog een bedrag openstaat bij de conserverende aanslag. Zodoende wordt vormgegeven aan de bewoordingen van de wetgever. Deze compartimentering via de FIFO-methode dient echter eveneens opgenomen te

⁴²⁰ Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3, p. 22-23.

⁴²¹ Kamerstukken II, 2013/2014, 33 713, nr. 3.

worden in de desbetreffende belastingverdragen. In dit verband is het naar mijn mening verstandig om via een protocolwijziging/-toevoeging deze oplossing in te voeren, waardoor de desbetreffende verdragspartner kennisneemt van de nationale wetgeving van Nederland. Nederland handelt op deze manier niet langer in strijd met het verdrag wanneer het naar rato de conserverende aanslag intrekt. Volledigheidshalve dient eveneens opgemerkt te worden dat een verdragsprotocol wijzigen een lang traject kan zijn.

6.6 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: *Wat houdt de nieuwe emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders in en hoe verhoudt zij zich ten opzichte van het EU-recht en het belastingverdragsrecht?*

Het pakket bestrijden emigratielek is per 1 januari 2016 in werking getreden met terugwerkende kracht tot 15 september 2015, 15:15. De conserverende aanslag wordt niet langer na een periode van tien jaar kwijtgescholden, maar blijft geldig tot het moment dat er geen bedrag meer openstaat op de conserverende aanslag. De aanslag wordt (gedeeltelijk) ingevorderd indien zich de volgende verboden handelingen voordoen:

- een vervreemding van (een deel van) het ab-pakket die aan het uitstel ten grondslag ligt;
- dividend uitkeren;
- hetgeen op aandelen is gestort terugbetalen. De conserverende aanslag invorderen, gebeurt pro rata.

Door de afschaffing van de tienjaarstermijn blijkt dat de conserverende aanslag niet langer in strijd is met het EU-recht. Door deze aanpassing is zij immers in lijn met het coherentieargument dat gebaseerd is op het territorialiteitsbeginsel. Immers, een primair doel van de emigratieregeling is het claimbehoud van de waardeaan groei tijdens de binnenlandse periode.

Het pakket is mogelijk wel in strijd met het verdragenrecht. De conserverende aanslag opleggen blijkt daarmee niet in strijd te zijn. Het invorderingsmoment na emigratie dient eveneens getoetst te worden aan het verdrag. De invordering kan mogelijk wel in strijd zijn indien geen ab-voorbehoud is opgenomen in het verdrag. De conserverende aanslag bij winstuitdeling naar rato intrekken, veroorzaakt een dubbele belasting voor de belastingplichtige. De problematiek die het pakket bestrijden emigratielek met zich brengt, is onwenselijk, niet alleen voor de belastingplichtige, maar ook voor de Nederlandse overheid. Enerzijds belastingplichtige mogelijk

een dubbele belasting van toepassing en anderzijds handelt Nederland in strijd met het verdragenrecht door een heffingsrecht naar zich toe te trekken dat in principe aan het woonland behoort. Voor deze problemen zijn de mogelijke oplossingen de volgende:

1. het verdrag aanpassen via een protocolwijziging om een ab-voorbehoud op te nemen in verdragen zonder een ab-voorbehoud ten aanzien van dividenden;
2. kwijtschelding verlenen indien in het woonland belasting wordt geheven over de winstuitdelingen die naar Nederlandse maatstaven redelijk is;
3. dividend compartimenteren op basis van de FIFO-methode, waarde de eerste uitgekeerde dividenden na emigratie afkomstig zijn van de waardeaan groei opgenomen in de conserverende aanslag, voor zover er nog een bedrag openstaat bij de conserverende aanslag.

