

Eindafrekening in de dividendbelasting: inhouden of onhoudbaar?

Een onderzoek over de verdedigbaarheid van een eindafrekening in de dividendbelasting in relatie tot het Europees en internationaal belastingrecht

Naam	B.C. Oosterloo
Studentennummer	476310
Begeleider	P. Kavelaars
Datum eindversie	25-1-2023

Inhoudsopgave

1. Inleiding	4
1.1. Aanleiding	4
1.2. Relevantie	5
1.3. Doel en probleemstelling	6
1.4. Toetsingskader	7
1.5. Afbakening	8
1.6. Opbouw	8
2. Het wetsvoorstel tot en met de derde nota van wijziging	9
2.1. Inleiding	9
2.2. Achtergrond en doelstellingen wetsvoorstel	9
2.2.1. Achtergrond wetsvoorstel	9
2.2.2. Eerste doelstelling wetsvoorstel	10
2.2.3. Tweede doelstelling wetsvoorstel	11
2.3. De werking van de conditionele eindafrekening in de dividendbelasting	11
2.3.1. Het belastbare feit	11
2.3.2. Het heffingssubject	12
2.3.3. Het heffingsobject	13
2.3.3. Heffingsmoment	14
2.3.4. De wijze van heffing	14
2.3.5. De terugwerkende kracht	16
2.4. Coherent systeem	17
2.5. Het verhaalsrecht	17
2.6. Gevolgen voor het fiscale vestigingsklimaat	18
2.7. Deelconclusie	19
3. De eindafrekeningen in het Nederlandse belastingsysteem in Europeesrechtelijk perspectief	21
3.1. Inleiding	21
3.2. Algemene aspecten EU-recht	21
3.3. Exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer	22
3.3.1. De nationale wetgeving	22
3.3.2. EU-aspecten	23
3.4. Exitheffingen in de winstfeer	27
3.4.1. De nationale wetgeving	27
3.4.2. EU-aspecten	29
3.4.2.1. Toetsbaarheid van exitheffingen voor vennootschappen aan het recht op vrije vestiging	29
3.4.2.2. Strijdigheid met EU-recht (?)	31
3.4.2.4. Natuurlijk persoon vs. rechtspersoon	34

3.5. Exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer	36
3.5.1. De nationale wetgeving	36
3.5.2. EU-aspecten.....	36
3.6. Primair EU-recht en de exitheffing in de dividendbelasting	38
3.6.1. Algemene aspecten van de exitheffing en het primair EU-recht	38
3.6.2. Toetsing aan de criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving	40
3.7. Deelconclusie	42
4. De eindafrekeningen in het Nederlandse belastingsysteem in verdragsrechtelijk perspectief	44
4.1. Inleiding	44
4.2. Ficties en forfaits	44
4.3. Exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer	46
4.4. Exitheffingen in de winstsfeer	49
4.5. Exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer	51
4.5.1. Exitheffing over de waarde in het economische verkeer	51
4.5.2. Exitheffing ter grootte van het verleende belastingvoordeel	53
4.5.3. Exitheffingen in de aanmerkelijkbelangsfeer vs. exitheffingen in pensioen- en lijfrentesfeer	55
4.6. Internationaal belastingrecht en de exitheffing in de dividendbelasting	56
4.6.1. Algemene aspecten van de exitheffing en het internationaal belastingrecht	56
4.6.2. Toetsing aan de criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving	59
4.7. Deelconclusie	62
5. Samenvatting en conclusie	63
5.1. Inleiding	63
5.2. Samenvatting	63
5.2.1. Hoofdstuk 2	63
5.2.2. Hoofdstuk 3	64
5.2.3. Hoofdstuk 4	66
5.3. Conclusies	68
5.4. Aanbevelingen.....	70
6. Bibliografie	71
6.1. Literatuur	71
6.2. Jurisprudentie	72
6.3. Parlementaire stukken.....	74
6.4. Overig.....	74

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

De jurisprudentie omtrent exitheffingen heeft zich in de loop der tijd ontwikkeld. Bij een exitheffing (ook wel eindafrekening of eindheffing genoemd) heft een lidstaat over de ongerealiseerde meerwaarde van een onderneming of aandelenpakket bij emigratie om te voorkomen dat de belastingclaim verloren gaat. Ook kent de nationale wetgeving een exitheffing over inkomen die pas wordt ingevorderd zodra zich na emigratie een bepaalde handeling voordoet. In 2020 leek een nieuw hoofdstuk te worden toegevoegd aan de bestaande exitheffingenleer, te weten een eindafrekening in de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) in verband met de destijds aangekondigde zetelverplaatsing van Unilever en Shell. Deze exitheffing lijkt op het eerste gezicht een vreemde eend in de bijt: er wordt immers geheven over (dividend)inkomen ten einde claimverlies en misbruik tegen te gaan. Onduidelijk is of een dergelijke heffing overeenstemt met het belastingrecht. Bovendien is niet duidelijk of een dergelijke heffing het juiste middel is om het beoogde doel te bereiken. Hoewel enkele landen reeds een eindheffing in een met de dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting kennen, is dit voor Nederland een noviteit.¹ Daarmee bevindt Nederland zich op het gebied van een eindafrekening in de dividendbelasting op onbekend terrein.

Op 10 juli 2020 diende Kamerlid Snels van GroenLinks een wetsvoorstel in, genaamd ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’.² Het beoogde doel van de invoering van een conditionele eindheffing in de dividendbelasting was het behouden van de belastingclaim op de winstreserves bij grensoverschrijdende besmette reorganisatie indien deze anders verloren dreigde te gaan.³ Bij een besmette reorganisatie voorzag het initiatiefwetsvoorstel namelijk in een fictie waarbij de inhoudingsplichtige geacht wordt voorafgaand aan de reorganisatie de zuivere winst uit te hebben gekeerd aan de gerechtigden tot deze winst. Met een besmette reorganisatie wordt een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, grensoverschrijdende fusie, grensoverschrijdende splitsing of een grensoverschrijdende aandelenfusie bedoeld,⁴ althans voor zover sprake is van een zetelverplaatsing naar een kwalificerende staat. Een staat wordt beschouwd als een kwalificerende staat indien de staat geen met de dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting kent (zoals het Verenigd Koninkrijk), of een staat die wel een met de dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting kent, maar waar bij immigratie een step-up wordt verleend. Door het verlenen van een step-up door het immigratieland wordt de dividendbelastingclaim immers niet overgenomen, waardoor volgens de initiatiefnemer een heffingslek zou kunnen ontstaan bij afwezigheid van een exitheffing in de dividendbelasting.

Ondertussen is het wetsvoorstel aan de vierde nota van wijziging toe.⁵ Ingevolge deze nota van wijziging wordt de exitheffing dividendbelasting alleen nog maar geheven van beleggers in non-EU/EER-staten, waarmee Nederland geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten. Hiermee lijkt de Unierechtelijke kous af te zijn: door de heffing te beperken tot deze situaties, wordt het EU-recht immers buiten spel gezet. Dit doet de vraag rijzen of een eindafrekening in de dividendbelasting, al dan niet onder (stringente) voorwaarden, überhaupt in overeenstemming kan zijn met het Unierecht en het internationaal belastingrecht. Indien de eindheffing zoals voorgesteld geen houdbaarheid heeft, zou kunnen worden gedacht aan een alternatieve vormgeving. Om te kunnen bepalen hoe deze exitheffing eruit moet komen te zien, kan het wetsvoorstel voor de vierde nota van wijziging als uitgangspunt worden genomen.

De vraag of een exitheffing in de dividendbelasting mogelijk is, kwam reeds aan de orde in de literatuur naar aanleiding van het wetsvoorstel. Vanaf indiening van het initiatiefwetsvoorstel kon het namelijk op veel kritiek rekenen. Ook de NOB en de Raad van State uitten kritiek. Voor de invoering van een exitheffing, al dan niet binnen de dividendbelasting, is Nederland gebonden aan het EU-recht. De zorg is dat de voorgestelde exitheffing op gespannen voet staat met dit recht. Uit het wetsvoorstel volgt dat een eventuele belemmering van de verkeersvrijheden gerechtvaardigd kan worden omdat de eindheffing een rechtvaardige verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen landen waarborgt. Hierbij wordt

¹ Zoals Canada, Frankrijk en Zwitserland volgens het onderzoek van de IBFD, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 11.

² *Kamerstukken II 2019/20*, 35 523, nr. 2.

³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 523, nr. 3 (*MvT*).

⁴ In het wetsvoorstel wordt voor deze vier belastbare feiten de term ‘reorganisatie’ gehanteerd. Hoewel ‘zetelverplaatsing’ wellicht een belangrijker kenmerkend aspect is, wordt omwille van de eenduidigheid in deze scriptie aangesloten bij de term ‘reorganisatie’.

⁵ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 523, nr. 17.

de parallel getrokken met verscheidene exitheffingzaken.⁶ In deze zaken draaide het om een exitheffing ter zake van de beëindiging van een binnenlandse belastingplicht. Echter, de enige binnenlandse belastingplicht die eindigt bij een grensoverschrijdende reorganisatie is de binnenlandse belastingplicht van de vennootschap. De vergelijkbaarheid van deze zaken met de exitheffing in de dividendbelasting is derhalve afhankelijk van het antwoord op de vraag of de belasting wordt geheven van de vennootschap of de aandeelhouder. Hoewel het originele wetsvoorstel aansloot bij een heffing bij de entiteit, sluit het huidige voorstel aan bij de heffing bij de aandeelhouder ingevolge een verhaalsrecht. De vertrekende vennootschap is in dit kader de inhoudingsplichtige. Aannemende dat de aangehaalde rechtvaardigingsgrond toepassing vindt, is de vervolgvraag of de voorgestelde regeling proportioneel is. Immers, in niet alle gevallen zal de buitenlandse aandeelhouder de mogelijkheid hebben tot het verrekenen van de geheven dividendbelasting. Ook op het gebied van het secundaire EU-recht kan de exitheffing wringen. Het secundaire EU-recht valt echter buiten het bereik van deze scriptie en zal daarom niet verder worden behandeld.⁷

Ook verdragsrechtelijk kan een exitheffing in de dividendbelasting leiden tot knelpunten. Zo kan de exitheffing wellicht leiden tot dubbele heffing. Bij de daadwerkelijke dividenduitkering na grensoverschrijdende reorganisatie zal Nederland doorgaans geen heffingsrecht toekomen, tenzij de aandeelhouder Nederlands belastingplichtige is. Daarnaast is het mogelijk dat andere landen Nederland niet erkennen als bronstaat, waardoor deze landen niet zullen voorzien in verrekening van de belasting. Dubbele belastingheffing doet zich dan voor door de samenloop van de dividendbelasting en de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. De dividendbelasting is immers een voorheffing op de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting. Doorwerking van de exitheffing in het kader van misbruikbestrijding kan in gevallen wel zijn toegestaan. De mogelijkheden hiertoe zijn echter in beperkte mate aanwezig. Verder is het de vraag of Nederland zich door middel van een exitheffing in de dividendbelasting heffingsrechten toe-eigent, wat strijdigheid kan opleveren met de goede verdragstrouw. Art. 26-31 Verdrag van Wenen bepaalt dat een belastingverdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd. Als Nederland verdragsposterieur een fictie introduceert die er bovendien voor zorgt dat inkomen op basis van het belastingverdrag anders wordt gekwalificeerd dan voorheen, dan kan spanning ontstaan met deze goede verdragstrouw.

Tot slot bestaat nog een knelpunt in relatie tot de dividendbelasting an sich. Zoals genoemd is de dividendbelasting een voorheffing op de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Aangenomen dat de aandeelhouder recht heeft op verrekening van de dividendbelasting is de dividendbelasting niet bepalend voor de effectieve belastingdruk, maar de vennootschapsbelasting of de inkomstenbelasting. De ingehouden dividendbelasting verlaagt immers de verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting. In dit opzicht is het ontstaan van een heffingslek door de grensoverschrijdende reorganisatie moeilijk te volgen, nu het achterwege blijven van heffing van de dividendbelasting niet automatisch met zich meebrengt dat helemaal niet geheven wordt over het inkomen bij de aandeelhouder. In geval van de buitenlandse aandeelhouder bestaat geen mogelijkheid tot verrekening met Nederlandse inkomsten- of vennootschapsbelasting. Er wordt immers geen Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting geheven. In de woonstaat bestaat wellicht eveneens geen mogelijkheid tot verrekening van de dividendbelasting. In deze situatie fungeert de exitheffing als eindheffing. De vraag is of dit potentiële verschil in behandeling gerechtvaardigd is, nu de aandeelhouder over de inkomsten in de woonstaat alsnog wordt belast, zei het niet met dividendbelasting, dan wel met het lokale equivalent van de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Daarnaast is de dividendbelasting een tijdstipbelasting. Pas op het moment van dividenduitkering ontstaat normaliter een dividendbelastingclaim. Dat moment is derhalve leidend. Onduidelijk is hoe een exitheffing in de dividendbelasting zich verhoudt met dit karakteristieke kenmerk van de dividendbelasting.

1.2. Relevantie

De afgelopen jaren staat de dividendbelasting in de belangstelling. Anno 2010 was het kabinet Rutte III immers nog voornemens de dividendbelasting af te schaffen.⁸ De belastingderving die daarbij zou komen kijken, zou goed gemaakt moeten worden door de groei in werkgelegenheid nu vennootschappen zich sneller zouden willen vestigen in

⁶ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*); HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*); HvJ EU 21 december 2016, nr. C-503/14 (*Commissie/Portugal*); HvJ EU 22 maart 2018, nr. C-327/16 (*Jakob*), nr. C421/16 (*Lassus*).

⁷ Voor een verdere toelichting op het secundaire EU-recht verwijs ik naar Weber & Winkenijs, *WFR* 2020/148.

⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 554, nr. 7, pag. 16 (*NaV*).

Nederland. Het Centraal Plan Bureau (hierna: CPB) kan dit echter niet cijfermatig onderbouwen. Hoewel de afschaffing van de dividendbelasting een positieve invloed kan hebben op het fiscaal vestigingsklimaat kan het eveneens belastingontwijking aanwakkeren. Een gevolg dat niet past in het huidige tijdsgewricht, nu de focus in het internationale belastingrecht voor een groot deel is gevestigd op anti-BEPS maatregelen. Een exitheffing in de dividendbelasting lijkt daarin goed te passen. Doordat de dividendbelastingclaim niet verloren gaat bij grensoverschrijdende reorganisatie, wordt belastingontwijking immers tegengegaan. Een exitheffing in de dividendbelasting kan echter mogelijk in strijd zijn met het EU-recht en/of het internationaal belastingrecht. De vraag hierbij is of een exitheffing in de dividendbelasting op zodanige wijze kan worden vormgegeven dat zich geen strijdigheid voordoet.

Op wetenschappelijk niveau is het zinvol te onderzoeken of een exitheffing in de dividendbelasting überhaupt zou kunnen passen en daarmee in de toekomst als instrument kan worden gebruikt voor het voeren van een fiscaal beleid. Zo is het maar de vraag of de emigratiestaat heffingsrecht toekomt over het inkomen dat gegenereerd is voor reorganisatie. Daarbij is het van belang of de belasting ten laste komt van de vennootschap of van de aandeelhouder. De vraag die op Unierechtelijk niveau een belangrijke rol speelt, is of een exitheffing in de dividendbelasting een (on)gerechtvaardigde inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging of de vrijheid van kapitaal. In verdragssituaties moet daarnaast worden onderzocht hoe de exitheffing zich verhoudt tot het verdragenrecht, met in het bijzonder de goede verdragstrouw. Kortom, een exitheffing in de dividendbelasting bevat enkele haken en ogen. Met het onderzoeken van de mogelijkheden en de vormgeving van de exitheffing door het wetsvoorstel als uitgangspunt te nemen, kan een waardevolle bijdrage worden geleverd aan de huidige leer omtrent exitheffingen.

1.3. Doel en probleemstelling

Het doel van dit onderzoek is derhalve het onderzoeken en afbakenen van de mogelijkheden tot invoering van een exitheffing en wel zodanig dat deze in lijn is met doel en strekking van de dividendbelasting. Dit wordt gedaan aan de hand van het wetsvoorstel zoals deze was voor de vierde nota van wijziging. Vervolgens worden alternatieven onderzocht die tegemoet komen aan de zwakke punten van dit wetsvoorstel op het gebied van het EU-recht en het internationale belastingrecht. Het onderzoek vindt plaats door middel van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Hierbij worden elementen uit het Wetsvoorstel behandeld en vergeleken met de leer omtrent exitheffingen. Er worden alternatieve vormgevingen van de exitheffing onderzocht om zo te kunnen vaststellen of een exitheffing in de dividendbelasting (onder voorwaarden) mogelijk is. De onderzoeksvraag luidt:

Kan een eindheffing in de dividendbelasting bij grensoverschrijdende reorganisatie in overeenstemming zijn met het primair EU-recht en het internationaal belastingrecht en zo ja, onder welke voorwaarden?

Deze onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- I. *Hoe ziet het Wetsvoorstel conditionele eindafrekening dividendbelasting van voor de vierde nota van wijziging eruit?*

Zoals reeds vermeld is het Unierechtelijke aspect vanaf de vierde nota van wijziging geëlimineerd uit het wetsvoorstel. Om toch de Unierechtelijke aspecten van een exitheffing in de dividendbelasting te kunnen schetsen, wordt daarom teruggegrepen op het wetsvoorstel zoals deze was vóór de vierde nota van wijziging. Dit wetsvoorstel wordt als startpunt genomen voor het verkennen van de mogelijkheden van een exitheffing in de dividendbelasting. Voor het onderzoek is het met name van belang om te onderzoeken welke onderdelen van een exitheffing wrijving kunnen opleveren met het primair EU-recht en het verdragenrecht. Enkele onderdelen die hierbij o.a. aan bod komen zijn het doel van de exitheffing in de dividendbelasting, het belastbaar feit en de werking van de exitheffing.

- II. *Wat is een exitheffing en hoe zien de exitheffingen van de Wet VpB 1969 en de Wet IB 2001 eruit en hoe verhouden deze exitheffingen zich tot het primaire EU-recht?*

Eerst wordt een exitheffing in algemene zin besproken. Vervolgens worden de Nederlandse exitheffingen uiteengezet. Het Nederlandse fiscale beleid kent namelijk reeds enkele exitheffingen. In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) betreft dit art. 15c en art. 15d. In de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) zijn eveneens exitheffingen opgenomen, te weten art. 3.60, art. 3.61 (fictieve emigratie IB-ondernemer en

eindafrekeningswinst), art. 3.83 jo. art. 3.136 (pensioen en lijfrente bij emigratie), art. 4.16 lid 1 onderdeel h (emigratie aanmerkelijkbelanghouder). Ook de loonbelasting kent exitheffingen, zoals de exitheffing van art. 19b Wet op de loonbelasting 1964 (hierna: Wet LB 1964). Hoewel de loonbelasting voornamelijk interessant is omdat deze net zoals de dividendbelasting een voorheffing is, volgt art. 19b Wet LB 1964 dezelfde systematiek als art. 3.83 jo. art. 3.146 Wet IB 2001 waardoor het in zoverre geen aanvulling vormt op de reeds genoemde exitheffingen. De loonbelasting wordt daarom niet verder behandeld. Nadat de desbetreffende nationale exitheffing is besproken, wordt de relatie tussen de exitheffing en het primaire EU-recht onderzocht. Een exitheffing kan namelijk mogelijk strijdig zijn met de verkeersvrijheden, in het bijzonder met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer.⁹ Of de exitheffing onder de reikwijdte van deze verkeersvrijheden valt en zo ja, of daadwerkelijk sprake is van een belemmering en of hier eventueel een rechtvaardigingsgrond voor bestaat, zal aan de hand van jurisprudentie worden onderzocht.¹⁰ Aan de hand van de analyse van deze jurisprudentie kan worden onderzocht aan welke jurisprudentie een exitheffing in de dividendbelasting is gebonden. Daarbij is het van belang om te onderzoeken of de jurisprudentie omtrent de exitheffingen in de winstsfeer een rechtvaardiging kunnen vormen voor een exitheffing in de dividendbelasting, zoals de initiatiefnemer bij indiening van het wetsvoorstel stelde.¹¹ Exitheffingen in de winstsfeer belasten immers de vermogensaanwas, terwijl een exitheffing in de dividendbelasting het inkomen belast. Het is daarom nog maar de vraag of een beroep op het territorialiteitsbeginsel en een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden in dit kader kan slagen.

III. Wat is de verdragsrechtelijke positie van een exitheffing?

Bij deze deelvraag zijn enkele elementen te onderscheiden. Zo dient voor het effectueren van een exitheffing in de dividendbelasting een fictie te worden opgenomen in de Wet DB 1965 die bewerkstelligt dat dividend geacht wordt te zijn uitgekeerd aan de aandeelhouders voorafgaand aan de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Op deze manier wordt een belastbaar feit gecreëerd binnen de dividendbelasting. Het is daarom van belang te onderzoeken hoe ficties en forfaits zich verhouden tot het verdragenrecht, in het bijzonder in relatie tot de goede verdragstrouw. Daartoe wordt de verdragsrechtelijke positie van forfaits en ficties aan de hand van de jurisprudentie onderzocht. Een ander element betreft de verdeling van de heffingsbevoegdheid bij emigratie met betrekking tot dividenden. Volgens het wetsvoorstel valt de verdragsrechtelijke houdbaarheid af te leiden uit de jurisprudentie omtrent de emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder.¹² Verhaeren en Lohuis menen echter dat de jurisprudentie omtrent de fictieve afkoop van pensioen bij migratie beter vergelijkbaar is met de conditionele eindafrekening in de dividendbelasting.¹³ Volgens hen moet de verdragsrechtelijke houdbaarheid daarom onderzocht worden aan de hand van deze jurisprudentie. Om te kunnen bepalen welke jurisprudentie vergelijkbaar is met de eindafrekening in de dividendbelasting, wordt de jurisprudentie inzake de goede verdragstrouw en ficties en forfaits behandeld. Vervolgens wordt geanalyseerd welke jurisprudentie toepassing vindt op de exitheffing in de dividendbelasting en wat dit betekent voor de vormgeving ervan.