Hoofdstuk 7: Samenvatting en hoofdconclusies

In dit onderzoek staat de emigratie van de ab-houder en de gevolgen daarvan centraal. De emigratie van de in Nederland wonende ab-houder wordt voor de inkomstenbelasting aangemerkt als een belastbaar feit. Door de emigratie eindigt voor de ab-houder zijn belastingplicht waardoor er een fictief vervreemdingsmoment is ontstaan. De belastingschuld wordt geheven bij wege van een conserverende aanslag waarbij uitstel van betaling wordt verleend. Bij de oude emigratieregeling kon na de periode van tien jaar na emigratie op verzoek kwijtschelding worden gevraagd voor de opgelegde conserverende aanslag. Vermogensbestanddelen, of een zelfstandig gedeelte van de onderneming, naar het buitenland centraal wat gevolgd wordt door de emigratie van de ondernemer wordt aangemerkt als een fictieve vervreemding van de verplaatsing van die vermogensbestanddelen of een zelfstandig gedeelte van de onderneming. Om aan de exitheffingbepalingen toe te komen, dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Verder dient de ondernemer/aandeelhouder op te houden binnenlands belastingplichtig te zijn. Hierdoor ontstaat een fiscale claim ten aanzien van de verplaatste vermogensbestanddelen (overdrachtswinst) die aan Nederland dient toe te komen onmiddellijk voorafgaand aan het ophouden binnenlands belastingplichtig te zijn. De exitheffing voor ondernemers wordt geheven bij wege van een (normale) aanslag en geen conserverende, waardoor er in principe gelijk bij de emigratie afgerekend dient te worden. In dit onderzoek zijn de volgende deelvragen behandeld:

1. Hoe heeft de emigratieregeling voor de aanmerkelijk belangregeling zich in de wet ontwikkeld en hoe dient de regeling toegepast te worden?
2. Wat is de ontwikkeling geweest van de emigratieregeling sinds de implementatie daarvan en hoe heeft het EU-recht daar invloed op gehad?
3. Wat wordt verstaan onder de emigratie in de winstfeer, in welk opzicht verschilt zij van de emigratieregeling voor ab-houders en hoe heeft het EU-recht daar zijn invloed op gehad?
4. In hoeverre is de emigratieregeling voor ab-houders en ondernemingen in strijd met het belastingverdragenrecht?
5. Wat houdt de nieuwe emigratieregeling voor ab-houders in en hoe verhoudt zij zich ten opzichte van het EU-recht en het belastingverdragsrecht?

Uit de praktijk bleek dat binnen de tienjaarstermijn na emigratie bijna geen verboden handeling werd verricht, waardoor kwijtschelding na die periode de regel werd. Bij het Belastingplan 2016 is het pakket bestrijden emigratielek geïntroduceerd. De ab-regeling die wij thans kennen, is voor

het eerst geïntroduceerd in 1997. De ab-regeling tot 1997 kenmerkte zich voornamelijk door een objectief karakter met een groot onderscheid in tarieven. Inkomsten uit aandelen werden pas met belast indien de inkomsten afkomstig waren uit de winst(reserves) van de vennootschap. Deze ‘minimumwaarderingsregeling’ leidde tot een aantal fiscaal besparende constructies die erop gericht waren het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal kunstmatig te verhogen door emissie uit te brengen met een hoog agio. Mede door het objectieve karakter en het grote onderscheid in belastingdruk alsmede de rechtspraak van de HR, was het regime tot 1997 niet langer effectief. De ab-regeling werd drastisch aangepast met ingang van 1997 met als doel een meer subjectieve bron van inkomsten uit ab te creëren, waarbij de bron inkomsten uit ab en de bron winst uit onderneming een gelijker behandeling krijgen. De emigratie van de ab-houder uit Nederland werd eveneens een belastbare feit met ingang van 1997. De gedachte achter de emigratieregeling was tweeledig: (1) het claimbehoud, namelijk de waardeaan groei die in Nederland is opgekomen daadwerkelijk in Nederland te belasten en (2) fiscaal gedreven emigraties tegengaan. Op het moment vlak voorafgaand aan de emigratie wordt een conserverende aanslag opgelegd met uitstel van betaling. Het uitstel van betaling werd uitsluitend verleend voor een periode van tien jaar door zekerheden te stellen. De werkelijke leiding van de vennootschap verplaatsen, wordt eveneens aangemerkt als een belastbaar feit waarop de regels van de conserverende aanslag van toepassing zijn op de buitenlandse belastingplichtigen.