1.4. Toetsingskader

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag aan de hand van de deelvragen wordt aangesloten bij de toetsingscriteria uit de Nota Zicht op Wetgeving.¹⁴ De toetsingscriteria zijn:

- Rechtmatigheid: de wet dient in overeenstemming te zijn met het recht. Door de opkomst van het internationale en het communautaire recht moeten de beperkingen op de nationale wetgeving die hieruit (kunnen) voortvloeien in ogenschouw worden genomen.
- Doeltreffendheid: de wet moet op zijn minst in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leiden (effectiviteit).

⁹ Art. 49 en art. 63 VWEU.

¹⁰ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*); HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*); HvJ EU 21 december 2016, nr. C-503/14 (*Commissie/Portugal*); HvJ EU 22 maart 2018, nr. C-327/16 (*Jakob*), nr. C421/16 (*Lassus*).

¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 523, nr. 3, p. 11 (*MvT*).

¹² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 523, nr. 3, p. 10 (*MvT*).

¹³ Verhaeren & Lohuis, *WFR* 2020/230.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.

- Doelmatigheid: er mag geen ongunstige verhouding ontstaan tussen de baten en de lasten die uit de werking van de wet kunnen voortvloeien (efficiëntie).
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid: de wet dient uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn. Ook moet het voor de belastingplichtigen duidelijk uit de wet voortvloeien wat zij mogen of moeten doen of nalaten. Onnodige gedetailleerdheid van de wetgeving doet hieraan af. Verder is onderlinge afstemming van de bepalingen van belang.

Sommige toetsingscriteria hangen onderling met elkaar samen of overlappen elkaar. Ook kan sprake zijn van spanning tussen de verschillende criteria. Het is dan van belang om de juiste balans te vinden.

1.5. Afbakening

Dit onderzoek zet een exitheffing in de Wet DB 1965 centraal. Om te onderzoeken hoe een exitheffing in de dividendbelasting past binnen het primaire EU-recht, wordt het Wetsvoorstel conditionele eindafrekening dividendbelasting van vóór de vierde nota van wijziging als richtlijn genomen. Het wetsvoorstel vanaf de vierde nota van wijziging komt daarom niet aan de orde. Naast eventuele strijdigheid met de verkeersvrijheden, kan het wetsvoorstel daarbij inbreuk maken op art. 1 Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: art. 1 EP). Dit artikel regelt de bescherming van eigendom van (natuurlijke) personen. Vanwege de omvang van de scriptie, wordt deze eventuele strijdigheid niet behandeld. Daarnaast wordt het civielrechtelijke aspect aan de eindafrekening, zoals het verhaalsrecht, slechts besproken voor zover van belang voor de onderzoeksvraag. Tot slot wordt bij de uiteenzetting van de verschillende exitheffingen de loonbelasting buiten beschouwing gelaten, omdat deze voor wat betreft de systematiek geen aanvulling vormen op de reeds aangehaalde exitheffingen.

1.6. Opbouw

In Hoofdstuk 2 wordt ingegaan op het wetsvoorstel voor de vierde nota van wijziging. Hierbij komt ook aan bod hoe een exitheffing in de dividendbelasting zich verhoudt tot de systematiek ervan. In Hoofdstuk 3 komen de reeds bestaande exitheffingen in de nationale wetgeving in relatie tot het primair EU-recht aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op de belastingverdragsrechtelijke aspecten van exitheffingen en worden deze geprojecteerd op de dividendbelasting in Hoofdstuk 4. Aan het einde van elk hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen samengevat. Tot slot wordt de onderzoeksvraag aan de hand van de deelvragen beantwoord in Hoofdstuk 5.

2. Het wetsvoorstel tot en met de derde nota van wijziging

2.1. Inleiding

De dividendbelasting kent vooralsnog geen exitheffing. Het wetsvoorstel ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’ trachtte hier verandering in te brengen. Het vele stof wat het wetsvoorstel heeft doen opwaaien en al de wijzigingen die het wetsvoorstel heeft ondervonden maakt dat uiteindelijk weinig spoed gepaard is gegaan met het wetsvoorstel. Op dit moment, ruim twee jaar na indiening van het initiële wetsvoorstel, is een exitheffing binnen de dividendbelasting nog steeds geen werkelijkheid. Dat het wetsvoorstel nog niet meer is dan een voorstel, hoeft in beginsel niet in de weg te staan van de toepassing van de exitheffing op reeds voltooide reorganisaties, zoals die van Unilever en Shell. Het voorstel kent namelijk terugwerkende kracht. Of het wetsvoorstel het uiteindelijk tot wet maakt, valt echter nog te bezien. Ongeacht het verdere beloop van het wetsvoorstel, vormt de conditionele eindafrekening een goed vertrekpunt voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Met verschillende elementen uit het wetsvoorstel en de grenzen van het Europees en internationaal belastingrecht die in latere hoofdstukken aan bod komen, kan vervolgens worden onderzocht of, en zo ja onder welke voorwaarden, een exitheffing in de dividendbelasting mogelijk is. In dit hoofdstuk wordt daarbij alleen het wetsvoorstel tot en met de derde nota van wijziging behandeld, omdat het Europees en internationaal belastingrecht hier een prominente rol spelen. Ingevolge de vierde nota van wijziging is de exitheffing namelijk überhaupt niet meer van toepassing in EU/EER-verhoudingen en ook niet in geval een belastingverdrag is gesloten tussen Nederland en het land waar de opbrengstgerechtigde tot de dividenden woonachtig is.

Het wetsvoorstel wordt uiteengezet in vijf verschillende onderdelen. De achtergrond en de doelstellingen van het wetsvoorstel worden behandeld in par. 2.2. Hierbij wordt de aanleiding tot indiening van het wetsvoorstel behandeld, maar wordt ook stilgestaan bij de schijnbare selectiviteit van het voorstel. Daarnaast wordt het tweeledige doel van het wetsvoorstel behandeld, te weten het behouden van de dividendbelastingclaim en het voorkomen van misbruik. Vervolgens wordt de werking van de conditionele eindafrekening uiteengezet in par. 2.3. Dit wordt gedaan aan de hand van het belastbare feit (de grensoverschrijdende reorganisatie), het heffingssubject en het heffingsobject, het heffingsmoment, de wijze van heffing en de terugwerkende kracht. In par. 2.4 wordt een aanvullende maatregel besproken die ervoor zorgdraagt dat het samenstel van bepalingen uit het wetsvoorstel een bijdrage levert aan de coherentie van het belastingstelsel. Daarna worden het civielrechtelijke verhaalsrecht en het (dubieuze) effect van de regeling op het vestigingsklimaat behandeld in respectievelijk par. 2.5 en 2.6. De deelconclusie van par. 2.7 geeft een korte samenvatting van de belangrijkste bevindingen in dit hoofdstuk.

2.2. Achtergrond en doelstellingen wetsvoorstel

2.2.1. Achtergrond wetsvoorstel

Ter voorkoming van internationale dubbele belastingheffing worden dividenden en andere winstuitkeringen van de dochtervennootschap aan haar moedervernootschap binnen de EU onder voorwaarden vrijgesteld van bronbelasting.¹⁵ Voor in Nederland gevestigde vennootschappen geldt in deze verhouding de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VpB 1969, waarbij uitgekeerde winst bij de moedermaatschappij niet belast wordt teneinde dubbele economische belasting te voorkomen. De deelnemingsvrijstelling vormt echter geen directe implementatie van de moeder-dochterrichtlijn. Mits de deelnemingsvrijstelling geldt, is op het niveau van de dochtervennootschap de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965 van toepassing, waarbij de dochtervennootschap geen dividendbelasting hoeft in te houden ter zake van de winstuitkering aan de moedermaatschappij. Op deze wijze wordt geëffectueerd dat geen bronbelasting wordt ingehouden op deze winstuitkering. Ook is de inhoudingsvrijstelling van toepassing in de situatie dat de vennootschap buiten de EU is gevestigd, maar Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten met dit land. Een dividenuitkering van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij kan in de regel dus plaatsvinden zonder heffing van dividendbelasting. Het voorgaande brengt met zich mee dat doorgaans pas dividendbelasting wordt geheven bij de laatste stap: bij de winstuitkeringen van de uiteindelijke Nederlandse moedervernootschap aan de aandeelhouders. Deze uiteindelijke moedervernootschap wordt in deze scriptie ook wel gedefinieerd als het hoofdkantoor. Het land waarin het hoofdkantoor is gevestigd is daarmee de vestigingsstaat van de onderneming. Bij de uitkering van dividend door het hoofdkantoor aan de aandeelhouders komt Nederland in de huidige Wet DB 1965 echter geen heffingsmogelijkheid of -bevoegdheid toe over het (nog) niet

¹⁵ Richtlijn 2011/96/EU.

uitgekeerde dividend indien het hoofdkantoor de zetel verplaatst naar het buitenland ten gevolge van een grensoverschrijdende reorganisatie. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing is immers geen belastbaar feit voor de dividendbelasting. Op basis van belastingverdragen komt de heffing over dividend daarnaast primair toe aan de woonstaat van de aandeelhouder. Is de aandeelhouder niet woonachtig in Nederland, dan zal Nederland alleen kunnen heffen als Nederland kan worden aangemerkt als bronstaat.

De conditionele eindafrekening in de dividendbelasting zorgt ervoor dat in deze gevallen wel een heffingsmogelijkheid bestaat en dat een grensoverschrijdende reorganisatie daarmee niet zonder heffing van dividendbelasting kan plaatsvinden indien aan de voorwaarden van het wetsvoorstel is voldaan.¹⁶ De timing van het wetsvoorstel en de terugwerkende kracht die hieraan is toegekend zijn hierbij niet willekeurig, want het wetsvoorstel lijkt vooral te zijn gericht op twee belastingplichtigen: Unilever en Shell. Op 11 juni 2020 kondigde Unilever namelijk het voornemen aan om haar twee moedermaatschappijen te fuseren tot één moedermaatschappij. Deze moedermaatschappij zou haar vestigingsplaats hebben in het Verenigd Koninkrijk. Het hoofdkantoor in Rotterdam zou daarmee na de fusie (vanaf 28 november 2020) tot de verleden tijd behoren. Op 15 november 2021 kondigde ook Shell aan dat het hoofdkantoor naar het Verenigd Koninkrijk zou worden verplaatst. Het Verenigd Koninkrijk heft namelijk geen dividendbelasting. De Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) noemt de ogenschijnlijke selectiviteit van het wetsvoorstel ook wel ‘gelegenheidswetgeving’ en maakt de selectiviteit en de daarmee samenhangende terugwerkende kracht inbreuk op de algemene beginselen van behoorlijke belastingheffing.¹⁷ Op dit onderwerp wordt in par 2.5.2 nader ingegaan. Indien het wetsvoorstel wordt aangenomen in de huidige vorm, zullen Shell en (sommige van) haar aandeelhouders de gevolgen ervan moeten dragen.¹⁸ Unilever ontspringt de dans doordat de terugwerkende kracht van het wetsvoorstel niet zo ver reikt dat de reorganisatie van Unilever (die eind november 2020 is voltooid) hierdoor wordt geraakt. De reorganisatie van Shell kwam pas eind januari 2022 tot stand, waardoor deze wel binnen het bereik van de exitheffing valt. Dit betekent dat de aandeelhouders die woonachtig zijn in een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten dat een dividendartikel bevat geconfronteerd worden met Nederlandse dividendbelasting, wellicht zelfs nog decennia na reorganisatie.

2.2.2. Eerste doelstelling wetsvoorstel

Doordat de dividendbelasting tot op heden geen exitheffing kent, betekent een grensoverschrijdende reorganisatie volgens het wetsvoorstel dat de dividendbelastingclaim verloren gaat indien het hoofdkantoor als gevolg van een grensoverschrijdende reorganisatie haar zetel naar het buitenland verplaatst voordat dividend wordt uitgekeerd.¹⁹ Het ingediende wetsvoorstel beoogt dit claimverlies in geval van grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat tegen te gaan. Volgens de initiatiefnemer komt het hoogste heffingsrecht over de latente winstreserves internationaal gezien namelijk toe aan het land waarin het hoofdkantoor is gevestigd. Het is hierbij irrelevant of deze winstreserves daadwerkelijk op Nederlands grondgebied zijn ontstaan. Dat de exitheffing eveneens buitenlandse winstreserves in de heffing betreft is uiteraard niet nieuw, met de exitheffingen in de Wet IB 2001 en de Wet VpB 1969 wordt immers ook geheven over binnenlandse en buitenlandse winstreserves. Bij de exitheffing in de dividendbelasting komt dit slechts sterker naar voren omdat realisatie gewoonlijk een voorwaarde is voor de heffing van dividendbelasting. Het is daarmee niet logisch om in de dividendbelasting nog niet gerealiseerde winsten te belasten. Daarnaast stelt de initiatiefnemer dat de aanwezigheid van het hoofdkantoor in Nederland op zichzelf al een aanknopingspunt is voor de heffing van de dividendbelasting. Volgens de Raad van State veronderstelt de initiatiefnemer ten onrechte dat Nederland een latente dividendbelastingclaim heeft.²⁰ Deze aanname is gestoeld op het totaalwinstbeginsel, dat vereist dat uiteindelijk belasting moet worden geheven over de gehele bestaansduur (lees: gedurende de gehele Nederlandse belastingplicht) van de onderneming. De totaalwinstgedachte brengt daarom met zich mee dat bij beëindiging van de belastingplicht dient te worden afgerekend over de nog aanwezige stille reserves en goodwill (ergo, de eindafrekening). De totaalwinstgedachte past volgens de Raad van State echter niet binnen de dividendbelasting, omdat de dividendbelasting bij uitstek een tijdstipbelasting is. Het totaalwinstbeginsel vindt slechts

¹⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 523, nr. 3 (*MvT*).

¹⁷ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020.

¹⁸ Tot en met *Kamerstukken II 2021/22*, 35 523, nr. 17.

¹⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 523, nr. 3 (*MvT*).

²⁰ Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III.

toepassing in relatie tot een tijdvakbelasting.²¹ Bovendien is het totaalwinstbeginsel in de hoedanigheid van aandeelhouder niet van toepassing. Uit de volgende zin blijkt dat de Raad van State dit anders ziet: ‘De “basisconceptie” is vergelijkbaar met het in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldende totaalwinstbeginsel en houdt in dat voor de totaliteit van de aandeelhouders uiteindelijk alle winstreserves van een vennootschap als inkomen worden aangemerkt.’²² De Raad van State lijkt hiermee te onderkennen dat het totaalwinstbeginsel kan worden toegepast op het moment van uitdeling aan de aandeelhouder. Mijns inziens is dit een brug te ver. Het totaalwinstbeginsel heeft betrekking op de winst sfeer en niet de uitdelings sfeer. Dus hoewel een eindafrekening past binnen de totaalwinstgedachte, past de totaalwinstgedachte niet binnen de dividendbelasting. Een exitheffing in de dividendbelasting ligt daarmee niet in de rede. Nadat de Raad van State niet één, maar twee keer kritiek heeft geleverd op het voorstel, is het wetsvoorstel aangepast en ingediend op 9 oktober 2020.²³

2.2.3. Tweede doelstelling wetsvoorstel

Naast het behouden van de opgebouwde dividendbelastingclaim, heeft de eindafrekening in de dividendbelasting nog een ander doel. Volgens de initiatiefnemer worden grensoverschrijdende reorganisaties waarbij de dividendbelastingclaim wordt ontgaan door middel van de eindafrekening tegengegaan. In feite richt de eindafrekening zich tot misbruiksituaties. Misbruikmaatregelen zijn echter slechts toegestaan indien deze voldoen aan de standaarden die over de jaren zijn gevormd door het Europees belastingrecht. De zorg is geuit dat de eindafrekening niet voldoet aan de eisen die gesteld zijn in de jurisprudentie.²⁴ Zo zou de maatregel te algemeen van aard zijn, waardoor niet louter misbruiksituaties worden geraakt door de eindheffing. Eveneens moet worden bezien of een dergelijke exitheffing doeltreffend is. De precieze kaders hiervan zullen uitvoerig uiteen worden gezet in Hoofdstuk 3. Naast de mogelijke knelpunten met het Europees belastingrecht, heb ik nog een ander punt van kritiek. Zo kan ik mij slecht voorstellen in welke situatie een grensoverschrijdende reorganisatie kan worden aangemerkt als misbruik. Zelfs indien de reorganisatie primair gericht is op het ontgaan van dividendbelasting, wordt het inkomen nog steeds belast in de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. Helaas worden hier geen voorbeelden van gegeven in het wetsvoorstel. De regering had voor een beter inzicht in de voorgestelde maatregel er goed aan gedaan dit nader toe te lichten.

2.3. De werking van de conditionele eindafrekening in de dividendbelasting

2.3.1. Het belastbare feit

Op grond van de Wet DB 1965 wordt dividendbelasting geheven van de opbrengstgerechtigden van aandelen in Nederlandse vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het gaat hierbij niet alleen om dividenduitkeringen, maar ook om andere soorten winstuitkeringen (de Wet op de DB 1965 hanteert de brede term ‘opbrengst’). Daarnaast zijn enkele ficties opgenomen in de wet die bepaalde transacties die niet kwalificeren als een winstuitkering in de zin van de dividendbelasting wel daarmee gelijkstellen. Om een heffing te kunnen introduceren in het geval van een grensoverschrijdende reorganisatie moet derhalve een fictie worden gecreëerd. De vennootschap keert immers niet daadwerkelijk winst uit. Hiervoor wordt een nieuw artikel voorgesteld, art. 3c Wet DB 1965. De volgende reorganisaties, die onder de huidige Wet DB 1965 geen belastbaar feit vormen en derhalve niet binnen de reikwijdte van de dividendbelasting vallen, worden op grond van deze fictiebepaling betrokken in de dividendbelasting:

- De vennootschap is gevestigd in een kwalificerende staat en houdt op voor de toepassing van een door Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting inwoner van Nederland te zijn (hierna: grensoverschrijdende zetelverplaatsing);
- Het vermogen van de inhoudingsplichtige gaat onder algemene titel in het kader van een fusie over op een verkrijgende rechtspersoon die is gevestigd in een kwalificerende staat (hierna: grensoverschrijdende fusie);
- Het vermogen van de inhoudingsplichtige gaat onder algemene titel in het kader van een splitsing over op een verkrijgende persoon die is gevestigd in een kwalificerende staat (hierna: grensoverschrijdende splitsing);

²¹ Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III.

²² Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III, p.13.

²³ *Kamerstukken II* 2020/21, 35 523, nr. 9 (*MvT*).

²⁴ O.a. advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III; Van Walsem, *NLF-W* 2020/17; Verhaeren & Lohuis, *WFR* 2020/230.

- Een vennootschap die is gevestigd in een kwalificerende staat, verwerft tegen uitreiking van eigen aandelen een zodanig bezit aan aandelen in de inhoudingsplichtige dat zij meer dan de helft van de stemrechten in de inhoudingsplichtige kan uitoefenen (hierna: grensoverschrijdende aandelenfusie).²⁵

Tevens vond de exitheffing ingevolge het wetsvoorstel van 10 juli 2020 slechts toepassing voor zover de vennootschap die ten gevolge van de reorganisatie niet meer in Nederland gevestigd was tot een groep behoorde met een geconsolideerde netto-omzet van ten minste €750.000.000. Met de nota van wijziging van 18 september 2020 is dit vereiste vervallen.²⁶ De exitheffing is daarom onverkort van toepassing bij een grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat, ongeacht de grootte van de groep waartoe de reorganiserende vennootschap behoort.

De exitheffing vindt alleen toepassing indien sprake is van een kwalificerende staat en is daarmee conditioneel. Een kwalificerende staat is een staat die de dividendbelastingclaim niet overneemt, waardoor een fiscale mismatch ontstaat en de dividendbelastingclaim vervalt. Er zijn twee typen kwalificerende staten te onderscheiden:

- Staten die geen met de Wet DB 1965 vergelijkbare bronheffing op dividenden kennen. Volgens het wetsvoorstel is een bronheffing vergelijkbaar met de Wet DB 1965 indien de bronheffing (ten minste) wordt geheven bij uitkering van dividend in de laatste schakel, dat wil zeggen bij uitkering van het hoofdkantoor aan de (portfolio)aandeelhouders. Het tarief is in beginsel niet van belang, tenzij het een (bijna-)nultarief betreft. In dat geval is alsnog geen sprake van een vergelijkbare bronheffing.
- Staten die de (latente) winstreserves bij binnenkomst in het kader van een grensoverschrijdende reorganisatie aanmerken als gestort kapitaal. Volgens de initiatiefnemer ontstaat op deze manier na invoering van de eindafrekening een coherent systeem. Zo ontstaat bij immigratie geen Nederlandse dividendbelastingclaim op de bestaande buitenlandse (latente) winstreserves, maar wordt in geval van grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat wél geheven over de aangegroeide winstreserves. Art. 3a Wet DB 1965 voorziet echter niet in een *step-up* bij zetelverplaatsing. De initiatiefnemer stelt daarom voor om hier ook een *step-up* voor te introduceren.