Na de invoering van de emigratieregeling in 1997 is meerdere malen de vraag opgekomen of de conserverende aanslag voor ab-houders in strijd is met het EU-recht. De conserverende aanslag is gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel waarbij de waardeontwikkeling die tijdens de binnenlands belastingplicht is opgekomen ook in Nederland wordt belast. Om te beoordelen of de conserverende aanslag in strijd is met het EU-recht is de hierop betrekking hebbende rechtspraak van het HvJ behandeld. Puur de conserverende aanslag opleggen en het moeten stellen van zekerheden om uitstel van betaling te krijgen, vormt een belemmering voor de vrijheid van vestiging van belastingplichtige. Deze belemmering kan echter worden gerechtvaardigd door de wens om samenhang te behouden in het belastingstelsel van de vertrekstaat, oftewel het coherentieprincipe. Het coherentieprincipe kan echter alleen aanvaard worden indien de doelstelling van de emigratieregeling is om de binnenlandse waardeontwikkeling te belasten. Dit zou dan betekenen dat een regeling die de claim na een periode van tien jaar kwijtscheldt in strijd is met het coherentieprincipe, aangezien niet de volledige binnenlandse waardeontwikkeling in de vertrekstaat wordt belast. Naar aanleiding van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* wordt er automatisch en onvoorwaardelijk uitstel van betaling verleend bij een emigratie binnen de EU/EER. Het HvJ heeft in de zaak N bepaald dat de vertrekstaat rekening dient te houden met

waardeverminderingen na emigratie, indien de nieuwe woonstaat daarmee geen rekening houdt. Naar mijn mening met waardeverminderingen na emigratie rekening houden, afbreuk aan het coherentieargument dat ten grondslag ligt aan de conserverende aanslag. Met het arrest Commissie/Portugal blijkt dat het HvJ – ten opzichte van de zaak N – is ‘omgegaan’. Immers, hierin bepaalt het HvJ dat de vertrekstaat geen rekening hoeft te houden met de waardevermindering na emigratie. De vertrekstaat dient aan belastingplichtige de keuze te bieden tussen gelijk afrekenen aan de grens of uitstel van betaling. Verder is het de vertrekstaat toegestaan om rekening te houden met het risico van niet-invordering van de belastingschuld naarmate de tijd verstrijkt, aldus het HvJ. De gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse regeling zijn nog niet bekend. De exitheffing in de winstsfeer heeft eveneens de vraag doen opkomen of het in strijd is met het EU-recht of niet. Het HvJ heeft in het NGI-arrest geoordeeld dat een exitheffing een belemmering vormt voor belastingplichtige om zich vrijelijk binnen de EU/EER te vestigen. Niettegenstaande de belemmering mag de vertrekstaat de belastingschuld definitief vaststellen aan de grens, wat dus inhoudt dat de vertrekstaat geen rekening hoeft te houden met waardeverminderingen die gerealiseerd worden na emigratie. Mijns inziens doet dit recht aan het territorialiteitsbeginsel. Het HvJ had verder geoordeeld dat belastingplichtige de keuze geboden moest worden tussen gelijk afrekenen aan de grens of uitstel van betaling. De keuze acht ik terecht en evenredig voor belastingplichtige. Immers, elke vennootschap kan verschillen in complexiteit waardoor het per geval beoordeeld dient te worden welke keuze de beste is voor belastingplichtige. Het arrest Commissie/Portugal heeft geen verandering tot gevolg gehad voor wat betreft de exitheffing in de winstsfeer. Naar aanleiding van het NGI-arrest heeft de wetgever de uitstelfaciliteit in de Invorderingswet ingevoerd.

Naast de toetsing van de EU-houdbaarheid van de emigratieregeling, is eveneens getoetst in hoeverre de emigratieregeling in strijd is met de goede verdragstrouw van belastingverdragen. Bij de invoering van de emigratieregeling in 1997 is tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat zij niet in strijd is met de goede verdragstrouw, aangezien de heffing aangrijpt op het laatste moment dat belastingplichtige nog inwoner is van Nederland. Derhalve is van belang een onderscheid te maken tussen het opleggen van de conserverende aanslag en het moment van invordering van de conserverende aanslag. Door middel van jurisprudentie is onderzocht hoe de HR zich hierover uitgelaten. Een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dient te goeder trouw te worden uitgelegd. Volgens de HR is (in principe) het opleggen van de conserverende aanslag ten aanzien van ab-houders niet in strijd met het verdragenrecht. Hierbij acht de HR van belang dat de heffingsbevoegdheid over inkomsten ten aanzien van een ab-pakket niet exclusief