Op basis van de bovenstaande definitie kan discussie ontstaan of een staat kwalificeert of niet. Zo is het voornamelijk onduidelijk welke belasting kwalificeert als een bronheffing vergelijkbaar met de Wet DB 1965 en welke niet. Op deze onduidelijkheid wordt in latere hoofdstukken teruggekomen.

2.3.2. *Het heffingsobject*

In het advies van de Raad van State op het wetsvoorstel van 10 juli 2020 wordt opgemerkt dat de voorgestelde eindheffing wordt geheven van de inhoudingsplichtige, en daarmee dus niet van de aandeelhouder.²⁷ Zo wordt de aanslag opgelegd aan de inhoudingsplichtige en heeft de vennootschap een dividendbelastingsschuld aan de Belastingdienst zonder tussenkomst van de aandeelhouder. Zo wordt de uitkerende vennootschap betrokken in de heffing, waarbij de aandeelhouder niet in de heffing wordt betrokken omdat er geen sprake is van een daadwerkelijke dividenduitkering. Bij dividenduitkering wordt vervolgens ingevorderd (door middel van beëindiging van het uitstel) en de uitkerende vennootschap verhaalt vervolgens de afgedragen belasting op de desbetreffende aandeelhouders op basis van het verhaalsrecht. Deze systematiek is nieuw binnen de dividendbelasting omdat tot dusver de aandeelhouder wordt beschouwd als de belastingplichtige, en niet de uitkerende vennootschap. De uitkerende vennootschap houdt normaliter immers alleen de af te dragen dividendbelasting in. In tegenstelling tot wat de Raad van State concludeert, stelt de initiatiefnemer in zijn voorstel dat de aandeelhouder wel degelijk de belastingplichtige is.²⁸ Het verhaalsrecht effectueert dat de eindheffing uiteindelijk ten laste komt van de aandeelhouder doordat de uitkerende vennootschap de afgedragen dividendbelasting kan verhalen op de aandeelhouder. Bij een ‘normale’ dividenduitkering wordt immers ook de belastingsschuld van een aandeelhouder omgezet in een afdrachtsschuld van de inhoudingsplichtige. De Hoge Raad der Nederlanden (hierna: HR) heeft bepaald dat dividendbelastingsschuld een zelfstandige uit de wet voortvloeiende schuld van de inhoudingsplichtige is.²⁹ Hoewel dividenduitkering een aangelegenheid is die bij uitstek

²⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 523, nr. 2.

²⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 5.

²⁷ Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III, p. 3.

²⁸ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 11, p. 27.

²⁹ HR 8 maart 2013, *BNB 2013/138*, m.nt. Cornelisse.

wordt voltrokken tussen de vennootschap en haar aandeelhouders, is het ingehouden dividend dat dient ter betaling van de dividendbelasting aan de Belastingdienst dat niet. Het afdragen van de dividendbelasting is namelijk een aangelegenheid die zich afspeelt tussen de vennootschap en de fiscus. Volgens de initiatiefnemer kan daarmee worden geconstateerd dat de eindheffing een heffing is ten laste van de aandeelhouder, die wordt geëffectueerd door middel van het verhaalsrecht. Dividendbelasting dat moet worden verhaald op de aandeelhouder is echter niet gelijk aan ingehouden dividendbelasting. Er is immers geen dividendbelasting ingehouden op het brutobedrag van het dividend. Dit maakt naar mijn mening dat de heffing ten laste van de vennootschap komt. Zelfs indien wordt voorzien in bepalingen die de te verhalen dividendbelasting gelijk stelt aan ingehouden dividendbelasting, is het alsnog de vraag of het verhaalsrecht op internationaal niveau erkend wordt. Als de belasting hierdoor niet kan worden verhaald op de aandeelhouder omdat het verhaalsrecht niet te effectueren is op internationaal niveau (doordat Nederland bijvoorbeeld niet kan worden aangemerkt als woonstaat c.q. bronstaat), is er immers alsnog sprake van een heffing ten laste van de vennootschap. De dividendbelasting lijkt in dat geval meer op een tweede winstbelasting. Op het verhaalsrecht wordt in par. 2.5.1 nader ingegaan.

Ten slotte moet worden stilgestaan bij de vraag of de aandeelhouders ten tijde van de grensoverschrijdende reorganisatie belastingplichtig zijn, of dat de aandeelhouders ten tijde van de uitkering van het dividend belastingplichtig zijn. Immers, tussen deze periodes in kunnen aandelen worden overgedragen aan andere personen. Voor de betrokken aandeelhouders is het daarom van belang om te weten of recht op verrekening bestaat ten tijde van de dividenduitkering. Overigens zal dan eerst op nationaal moeten worden voorzien in een bepaling die de verhaalde dividendbelasting gelijkstelt aan ingehouden dividendbelasting. Tot die tijd is immers geen sprake van een verrekenbare voorheffing in de zin van art. 9.2 Wet IB 2001. Slechts indien de wet hierin voorziet heeft de belastingplichtige aandeelhouder het recht om de geheven dividendbelasting te verrekenen. Het wetsvoorstel stelt dat de aandeelhouder die vlak vóór grensoverschrijdende reorganisatie aandelen houdt in de reorganiserende vennootschap belastingplichtig is.³⁰ Dit is een aanwijzing dat dubbele belastingheffing zich kan voordoen bij toepassing van de conditionele eindafrekening indien aandelen zijn overgedragen tussen het moment van reorganisatie en dividenduitkering in.³¹ Het belastbare feit heeft zich immers voorgedaan vóórdat de aandeelhouder ten tijde van de dividenduitkering de desbetreffende aandelen in bezit kreeg. De dividendbelasting wordt echter ingehouden op het moment van dividenduitkering. Het voorgaande brengt met zich mee dat de aandeelhouder ten tijde van de dividenduitkering mogelijk geen recht heeft op verrekening.

2.3.3. *Het heffingsobject*

Is er van een van de grensoverschrijdende reorganisaties naar een kwalificerende staat sprake, dan wordt ingevolge de fictie de inhoudingsplichtige onmiddellijk voorafgaand aan de reorganisatie geacht de zuivere winst te hebben uitgedeeld aan de deelgerechtigden tot deze zuivere winst naar mate van hun gerechtigdheid. Deze zuivere winst is gelijk aan de som van alle aanwezige (latente) winstreserves.³² Hieronder vallen de open reserves en de stille reserves in de vennootschap. In andere woorden: al het vermogen dat meer in de vennootschap aanwezig is dan het gestorte kapitaal, derhalve inclusief stille reserves en goodwill. Overigens heeft het wetsvoorstel alleen gevolgen voor ondernemingen waarbij de zuivere winst meer dan €50.000.000 bedraagt (de franchise). Indien de zuivere winst van een onderneming lager is dan €50.000.000, dan wordt de onderneming bij grensoverschrijdende reorganisatie dus niet geraakt door de eindafrekening binnen de dividendbelasting. Is de winst hoger dan €50.000.000, dan wordt over de zuivere winst die dit bedrag overstijgt geheven ingevolge de conditionele eindafrekening (voetvrijstelling). Op deze wijze blijft de eindafrekening uitvoerbaar voor zowel de Belastingdienst als het bedrijfsleven, althans, dat is de gedachte. Wat bij de initiatiefnemer destijds niet is overwogen, is de mogelijkheid dat de franchise kwalificeert als verboden staatssteun in de zin van art. 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).³³ In hoeverre de franchise kan worden gekwalificeerd als verboden staatssteun, wordt niet behandeld in deze scriptie.

³⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 11, p. 25.

³¹ Van Walsem, *NLF-W 2020/17*.

³² *Kamerstukken II 1958/59*, 5380, nr. 3, blz. 42.

³³ De franchise en daarmee eventuele verboden staatssteun valt buiten het bereik van het onderzoek. Zie voor meer informatie: Factsheet Weber, 2020, par. 5.

De zuivere winst waarover wordt geheven bij toepassing van de eindafrekening, omvat mede de winsten die buiten Nederland worden gerealiseerd. Volgens de initiatiefnemer is de aanwezigheid van het hoofdkantoor in Nederland een voldoende belangrijk aanknopingspunt voor de heffing van dividendbelasting over de gehele zuivere winst, omdat de gehele wereldwinst een band heeft met Nederland door de activiteiten van het hoofdkantoor.³⁴ Waarom dit zo is wordt echter niet toegelicht. De Raad van State merkt daarbij op dat deze gedachtegang op gespannen voet staat met het internationale uitgangspunt dat de vestigingsstaat van de vennootschap in beginsel het recht heeft om een bronheffing op dividend op te leggen.³⁵ De eindafrekening over de zuivere winst is verder disproportioneel omdat het de economische waarde van de dividendbelastingclaim (voor zover deze volgens de Raad van State aanwezig is) overstijgt. Zo kan de daadwerkelijke uitkering van het dividend waarover wordt geheven ver in de toekomst liggen.³⁶ De netto contante waarde van de uitkering zal daarmee -afhankelijk van de verdisconteringsvoet- lager liggen dan de winst waarover de eindafrekening wordt berekend.

In het wetsvoorstel is verder een vrijstelling opgenomen die bewerkstelligt dat een Nederlands regionaal hoofdkantoor van een buitenlandse multinational niet wordt geraakt door de eindafrekening. Na aftrek van de franchise wordt de zuivere winst namelijk vrijgesteld als bij werkelijke uitkering de inhoudingsvrijstelling van art. 4 Wet DB 1965 van toepassing zou zijn geweest (d.w.z. in deelnemingsverhoudingen). Deze vrijstelling heeft tot gevolg dat alleen grensoverschrijdende reorganisaties van Nederlandse multinationals (met het hoofdkantoor gevestigd in Nederland) geraakt worden door de exithffing.

2.3.3. Heffingsmoment

Volgens het wetsvoorstel wordt de uitdeling geacht te hebben plaatsgevonden op het moment onmiddellijk voorafgaand aan de grensoverschrijdende reorganisatie. Dat dit moment niet altijd eenduidig is vast te stellen, ontgaat de initiatiefnemer. De onduidelijkheid is daarbij gelegen in het geval de vennootschap na reorganisatie een dubbele vestigingsplaats heeft en vervolgens een onderlinge overlegprocedure plaats moet vinden tussen de verdragslanden.³⁷ Het onderscheid tussen deze momenten is van belang met het oog op de termijn voor het indienen van een verzoek op teruggaaf en de rechtsbescherming. Hoewel er belang schuilt in de bepaling van het heffingsmoment, is dit probleem relatief eenvoudig verholpen door bijvoorbeeld te stellen dat in geval van een onderlinge overlegprocedure wordt aangesloten bij het moment waarop deze procedure wordt gestart of afgerond.

In het initiële wetsvoorstel van 10 juli 2020 werden woonplaatsficties voorgesteld voor de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting. Deze woonplaatsficties zouden bewerkstelligen dat de reeds bestaande vestigingsplaatsficties in de dividendbelasting (art. 1 lid 3 Wet DB 1965) en de vennootschapsbelasting (art. 2 lid 4 Wet VpB 1969) worden uitgebreid. Op basis van de huidige artikelen wordt een naar Nederlands recht opgericht lichaam geacht in Nederland te zijn gevestigd. Als uitbreiding hierop worden alle entiteiten die voor minimaal twee jaar in Nederland gevestigd zijn geweest, maar daarna de werkelijke leiding uit Nederland verplaatsen nog voor tien jaar geacht in Nederland te zijn gevestigd. Het voorstel zou met zich meebrengen dat twee heffingsmomenten kunnen ontstaan: het moment dat de vennootschap ophoudt verdragsinwoner van Nederland te zijn en het moment dat de vennootschap ophoudt in Nederland gevestigd te zijn op basis van de Wet DB 1965. Het belastingverdrag wijst in deze gevallen de heffingsbevoegdheid toe aan de plaats waar de feitelijke leiding is gevestigd, waardoor de uitbreiding van de vestigingsplaatsficties geen effect sorteren. In geval van twijfel over de vestigingsplaats van de vennootschap, vindt een onderlinge overlegprocedure plaats tussen de verdragspartijen.³⁸ Vanwege het stof dat de uitbreiding van de vestigingsplaatsfictie heeft doen opwaaien en het onduidelijke doel van de additionele vestigingsplaatsficties, is dit onderdeel in het gewijzigde voorstel niet opgenomen en wordt daarom niet verder besproken.

2.3.4. De wijze van heffing

Om te kunnen bepalen in hoeverre de wijze van heffing van de dividendbelasting ten gevolge van de conditionele eindafrekening verschilt van de 'normale' wijze van heffing in de dividendbelasting, zal eerst kort worden uiteengezet

³⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 9 (*MvT*), p. 2.

³⁵ Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III, p. 4.

³⁶ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020, p.4.

³⁷ Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III, p. 10.

³⁸ Art. 4 lid 3 OESO-MV.

hoe de dividendbelasting volgens de Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 (hierna: AWR 1959) en de huidige Wet DB 1965 wordt geheven. Daarna wordt uiteengezet hoe de wijze van heffing ter zake van de conditionele eindafrekening volgens het wetsvoorstel verloopt.

De dividendbelasting onder de huidige Wet DB 1965 wordt ingehouden op de opbrengst op het moment dat dividend ter beschikking wordt gesteld aan de aandeelhouder, tenzij de inhoudingsvrijstelling van toepassing is.³⁹ De belasting wordt ingehouden bij de uitkerende entiteit (de inhoudingsplichtige). Deze belasting moet worden afgedragen op aangifte ingevolge art. 7 lid 2 Wet DB 1965. De inhoudingsplichtige is ingevolge art. 19 lid 1 AWR 1959 gehouden de dividendbelasting binnen één maand na het tijdvak waarop de heffing betrekking heeft overeenkomstig de aangifte te voldoen. Wordt de belasting niet, niet tijdig of onvolledig voldaan, dan kan de inspecteur naheffen op grond van art. 20 lid 1 AWR 1959. De naheffingsaanslag wordt opgelegd aan de inhoudingsplichtige, omdat de inhoudingsplichtige immers de belasting behoorde te betalen. Dit is alleen anders ingeval de belasting niet is voldaan door het niet naleven van de belastingwet door een ander dan de inhoudingsplichtige. De inspecteur kan een naheffingsaanslag opleggen binnen vijf jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de belastingschuld is ontstaan, daarna vervalt de bevoegdheid. De binnenlands belastingplichtige kan doorgaans de geheven dividendbelasting als voorheffing op de inkomsten- of vennootschapsbelasting in aanmerking nemen.⁴⁰ De geheven dividendbelasting verlaagt daarmee de verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting. Verrekening is echter alleen mogelijk indien de inhouding ten laste van de belastingplichtige is gekomen.⁴¹ Of de dividendbelasting daadwerkelijk is afgedragen door de inhoudingsplichtige is in beginsel niet van belang. Als de opbrengstgerechtigde buitenlands belastingplichtige is voor de inkomstenbelasting, dan is verrekening van de geheven dividendbelasting alleen mogelijk voor zover de ingehouden dividendbelasting betrekking heeft op bestanddelen van het verzamelinkomen.⁴² Indien de inspecteur verzuimt om tijdig een aanslag inkomsten- of vennootschapsbelasting op te leggen, dan brengt het zelfstandige karakter van de dividendbelasting met zich dat de dividendbelasting niet teruggenomen wordt. Teruggaaf volgt alleen als de verschuldigde dividendbelasting de verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting overtreft.⁴³

Omdat in het geval van een grensoverschrijdende reorganisatie niet daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd, is het niet mogelijk om de gebruikelijke methode van heffing te hanteren. Er wordt immers niet daadwerkelijk dividend ter beschikking gesteld, waardoor geen dividendbelasting kan worden ingehouden over de winstuitdeling en geen belasting kan worden afgedragen op aangifte. In het wetsvoorstel wordt daarom een alternatieve aanpak vormgegeven, geregeld in het voorgestelde art. 7a Wet DB 1965. De inhoudingsplichtige is nog steeds gehouden aangifte te doen binnen één maand na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan, en moet aan degene van wie de belasting wordt geheven duidelijk maken dat de aangifte is gedaan. Er wordt vervolgens geheven over de zuivere winst bij wege van conserverende naheffingsaanslag opgelegd aan de inhoudingsplichtige. Hierover wordt automatisch, onvoorwaardelijk, renteloos en voor onbepaalde tijd uitstel verleend. Dit uitstel wordt geregeld in een nieuw art. 25c Invorderingswet 1990 (hierna: IW 1990). Dit uitstel wordt beëindigd zodra na grensoverschrijdende reorganisatie daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd. De inhoudingsplichtige dient dividendbelasting te betalen ter grootte van de dividendbelasting die verschuldigd zou zijn als de inhoudingsplichtige in Nederland zou zijn gevestigd ten tijde van de grensoverschrijdende reorganisatie. Vervolgens heeft de vennootschap een verhaalsrecht op de aandeelhouder die het dividend heeft ontvangen. Het verhaalsrecht is een civielrechtelijke aangelegenheid waarbij de vennootschap een vorderingsrecht krijgt op de aandeelhouders ter grootte van de betaalde dividendbelasting verschuldigd over de winstuitkering aan de desbetreffende aandeelhouder. Door dit verhaalsrecht zou de dividendbelastingsschuld 'kleven' aan het aandeel en daarmee voorkomen dat de dividendbelasting ten laste van de uitkerende vennootschap komt. Bij uitkering van dividend over het desbetreffende aandeel, kan de inhoudingsplichtige de reeds afgedragen dividendbelasting verhalen op de aandeelhouder.

In drie situaties kan de nog verschuldigde dividendbelasting volgens het wetsvoorstel worden kwijtgescholden. In de eerste plaats betreft het de situatie waarin na liquidatie van de vennootschap en uitkering van het slotdividend nog een

³⁹ Art. 7 lid 1 en 3 Wet DB 1965.

⁴⁰ Art. 9.2 Wet IB 2001 en art. 25 Wet VpB.

⁴¹ Hof Amsterdam 8 december 1967, *BNB* 1969/24.

⁴² Art. 9.2 lid 8 Wet IB 2001.

⁴³ HR 16 oktober 1991, *BNB* 1991/340.

deel van de naheffingsaanslag resteert. Op verzoek kan het restant dan worden kwijtgescholden. Ten tweede kan de verschuldigde dividendbelasting worden kwijtgescholden in geval sprake is van een inkoop van aandelen die onder art. 4c Wet DB 1965 zou zijn vrijgesteld als de vennootschap in Nederland was gevestigd. Tot slot voorziet het wetsvoorstel in kwijtschelding indien de kwalificerende staat alsnog een met de Wet DB 1965 vergelijkbare bronbelasting invoert, waardoor de staat achteraf niet meer als kwalificerende staat kan worden aangemerkt.

2.3.5. De terugwerkende kracht

Er zijn twee vormen van terugwerkende kracht te onderscheiden. Onder formele terugwerkende kracht wordt verstaan de wetgeving die in werking treedt op het moment van publicatie in het Staatsblad. Onder materieel terugwerkende kracht wordt verstaan de wetgeving die betrekking heeft op voor de inwerkingtreding voorgedane feiten. De materieel terugwerkende kracht is daarmee ruimer dan de formeel terugwerkende kracht.⁴⁴ Terugwerkende kracht kan alleen in bijzondere situaties worden toegepast, zoals in geval van een rechtvaardigingsgrond.⁴⁵ Hierna worden respectievelijk de formeel en de materieel terugwerkende kracht behandeld.

Uit vrees dat tussen indiening van het wetsvoorstel en de daadwerkelijke inwerkingtreding van de eindafrekening grensoverschrijdende reorganisaties plaatsvinden teneinde onder de eindafrekeningsverplichting uit te komen, is aan het wetsvoorstel terugwerkende kracht toegekend. Op deze manier wordt anticiperen op de maatregel onmogelijk gemaakt. Initieel was een formeel terugwerkende kracht tot en met 10 juli 2020, 12:00 uur opgenomen in het wetsvoorstel, maar deze datum is later aangepast naar 18 september 2020, 12:00 uur. Met de tweede nota van wijziging is de terugwerkende kracht van de eindafrekening vervallen.⁴⁶ Uit de toelichting blijkt dat de vennootschappen en hun aandeelhouders die reeds een reorganisatie overwegen door toepassing van de terugwerkende kracht in onzekerheid verkeren over de consequenties van de eindafrekening. Daarnaast beseft de initiatiefnemer dat de consequenties van de eindafrekening (de belastingverzwaring) ingrijpende gevolgen heeft voor de vennootschap en de aandeelhouders van de vier grensoverschrijdende reorganisaties waar het wetsvoorstel op ziet. De belangen van deze vennootschappen en haar aandeelhouders weegt zwaarder dan de belangen van de belastingopbrengst. Naast deze toelichting oogt de toelichting bij de derde nota van wijziging, waar een (nieuwe latere) terugwerkende kracht wordt geïntroduceerd, wat summier.⁴⁷ Daarin werd slechts vermeld dat de terugwerkende kracht is ingevoerd tot en met 15 november 2021, 15:00 uur. Samengenomen met de publicatie op de website van GroenLinks waarin zonder omhaal wordt vermeld dat de terugwerkende kracht van het wetsvoorstel tot doel heeft om de geplande reorganisatie van Shell te raken,⁴⁸ kan moeilijk onttrokken worden aan het idee dat het wetsvoorstel getuigt van selectiviteit. De Wilde en Wisman stellen zich op het standpunt dat vanuit rechtsfilosofisch oogpunt het onwenselijk is dat een volksvertegenwoordiger zijn initiatiefrecht gebruikt om (een) specifieke marktdeelnemer(s) te raken.⁴⁹ Het misbruiken van dit recht zou een opmaat zijn naar willekeurige belastingheffing. Kooiman en Van der Have hebben in hun reactie hierop gesteld dat zij kunnen volgen dat de wetgever heeft gekozen voor terugwerkende kracht om ervoor te zorgen dat vennootschappen niet kunnen anticiperen op het wetsvoorstel.⁵⁰ De toelichting op de derde nota van wijziging is te gebrekkig om te kunnen concluderen dat het wetsvoorstel een selectieve uitwerking heeft. Desalniettemin is het voorkomen van aankondigingseffecten hier geen geschikte rechtvaardigingsgrond voor de terugwerkende kracht. Het is immers bijna ondoenlijk om nog ‘even snel’ het hoofdkantoor te verplaatsen voordat de wetgeving in werking treedt.⁵¹ Is de reorganisatie reeds aangekondigd (zoals bij Unilever en Shell) dan is er al helemaal geen sprake van aankondigingseffecten.⁵² Hieruit blijkt dat de terugwerkende kracht feitelijk dus alleen Shell en Unilever raakt en aankondigingseffecten zich niet zullen voordoen.

⁴⁴ Thomas, *WFR* 2005/326.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 212, nr. 2; *Kamerstukken I* 2009/10, 25 212, A.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 523, nr. 13.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 523, nr. 15.

⁴⁸ ‘Spoedbehandeling wet “eerlijke afrekening” na aangekondigd vertrek Shell’, <https://groenlinks.nl/nieuws/spoedbehandeling-wet-eerlijke-afrekening-na-aangekondigd-vertrek-shell>.

⁴⁹ De Wilde & Wisman, *NLF Opinie* 2021/0028.

⁵⁰ Kooiman & Van der Have, *NLF Opinie* 2021/30.

⁵¹ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020, p.12.

⁵² De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020, p.12.

De materieel terugwerkende kracht is onbeperkt, nu alle winstreserves van de vertrekkende vennootschap worden onderworpen aan de heffing. Deze winstreserves zijn opgebouwd over een lange periode van tijd. De NOB stelt dat deze terugwerkende kracht afbreuk doet aan het vestigingsklimaat.⁵³ Ik sluit me hierbij aan.

2.4. Coherent systeem

Bij een aandelenfusie, een juridische fusie of een juridische splitsing kan zonder nadere regelgeving de dividendbelastingclaim die rust op de winstreserves van de onderneming verloren gaan, of juist ontstaan. Zo zouden winstreserves van een overgenomen vennootschap kunnen worden omgezet in onbelast aandelenkapitaal. Om dit te voorkomen is art. 3a Wet DB 1965 geïntroduceerd. Art. 3a regelt in voornoemde gevallen dat de dividendbelastingclaim behouden blijft doordat in deze gevallen niet al het (civielrechtelijk) op aandelen gestorte kapitaal fiscaal wordt erkend. Bij grensoverschrijdende aandelenfusies, juridische fusies of splitsingen waarbij de feitelijke leiding na reorganisatie is gevestigd in Nederland wordt een *step-up* verleend: als op aandelen gestort kapitaal wordt aangemerkt de waarde in het economisch verkeer van het vermogen dat ter zake van de fusie of splitsing Nederland binnenkomt. Op deze manier wordt voorkomen dat winstreserves die zijn ontstaan in het buitenland met Nederlandse dividendbelasting worden belast. Volgens de initiatiefnemer leidt dit tot een coherent systeem: geen heffing over de winstreserves die zijn ontstaan in het buitenland bij binnenkomst en afrekening over de in Nederland aangegroeide winstreserves bij vertrek. Door naast de grensoverschrijdende reorganisaties ook een *step-up* toe te passen in geval van zetelverplaatsing naar Nederland, wordt voor alle grensoverschrijdende reorganisaties (dus ook de zetelverplaatsing) een coherent systeem gehanteerd. Evenals in art. 3a Wet DB 1965 reeds is opgenomen voor de overige grensoverschrijdende reorganisaties, wordt voor wat betreft de zetelverplaatsing toepassing van art. 3a Wet DB 1965 ontzegd indien de reorganisatie in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

2.5. Het verhaalsrecht

Zoals genoemd is het verhaalsrecht een civielrechtelijk middel dat reeds in de Nederlandse fiscale wetgeving voorkomt. Een voorbeeld hiervan is art. 7 lid 5 Wet DB 1965, aangaande de heffingstechniek indien de dividendbelasting uitgaat boven de opbrengst in geld. Ook art. 2.16 Wet IB 2001 bevat een verhaalsrecht ingeval inkomensbestanddelen van een kind worden toegerekend aan de ouder maar de ouder hier geen vruchtgebruik van heeft. Een ander voorbeeld is art. 27 lid 4 Wet LB 1964, waarbij de inhoudingsplichtige bij te weinig ingehouden loonbelasting het resterende deel mag verhalen op de werknemer. De initiatiefnemer stelt voor om hier nog een verhaalsrecht aan toe te voegen met het voorgestelde art. 7a lid 8 en 9 Wet DB 1965. Zoals genoemd, wordt de conserverende aanslag opgelegd aan de vertrekkende vennootschap, waarop uitstel van betaling wordt verleend tot op het moment dat de vennootschap daadwerkelijk dividend uitkeert. De vennootschap kan de betaalde dividendbelasting verhalen op de aandeelhouder. Hoe dit precies verhaald wordt, is aan de vennootschap zelf. De meest voor de hand liggende methode is de te verhalen belasting in te houden op het uit te keren dividend, maar hier mag de vennootschap in de statuten van afwijken. De vennootschap kan ook afzien van het verhalen van de belasting. Het verhaalsrecht ontstaat bij elke winstuitdeling en ‘kleeft’ aan het desbetreffende aandeel. Het verhaalsrecht hoeft derhalve niet overgedragen te worden van aandeelhouder op aandeelhouder.

Ondanks dat het verhaalsrecht geen onbekend fenomeen is in de fiscaliteit, is het verhaalsrecht uit het wetsvoorstel een vreemde eend in de bijt. Doordat de uitkering plaatsvindt enige tijd na reorganisatie, zal de ondertussen in het buitenland gevestigde vennootschap Nederlandse dividendbelasting inhouden ten laste van Nederlandse of buitenlandse portfoliobeleggers. Zelfs jaren na reorganisatie kan een aandeelhouder die niet in Nederland woont (die misschien niet eens aandeelhouder was ten tijde van de reorganisatie) geconfronteerd worden met Nederlandse dividendbelasting, terwijl een juridische band met Nederland ontbreekt. Met het voorgestelde verhaalsrecht wordt verondersteld dat het civiele recht grensoverschrijdend wordt geëerbiedigd en gehandhaafd, zelfs in geval de dividenduitkering een zuiver buitenlandse transactie is. Dit hoeft geenszins het geval te zijn. Het verhaalsrecht kan zelfs strijdig zijn met in het buitenland van toepassing zijnde recht.⁵⁴ Dat het Nederlandse verhaalsrecht uit het niets ontstaat op een dividenduitkering van een buitenlandse vennootschap aan de aandeelhouders en dit wordt erkend door de betrokken buitenlandse staten is daarmee moeilijk te bevatten en is overigens onvoldoende uitgekristalliseerd in de memorie van

⁵³ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020, p.4.

⁵⁴ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 oktober 2020, p.4.

toelichting bij het wetsvoorstel.⁵⁵ De enige strohalm die de toelichting op het verhaalsrecht biedt om het verhaalsrecht van rechtskracht te voorzien, is het verwerken van het verhaalsrecht in de statuten. Dit is echter niet of beperkt mogelijk ingevolge art. 2:64 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en art. 2:192 lid 2 BW. Het vastleggen van het verhaalsrecht in een overeenkomst biedt overigens ook geen uitkomst, nu hiervoor in de regel toestemming voor nodig is van beide partijen, de uitkerende vennootschap en de (waarschijnlijk niet al te toeschietelijke) aandeelhouder. Kortom: makkelijker gezegd dan gedaan.

Naast de twijfelachtige rechtskracht van het verhaalsrecht, laat de rechtsbescherming van de aandeelhouders ten tijde van de uitkering van het dividend te wensen over. Zo kunnen alleen de aandeelhouders op het moment van reorganisatie bezwaar aantekenen ingevolge het voorgestelde art. 7a lid 6 Wet DB 1965, omdat deze belastingplichtig zijn voor de eindafrekening. Volgens het genoemde artikel wordt op het moment van de grensoverschrijdende reorganisatie de belasting te zijn ingehouden en afgedragen. Dit betekent dat de belastingplichtige aandeelhouder binnen zes weken na reorganisatie bezwaar kan maken.⁵⁶ Veelal zullen deze belastingplichtigen geen belang hebben bij het maken van bezwaar, omdat de aandeelhouders die bezwaar maken niet noodzakelijkerwijs de aandeelhouders zijn jegens wie het verhaalsrecht wordt ingeroepen.⁵⁷ De aandeelhouders ten tijde van de dividenduitkering kunnen geen bezwaar maken en daarmee ontbreekt de fiscaalrechtelijke rechtsingang. In dit geval kan alleen het civiele recht nog soelaas bieden. De aandeelhouder voldoet doorgaans namelijk aan de eisen voor belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en is daarmee in de positie een bezwaarschrift indienen. Deze moet binnen zes weken na bekendmaking van het besluit (ten tijde van reorganisatie) worden ingediend bij het desbetreffende bestuursorgaan (de Belastingdienst).⁵⁸ Hiervan kan worden afgeweken indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.⁵⁹ In dat geval is de termijn volgens de bestuursrechter verschoonbaar. In het reeds beschreven geval is het daarom mijns inziens mogelijk dat het bezwaar ontvankelijk wordt verklaard. De buitenlandse aandeelhouder moet in dat geval dus wel bezwaar maken in een land waarmee enige band ontbreekt. Hoewel de bezwaarprocedure theoretisch gezien dus mogelijk is, zal het in de praktijk tot de nodige complicaties leiden. Ik betwijfel daarom ten zeerste of deze civielrechtelijke weg een geschikt alternatief is. De aandeelhouder zal veelal niet de taal spreken en is bovenal niet bekend met het Nederlandse rechtssysteem (hij zal zich wellicht niet eens bewust zijn van het bestaan van de civielrechtelijke rechtsingang). De rechtsbescherming van de aandeelhouder schiet naar mijn mening dan ook tekort.

2.6. Gevolgen voor het fiscale vestigingsklimaat

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het wetsvoorstel geen nadelig effect heeft op het vestigingsklimaat omdat de aandeelhouders na vertrek materieel in dezelfde positie verkeren als de aandeelhouders voor vertrek waardoor het handelingsperspectief niet wordt aangetast.⁶⁰ Verder wordt gesteld dat de dividendbelasting geen invloed heeft op de Nederlandse economie, waaronder investeringen. Dit wordt gebaseerd op een onderdeel uit het Rapport van de Adviescommissie Belastingheffing van multinationals.⁶¹ Uit dit Rapport blijkt dat de dividendbelasting geen invloed heeft op Nederlandse investeringen omdat de dividendbelasting effectief immers neerslaat bij de buitenlandse aandeelhouder. Zoals eerder is vermeld heeft dit te maken met het feit dat de Nederlandse aandeelhouder de dividendbelasting in de regel als voorheffing op de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting in aanmerking neemt. De buitenlandse (portfolio)aandeelhouder kan dit niet, waardoor de dividendbelasting een eindheffing vormt voor deze groep aandeelhouders. Op basis van het van toepassing zijnde belastingverdrag kan hiervoor voorkoming van dubbele belasting worden verleend. Vanwege de reeds aangestipte twijfel omtrent het verrekeningsrecht van de aandeelhouder en het mogelijke gebrek aan een van toepassing zijnde belastingverdrag, blijft de dividendbelasting drukken op de buitenlandse aandeelhouder. Dit maakt het onaantrekkelijk voor een buitenlandse investeerder om te investeren in een Nederlandse vennootschap. In geval van een toekomstige grensoverschrijdende reorganisatie kan de aandeelhouder immers niet gegarandeerd de dividendbelasting verrekenen. In dat geval kan de eindheffing wel degelijk

⁵⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 9 (*MvT*), p. 21.

⁵⁶ Art. 22j onderdeel b AWR 1959.

⁵⁷ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 oktober 2020, p.6.

⁵⁸ Art. 6:7 Awb.

⁵⁹ Art. 6:11 Awb.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 523, nr. 9, p. 13.

⁶¹ Rapport van de Adviescommissie Belastingheffing van multinationals 2020, par. 2.2.

negatieve gevolgen hebben voor het vestigingsklimaat. Daarnaast zullen hoofdkantoren zich niet zo snel meer in Nederland willen vestigen, omdat het hoofdkantoor op Nederlands grondgebied ontstane winsten nooit zonder heffing van dividendbelasting kan uitkeren aan de aandeelhouders.⁶² Tevens doet de materieel en formeel terugwerkende kracht af aan de opvatting dat de Nederlandse wetgever rechtvaardig en voorspelbaar is. Niet zo lang geleden waren er immers nog geluiden te horen voor het afschaffen van de dividendbelasting. Tot slot wijst de initiatiefnemer erop dat Canada, Denemarken, Frankrijk en Zwitserland ook een eindheffing in de dividendbelasting kennen.⁶³ Dit klinkt mij in de oren als een klassieke drogreden: dat een ander land een maatregel toepast, betekent niet per definitie dat dit ook een goed idee is voor Nederland. Daarnaast is de werking van deze eindheffingen niet toegelicht en daarmee is dus niet gesteld dat de Nederlandse eindafrekening überhaupt vergelijkbaar is met de heffing van Canada, Denemarken, Frankrijk en Zwitserland. Uit het onderzoek van de NOB en het *International Bureau of Fiscal Documentation* (hierna: IBFD) blijkt bovendien dat deze eindheffingen op belangrijke onderdelen afwijken van het wetsvoorstel.⁶⁴ Zo zijn de eindafrekeningen in Frankrijk en Denemarken niet van toepassing binnen de EU of de EER, en ziet de Deense eindafrekening daarnaast uitsluitend op misbruiksituaties. Tevens is het onduidelijk of de buitenlandse eindafrekeningen net als het wetsvoorstel zien op aandelenfusies.

2.7. Deelconclusie

De conditionele eindafrekening in de dividendbelasting heeft tot gevolg dat in geval van grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat dividendbelasting kan worden geheven. Door de terugwerkende kracht waarvan het wetsvoorstel is voorzien lijkt het wetsvoorstel in zoverre te beogen twee belastingplichtigen te raken: Unilever en Shell, die immers hun grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat (het Verenigd Koninkrijk) ten tijde van het indienen van het wetsvoorstel reeds hadden aangekondigd.

Het doel van het wetsvoorstel is tweeledig:

- Het behouden van de dividendbelastingclaim over de in Nederland opgebouwde winstreserves bij grensoverschrijdende reorganisatie;
- Het tegengaan van grensoverschrijdende reorganisaties waarbij de dividendbelastingclaim wordt ontgaan.

De conditionele eindafrekening in de dividendbelasting beoogt deze doelstellingen te verwezenlijken door het introduceren van een fictie die bewerkstelligt dat in geval van een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie, splitsing of aandelenfusie naar een kwalificerende staat dividendbelasting wordt geheven over de aanwezige zuivere winst. De zuivere winst bestaat uit al het vermogen dat meer in de vennootschap zit dan het gestorte kapitaal, inclusief de winsten die buiten Nederland worden gerealiseerd. Een kwalificerende staat is een staat die geen met de dividendbelasting vergelijkbare bronbelasting op dividenden kent, of een staat die de winstreserves bij binnenkomst aanmerkt als gestort kapitaal. Volgens het wetsvoorstel komt de dividendbelasting ten laste van de aandeelhouder doordat de inhoudingsplichtige vennootschap de afgedragen belasting verhaalt bij de aandeelhouder. Het is echter maar de vraag of de belasting met succes verhaald kan worden op de aandeelhouder aangezien de internationale rechtskracht van het verhaalsrecht onzeker is. Kan de belasting niet worden verhaald op de aandeelhouder, dan fungeert de eindafrekening meer als heffing van de vennootschap dan van de aandeelhouder. Het verhaalsrecht is een civielrechtelijk middel om te effectueren dat de heffing ten laste komt van de aandeelhouder. De inhoudingsplichtige vennootschap kan zelf vormgeven hoe de belasting exact wordt verhaald. In het wetsvoorstel wordt daarmee verondersteld dat het verhaalsrecht internationaal wordt gehandhaafd en erkend, wat geenszins het geval hoeft te zijn. De internationale rechtskracht van het verhaalsrecht is daarmee uiterst onzeker. Ook de rechtsbescherming van de aandeelhouders laat te wensen over door het verhaalsrecht. Zo is de belastingplichtige aandeelhouder de aandeelhouder op het moment van reorganisatie. Dit hoeft dus niet samen te vallen met de aandeelhouder jegens wie het verhaalsrecht wordt ingeroepen. Dit heeft tot gevolg dat de aandeelhouder jegens wie het verhaalsrecht wordt ingeroepen alleen bezwaar en beroep kan instellen middels het civielrecht. Doordat in geval van de conditionele eindafrekening in de dividendbelasting niet daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd en daarmee geen dividendbelasting kan worden

⁶² De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 18 augustus 2020, p.7.

⁶³ *Kamerstukken II* 2020/21, 35 523, nr. 11, p.56.

⁶⁴ Onderzoek extheffing dividendbelasting van de NOB, 30 januari 2020; IBFD Tax Research Report: COMPARATIVE RESEARCH ON (CONDITIONAL) EXIT WITHHOLDING TAXES, 8 februari 2021.

ingehouden en afgedragen op aangifte, is daarnaast een alternatieve wijze van heffing vereist. Ingevolge deze heffingswijze wordt aan de inhoudingsplichtige een naheffingsaanslag opgelegd ter hoogte van de verschuldigde dividendbelasting. Hierover wordt vervolgens automatisch, onvoorwaardelijk en renteloos uitstel verleend. Dit uitstel wordt beëindigd bij daadwerkelijke dividenuitkering met het bedrag aan dividendbelasting dat verschuldigd zou zijn ter zake van die dividenuitkering indien de inhoudingsplichtige ten tijde van reorganisatie gevestigd zou zijn geweest in Nederland. De formele en materiële terugwerkende kracht die is toegekend aan het wetsvoorstel getuigt van enige selectiviteit, wat afbreuk doet aan de fiscale moraliteit. De aankondigingseffecten op basis waarvan de terugwerkende kracht is geïntroduceerd zijn daarnaast niet aanwezig. Ik acht de terugwerkende kracht daarmee een onrechtmatig middel in relatie tot het wetsvoorstel.

3. De eindafrekeningen in het Nederlandse belastingsysteem in Europeesrechtelijk perspectief

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is het wetsvoorstel betreffende de exitheffing in de dividendbelasting uiteengezet. Dit vormt het vertrekpunt voor het onderzoek. Om vast te stellen of een exitheffing in de dividendbelasting (onder voorwaarden) geïntroduceerd kan worden is het vervolgens van belang om het EU-recht omtrent exitheffingen uiteen te zetten aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Vervolgens wordt geanalyseerd welke jurisprudentie van toepassing is op de exitheffing in de dividendbelasting. Dit geeft het kader waarbinnen een exitheffing in de dividendbelasting moet worden vormgegeven. Exitheffingen staan namelijk op gespannen voet met het (primair) EU-recht. De jurisdictie waar het inkomen is opgebouwd wil mogelijk voorkomen dat de belastingclaim ten gevolge van de exit verloren gaat. De belastingplichtige heeft echter baat bij een *mismatch* tussen het belastingstelsel van haar staat en de staat van (uiteindelijk) realisatie zolang dit leidt tot non-heffing. Deze *mismatch* kan ontstaan doordat de immigratiestaat een *step-up* verleent of de realisatie van de voordelen in dat land überhaupt niet worden belast. Een exitheffing effectueert in dit geval dat voor vertrek in het land van opbouw kan worden geheven over de ongerealiseerde voordelen. Tegelijkertijd kan een exitheffing de kosten van emigratie of zetelverplaatsing mogelijk verhogen. Ook heeft het mogelijk tot gevolg dat, terwijl inwoners van de vertrekstaat geen belasting verschuldigd zijn over ongerealiseerde winsten of inkomen, vertrekkende belastingbetalers hierover wel belasting zijn verschuldigd. Om te kunnen vaststellen of, en zo ja onder welke voorwaarden exitheffingen zijn toegestaan, worden de nationale exitheffingen in relatie tot het EU-recht uiteengezet. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen een exitheffing die de vermogensaanwas belast en een exitheffing die inkomen belast. In het eerste geval wordt een exitheffing opgelegd ter zake van een ongerealiseerde vermogenstoename. Deze vermogenstoename heeft zich voorgedaan voor emigratie of zetelverplaatsing en vertaalt zich in een hogere waarde van het vermogensbestanddeel. In het tweede geval staat er geen corresponderende vermogenstoename tegenover de heffing over het inkomen. Van een fiscale claim ten tijde van emigratie of zetelverplaatsing valt dan niet te spreken. Voor beiden gevallen moet worden onderzocht welke jurisprudentie toepassing vindt. Vervolgens kan worden geanalyseerd welke jurisprudentie van toepassing is op de exitheffing in de dividendbelasting.