aan de woonstaat toekomen. De bronstaat heeft vaak een beperkte heffingsbevoegdheid over de genoemde voordelen. Daarnaast gaat het in het geval van een ab-pakket om ongerealiseerde waardeaan groei. Het OESO-commentaar geeft de staten hierbij ruimte om te bepalen hoe om te gaan met deze ongerealiseerde waardeaan groei. De HR heeft zich eveneens uitgelaten over de vraag of een conserverende aanslag na emigratie invorderen in strijd is met het verdrag. In casu ging het echter om een conserverende aanslag voor de pensioen- en lijfrente aanspraak. De HR heeft in deze zaak geoordeeld dat het invorderen van de conserverende aanslag in strijd is met het desbetreffende verdrag indien op dat moment het (nieuwe) woonland heffingsbevoegd is. Verder, een eenzijdige posterieure wetswijziging, die niet de bedoeling van een van de verdragsluitende staten was toen het verdrag gesloten werd, is in strijd met de goede verdragstrouw. Nederland is heffingsbevoegd om in te vorderen binnen een periode van tien jaar na de emigratie, omdat Nederland een ab-voorbehoud heeft. Indien een verboden handeling na de tienjaarstermijn wordt verricht, mag Nederland in principe op basis van het verdrag niet invorderen. Hoewel de HR niet in de ab-zaken heeft geoordeeld over de vraag of de invordering in strijd is met het belastingverdrag, onderschrijf ik het oordeel van de HR in de pensioen- en lijfrente aanspraak zaak; op het moment van invordering dient de conserverende aanslag eveneens getoetst te worden aan het verdrag. Immers, op dat moment dient een beroep te worden gedaan op het desbetreffende belastingverdrag om mogelijke dubbele belasting te voorkomen.

Als laatst is het pakket bestrijden emigratielek behandeld en vervolgens getoetst aan het EU- en verdragenrecht. Zoals eerder vermeld, blijkt dat de oude emigratieregeling niet de gewenste resultaten heeft bereikt. Derhalve is het pakket bestrijden emigratielek ingevoerd. Dit pakket is per 1 januari 2016 in werking getreden met terugwerkende kracht naar 15 september 2015, 15:15. Het pakket heeft de volgende maatregelen ingevoerd:

- (1) Afschaffing van de tienjaarstermijn voor de kwijtschelding van de conserverende aanslag.
- (2) De conserverende aanslag wordt (pro rata) ingevorderd in geval van een winstuitdeling.
- (3) Afschaffing van de tienjaarstermijn van de vestigingsplaatsfictie, hetgeen gericht is op claimbehoud.

Het pakket bestrijden emigratielek bewerkstelligt dat Nederland in gevallen waarin het verdragsrechtelijk niet heffingsbevoegd is, alsnog de conserverende aanslag kan invorderen. Nederland verleent kwijtschelding van belasting indien bij vervreemding van het ab-pakket het nieuwe woonland een belasting naar het inkomen heft. Bovendien is Nederland bereid om af te zien van heffing in het geval dat bij een dividenduitdeling het nieuwe woonland een belasting

naar het inkomen heft. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat hoewel Nederland in het geval van een winstuitdeling van heffing afziet, dit niet betekent dat de conserverende aanslag voor dat bedrag wordt kwijtgescholden. Door geen kwijtschelding te verlenen, blijkt dat er dubbele belasting wordt veroorzaakt in gevallen waarin Nederland geen ab-voorbehoud heeft in het dividendartikel.