In par. 3.2 wordt eerst een korte toelichting gegeven van het primaire EU-recht. Daarna komen de volgende exitheffingen aan bod: de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer (art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001), de exitheffingen in de winstsfeer (art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001, art. 15c en 15d Wet VpB 1969) en de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer (art. 3.83 en art. 3.136 Wet IB 2001). Deze komen aan bod in respectievelijk par. 3.3, 3.4 en 3.5. Per onderdeel wordt de nationale bepaling uiteengezet, waarna het EU-rechtelijke aspecten worden geanalyseerd. De exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer is met name interessant omdat het inkomen belast, en niet de vermogensaanwas. De exitheffing in de dividendbelasting heft immers ook over inkomen. Of de exitheffing in de dividendbelasting aan dezelfde jurisprudentie is onderworpen als het geval is voor de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer, wordt onderzocht in onderdeel 3.6.

3.2. Algemene aspecten EU-recht

Een van de middelen om het doel van de EU te bereiken, is het waarborgen van een interne markt.⁶⁵ Deze interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen (art. 28-32 VwEU), personen (art. 45-48 VwEU betreffende werknemers en art. 49-55 VwEU betreffende het recht van vestiging), diensten (art. 56-62 VwEU) en kapitaal (art. 63-66 VwEU) is gewaarborgd. De bepalingen die zien op deze waarborging en het primaire EU-recht beslaan, worden de verkeersvrijheden genoemd. De toepassing van deze bepalingen gaan voor op de toepassing van de algemene discriminatiebepaling van art. 18 VwEU.⁶⁶ De lidstaten zijn bij het vormgeven van het belastingstelsel gehouden aan de verkeersvrijheden. Door de rechtstreekse werking van de vrije verkeersbepalingen kunnen belanghebbenden bij de nationale rechter een beroep doen op de vrije verkeersbepalingen, mits de desbetreffende bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk zijn geformuleerd. Voor directe belastingen zijn

⁶⁵ Art. 3 lid 3 VEU.

⁶⁶ HvJ EG 12 april 1994, nr. C-1/93 (*Halliburton Services*), r.o.. 12; HvJ EG 29 april 1999, nr. C-311/97 (*Royal Bank of Scotland*), r.o.. 20.

de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal met name van belang. Hier zal daarom op gefocust worden in dit onderzoek. Om een beroep te kunnen doen op de vrijheid van vestiging moet een natuurlijk persoon – in tegenstelling tot de vrijheid van kapitaalverkeer – onderdaan zijn van een lidstaat. Vennootschappen worden gelijk gesteld aan een natuurlijk persoon ingevolge art. 54 VwEU indien de vennootschap is opgericht naar het recht van een lidstaat en de statutaire zetel of hoofdbestuur zich in de EU bevindt.⁶⁷ Hier ligt ook het voornaamste verschil tussen de verkeersvrijheden: de vrijheid van kapitaalverkeer werkt ook in relatie tot derde landen, terwijl beroep op het vrije verkeer van vestiging alleen mogelijk is in EU-verhoudingen. Een ander verschil tussen de vrijheden is dat er voor toepassing van de vrijheid van kapitaal in tegenstelling tot de vrijheid van vestiging geen economische activiteit is vereist. Of sprake is van strijdigheid met de verkeersvrijheden, moet worden bepaald aan de hand van een vergelijking tussen een binnenlandse situatie met een grensoverschrijdende situatie (*ceteris paribus*). De belanghebbende moet dan wel toegang hebben tot het VwEU. In algemene zin dient dan sprake te zijn van een grensoverschrijdende economische activiteit binnen de Europese Unie. Indien vervolgens uit de vergelijking volgt dat de bepaling een belemmering vormt van een van de verkeersvrijheden, dan kan dit alsnog gerechtvaardigd zijn ingeval de beperkende maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang nastreeft. Tot nu toe heeft het Hof van Justitie de volgende rechtvaardigingsgronden geaccepteerd: de doeltreffendheid van fiscale controles, de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen (coherentieargument), de bestrijding van misbruik van het nationaal recht en de noodzaak tot het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Indien een succesvol beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond, is de bepaling niet in strijd met het EU-recht. Wel moet dan nog worden nagegaan of de bepaling wel noodzakelijk en proportioneel is. Een bepaling is proportioneel aan het beoogde doel indien de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken. Dispariteiten leiden niet tot strijdigheid met het EU-recht.⁶⁸

Exitheffingen staan op gespannen voet met het primaire EU-recht. Een exitheffing zorgt ervoor dat grensoverschrijdende emigraties of zetelverplaatsingen gepaard gaan met hogere kosten. Binnenlandse verhuizingen of reorganisaties hebben deze extra kosten in de regel niet. Het is mogelijk dat exitheffingen daarom een belemmering voor grensoverschrijdende activiteiten vormen. Zoals vermeld, hoeft een belemmering van het EU-recht niet noodzakelijk een strijdigheid met het EU-recht op te leveren. In dat geval dient met de maatregel een legitieme reden van algemeen belang te worden nagestreefd. Deze maatregel dient proportioneel te zijn gelet op dit doel. In de volgende onderdelen wordt aan de hand van jurisprudentie onderzocht of een exitheffing onder voorwaarden toegelaten is op grond van het primair EU-recht.

3.3. Exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer

3.3.1. De nationale wetgeving

Voor een aanmerkelijkbelanghouder kunnen verschillende exitheffingen aan de orde zijn, afhankelijk van de situatie. In dit onderdeel komen deze verschillende situaties aan de orde. In de situatie dat de aanmerkelijkbelanghouder in Nederland woont, zal in principe de binnenlandse belastingplicht gelden. Dit is ook het geval als de vennootschap waarin het belang wordt gehouden in het buitenland is gevestigd. Indien de binnenlands belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouder anders dan door overlijden ophoudt binnenlands belastingplichtige te zijn (dus door emigratie), is de fictieve vervreemding van art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 van toepassing. Deze bepaling beoogt claimverlies tegen te gaan. Deze claim ontstaat doordat niet wordt geheven op het moment van vermogensaanwas, maar op het moment van realisatie en is gelijk aan het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de historische kostprijs van de aandelen (de verkrijgingsprijs). De claim wordt opgebouwd over de periode waarin een Nederlandse belastingplicht ontstaat. Indien de aanmerkelijkbelanghouder in Nederland blijft wonen maar de vennootschap haar zetel verplaatst naar het buitenland, wordt de vennootschap indien deze naar Nederlands recht is opgericht ingevolge art. 4.35 Wet IB 2001 geacht in Nederland te zijn gevestigd. Met de emigratieheffing uit art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 is beoogd een einde te maken aan fiscaal geïndiceerde emigraties,⁶⁹ waarbij de aanmerkelijkbelangheffing eenvoudig kan worden omzeild door te emigreren naar een land dat bij voorkeur helemaal

⁶⁷ Zowel de statutaire zetel als het hoofdbestuur worden genoemd in dit artikel. Hieruit blijkt de wil om de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer gelijk te behandelen op EU-niveau.

⁶⁸ HvJ EG 12 juli 2005, nr. C-403/03 (*Schempp*).

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 18.

niet heft over deze vermogenswinst (een populaire bestemming was destijds België). Dit stemt overigens niet volledig overeen met de vormgeving van de bepaling na afschaffing van de tienjaarstermijn: de bepaling is algemeen van aard waardoor ook emigraties vanwege niet-fiscale redenen geraakt worden en bovendien onbeperkt in de tijd. Het voorgaande lijkt erop te duiden dat het behouden van de belastingclaim het voornaamste doel is van de heffing.⁷⁰

Indien de aanmerkelijkbelanghouder in het buitenland woont maar de vennootschap waarin het belang wordt gehouden gevestigd is in Nederland, is sprake van een buitenlandse belastingplicht. Als de vennootschap vervolgens haar zetel verplaatst naar het buitenland, is de fictieve vervreemding van art. 7.5 lid 7 Wet IB 2001 van toepassing. Als een conserverende aanslag die eerder aan de aanmerkelijkbelanghouder is opgelegd ter zake van een emigratie nog niet is voldaan, wordt de vennootschap echter voor deze periode nog geacht in Nederland te zijn gevestigd.⁷¹ Voorwaarde hiervoor is dat de vennootschap ten minste vijf jaar in Nederland gevestigd is geweest. De zetelverplaatsingsheffing heeft evenals de emigratieheffing tot doel de belastingclaim te behouden die is opgebouwd over de periode waarin een buitenlandse belastingplicht bestond.

Ter zake van deze vervreemdingsficties wordt vervolgens een conserverende aanslag opgelegd.⁷² Op deze manier wordt geëffectueerd dat de verschuldigde belasting pas wordt ingevorderd op het moment van realisatie. Uiteindelijk wordt dus slechts geheven over daadwerkelijk behaalde voordelen in plaats van niet-gerealiseerde inkomensbestanddelen. Op grond van art. 25 lid 8 IW 1990 kan op verzoek uitstel van betaling worden verleend inzake het geconserveerde inkomen uit aanmerkelijk belang. Tot 15 september 2015 was het ingevolge dit artikel mogelijk om 10 jaar lang renteloos uitstel van betaling te krijgen. Na afloop van deze 10 jaar kon het resterende bedrag worden kwijtgescholden. Bij emigraties na 15 september 2015 staat de aanmerkelijkbelanghouder voor een keuze. Zo kan direct worden afgerekend of kan uitstel van betaling worden verleend. Dit kan renteloos ingevolge art. 28 lid 3 IW 1990. Voor situaties buiten de EU/EER moet daarbij zekerheid worden gesteld. Binnen de EU/EER blijft zekerheidsstelling achterwege, al is dit niet altijd het geval geweest. Het uitstel wordt beëindigd bij daadwerkelijke realisatie van de voordelen of als niet meer aan de voorwaarden voor het uitstel wordt voldaan.

3.3.2. EU-aspecten

Zoals reeds genoemd staan exitheffingen op gespannen voet met het EU-recht. Een exitheffing vormt een additionele kostenpost voor ieder die emigreert of haar zetel verplaatst naar het buitenland. Bij een binnenlandse verhuizing of zetelverplaatsing doen zich deze extra kosten niet voor. Dit heeft tot gevolg dat grensoverschrijdende verhuizingen of zetelverplaatsingen worden benadeeld ten opzichte van binnenlandse verhuizingen of zetelverplaatsingen (*ceteris paribus*). Of dit een ongerechtvaardigde strijdigheid oplevert met het primair EU-recht is in jurisprudentie van het Hof van Justitie reeds aan bod gekomen in relatie tot exitheffingen in de aanmerkelijkbelang sfeer. Een exitheffing in de aanmerkelijkbelang sfeer belast de vermogensaanwas over de periode dat een belastingplicht bestond.

Het eerste noemenswaardige en tot op heden belangrijk arrest van het Hof van Justitie in de aanmerkelijkbelang sfeer betreft het arrest *De Lasteyrie du Saillant*.⁷³ Dit arrest heeft gevolgen gehad voor de Nederlandse exitheffing in de aanmerkelijkbelang sfeer. In het arrest emigreerde een natuurlijk persoon genaamd De Lasteyrie in 1998 van Frankrijk naar België. Ten tijde van de emigratie bezat De Lasteyrie direct of indirect tezamen met zijn familie 25% van de aandelen in een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Frankrijk legde ter zake van de emigratie een exitheffing op, vergelijkbaar met de Nederlandse exitheffing in de aanmerkelijkbelang sfeer van destijds. Ingevolge de Franse exitheffing werden de latente waardevermeerderingen aanwezig in het belang in de vennootschap onmiddellijk belast. Om te voorkomen dat meteen belasting moest worden betaald, kon de belastingplichtige om uitstel van betaling verzoeken voor een termijn van vijf jaar. Na de termijn van vijf jaar verviel de nog openstaande belastingschuld die zag op de exitheffing. Voor het uitstel was destijds zekerheidsstelling vereist en moest een fiscaal vertegenwoordiger in Frankrijk worden aangewezen. De vraag rees of de Franse exitheffing in strijd was met de vrijheid van vestiging. De Franse regering stelde dat, mocht sprake zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging, deze belemmering

⁷⁰ Peters 2007/2.2.2.2.

⁷¹ Art. 7.5 lid 6 Wet IB 2001.

⁷² Art. 2.8 Wet IB 2001.

⁷³ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

gerechtvaardigd is omdat de regeling het voorkomen van belastingontwijking tot doel heeft.⁷⁴ Het voorkomen van belastingontwijking is in eerdere jurisprudentie aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die een belemmering kan rechtvaardigen, mits de maatregel proportioneel en evenredig is aan het doel.⁷⁵ Eveneens draagt de Franse regering aan dat de exitheffing op dergelijke wijze is vormgegeven om de doeltreffendheid van de belastinginning te waarborgen.⁷⁶ De doeltreffendheid van fiscale controles is eveneens een dwingende reden van algemeen belang die een belemmering van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen.⁷⁷ Volgens de Franse regering is het door gebrek aan internationale instrumenten moeilijk om de invordering van de belasting te waarborgen zonder zekerheidsstelling.⁷⁸ Verder is de maatregel volgens de Franse regering proportioneel, nu de last voor de belastingplichtige in de tijd beperkt is. Het Hof van Justitie besteedt weinig aandacht aan de vraag of de vrijheid van vestiging in deze situatie toepassing vindt. Dit is namelijk afhankelijk van de specifieke feiten en ligt daarom ter beoordeling bij de feitenrechter. In dit geval achtte de feitenrechter de vrijheid van vestiging van toepassing. Het Hof van Justitie stelt dat de belastingplichtige die zijn woonplaats wil verplaatsen naar het buitenland door de werking van de exitheffing minder gunstig wordt behandeld dan de belastingplichtige die zijn woonplaats in Frankrijk behoudt.⁷⁹ De emigrerende belastingplichtige zal immers belast worden over ongerealiseerde waardevermeerderingen, terwijl een belastingplichtige die in Frankrijk blijft wonen slechts belast wordt over gerealiseerde waardevermeerderingen. Dit verschil in behandeling vormt, tezamen met de strikte voorwaarden die zijn verbonden aan het uitstel van betaling zoals het stellen van zekerheid (dat ook nog eens niet automatisch wordt verleend), een belemmering van de vrijheid van vestiging.⁸⁰ Deze belemmering is niet gerechtvaardigd op grond van de door de Franse regering aangedragen gronden. De exitheffing is namelijk niet enkel gericht op misbruik situaties, maar bestrijkt ook gevallen waarbij misbruik niet aan de orde is. De exitheffing is daarmee te algemeen van aard waardoor het voorkomen van belastingontwijking geen rechtvaardigingsgrond vormt voor de belemmering. Daarnaast kan misbruik dat kan plaatsvinden door de woonplaats tijdelijk te verplaatsen teneinde effecten te verkopen op een minder ingrijpende wijze worden voorkomen, bijvoorbeeld door na een relatief kort verblijf in het buitenland waarin realisatie van de waardevermeerderingen heeft plaatsgevonden te heffen bij terugkeer naar Frankrijk.⁸¹

Opvallend in deze uitspraak is dat de exitheffing in het licht van de doeltreffendheid van de fiscale controles niet is behandeld door het Hof van Justitie, terwijl deze wel is aangedragen door de Franse regering. Ik neem evenwel aan dat rechtvaardiging op grond van de doeltreffendheid van de fiscale controles alleen kan zien op de voorwaarden die betrekking hebben op het uitstel, in het bijzonder de zekerheidsstelling. Hier wordt echter niet aan toegekomen omdat de exitheffing in het geheel reeds een ongerechtvaardigde belemmering vormt. De vraag of de voorwaarden voor uitstel van betaling de vrijheid van vestiging belemmeren is immers niet meer van belang als de exitheffing als zodanig al een ongerechtvaardigde inbreuk vormt. Tevens is het enigszins verbazingwekkend dat het coherentieargument niet is aangedragen door de Franse regering. Het coherentieargument stelt dat de maatregel in kwestie benodigd is om de coherentie van het belastingstelsel te waarborgen.⁸² De Nederlandse regering heeft in deze zaak geïntervenieerd en het coherentieargument wel aangedragen als rechtvaardigingsgrond. Volgens de Nederlandse regering bestaat immers een rechtstreeks verband tussen de overdracht van de jaarlijkse belasting op de waardevermeerdering van effecten en de daadwerkelijke inning van de belasting bij overbrenging van de woonplaats naar het buitenland.⁸³ Het Hof van Justitie stelt echter dat de Franse exitheffing uitsluitend tot doel heeft misbruiksituaties te voorkomen en dat het coherentieargument daarom niet had kunnen slagen. De conclusie van A-G Mischo geeft een wat bevredigendere motivering, te weten dat de exitheffing door de realisatiefictie dusdanig afwijkt van het reguliere Franse belastingstelsel dat een beroep op het coherentieargument niet kan slagen.⁸⁴ Daarnaast is de belasting die wordt

⁷⁴ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 24.

⁷⁵ HvJ EG 16 juli 1998, nr. C-264/96 (*ICI*).

⁷⁶ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 25.

⁷⁷ HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95 (*Futura Participations en Singer*).

⁷⁸ Sinds de uitbreiding van het toepassingsbereik van de Bijstandsrichtlijnen in 2001 is invordering in deze situaties tegenwoordig gemakkelijker (Richtlijn 2011/16/EU).

⁷⁹ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 46.

⁸⁰ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 48.

⁸¹ Concl. A-G Mischo bij HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), par. 64.

⁸² HvJ EG 28 januari 1992, nr. C-204/90 (*Bachmann*).

⁸³ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 61.

⁸⁴ Concl. A-G Mischo bij HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

geheven op grond van de exitheffing geen belasting die in alle gevallen in Frankrijk moet worden betaald, nu de conserverende aanslag na vijf jaar vervalt. In deze gevallen waarborgt de exitheffing de coherentie van het belastingstelsel in elk geval niet. Kortom, uit het arrest *De Lasteyrie du Saillant* kan worden afgeleid dat belastingplichtigen die hun recht op vrije vestiging uitoefenen door te verhuizen naar een andere lidstaat niet eerder of zwaarder mogen worden belast dan belastingplichtigen die hun woonplaats behouden. Dit houdt in dat automatisch uitstel van betaling moet worden verleend en geen zekerheid mag worden gesteld.

Een ander belangrijk arrest dat aan de orde kwam in relatie tot exitheffingen voor aanmerkelijkbelanghouders is de zaak *N*.⁸⁵ In deze zaak emigreerde een Nederlands belastingplichtige in 1997 van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk. Ten tijde van emigratie was de belastingplichtige enig aandeelhouder in drie vennootschappen. Deze vennootschappen waren opgericht naar Nederlands recht en de werkelijke leiding van de vennootschappen was sinds emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder gevestigd in de (voormalige) Nederlandse Antillen. Nederland heeft ter zake van de emigratie belasting geheven. De belastingplichtige heeft daarbij om uitstel van betaling verzocht, destijds met zekerheidsstelling die later naar aanleiding van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* is komen te vervallen. De Nederlandse regering heeft in de zaak *N* gesteld dat in dit geval de vrijheid van vestiging geen toepassing vindt. Immers, *N* oefent geen economische activiteit uit. Volgens vaste rechtspraak is het uitoefenen van een economische activiteit vereist.⁸⁶ Overigens is A-G Kokott dezelfde mening toegedaan als de Nederlandse regering.⁸⁷ Echter, in het arrest *Baars* is bepaald dat een belastingplichtige met een 100%-deelneming onder de vrijheid van vestiging valt.⁸⁸ Door het 100%-belang in de deelnemingen kan *N* in deze situatie, ongeacht of een economische activiteit wordt uitgeoefend, een beroep doen op de vrijheid van vestiging.⁸⁹ Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie in gelijke zin als bij het arrest *De Lasteyrie du Saillant* dat de exitheffing een belemmering vormt van de vrijheid van vestiging omdat belastingplichtigen die hun woonplaats willen verleggen worden benadeeld ten opzichte van de belastingplichtigen die hun woonplaats behouden.⁹⁰ In aanvulling op de uitspraak in het arrest *De Lasteyrie du Saillant* stelt het Hof van Justitie daarnaast uitdrukkelijk dat een exitheffing die geen rekening houdt met waardeverminderingen na emigratie de vrijheid van vestiging belemmert.⁹¹ Indien geen rekening wordt gehouden met waardeverminderingen kan de belasting over de niet-gerealiseerde winst hoger uitvallen dan de belasting die verschuldigd zou zijn geweest bij vervreemding van de aandelen zonder dat hij zijn woonplaats naar het buitenland had verlegd. In het laatste geval zou de inkomstenbelasting immers lager zijn uitgevallen doordat tot het moment van realisatie rekening wordt gehouden met eventuele waardeverminderingen. Hoewel de exitheffing in beginsel een belemmering vormt van de vrijheid van vestiging, kan deze echter gerechtvaardigd worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang in lijn met het territorialiteitsbeginsel verbonden met het temporele component (de accumulatie tijdens inwonerschap). Het is volgens het Hof van Justitie namelijk niet onredelijk dat lidstaten zich bij het verdelen van de heffingsbevoegdheden laten leiden door het OESO-MV.⁹² De exitheffing waarborgt de verdeling van de heffingsbevoegdheden en sluit daarnaast aan bij de beginselen zoals neergelegd in het OESO-MV. Het Hof van Justitie gaat hierbij uit van een doel- en strekkingsuitleg die overigens niet in de tekst van het OESO-MV is terug te vinden en die ook niet blijkt uit het commentaar bij het OESO-MV, waardoor onzeker is of de lidstaten hetzelfde doel voor ogen hebben als geformuleerd door het Hof van Justitie.⁹³ Tot slot moet worden bepaald of de exitheffing niet verder gaat dan strikt noodzakelijk ter verwezenlijking van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden. Het Hof van Justitie oordeelt dat de exitheffing verder gaat dan nodig omdat zekerheidsstelling wordt vereist en niet volledig rekening wordt gehouden met waardevermindering na emigratie (hetzij door het emigratieland, hetzij door het immigratieland).⁹⁴ De zekerheidsstelling is namelijk niet noodzakelijk voor een doeltreffende belastingheffing omdat richtlijnen bewerkstelligen dat de lidstaten elkaar bijstaan bij de heffing van belastingen. Met de waardevermindering van de

⁸⁵ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*).

⁸⁶ HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (*Gebhard*).

⁸⁷ Concl. A-G Kokott bij HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*).

⁸⁸ HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*).

⁸⁹ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 30.

⁹⁰ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 35.

⁹¹ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 37.

⁹² HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96 (*Gilly*); HvJ EG 23 februari 2006, nr. C-513/03 (*Van Hilten-van der Heijden*).

⁹³ Noot Burgers bij HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), *BNB* 2007/22. Zie ook Kemmeren, *WFR* 2005/1613.

⁹⁴ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 55.

aandelen na emigratie moet volgens het Hof van Justitie worden rekening gehouden, omdat een geëmigreerde aandeelhouder anders benadeeld wordt ten opzichte van een niet-geëmigreerde aandeelhouder. Het Hof van Justitie staat hierbij echter niet stil bij de vraag of de waardedaling na emigratie thuishoort in het emigratieland. Naar mijn mening is dit niet het geval, omdat deze waardedaling zich heeft voorgedaan na emigratie en daarmee logischerwijs thuishoort in het immigratieland. Een andere interpretatie strookt mijns inziens niet met de aangedragen rechtvaardigingsgrond. Bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid wordt immers een onderscheid gemaakt tussen waardeaan groei tijdens en na (of voor) inwonerschap. In gelijke zin ben ik van mening dat de hoogte van de conserverende aanslag niet afhankelijk zou moeten zijn van de vraag of het immigratieland rekening houdt met de waardevermindering.⁹⁵ Uiteraard heeft een dusdanige interpretatie tot gevolg dat de ongelijke behandeling tussen emigrerende aanmerkelijkbelanghouders en aanmerkelijkbelanghouders die hun woonplaats behouden in stand blijft. Toch kan dit naar mijn mening ook gerechtvaardigd worden, zei het op basis van een andere rechtvaardigingsgrond (zoals het coherentieargument).

Hoewel het arrest *N* in veel opzichten slechts een herhaling is van wat is bepaald in het arrest *De Lasteyrie du Saillant*, is deze zaak *N* niet volledig over een kam te scheren met het arrest *De Lasteyrie du Saillant*. Zo gaat het Hof van Justitie in op de vraag of de vrijheid van vestiging aan de orde is, een vraag waar het Hof zich eerder niet aan wilde branden. Het Hof van Justitie volgt hierbij de lijn van de arresten *Gebhard*, *Baars* en *X & Y*.⁹⁶ Hier wordt echter niet verder bij stilgestaan in dit onderzoek omdat het voor het onderzoek niet relevant is welke vrijheid van vestiging toepassing vindt, zolang er in elk geval één van toepassing is. De beslisboom zoals toegelicht in par. 3.2 is namelijk gelijk voor alle verkeersvrijheden. Wel heeft de vrijheid van kapitaal werking ten opzichte van derde landen. Dit aspect maakt het waardevol om te onderzoeken of de vrijheid van kapitaal toepassing kan vinden in relatie tot een exitheffing in de dividendbelasting (zie par. 3.6). Naast de vraag of de vrijheid van vestiging überhaupt toepassing vindt, verschilt de achtergrond van de exitheffing in het arrest *N* met de exitheffing in het arrest *De Lasteyrie du Saillant*. De Nederlandse exitheffing had volgens de Nederlandse regering in het arrest *N* tot doel de heffingsbevoegdheden tussen lidstaten overeenkomstig het internationaal belastingrecht te verdelen, terwijl de Franse regeling was gericht op het voorkomen van een belastingvlucht. Dit verklaart waarom in het arrest *N* wel een rechtvaardigingsgrond bestond voor de exitheffing, terwijl geen rechtvaardigingsgrond van toepassing was op de Franse regeling. Volgens A-G Kokott is het arrest *De Lasteyrie du Saillant* daarom geen maatgevend arrest voor de onderhavige uitspraak.⁹⁷ Opgemerkt moet worden dat het doel, te weten de verdeling van de heffingsbevoegdheid, niet overeenstemt met de achtergrond van de Nederlandse exitheffing zoals blijkt uit de kamerstukken,⁹⁸ nu een kwijtschelding van de verschuldigde belasting inzake de exitheffing (destijds was dit mogelijk voor de resterende belastingschuld tien jaar na emigratie) niet past binnen het doel de heffingsbevoegdheden te verdelen.⁹⁹ De kwijtschelding past beter binnen het doel een kortstondig fiscaal geïnduceerde emigratie te ontmoedigen. Een doel dat een grote rol heeft gespeeld bij de totstandkoming van de maatregel (zie onderdeel 3.3.1). Hoe dan ook, op grond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid kan een exitheffing in de aanmerkelijkbelang sfeer worden gerechtvaardigd. Voorwaarde is wel dat de maatregel niet verder gaat dan strikt noodzakelijk. Dit betekent dat geen zekerheid mag worden gesteld (in lijn met de zaak *Lasteyrie du Saillant*) en dat rekening gehouden dient te worden met waardeverminderingen na emigratie.

Uit deze arresten blijkt dat het opleggen van een aanslag ter zake van emigratie over de op het tijdstip van emigratie geaccumuleerde winsten in beginsel niet in strijd is met het EU-recht. Ten gevolge van de besproken arresten is de zekerheidsstelling van de toenmalige exitheffing binnen de aanmerkelijkbelang sfeer vervallen, waarmee tevens is bewerkstelligd dat het uitstel van betaling automatisch en zonder voorwaarden wordt verleend. Met de waardedaling na emigratie wordt rekening gehouden door gedeeltelijke kwijtschelding van de verschuldigde belasting. Bij het Belastingplan 2016 is de tienjaarstermijn waarna kwijtschelding van de verschuldigde belasting volgde, komen te vervallen.¹⁰⁰ Mijns inziens komt dit beter overeen met de achtergrond van de bepaling, namelijk het behouden van de

⁹⁵ Zie ook Kort, *WFR* 2006/1418, par. 5.

⁹⁶ HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (*Gebhard*); HvJ EG 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*); HvJ EG 21 november 2002, nr. C-436/00 (*X & Y*).

⁹⁷ Concl. A-G Kokott bij HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 100.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 18.

⁹⁹ Kort, *WFR* 2006/1418, par. 4.

¹⁰⁰ Wet van 23 december 2015, *Stb.* 2015, 538.

belastingclaim, en is de afschaffing van de tienjaarstermijn niet disproportioneel. Zoals Rijkers beargumenteert, kan daadwerkelijke realisatie immers ook tot gevolg hebben dat over reserves moet worden afgerekend die in een verleden zijn ontstaan.¹⁰¹ Evenwel rijst de vraag of de conserverende aanslag die wordt opgelegd aan een aanmerkelijkbelanghouder ten tijde van emigratie in strijd is met de goede verdragstrouw. Hierop wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

3.4. Exithellingen in de winstsfeer

3.4.1. De nationale wetgeving

De nationale wetgeving kent enkele eindafrekeningen in de winstsfeer, te weten art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VpB 1969. De eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer hebben tot doel het heffingslek te dichten dat anders zou ontstaan bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van een Nederlandse onderneming naar het buitenland.¹⁰² Art. 3.60 Wet IB 2001 (voor IB-ondernemers) en art. 15c Wet VpB 1969 (voor rechtspersonen) hebben tot doel buiten twijfel te stellen dat partiële overdracht van vermogensbestanddelen naar het buitenland wordt aangemerkt als vervreemding van de vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economische verkeer. Dat partiële eindafrekening mogelijk was, bleek immers niet uit de tekstuele uitleg van art. 16 (oud) Wet IB 1964, die de basis vormde van de totstandkoming van de eindafrekeningen in de Wet IB 2001 en de Wet VpB 1969.¹⁰³ Art. 16 (oud) Wet IB 1964 stelt namelijk dat ‘voordelen uit onderneming (...) worden gerekend tot de winst van het kalenderjaar waarin degene voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven, *ophoudt* uit de onderneming in Nederland *belastbare winst te genieten*.’ Over de stille reserves ter zake van voor de emigratie/zetelverplaatsing overgebrachte vermogensbestanddelen kan op grond van de tekstuele uitleg dus niet geheven worden. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat de werking van art. 16 Wet IB 1964 zich niet beperkt tot de situaties waarbij de belastingplicht eindigt.¹⁰⁴ Bij totstandkoming van art. 3.60 Wet IB 2001 is bovendien beargumenteerd dat het de bedoeling van de wetgever was om ook partiële overdracht van de onderneming onder de eindafrekeningsverplichting van art. 16 Wet IB 1964 te brengen.¹⁰⁵ De Hoge Raad heeft dit bevestigd: de bedoeling van de wetgever prevaleert boven de tekst.¹⁰⁶ Deze uitspraak staat in schril contrast met een eerdere uitspraak van de Hoge Raad, waarin is bepaald dat het niet mogelijk is om met een beroep op de bedoeling van de wetgever te bereiken dat een wettekst wordt uitgelegd zoals deze niet is geformuleerd.¹⁰⁷ Hoe dat ook zij, introductie van art. 3.60 Wet IB 2001 en art. 15c Wet VpB 1969 heeft tot gevolg gehad dat de wettekst overeenstemt met de bedoeling van de wetgever. Hierna volgt een korte beschrijving van de bepalingen in de inkomstenbelasting (onderdeel A) en de vennootschapsbelasting (onderdeel B).

A. Inkomstenbelasting

Zoals is vermeld regelt art. 3.60 Wet IB 2001 de partiële eindafrekening waar art. 3.61 Wet IB 2001 fungeert als een zogenoemde ‘vangnetbepaling’. Deze bepalingen voorkomen gezamenlijk dat ongerealiseerde voordelen die op basis van art. 3.8 Wet IB 2001 tot de totale winst van een IB-onderneming behoren als gevolg van de overdracht van (een gedeelte van) de onderneming naar het buitenland buiten het Nederlandse heffingsbereik vallen. Bij het ontbreken van deze artikelen zouden vermogensbestanddelen zonder additionele heffing overgedragen kunnen worden aan het buitenlandse deel van de onderneming. Eenmaal in het buitenland, kan Nederland geen heffingsbevoegdheid meer uitoefenen op deze vermogensbestanddelen.

Art. 3.60 Wet IB 2001 is van toepassing indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: er moeten vermogensbestanddelen of zelfstandige onderdelen van de onderneming worden overgedragen aan de buitenlandse onderneming waaruit de belastingplichtige winst geniet en de belastingplichtige moet ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn. Aan het ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn is geen termijn verbonden. Opmerkelijk is dat hierbij slechts wordt aangesloten bij de woonplaats op basis van de nationale wet, en niet de woonplaats op basis van het verdrag. Naar mijn mening zou het artikel in dit opzicht meer moeten aansluiten bij art.

¹⁰¹ Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht IB.4.6.1.I.a*.

¹⁰² *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 116 (MvT)*.

¹⁰³ *Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 463-464*.

¹⁰⁴ HR 27 augustus 1997, *BNB 1998/50*.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 116 (MvT)*.

¹⁰⁶ HR 1 maart 2013, *BNB 2014/94*.

¹⁰⁷ HR 24 januari 1996, *BNB 1996/138*.

15c Wet VpB 1969 (zie onderdeel B), waarbij naast de nationale wetgeving ook wordt verwezen naar belastingverdragen en belastingregelingen. Op deze manier kan voorkomen worden dat een heffingslek ontstaat ingeval volgens de nationale wetgeving nog sprake is van inwonerschap (en dus geen eindafrekening volgt), terwijl dit heffingsrecht niet kan worden uitgeoefend omdat de heffingsbevoegdheid ingevolge het verdrag is toegewezen aan het verdragsland. Voor toepassing van art. 3.60 Wet IB 2001 worden de vermogensbestanddelen geacht te zijn vervreemd tegen waarde in het economische verkeer op het moment direct voorafgaand aan het ophouden van de binnenlandse belastingplicht.

Art. 3.61 Wet IB 2001 is een vangnetbepaling in de zin dat voordelen die nog niet uit anderen hoofde in aanmerking zijn genomen, worden belast op grond van dit artikel. Deze voordelen worden dan gerekend tot de winst in het kalenderjaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland uit de onderneming winst te genieten.

Indien de belastingplichtige is geëmigreerd naar een land in de EU/EER, dan kan uitstel van betaling worden verleend voor de verschuldigde belasting op basis van art. 25a IW 1990. Hiervoor moet wel voldoende zekerheid worden gesteld. Het uitstel is daarnaast rentedragend. Dit uitstel wordt ingevolge art. 25a lid 2 IW 1990 beëindigd indien de belastingschuldige na de emigratie naar een land binnen de EU/EER emigreert naar een land buiten de EU/EER, indien de belastingschuldige terugkeert naar Nederland, indien niet meer voldoende zekerheid is gesteld of indien de stille reserves in de vermogensbestanddelen daadwerkelijk worden gerealiseerd. Hier is het systeem van de conserverende aanslag dus niet aan de orde. De belastingplichtige kan er ook voor kiezen om de belastingschuld in tien gelijke jaarlijkse termijnen te voldoen. De vertrekkende ondernemer kan er uiteraard ook voor kiezen om de belastingschuld direct te voldoen. Veelal zal dit laatste niet mogelijk zijn omdat de liquiditeiten ontbreken doordat door emigratie geen winst wordt gerealiseerd. In het volgende onderdeel komt een en ander nader aan de orde in het kader van de EU-rechtelijke aspecten.

B. Vennootschapsbelasting

Art. 15c en 15d Wet VpB 1969 bewerkstelligen dat ongerealiseerde voordelen die op basis van art. 3.8 Wet IB 2001 tot de totale winst van de belastingplichtige vennootschap behoren als gevolg van overdracht van vermogensbestanddelen gevolgd door zetelverplaatsing naar het buitenland buiten het Nederlandse heffingsbereik vallen. De belastingplichtige is de vennootschap zoals is omschreven in art. 2 en 3 Wet VpB 1969.

Art. 15c Wet VpB 1969 regelt dat vermogensbestanddelen worden geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer indien de belastingplichtige voor toepassing van de Wet VpB 1969, het belastingverdrag, de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK) of de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: BRN) niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland, althans voor zover deze vermogensbestanddelen nadien niet meer behoren tot de belastbare winst. In de tekst van het artikel was initieel ten onrechte opgenomen dat de eindafrekening alleen van toepassing is indien een materiële onderneming werd gedreven (de term ‘onderneming’ werd gehanteerd), wat beleggingsinstellingen zou uitsluiten van de heffing.¹⁰⁸ De Hoge Raad heeft bevestigd dat de exithet niet zo restrictief moet worden uitgelegd dat alleen vennootschappen die een onderneming drijven in materiële zin onder de regeling vallen.¹⁰⁹ De tekst is vanaf 2002 aangepast, zodat vennootschappen die geen materiële onderneming drijven ook onder de bepaling vallen. Tevens is de partiële eindafrekening van toepassing in de situatie waarin de binnenlandse belastingplicht overgaat in de buitenlandse belastingplicht.¹¹⁰ Tot slot is art. 15c Wet VpB 1969 nog van toepassing indien vermogensbestanddelen worden overgedragen door de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid. Hierop wordt niet verder ingegaan.

Art. 15d Wet VpB 1969 fungeert net als art. 3.61 Wet IB 2001 als vangnetbepaling. De bepalingen zijn dan ook vergelijkbaar. Voor art. 15d Wet VpB 1969 geldt dat alle voordelen die nog niet uit anderen hoofde in de belastingheffing zijn betrokken, moeten worden gerekend tot de winst van het jaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland winst te genieten.

¹⁰⁸ Bellingwout, *WFR* 2001/271.

¹⁰⁹ HR 14 december 2001, *BNB* 2002/208.

¹¹⁰ HR 1 maart 2013, *BNB* 2013/94.

Op verzoek van de belastingplichtige kan de belastingsschuld die is ontstaan ten gevolge van de toepassing van art. 15c en 15d Wet VpB 1969 ingevolge art. 25b IW 1990 in vijf jaarlijkse termijnen worden afbetaald. Deze faciliteit wordt alleen verleend indien de belastingplichtige gevestigd is in een lidstaat van de EU, tenzij de belastingplichtige gevestigd is in een EER-staat en Nederland met die staat een verdrag overeen is gekomen dat voorziet in wederzijdse bijstand bij invordering van belastingsschulden. Het uitstel van betaling wordt beëindigd indien de belastingsschuldige niet meer is gevestigd in de EU/EER-staat, indien niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden van het uitstel, indien niet meer voldoende zekerheid is gesteld of indien de voordelen daadwerkelijk worden gerealiseerd.

3.4.2. EU-aspecten

3.4.2.1. Toetsbaarheid van exitheffingen voor vennootschappen aan het recht op vrije vestiging

Evenals de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer, zijn de exitheffingen in de winstfeer heffingen over de vermogensaanwas van vermogensbestanddelen. Ook in het geval van de exitheffingen in de winstfeer wordt geheven over ongerealiseerde vermogensvermeerderingen, terwijl bij zuiver binnenlandse zetelverplaatsingen slechts wordt geheven over gerealiseerde vermogensvermeerderingen. Dit levert een verschil in behandeling op die eventueel (al dan niet onder omstandigheden) strijdig kan zijn met het EU-recht. Echter, voordat vennootschappen een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging en eventuele strijdigheid vastgesteld kan worden, moeten zij eerst toegang hebben tot het VwEU. Vennootschappen zijn immers opgericht naar het recht van de oprichtingsstaat, waardoor de vraag rijst of de oprichtingsstaat beperkende maatregelen aan de vennootschap kan opleggen zonder tussenkomst van het primaire EU-recht. Dit onderdeel komt daarom in deze paragraaf eerst aan bod aan de hand van enkele arresten op het gebied van vennootschapsrecht.

Hoewel het arrest *Daily Mail* voornamelijk relevant was in verhouding tot het vennootschapsrecht, en daarmee niet direct betrekking heeft op de EU-rechtelijke houdbaarheid van exitheffingen in de winstfeer, heeft de uitspraak de discussie omtrent de exitheffingen in de Wet VpB 1969 doen aanwakkeren.¹¹¹ In deze zaak wenste een naar het recht van het Verenigd Koninkrijk opgerichte vennootschap haar zetel naar Nederland te verplaatsen. Het Verenigd Koninkrijk hanteert net als Nederland het incorporatiestelsel, wat inhoudt dat de rechtspersoon wordt beheerst door zijn oprichtingsrecht. Het land van de statutaire zetel vormt als het ware het aanknopingspunt voor het van toepassing zijnde vennootschapsrecht. De zetelverplaatsing van *Daily Mail* naar Nederland zou daarom worden beoordeeld aan de hand van het Engelse vennootschapsrecht. *Daily Mail* beoogde vervolgens na zetelverplaatsing een gedeelte van haar aandelenbezit te verkopen. Doordat Nederland bij binnenkomst een *step-up* verleent, kon de heffing inzake de vermogenswinst die ontstaat bij deze vervreemding worden afgeschud. De Britse belastingclaim ging dan immers verloren en Nederland belast slechts de meerwaarde die is opgebouwd gedurende de Nederlandse belastingplicht (en dat was direct na zetelverplaatsing nihil). Het incorporatiestelsel lijkt niet in de weg te staan aan de zetelverplaatsing: de vennootschap wordt in Nederland beoordeeld aan de hand van het Engelse vennootschapsrecht. Wat wel in de weg stond aan de zetelverplaatsing is de toestemming van de Engelse fiscus voorafgaand aan zetelverplaatsing.¹¹² Deze toestemming vormde een voorwaarde die onlosmakelijk was verbonden met emigratie met behoud van rechtspersoonlijkheid uit het Verenigd Koninkrijk. Tenminste, dat heeft het Hof van Justitie (mijns inziens ten onrechte) aangenomen. Vormt dit een belemmering van de vestigingsvrijheid? Het Hof van Justitie oordeelde dat vennootschappen enkel bestaan bij gratie van de nationale wet.¹¹³ De verschillen tussen de nationale regelingen met betrekking tot de aanknopingspunt en de mogelijkheid tot zetelverplaatsing naar een andere lidstaat zijn daarmee onderdelen die niet worden bestreken door het vrije verkeer van vestiging, maar nader geregeld moeten worden in regelgeving of overeenkomsten.¹¹⁴ Als gevolg van deze uitspraak kon *Daily Mail* haar zetel niet verplaatsen naar Nederland.¹¹⁵ Ingevolge het arrest *Daily Mail* is het daarmee mogelijk om voorwaarden te stellen aan zetelverplaatsing, zoals bijvoorbeeld het opleggen van een exitheffing. Toetsing van de exitheffing aan de verkeersvrijheden lijkt daarmee niet aan de orde.

¹¹¹ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87.

¹¹² Daarmee heeft het Hof van Justitie volgens Van Thiel een vraag beantwoord die het belastingrecht betreft, maar niet het vennootschapsrecht. De verkeerde vraag is dus beantwoord. Zie Van Thiel 2018/20.3.