In dit onderzoek staat de volgende hoofdvraag centraal: *Is de in de tijd onbeperkte invordering van de conserverende aanslag ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen en de exitheffing in de winstsfeer in strijd met het EU-recht en het belastingverdragsrecht en zo ja hoe kan dat worden voorkomen en hoe vergelijkbaar zijn beide regelingen met elkaar?*

Na de belangrijkste punten van dit onderzoek te hebben samengevat, kan een antwoord worden gegeven op de hoofdvraag. Het doel van het pakket bestrijden emigratielek is om het emigratielek te bestrijden en de binnenlandse waardeangroei daadwerkelijk in Nederland te gelde kunnen maken. Na de afschaffing van de tienjaarstermijn blijkt dat de conserverende aanslag juist niet langer in strijd is met het EU-recht. Het territorialiteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het coherentieprincipe wordt hiermee recht gedaan. Er ontstaat immers een sluitend systeem waarbij de binnenlandse waardeangroei uiteindelijk in Nederland moet worden belast.

Het pakket bestrijden emigratielek is mogelijk wel in strijd met het verdragenrecht. Hierbij is het van belang om per geval en per verdrag een toetsing uit te voeren. Naar mijn mening dienen beide, namelijk het opleggen en het invorderen van de conserverende aanslag, getoetst te worden aan het desbetreffende verdrag. Het opleggen van de conserverende aanslag blijkt niet in strijd te zijn met het verdragenrecht. Het OESO-commentaar geeft de ruimte aan de staten om te bepalen hoe zij dienen om te gaan met de waardeangroei van het ab-pakket. De invordering is echter mogelijk wel in strijd met het verdragenrecht indien er geen ab-voorbehoud in het desbetreffende verdrag is opgenomen. Bovendien veroorzaakt het naar rato intrekken van de conserverende aanslag bij winstuitdeling dubbele belasting voor belastingplichtige. De problematiek van de dubbele belasting en de strijdigheid met het verdragenrecht dat het pakket bestrijden emigratielek met zich brengt, is onwenselijk, niet alleen voor belastingplichtige, maar ook voor de Nederlandse overheid. Voor deze problemen zijn de mogelijke oplossingen de volgende:

1. het verdrag aanpassen via een protocolwijziging om een ab-voorbehoud op te nemen in verdragen zonder een ab-voorbehoud ten aanzien van dividenden;
2. kwijtschelding verlenen indien in het woonland belasting wordt geheven over de winstuitdelingen die naar Nederlandse maatstaven redelijk is;

3. dividend compartimenteren op basis van de FIFO-methode, waarde de eerste uitgekeerde dividenden na emigratie afkomstig zijn van de waardeaan groei opgenomen in de conserverende aanslag, voor zover nog een bedrag openstaat bij de conserverende aanslag.

De exitheffing in de winstsfeer is aan strengere voorwaarden verbonden, vergeleken met de exitheffing in de ab-sfeer. Bij de exitheffing in de ab-sfeer wordt een conserverende aanslag opgelegd met automatisch uitstel van betaling indien geëmigreerd wordt naar een land binnen de EU/EER. Daarnaast dienen er binnen de EU/EER geen zekerheden te worden gesteld en wordt rekening gehouden met waardedalingen na emigratie. Bij de exitheffing in de winstsfeer wordt de belastingplichtige de keuze geboden tussen meteen afrekenen, uitstel van betaling of in tien gelijke jaarlijkse termijnen te betalen. Daarnaast dienen bij het uitstel van betaling voldoende zekerheden te worden gesteld en met het risico van invordering kan rekening worden gehouden door invorderingsrente in rekening te brengen. Nederland dient zijn exitheffing in de winstsfeer per 1 januari 2019 aan te passen aan artikel 5 van de ATAD 1. Volledigheidshalve dient opgemerkt te worden dat Nederland EU-rechtelijk, mijns inziens, de ruimte heeft om strengere voorwaarden te stellen aan de exitheffing in de ab-sfeer door het arrest Commissie/Portugal. Mijns inziens zorgt dit arrest voor een fiscale neutraliteit, aangezien ondernemers en ab-houders gelijk worden behandeld.

Tot slot: momenteel kan er niet met zekerheid worden gesteld op welke manier Nederland in strijd handelt met een verdrag en hoe de wetgever het probleem zal oplossen. Daar zal de HR in een toekomstige procedure antwoord op moeten geven. Komt tijd komt raad.