¹¹³ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (*Daily Mail*), r.o. 19.

¹¹⁴ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (*Daily Mail*), r.o. 23.

¹¹⁵ HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87 (*Daily Mail*), r.o. 25.

De zaak *Überseering* brengt enige verduidelijking aan in deze zienswijze.¹¹⁶ *Überseering B.V.*, een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap verplaatste de werkelijke zetel naar Duitsland. Duitsland hanteerde destijds de werkelijke zetelleer. Dat wil zeggen dat de plaats van de werkelijke zetel het aanknopingspunt vormt voor het van toepassing zijnde vennootschapsrecht. Hoewel *Überseering* dus gevestigd werd in Duitsland en was onderworpen aan het Duitse vennootschapsrecht, werd de rechtsbevoegdheid en de procesbevoegdheid van de vennootschap niet erkend. In tegenstelling tot het arrest *Daily Mail* draaide het in deze zaak daarmee om de vraag of het gebrek aan erkenning van de lidstaat ná zetelverplaatsing in strijd kan zijn met het vrije verkeer van vestiging. Het Hof van Justitie herhaalde enkele onderdelen uit het arrest *Daily Mail* letterlijk, waaronder dat een naar een nationale rechtsorde opgerichte vennootschap ‘enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving’.¹¹⁷ Deze nationale wetgeving bepaalt dan ook de oprichtings- en werkingsvoorwaarden. Beide uitspraken hebben daarmee tot gevolg dat het Europese recht geen invloed heeft op deze voorwaarden. Kortom, het Hof van Justitie accepteert de gevolgen van het verschil in toepassing tussen het incorporatiestelsel en het werkelijkezetelstelsel. Daarnaast oordeelde het Hof van Justitie dat als een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat verplaatst met behoud van haar rechtspersoonlijkheid (het incorporatiestelsel), de lidstaat van ontvangst de rechtsbevoegdheid moet erkennen.¹¹⁸ De vrijheid van vestiging is in deze situatie dus van toepassing. Het is naar mijn mening jammer dat in deze uitspraak wordt voortgebouwd op de argumenten uit het arrest *Daily Mail*, nu op deze uitspraak wel wat valt af te dingen. De argumenten zijn gebaseerd op een foutieve aanname van het Hof van Justitie, en daarnaast is de verkeerde rechtsvraag beantwoord (zie eerder). Aan de andere kant is het arrest *Überseering* niet de juiste zaak om deze fouten te herstellen. Deze zaak betreft immers een andere situatie dan die van het arrest *Daily Mail*. De zaak *Überseering* betreft immers de vestigingsvrijheid in relatie tot het land van binnenkomst, terwijl het arrest *Daily Mail* ziet op de vestigingsvrijheid in relatie tot het land van vertrek.

Het arrest *Cartesio* veranderde de betekenis van voornoemde jurisprudentie.¹¹⁹ Waar lidstaten op basis van de arresten *Daily Mail* en *Überseering* een vennootschap naar believen mogen belemmeren bij het verplaatsen van haar zetel (door Koerts ‘de doodsteek’ genoemd),¹²⁰ terwijl bij inkomende vestiging wel wordt vastgehouden aan de vrijheid van vestiging, opent het arrest *Cartesio* de weg naar vrijheid van vestiging in beide situaties. *Cartesio* is een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap (vergelijkbaar met een Nederlandse commanditaire vennootschap) die haar zetel naar Italië wenste te verplaatsen met behoud van Hongaarse rechtspersoonlijkheid. Zowel Hongarije als Italië hanteren echter het werkelijkezetelstelsel.¹²¹ In lijn met de arresten *Daily Mail* en *Überseering* oordeelde het Hof van Justitie dat het oprichtingsland zelf mag bepalen welke aanknopingspunten de lidstaat hanteert voor het van toepassing zijnde vennootschapsrecht.¹²² Het Hof van Justitie kan dit niet afdwingen. Deze bevoegdheid strekt echter niet zo ver dat het nationale recht inzake de oprichting en ontbinding van vennootschappen nooit in het vaarwater kan komen van de vrijheid van vestiging.¹²³ In het bijzonder mag de nationale wetgeving geen rechtvaardiging vormen voor het beletten van omzetting van een vennootschap naar een vennootschap naar het nationale recht van die andere staat door het vereisen van ontbinding en liquidatie van de vennootschap. Deze belemmering vormt een inbreuk op de vrijheid van vestiging en is alleen gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Dit impliceert dat exitheffingen kunnen worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, mits de lidstaat van ontvangst voorziet in een nationaliteitswissel. Na deze uitspraak blijft echter onduidelijk of Nederland verplicht kan worden te voorzien in een nationaliteitswissel in geval de werkelijke zetel naar Nederland wordt verplaatst vanuit een land dat de werkelijke zetelleer hanteert. Bellingwout is van mening dat in dat geval sprake is van een dispariteit, waardoor Nederland niet verplicht is te voorzien in de nationaliteitswissel.¹²⁴ Een erg onbevredigende uitkomst, nu dit tot gevolg heeft dat de vennootschap ‘gestript’ zou worden van enig vennootschapsrecht.

¹¹⁶ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00.

¹¹⁷ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (*Überseering*), r.o. 67.

¹¹⁸ HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (*Überseering*), r.o. 81.

¹¹⁹ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*).

¹²⁰ Koerts, *WFR* 2009/529, par. 4.1.

¹²¹ Italië echter alleen voor situaties waarin Italië het land van ontvangst vormt (inbound), dus niet voor binnenlandse situaties. Dan geldt het incorporatiestelsel.

¹²² HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 110.

¹²³ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 112.

¹²⁴ Bellingwout, *WFR* 2009/217, par. 7.4.

Tot slot moet nog kort worden stilgestaan bij de grensoverschrijdende fusie in relatie tot het recht van vrije vestiging. De zaak waarbij dit als eerste aan de orde komt is het *Sevic*.¹²⁵ Een fusieovereenkomst bewerkstelligde de overdracht onder algemene titel van Security Vision Concept SA te Luxemburg aan Sevic Systems AG te Duitsland. De Luxemburgse entiteit werd daarbij zonder liquidatie ontbonden. Het Duitse recht voorzag echter niet in een rechtsgeldige omzetting van de Luxemburgse entiteit door middel van fusie, waardoor inschrijving in het Duitse handelsregister werd geweigerd. Het Hof van Justitie achtte deze weigering in strijd met het recht op vrije vestiging. Grensoverschrijdende fusies worden immers nadeliger behandeld dan een binnenlandse fusie. Volgens het Hof van Justitie kan iedere maatregel die ‘de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt, door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat’ worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.¹²⁶ In het bijzonder lijkt het hierbij dus te gaan om maatregelen in de staat van ontvangst die kunnen worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Ingevolge het arrest *Cartesio* ligt hierin het onderscheid tussen de arresten *Sevic* en *Daily Mail*.¹²⁷ Ondanks het verschil tussen deze arresten werd in een later arrest onder verwijzing naar het arrest *Sevic* de vrijheid van vestiging in de lidstaat van vertrek door het Hof van Justitie van toepassing geacht.¹²⁸ Sindsdien lijkt het Hof van Justitie het recht van vestiging altijd van toepassing te vinden op grensoverschrijdende fusies.¹²⁹ Dit leidt tot de conclusie dat maatregelen in de lidstaat van vertrek evenals maatregelen in de lidstaat van ontvangst, zowel bij grensoverschrijdende fusies als bij andere grensoverschrijdende zetelverplaatsingen, kunnen worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Dit ligt naar mijn mening in de rede omdat elke grensoverschrijdende reorganisatie (fusie of anderszins) de verplaatsing van de werkelijke leiding tot gevolg heeft. Fusies zouden daarom in dezelfde mate geraakt moeten worden door de vrijheid van vestiging als andere zetelverplaatsingen.

3.4.2.2. Strijdigheid met EU-recht (?)

Exitheffingen in de Wet VpB 1969 kunnen ingevolge de jurisprudentie uit het vorige onderdeel evenals art. 3.60 en art. 3.61 Wet IB 2001 worden getoetst aan het EU-recht. In 2006 heeft de Europese Commissie een standpunt ingenomen over hoe exitheffingen in de winstfeer zich verhouden tot de vrijheid van vestiging.¹³⁰ De Europese Commissie stelt in deze mededeling dat het arrest *De Lasteyrie* enige duidelijkheid geeft over exitheffingen in het algemeen,¹³¹ te weten dat exitheffingen tot gevolg hebben dat de vrijheid van vestiging wordt belemmerd omdat inwoners worden belast op basis van gerealiseerde winsten, terwijl vertrekkende inwoners belast worden over de opgebouwde winsten. Wanneer een lidstaat het recht uitoefent om te heffen over datgene dat is opgebouwd gedurende het inwonerschap binnen het territorium van die lidstaat, moet dit op een wijze waarop geen inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van vestiging. Dit betekent dat de belasting die verschuldigd is ingevolge de exitheffing niet direct mag worden ingevorderd. Daarnaast volgt uit de arresten *De Lasteyrie* en *N* dat geen voorwaarden verbonden mogen zijn met belastinguitstel.¹³² Deze voorwaarden, die dienen tot het behouden van de belastingclaim, vormen namelijk kosten voor de belastingbetaler die proportioneel moeten zijn aan het doel. Het verlangen van zekerheid of andere nadere voorwaarden voor het belastinguitstel vormen een disproportionele last voor de belastingbetaler. In deze mededeling trekt de Europese Commissie de lijn van de jurisprudentie betreffende de exitheffing voor natuurlijke personen dus door naar de exitheffingen binnen de ondernemingsfeer. Dit volgt volgens de Europese Commissie uit het feit dat met uitzondering van één paragraaf de term ‘belastingbetaler’ wordt gehanteerd in het arrest *De Lasteyrie*, en daarmee niet specifiek wordt gerefereerd naar belastingen ten laste van natuurlijke personen.¹³³ Ook in het arrest *Sevic* wordt gerefereerd naar de zaak *De Lasteyrie* in relatie tot grensoverschrijdende fusies van vennootschappen, wat erop wijst dat ook in deze

¹²⁵ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-411/03 (*Sevic*).

¹²⁶ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-411/03 (*Sevic*), r.o. 18.

¹²⁷ HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), r.o. 122.

¹²⁸ HvJ EU 8 maart 2017, nr. C-14/16 (*Euro park Service*), r.o. 28.

¹²⁹ Zie ook HvJ EU 23 november 2017, nr. C-292/16 (*A Oy*); HvJ EU 22 maart 2018, nr. C-327/16 en C-421/16 (*Jacob en Lassus*).

¹³⁰ Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, Brussel, 19 december 2006, COM (2006) 825.

¹³¹ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

¹³² HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*); HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*).

¹³³ COM (2006) 825, p. 5.

situatie het arrest *De Lasteyrie* toepassing vindt.¹³⁴ Logischerwijs vindt dan eveneens het arrest *N* toepassing op rechtspersonen. Uit de Resolutie van de Raad van 2008 volgde echter dat de lidstaat van vertrek het recht kan voorbehouden de in die staat opgebouwde reserves te belasten en dat de lidstaat van binnenkomst in dat geval een *step-up* moet verlenen, zonder zich uit te laten over eventueel belastinguitstel.¹³⁵ Tot dusver bleef het dan ook onduidelijk hoe de exitheffingen in de winstsfeer zich verhouden tot het EU-recht.

Pas ten gevolge van het arrest *National Grid Indus* kwam enige duidelijkheid omtrent de exitheffingen in relatie tot het primaire EU-recht.¹³⁶ In deze zaak kwam aan bod of de exitheffing die Nederland oplegde ter zake van de zetelverplaatsing met behoud van het oprichtingsrecht van National Grid Indus B.V. naar het Verenigd Koninkrijk in strijd was met de vrijheid van vestiging. Het ging in het bijzonder om een valutaresultaat van een lening aan een groepsmaatschappij, een valutawinst die in het Verenigd Koninkrijk niet meer tot uitdrukking zou komen. Door toepassing van het voorzichtigheidsbeginsel is deze valutawinst vooralsnog onbelast gebleven. De exitheffing brengt hier verandering in. Het is opmerkelijk dat het kenmerkende arrest met betrekking tot exitheffingen dus eigenlijk geen betrekking heeft op winst, maar op valutaresultaat. De lidstaten betogen dat de vennootschap zich niet kan beroepen op de vrijheid van vestiging omdat het hier gaat om belastingmaatregelen die zijn opgelegd door de oprichtingsstaat. Deze belastingmaatregelen hangen daarmee samen met het nationale recht van de oprichtingsstaat. De vrijheid van vestiging laat de bevoegdheid tot het opleggen van een exitheffing daarom onverlet.¹³⁷ Daarentegen stelt A-G Kokott dat de vennootschap ingevolge de incorporatieleer nog steeds voldoet aan de vereisten van het recht van de staat van oprichting.¹³⁸ De vennootschap kan zich daarmee nog beroepen op de vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie volgt deze redenering.¹³⁹ Vervolgens kwam de vraag aan de orde of het recht op vrije vestiging zich verzet tegen een exitheffing die de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen belast zonder dat deze regeling voorziet in uitstel van betaling en zonder rekening te houden met eventuele waardeverminderingen. Het Hof van Justitie oordeelt in lijn met de arresten *De Lasteyrie* en *N* dat de vennootschap ten gevolge van de zetelverplaatsing een liquiditeitsnadeel ondervindt ten opzichte van vennootschappen die niet tot zetelverplaatsing overgaan.¹⁴⁰ Dit verschil zorgt ervoor dat een vennootschap naar Nederlands recht ontmoedigd zal worden haar zetel naar het buitenland te verplaatsen. De exitheffing vormt daarom een belemmering van de vrijheid van vestiging. Deze belemmering is toelaatbaar indien deze is gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende vereisten van algemeen belang. Daarbij moet de beperking geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag de beperking niet verder gaan dan nodig is. De rechtvaardigingsgrond die in deze zaak is aangedragen is de waarborging van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel. Deze rechtvaardigingsgrond is een legitieme rechtvaardigingsgrond die ook in andere jurisprudentie een rol heeft gespeeld.¹⁴¹ Het Hof van Justitie oordeelt dat deze rechtvaardigingsgrond toepassing vindt: 'Een dergelijke maatregel strekt er immers toe om situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden.'¹⁴² Vervolgens betoogt de Europese Commissie dat de lidstaat van oorsprong gehouden is eventuele waardeverminderingen ter zake van de activa in aanmerking te nemen, zoals immers ook uit het arrest *N* volgt.¹⁴³ In dit opzicht wijkt het Hof van Justitie af van de reeds gewezen jurisprudentie. In geval van een vennootschap bestaat een verband tussen de belastbare winst en de activa van een vennootschap, omdat de aanwezige activa rechtstreeks zijn bestemd voor het maken van winst. Na zetelverplaatsing ligt de heffingsbevoegdheid bij de andere staat, en deze moet dan ook het verlies in aanmerking nemen dat optreedt na zetelverplaatsing. Het vrije verkeer van vestiging biedt daarmee niet de garantie dat een zetelverplaatsing fiscaal neutraal kan plaatsvinden.¹⁴⁴ Tot slot komt de invordering aan de orde. Volgens de lidstaten is onmiddellijke

¹³⁴ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (*Sevic*).

¹³⁵ Resolutie van de raad van 2 december 2008 betreffende de coördinatie van exitheffingen, *PbEG* 2008, C 323/1.

¹³⁶ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*).

¹³⁷ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 23.

¹³⁸ Concl. A-G Kokott, bij HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), par. 25.

¹³⁹ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 33.

¹⁴⁰ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 37.

¹⁴¹ HvJ EU 13 december 2005, nr. C-446/03 (*Marks & Spencer*); HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*); HvJ EU 15 mei 2008, nr. C-414/06 (*Lidl Belgium*).

¹⁴² HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 46.

¹⁴³ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04, r.o. 54 (*N*).

¹⁴⁴ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 62.

invordering van de belasting noodzakelijk omdat het monitoren van de activa die aanwezig waren ten tijde van de zetelverplaatsing te ingewikkeld zou zijn. Het monitoren zal echter niet in alle gevallen ingewikkeld zijn, waardoor onmiddellijke invordering in deze gevallen onevenredig uitwerkt. De lidstaten kunnen in dat geval voorzien in de keuze tot uitstel van betaling (eventueel met rente). In deze oplossing kan ik me vinden. Indien gekozen is voor uitstel, wegen de administratieve lasten schijnbaar niet op tegen het voordeel van het uitstel. Dit is mijns inziens in overeenstemming met de toepassing van de proportionaliteits eis. Immers, de keuze maakt dat de belastingplichtige de minst belastende en vergaande methode kan toepassen.¹⁴⁵ Wel staat het de lidstaten vrij om het risico van niet-invordering te mitigeren middels maatregelen, zoals het invoeren van een bankgarantie. Dit terwijl het vereiste van bankgarantie op grond van eerdere jurisprudentie wel een onevenredige inbreuk vormde op de vrijheid van vestiging.¹⁴⁶

Over het stellen van zekerheid is na het arrest *National Grid Indus* nog een interessant arrest geweest, namelijk het arrest *DMC*.¹⁴⁷ In deze zaak draaide het om twee GmbH's die naar Oostenrijks recht waren opgericht en ook aldaar waren gevestigd. Deze twee entiteiten waren in Duitsland buitenlands belastingplichtig ter zake van hun aandeel in een transparante commanditaire vennootschap. De Oostenrijkse GmbH's brachten dit aandeel in, in de beherend vennoot van de commanditaire vennootschap tegen uitreiking van aandelen. Deze beherend vennoot was een naar Duits opgerichte en in Duitsland gevestigde GmbH. Duitsland kent ter zake van deze rechtshandeling geen doorschuifregeling, dus werd een aanslag opgelegd ter hoogte van de belasting over de eindafrekeningswinst. Deze aanslag kan ingevolge de Duitse wet in vijf jaarlijkse termijnen worden betaald, mits zekerheid wordt gesteld voor deze termijnbetaling. Het Hof van Justitie oordeelde onder verwijzing naar het arrest *National Grid Indus* dat een lidstaat rekening kan houden met het risico van niet-invordering.¹⁴⁸ Deze zekerheden hebben echter een belemmerende werking.¹⁴⁹ Het stellen van zekerheid kan daarmee niet worden geëist zonder dat het risico van niet-invordering is ingeschat. Het arrest *National Grid Indus* heeft daarmee de weg naar zekerheidsstelling geopend, en het arrest *DMC* heeft hier verdere invulling aan gegeven. Ook is het arrest *DMC* het eerste arrest inzake de exitheffing in de winstsfeer waarbij het in het onderhavige geval niet draaide om een valutaresultaat. Enige twijfels die nog bestonden ter zake van de rechtmatigheid van de exitheffing in de winstsfeer zijn met dit arrest definitief uit de wereld. In de volgende alinea wordt nog kort ingegaan op de vraag of de zaak *National Grid Indus* maatgevend is voor de exitheffingen in de winstsfeer.

Bij de uitspraak in het arrest *National Grid Indus* kan verder nog een kritische aantekening worden gemaakt. Het verschil in behandeling tussen het arrest *National Grid Indus* enerzijds en de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* anderzijds laat zich namelijk raden. In het arrest *National Grid Indus* legt het Hof de nadruk op het feit dat activa bestemd zijn voor het maken van winst en dat waardeveranderingen van die activa voortkomen uit afschrijvingen. Bij financiële activa (zoals de groepslening in het onderhavige geval) gaat dit niet op. De waardeveranderingen hangen hierbij namelijk niet samen met het gebruik van de activa. Evenals Van Gelder en Niels kan ik dit verschil niet goed plaatsen.¹⁵⁰ Het is dan ook opmerkelijk dat een arrest inzake een valutaresultaat maatgevend is voor de exitheffingen problematiek in de winstsfeer. Het Hof van Justitie gaat echter nadrukkelijk in op de situatie waarbij wordt geheven over de vermogensaanwas in activa, waardoor ik constateer dat het arrest *National Grid Indus* wel degelijk als maatgevend moet worden beschouwd voor exitheffingen in de winstsfeer.¹⁵¹ Verder ben ik het eens met het Hof van Justitie dat het moeilijk is om bij te houden hoeveel van de waardevermindering van een materieel activum die zich voordoet na zetelverplaatsing nog toerekenbaar is aan de vertrekstaat. Immers, beide lidstaten kennen verschillende systemen voor waardering en afschrijving waardoor het toerekenen van waardevermindering aan gebruik een opgave kan zijn. In het geval van het arrest *National Grid Indus* is dit echter niet aan de orde, nu het in het geval van *National Grid Indus* draaide om een valutaresultaat. Van een valutaresultaat is de waardevermindering gemakkelijk te bepalen

¹⁴⁵ Naar aard en context wijkt deze problematiek dan ook af van de lijn die is gevolgd in HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-440/08 (*Gielen*). In dit arrest is bepaald dat de keuze voor een niet-discriminerende belastingregeling de discriminerende gevolgen van een regeling die in strijd is met het EU-recht niet wegneemt.

¹⁴⁶ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 51.

¹⁴⁷ HvJ EU 23 januari 2014, nr. C-164/12 (*DMC*).

¹⁴⁸ HvJ 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 74; HvJ EU 23 januari 2014, nr. C-164/12 (*DMC*), r.o. 65.

¹⁴⁹ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*), r.o. 47; HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04, r.o. 51 (*N*), r.o. 36.

¹⁵⁰ Van Gelder & Niels, *WFR* 2012/490, par. 4.3.