Literatuuroverzicht

Artikelen / Tijdschriften

- P.G.H. Albert, Vervreemding van aanmerkelijk belang na conserverende aanslag ter zake van emigratie, WFR 2002/886.
- P.G.H. Albert, Conserverende aanslag over opgebouwd pensioen in strijd met goede verdragstrouw (I), HR 19 juni 2009, nr. 43 978, NTFR 2009/1438.
- P.G.H. Albert, Inning conserverende aanslag bij vervreemding ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?, met naschrift E.J.W. Heithuis, 20 juni 2017, WFR 2017/133.
- A.C.P. Bobeldijk, A.E. de Leeuw, H.M. ten Vergert, De regeling van de conserverende aanslag: nu wel EU-proof?, 12 maart 2012, WFR 2012/376.
- S.H. Boers, Nederlandse Exitheffing, Forfaitair 2006/166.
- J.J. van den Broek, Wetsvoorstel Uitstel van betaling exitheffingen, 12 juli 2012, WFR 2012/916.
- M.F. van Brummen, J.H.M. Nieuwenhuizen, Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders, 8 december 2015, WFR 2015/1488.
- M.J.A. Castelijns, Gevolgen van migraties onder nieuwe aanmerkelijk-belangregime, WFR 1997/271.
- David O. Coreddor Velásquez, Tax Treaty Interpretation: interaction between article 3(2) Organization for Economic Co-Operation and Development Model Convention and Article 31 Vienna Convention, Intertax, nr 12, Kluwer Law International, Den Haag, December 2016.
- R.P.C. Cornelisse, Conserverende aanslag bij emigratie en treaty override: acte claire?, 9 januari 2017, FED 2017/8.
- P.H.J. Essers, Enkele reflecties uit de Chambre de Réflexion, WFR 2009/1363.
- M.W.C. Feteris, De techniek van de conserverende aanslag onder de Wet inkomstenbelasting 2001, 1 januari 1999, WFR 1999/1551.
- R. de Graaff, A. de Haan, National Grid vs. N: verenigbaar of niet?, 3 mei 2012, WFR 2012/612.
- E.J.W. Heithuis, Het nieuwe aandelenregime gewikt en gewogen (FM nr. 89) 1999/7.3.9, 1 december 1999.
- E.J.W. Heithuis, Opbrengsten van aandelen; Het nieuwe regime, proefschrift, 1999, p. 28.
- E.J.W. Heithuis, Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2, WFR 2006/291.

- E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147.
- E.J.W. Heithuis, Conserverende aanslag voor ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?, 16 mei 2017, WFR 2017/106.
- C. van Hulten, W.R. Kooiman, Emigratie door de aanmerkelijkbelanghouder, 27 september 2016, WFR 2016/188.
- H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek, J.J.A.M. Korving, Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidstelling en step-ups, 3 mei 2012, WFR 2012/601.
- E.J.M. Janssen, De conserverende aanslag volledig EU-proof?, april 2008, Europese Fiscale Studies.
- H.M. Kappelle, Reparatiwetgeving conserverende aanslag pensioen minder effectief dan wetgever beoogde, WFR 2017/96.
- A. Kattouw, S.R. Vanenburg, R.P.C.W.M. Brandsma, De belastingregeling voor Nederland en Curaçao, WFR 2014/1437.
- P. Kavelaars, Grensoverschrijdende zekerheidstellingen Europeesrechtelijk getoetst, 1 januari 2003, WFR 2003/575.
- P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (1), NTFR-B 2009/28.
- P. Kavelaars, Conserverende aanslagen en verdragen (2), NTFR-B 2009/29.
- M.L.M. van Kempen, Cursus Belastingrecht, IB.3.2.31.E.a Algemeen, 2017.
- B.J. Kiegebald, De Wet op de Vennootschapsbelasting (2007) EU-proof: Problemen in het heden als lering voor de toekomst, november 2004, MBB 2004/11.
- J.J.A.M. Korving, Misbruik en primair EU-recht, 19 februari 2013, TFO 2013/125.3.
- M.V. Lambooi, De exitheffing: geconserveerd of toch niet?, NTFR-B 2012/11.
- A.E. de Leeuw en T.J.A. Hendriks, Wijzigingen voor de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder, FTV 2016/01.
- Redactie NDFR, Reparatiwet pensioen- en lijfrenteaanspraken naar de Tweede Kamer, Staatssecretaris van Financien, 29 juni 2009, nr. DB2009/352, NTFR 2009/1508.
- F.G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (1), 1 januari 2004, WFR 2004/1274.
- G.F. Peters, HvJ EG 11 maart 2004 (Hughes de Lasteyrie du Saillant): exit voor de Nederlandse emigratieheffing? (2), 1 januari 2004, WFR 2004/1307.
- E. Poelmann, Cursus Belastingrecht FBR.5.0.2.D, Het toepassingsbereik van het EU-recht, 17 februari 2017.

- F.P.G. Pötgens, Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord, NTFR-B 2011/32.
- F.P.G. Pötgens, H.M. Kappelle, Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!, WFR 2010/74.
- F. Ravelli, Prejudiciële vraag aan Hoge Raad over conserverende aanslag bij emigratie naar Frankrijk, HR 9 maart 2017, nr. 16/3350, NTFR 2017/803.
- A.C. Rijkers, Cursus Belastingrecht IB.4.6.1.I.d, Het immigratieland hoort tot de EU, 6 april 2017.
- A.C. Rijkers, J.EA.M. van Dijck, De aanmerkelijk-belangregeling in de Wet IB 1964 en in de Wet IB 2001, 2000, Fed Fiscale Brochures.
- J.R. Schaap, Conserverende aanslag pensioenaanspraken niet strijdig met goede trouw Verdrag België en EU-recht, NTFR 2011/958.
- P.R. van der Spek, R.W. van der Linde, Is de uiterste houdbaarheidsdatum van de conserverende aanslag verlopen?, 1 april 2004, WFR 2004/745.
- L.G.M. Stevens, Fiscale beleidsnotities 2010, WFR 2009/1183.
- S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.10.3.B.a, Algemeen, 2017.
- Y.M. Tigelaar-Klootwijk, De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling, WFR 2014/972.
- C.J.D. Warren, Aanslag niet binnen termijn op voorgeschreven wijze bekend gemaakt, NTFR 2015/715.
- M.F. de Wilde, De exitheffing in de Anti-ontgaansrichtlijn en zijn invloed op het Nederlandse belastingsysteem, 18 oktober 2016, FED 2016/109.

Aantekeningen op jurisprudentie en parlementaire stukken

- HvJ EG 21 november 2002, Inkomstenbelasting. Europees Recht, V-N 2003/12.5.
- HR 24 oktober 2003, nr. 37 565, NTFR 2003/1821.
- HvJ 7 september 2006, C470/04, C-470/04, V-N 2006.46.4.
- HR 20 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261, V-N 2009/11.9.
- HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, Partiële eindafrekening bij zetelverplaatsing naar Malta mogelijk, V-N 2013/12.18.
- Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E, aantekening V-N 2013/20.11.
- HvJ EU (A-G) 12 mei 2016, Commissie/Portugal, nr. C-503/14, Portugese IB-heffing bij aandelenruil vertrekkende dga volgens A-G in strijd met EU-recht, V-N 2016/28.6.
- HvJ 21 december 2016, Portugese IB-heffing bij aandelenruil vertrekkende dga in strijd met EU-recht, nr. C-503/14, V-N 2017/4.9.

- HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, V-N 2017/38.9.

Fiscale boeken

- H.P.A.M. van Arendonk, A.J.M. Arends, A.C.G.A.C. de Graaf, J.C.M. van Sonderen, Wegwijs in de inkomstenbelasting, Wegwijs Reeks, 2015.
- R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M Kampschöer, R.C. de Smit, Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, Druk 16, 2017.
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Tiende herziene druk, Kluwer, Deventer, 2016.
- E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars, B.F. Schuver, Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, 2012.
- F.P.G. Pötgens, Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans? In W.J.M. van Veen (Ed.), Grensoverschrijdende omzetting, -fusies en –splitsing. Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht, Deventer, Kluwer, 2013.
- L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting 2001, Fiscale Handboeken, Tweede druk, Kluwer, Deventer, 2014.

Beleid /Wetgeving/Richtlijn

- Europese Richtlijnen 77/799/EEG en 76/308/EEG.
- Brief van Staatssecretaris van Financien van 13 april 2004, nr. WDB 2004/188U, V-N 2004/21.8.
- Resolutie van de Raad van 2 december 2008, Pb. 2008, C 323/1.
- Brief van de Staatssecretaris van Financien aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 juni 2009, nr. DB2009/329m, NTFR 2009/1416, aantekening P.G.H. Albert.
- Ministerie van Financien, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011.
- Staatssecretaris van Financien, Beleidsbesluit van 14 december 2011, nr. BLKB 2011/2477M, geraadpleegd via de Staatscourant, www.overheid.nl, op 1 april 2016.
- Europese Commissie, Richtlijn van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, Brussel, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), 28 januari 2016.
- Kamerbrief, Internetconsultatie en technische briefing richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken (ATAD1), 10 juli 2017.

- Ministerie van Financien, Consultatiedocument implementatie ATAD1, 10 juli 2017.

Parlementaire stukken

- Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. C.
- Kamerstukken I, 2012/2013, 33 262, nr. E.
- Kamerstukken II, 1995/1996, 24 761, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1996/1997, 24 761, nr. 7.
- Kamerstukken II, 1998/1999, 26 727, nr. 3
- Kamerstukken II, 2001/2002, 28 259, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2003/2004, 29 758, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2011/2012, 33 262, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2012/2013, 33 615, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2012/2013, 33 262, nr. 5.
- Kamerstukken II, 2013/2014, 33 955, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2013/2014, 33 713, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 3
- Kamerstukken II, 2015/2016, 34 302, nr. 11.

Jurisprudentie

- HvJ EU 27 september 1988, nr. 81/87, Daily Mail.
- HR 22 november 1989, BNB 1994/162.
- HR 17 oktober 1990, BNB 1990/335.
- HR 28 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.
- HvJ 21 november 2002, Zaak C-436/00, X, Y v. Riksskatteverket.
- HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379.
- HR 5 september 2003, nr. 37 670, BNB 2003/381.
- HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministere de l'Économie, des Finances et de l'Industrie).
- HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02, Zaak Hughes Lasteyrie du Saillant, BNB 2004/258.
- HvJ 7 september 2006, nr. C-470/04, Zaak N, BNB 2007/22.
- HvJ 28 februari 2008, C-293/06, Deutsche Shell.
- HvJ 16 december 2008, nr. C-210/06, Cartesio.
- HR 19 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/260.

- HR 19 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/261.
- HR 19 februari 2009, nr. 43 760, BNB 2009/262.
- HR 20 februari 2009, nr. 43 760, NTFR 2009/466.
- HR 19 juni 2009, nr. 43 978.
- HR 19 juni 2009, nr. 07/ 13 267, BNB 2009/265.
- HR 19 juni 2009, nr. 08/02 288, BNB 2009/266.
- HR 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160.
- HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond.
- HvJ 29 november 2011, nr. C-371/10, National Grid Indus, BNB 2012/40.
- HvJ 28 januari 2012, zaak C-38/10, Commissie/Portugal.
- HvJ 12 juli 2012, zaal C-269/09, Commissie/Spanje.
- HvJ 23 januari 2014, nr. C-164/12, DMC.
- HR 16 januari 2015, nr. 13/05247, BNB 2015/64.
- HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34.
- HvJ 21 december 2016, nr. C-503/14, Commissie/Portugal.
- HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, BNB 2017/186.

Overige bronnen

- Art. 31, lid 1, WVV en L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR, 10 oktober 2017.
- Art. 32 WVV en L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR, 10 oktober 2017.
- L. Berentsen, Het zoet van zestien, Na het zuur van 2015 nu het zoet van zestien, Het Financiële Dagblad, <http://fd.nl/economie-politiek/1133980/het-zoet-van-zestien>, geraadpleegd op 1 april 2016.
- Douma, t.a.p., onderdeel 6.4.
- L.J. de Heer, Algemene leerstukken Verdragsinterpretatie, commentaar, geraadpleegd op NDFR.
- Ministerie van Financien, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011.
- OESO-Commentaar, artikel 4, paragraaf 3.
- M.P. Waninge, commentaar art. 25a. IW 1990, aantekening 4, inhoud artikel 25a IW 1990, geraadpleegd via het NDFR op 1 april 2016.