¹⁵¹ Anders: Concl. Mengozzi bij HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (*Cie/Portugal*), par. 33.

aan de hand van de koers. Daarnaast stelt het Hof van Justitie dat het in aanmerking nemen van latere waardedalingen in de staat van vertrek dubbele belastingheffing of dubbele verliesverrekening tot gevolg kan hebben. Het is me onduidelijk hoe dit het geval kan zijn als de vertrekstaat het verlies alleen in aanmerking neemt indien de vestigingsstaat hier niet toe overgaat (in lijn met het arrest *N*). Daarnaast stelt A-G Kokott dat indien het verlies dat ontstaat na zetelverplaatsing niet in aanmerking wordt genomen door de vertrekstaat, het gevaar bestaat dat helemaal geen valutaverlies in aanmerking wordt genomen omdat deze in het Verenigd Koninkrijk niet tot uitdrukking komt.¹⁵² Uit het arrest *Deutsche Shell* volgt namelijk dat een valutaverlies vanwege de aard van dit verlies slechts in aanmerking kan en moet worden genomen in de lidstaat waar deze tot uitdrukking komt.¹⁵³ Het Hof van Justitie lijkt uit het oog te verliezen dat het in het arrest *National Grid Indus* net als in het arrest *Deutsche Shell* gaat om een valutaresultaat. De rechtsregel die volgt uit het arrest *Deutsche Shell* wordt mijns inziens dan ook onterecht niet toegepast op het valutaresultaat in de zaak *National Grid Indus*. Naast voorgaande bezwaren volgt de gelijke behandeling van rechtspersonen en natuurlijke personen met betrekking tot het VwEU uit art. 54 VwEU. Een verschillende behandeling tussen rechtspersonen enerzijds en natuurlijke personen anderzijds vind ik op basis van deze bepaling alleen geoorloofd indien gelijke behandeling tot onredelijke situaties leidt.

Vooruitlopend op de gevolgen van de uitspraak op de wetgeving, heeft de Staatssecretaris van Financiën een besluit uitgevaardigd dat regelt dat uitstel van betaling kan worden verkregen indien een exithetfing in de zin van art. 15c of 15d Wet VpB 1969, maar ook in de zin van art. 3.60 of art. 3.61 Wet IB 2001 zich voordoet.¹⁵⁴ Initieel was in dit besluit opgenomen dat de ontvanger de mogelijkheden voor het stellen van zekerheid maximaal zal benutten, maar hierop is teruggekomen nog voordat het arrest *DMC* is gewezen, door te stellen dat rekening zal worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval.¹⁵⁵ De betwiste wetgeving was daarmee echter nog niet in overeenstemming met het EU-recht gebracht, waardoor een infractieprocedure volgde.¹⁵⁶ Ook andere lidstaten die een exithetfing hanteerden die niet in overeenstemming met het EU-recht bleek en deze niet tijdig aanpasten (zoals België, Denemarken, Ierland, Spanje en Portugal), werden geconfronteerd met een infractieprocedure. Ondertussen is de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met het EU-recht (de reeds besproken art. 25a en art. 25b IW 1990). Een onderdeel wat naar mijn mening echter nog steeds wrikt met het EU-recht is de invorderingsrente. Invorderingsrente wordt immers bij uitstek berekend bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, maar niet bij een binnenlandse zetelverplaatsing.¹⁵⁷ Daarom vormt de invorderingsrente die verschuldigd is mijns inziens een belemmering.

3.4.2.4. *Natuurlijk persoon vs. rechtspersoon*

De zaak *National Grid Indus* wijkt in een aantal opzichten af van de lijn die door het Hof van Justitie is neergezet in de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Een belangrijk verschil tussen de exithetfing bij natuurlijk personen en rechtspersonen betreft het rekening houden met waardeverminderingen na emigratie c.q. zetelverplaatsing. Bij natuurlijk personen moet de vertrekstaat rekening houden met eventuele waardevermindering na emigratie, terwijl geen rekening hoeft te worden gehouden met waardeverminderingen na grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Als geen rekening wordt gehouden met de waardeverminderingen na vertrek, betekent dit dat de belastingplichtige in totaal te veel belasting afdraagt. Wordt wel rekening gehouden met waardeverminderingen, dan gaat dit ten koste van de belastingopbrengst van de vertrekstaat. Zoals reeds is besproken in onderdeel 3.4.2.3 wijst het Hof van Justitie in dit verband op de activa van een vennootschap die rechtstreeks is bestemd voor het maken van winst. De hoogte van de winst wordt beïnvloed door de afschrijvingen op de activa.¹⁵⁸ Er bestaat dus een verband tussen het recht om over de winst te heffen en de mogelijkheid om verlies in aftrek te brengen. Het territorialiteitsargument in combinatie met het temporele component brengt met zich mee dat de nieuwe vestigingsstaat het recht heeft om te heffen over de winst na zetelverplaatsing, en daarmee ook rekening moet worden gehouden met de verliezen die optreden na zetelverplaatsing. Doet de vestigingsstaat dit niet, dan betekent dit niet dat de vertrekstaat alsnog rekening moet houden met het verlies. Hier kan ik me in vinden, nu een andere invulling ertoe zou leiden dat afbreuk wordt gedaan aan het

¹⁵² Concl. A-G Kokott bij HvJ 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), par. 82-88.

¹⁵³ HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06 (*Deutsche Shell*).

¹⁵⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2011, nr. BLBK 2011/2477M (*Stcrt.* 2011, 23186), par. 3.4.

¹⁵⁵ *Kamerstukken I* 2012/13, 33 262, C, p. 2.

¹⁵⁶ HvJ EU 31 januari 2013, nr. C-301/11 (*Cie/Nederland*).

¹⁵⁷ Van den Hurk & Van den Broek, *WFR* 2012/601.

¹⁵⁸ HvJ 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 56-62.

territorialiteitsbeginsel in combinatie met het temporele component. Voor natuurlijke personen speelt het territorialiteitsbeginsel in combinatie met het temporele component ook een belangrijke rol. Echter, de symmetrie waarop het Hof van Justitie in de zaak *National Grid Indus* doelt, is naar mijn mening niet aanwezig. Het directe verband tussen het maken van winst en de waarde van het aanmerkelijk belang ontbreekt immers.

Daarnaast oordeelde het Hof van Justitie in het arrest *N* dat zekerheidsstelling verder gaat dan strikt noodzakelijk is, vooral gezien de harmonisatiemaatregelen die reeds bestaan op het gebied van bijstand en invordering. Deze richtlijnen gelden voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen,¹⁵⁹ waardoor op het eerste gezicht geen reden is om voor vennootschappen af te wijken van de leer zoals neergelegd in het arrest *N*. Toch wordt in de zaak *National Grid Indus* geoordeeld dat zekerheidsstelling in het geval van vennootschappen wel geoorloofd kan zijn. Hoewel het Hof van Justitie dit niet verder beargumenteert in de zaak *National Grid Indus*, vallen hier wel enkele redenen voor te bedenken. Het belastinguitstel voor vennootschappen kan naar de aard namelijk langer zijn dan die van natuurlijke personen, wat het risico op niet-invordering vergroot.¹⁶⁰ Onder verder dezelfde omstandigheden zou het daarom geoorloofd kunnen zijn dat een rechtspersoon wel zekerheid moet stellen, terwijl geen zekerheid vereist is voor een natuurlijk persoon. Een andere verklaring voor dit verschil in behandeling kan zijn gelegen in het feit dat bij vennootschappen de belastingschuld bij zetelverplaatsing definitief wordt vastgesteld (i.e. er wordt geen rekening gehouden met waardeverminderingen na vertrek), terwijl dit niet het geval is voor natuurlijk personen.¹⁶¹ In dat geval heeft zekerheidsstelling bij vennootschappen een groter belang dan bij natuurlijke personen. Evenwel ben ik het met A-G Mengozzi eens dat het vereiste van bankgarantie strikt moet worden uitgelegd.¹⁶² Slechts indien het risico – ondanks de richtlijnen inzake bijstand en invordering – dusdanig ernstig is, kan mijns inziens bankgarantie worden vereist. Dit is eveneens in lijn met het arrest *DMC*.

Ook verschilt de zaak *National Grid Indus* van die inzake *N* op het gebied van de invorderingsrente. Voor natuurlijk personen (aanmerkelijkbelanghouders) geldt dat geen invorderingsrente berekend mag worden, terwijl dit voor vennootschappen wel is toegestaan. Zoals in onderdeel 3.4.2.3 is besproken, ben ik van mening dat indien bij een binnenlandse verhuizing of zetelverplaatsing geen invorderingsrente in rekening wordt gebracht, ook bij grensoverschrijdende verhuizingen of zetelverplaatsingen geen invorderingsrente mag worden berekend. Hierbij maakt het niet uit of het draait om een emigratie of een grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De bewoordingen van het Hof van Justitie laten deze interpretatiewijze mijns inziens ook toe: ‘In die omstandigheden zou een nationale regeling die de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, de keuze biedt tussen, enerzijds, de onmiddellijke betaling van het bedrag van de heffing, (...), en, anderzijds, de uitgestelde betaling van het bedrag van genoemde heffing, in voorkomend geval inclusief rente *overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling*, (...), een maatregel vormen die, (...), minder zou ingrijpen in de vrijheid van vestiging dan de maatregel die in het hoofdgeding aan de orde is.’¹⁶³ Naar mijn mening houdt de zinsnede ‘overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling’ in dat alleen in de gevallen waarbij de lidstaat op grond van nationaal recht invorderingsrente berekent bij binnenlandse zetelverplaatsingen (zoals bij een belasting over de vermogensaanwas kan voorkomen) tevens invorderingsrente mag worden berekend bij grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. In andere situaties acht ik het heffen van invorderingsrente disproportioneel. Zolang hierover niet geprocedeerd wordt tot aan het Hof van Justitie is hier echter geen uitsluitel over.

Het laatste verschil is daarin gelegen dat voor natuurlijke personen automatisch uitstel van betaling wordt verleend, terwijl vennootschappen hiervoor moeten opteren. Ik acht dit verschil in behandeling begrijpelijk, nu belastinguitstel voor de vennootschap gepaard gaat met administratieve verplichtingen. Deze administratieve last houdt verband met de monitoring van de overgebrachte vermogensbestanddelen en het voordeel van uitstel van betaling, en doet zich als zodanig niet voor bij de aanmerkelijkbelanghouder. Het is daarom begrijpelijk dat vennootschappen kunnen kiezen voor belastinguitstel, terwijl aanmerkelijkbelanghouders automatisch uitstel van belasting krijgen.

¹⁵⁹ Richtlijn 2010/24/EU en richtlijn 2011/16/EU.

¹⁶⁰ HvJ EFTA 3 oktober 2012, nr. E-15/11 (*Arcade Drilling AS*), r.o. 105.

¹⁶¹ Lambooj, *NTRF-B* 2013/3.

¹⁶² Concl. Mengozzi bij HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10 (*Cie/Portugal*), par. 81.

¹⁶³ HvJ 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), r.o. 73.

3.5. Exithetfing in de pensioen- en lijfrentesfeer

3.5.1. De nationale wetgeving

Met art. 3.83 Wet IB 2001 wordt het algemene loonbegrip van art. 3.81 Wet IB 2001 uitgebreid. Uit art. 3.83 Wet IB 2001 volgt namelijk dat als een belastingplichtige (zijnde de werknemer in de zin van art. 2 Wet LB 1964) die gefaciliteerd pensioen heeft opgebouwd emigreert, de economische waarde van de opgebouwde pensioenrechten tot het moment van emigratie tot het belastbare loon worden gerekend. Deze aanspraken worden geacht te zijn genoten direct voorafgaand aan emigratie.¹⁶⁴ De vaststelling van de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenaanspraken wordt vastgesteld aan de hand van art. 13 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting 2001 (hierna: UB IB 2001). Deze waarde wordt verminderd met de waarde van de aanspraken die niet ten laste is gekomen van het belastbaar inkomen uit werk en woning. Hieronder valt de pensioenopbouw over de periode dat de belastingplichtige geen werknemer was in de zin van art. 2 Wet LB 1964. Art. 3.83 Wet IB 2001 bepaalt ook dat het onderbrengen van pensioenrechten bij een niet-toegelaten aanbieder wordt gerekend tot het belastbare loon. Ter zake van de verschuldigde belasting over dit loon wordt een conserverende aanslag opgelegd waarover revisierente en invorderingsrente is verschuldigd ingevolge respectievelijk art. 30i lid 1 AWR 1959 en art. 28 lid 1 IW 1990. De belastingclaim wordt echter pas daadwerkelijk ingevorderd indien zich een ‘besmette handeling’ (waaronder verpanding en afkoop)¹⁶⁵ voordoet. Op deze wijze wordt beoogd het genoten belastingvoordeel in de vorm van gefaciliteerde pensioenopbouw terug te nemen in geval dat het pensioen na emigratie wordt afgekocht of verpand.¹⁶⁶ Doet zich geen besmette handeling voor, dan hoeft ook geen belasting te worden betaald. In zoverre is art. 3.83 Wet IB 2001 een aanvulling op wat in art. 19b Wet LB 1964 is bepaald, inhoudende dat afkoop van een pensioenregeling leidt tot een heffing ineens over de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde aanspraken. Om samenloop met dit artikel te voorkomen, is in art. 3.83 lid 5 een anti-cumulatie bepaling opgenomen. Waar de exithetfingen in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer een heffingslek dichten, lijkt de exithetfing in de pensioen- en lijfrentesfeer daarmee gericht op het tegengaan van oneigenlijk gebruik. Voor conserverende aanslagen opgelegd voor 15 september 2015 geldt overigens een tienjaarstermijn waarna kwijtschelding van de resterende belastingschuld volgt. Vanaf 15 september 2015 is de tienjaarstermijn vervallen.

Art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001 bewerkstelligt dat lijfrentepremies die in het verleden zijn afgetrokken ten laste van het inkomen als negatieve uitgaven voor een inkomensvoorziening in aanmerking worden genomen indien de belastingplichtige emigreert. In dit geval wordt net als bij art. 3.83 Wet IB 2001 een conserverende aanslag opgelegd. De belasting wordt pas ingevorderd indien zich een handeling voordoet zoals omschreven in art. 3.133 Wet IB 2001. De bepaling heeft daarmee veel weg van het reeds aan de orde gekomen art. 3.83 Wet IB 2001. Beide bepalingen heffen over de waarde in het economische verkeer van de aanspraken. Is heffing over de waarde in het economische verkeer niet mogelijk doordat de heffingsbevoegdheid op basis van het verdrag niet wordt toegewezen aan Nederland, dan is art. 3.136 lid 2 Wet IB 2001 (voor lijfrente) of art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001 (pensioen) van toepassing. Het daarover behaalde rendement wordt dan niet in aanmerking genomen. Sinds de 19 juniarresten behoudt Nederland zich als bronstaat in verdragsonderhandelingen de heffingsbevoegdheid ter zake van de waarde in het economische verkeer van de aanspraken voor, waardoor Nederland op basis van deze ‘nieuwe’ verdragen ook kan heffen over het rendement.¹⁶⁷ Hierop wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

3.5.2. EU-aspecten

De exithetfingen in de pensioen- en lijfrentesfeer verschillen van de exithetfingen in de aanmerkelijkbelangsfeer en de winstsfeer in de zin dat het inkomen wordt belast. Dit betekent dat er geen vermogensmutatie gepaard gaat met de exithetfing. Toch kennen de exithetfingen in de pensioen- en lijfrentesfeer evenals de exithetfing in de aanmerkelijkbelangsfeer het systeem van de conserverende aanslag. Dit doet de vraag rijzen of de jurisprudentie die is uitgekristalliseerd in de aanmerkelijkbelangsfeer eveneens van toepassing is op de exithetfingen in de pensioen- en

¹⁶⁴ Art. 3.146 lid 3 Wet IB 2001.

¹⁶⁵ Art. 25 lid 4 IW 1990.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 125.

¹⁶⁷ HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263-266.

lijfrentesfeer. Hierover heeft het Hof van Justitie zich (nog) niet uitgelaten. In dit onderdeel analyseer ik of de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* onverkort van toepassing zijn op de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer.¹⁶⁸

Uit onderdeel 3.5.1 volgt dat de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer de gefaciliteerde pensioen- en lijfrente opbouw (omkeerregel) terugnemen. Effectief hebben de heffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer echter tot gevolg dat de waarde van het pensioenrecht ten tijde van emigratie wordt gerekend tot het inkomen direct voorafgaand aan emigratie. Zowel de Hoge Raad als het Hof van Justitie hebben zich niet nadrukkelijk uitgelaten over de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer, terwijl dit naar mijn mening wel had moeten. Zo heeft A-G Stix-Hackl nauwelijks woorden vuil gemaakt aan de regeling in het Belgische pensioenstelsel, die inhield dat de verzekeraar bij emigratie verplicht was bedrijfsvoorheffing in te houden op de kapitalen en afkoopwaarden voor zover opgebouwd in de periode waarin de belastingplichtige fiscaal inwoner van België was, zelfs als de belastingverdragen het heffingsrecht aan de immigratiestaat toekende.¹⁶⁹ De A-G constateert slechts dat de regeling een belemmering vormt op de vrijheid van werknemers en de vrijheid van vestiging omdat het gaat om een wettelijke fictie die het belasten van een werknemer of zelfstandige op grond van grensoverschrijding mogelijk maakt. Ook de Hoge Raad gaat niet in op de exitheffingen in relatie tot de verkeersvrijheden.¹⁷⁰ Hieruit valt af te leiden dat de conserverende aanslag, zij het in de aanmerkelijkbelangsfeer of de pensioen- en lijfrentesfeer, niet in strijd is met het primaire EU-recht. Tenminste, dit wordt verondersteld.

Voor de vraag of sprake is van een (on)gerechtvaardigde inbreuk op het primair EU-recht, moet de grensoverschrijdende situatie worden vergeleken met de binnenlandse situatie. Hier ligt mijns inziens meteen het grootste knelpunt: de binnenlandse situatie waarbij het pensioen wordt afgekocht kan zich in de regel niet voordoen. In nationale verhoudingen zijn deze besmette handelingen namelijk volgens art. 65 Pensioenwet in zijn geheel niet toegestaan. Dit artikel regelt dat afkoop slechts mogelijk is in specifieke gevallen. Voor lijfrente is afkoop in beginsel overigens wel toegestaan, al heeft de afkoop fiscale consequenties. In grensoverschrijdende gevallen heeft de wetgever middels de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer beoogd afkoop te voorkomen. De belasting inzake de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer wordt immers slechts ingevorderd in het geval zich een besmette handeling voordoet. In andere gevallen wordt de belasting niet ingevorderd. Hier werkt dus duidelijk het anti-misbruikarakter van de exitheffingen door. De vraag is dan met welke situatie de grensoverschrijdende situatie vergeleken moet worden, nu een gelijksoortige binnenlandse situatie niet bestaat. Ik ben van mening dat de grensoverschrijdende situatie waarbij wordt geheven over de waarde in het economische verkeer van het pensioenrecht moet worden vergeleken met de binnenlandse situatie waarbij wordt geheven over de uitkering die voortkomt uit dit opgebouwde pensioenrecht. In beide situaties wordt namelijk geheven over de pensioenaanspraken die zijn opgebouwd gedurende de Nederlandse belastingplicht. In de binnenlandse situatie wordt echter daadwerkelijk toegekomen aan de uitkering. Bij de afkoop van lijfrente is wel sprake van een vergelijkbare binnenlandse situatie. In de binnenlandse situatie wordt de waarde in het economische verkeer van de lijfrenteaanspraken in aanmerking genomen als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen.¹⁷¹ Indien slechts de premieaftrek wordt teruggenomen, is dit echter niet vergelijkbaar met de binnenlandse situatie zoals hiervoor geschetst. Deze premieaftrek houdt geen verband met het opgebouwde pensioen- of lijfrenterecht. De ontbindende voorwaarde waarvoor de premieaftrek destijds is verleend, gaat enkel in vervulling.¹⁷² Daarnaast zijn de besmette handelingen ingevolge art. 3.133 Wet IB 2001 van toepassing op zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties. In zoverre zie ik dus geen belemmering.

Voor de vraag of de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* van toepassing zijn, is het niet relevant of de vrijheid van vestiging toepassing vindt. Het is slechts van belang dat in elk geval een verkeersvrijheid aan de orde is. De toetsingscriteria van de verkeersvrijheden zijn immers identiek (zie par. 3.2). Voor de goede orde merk ik op dat in het geval van de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer de vrijheid van werknemers waarschijnlijk in het geding zal zijn. Indien de emigrerende belastingplichtige naar een lidstaat emigreert, ondervindt hij een belemmering hiervan. Immers, de emigrerende belastingplichtige wordt minder gunstig behandeld dan de belastingplichtige die zijn

¹⁶⁸ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*); HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04, r.o. 51 (*N*).

¹⁶⁹ Concl. A-G Stix-Hackl bij HvJ EG 3 oktober 2006, nr. C-522/04 (*Commissie/België*), par. 59.

¹⁷⁰ HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, 07/13 627, 43 978 en 44 050, ECLI:NL:HR:2009:BI8563.

¹⁷¹ Art. 3.133 lid 1 Wet IB 2001 jo. art. 3.133 lid 2 onderdeel d Wet IB 2001.

¹⁷² HR 7 december 2001, *BNB* 2002/42.

woonplaats behoudt.¹⁷³ De emigrerende belastingplichtige wordt namelijk geconfronteerd met een heffing over de (waarde in het economische verkeer van de) in het verleden in aftrek gebrachte premies, terwijl de belastingplichtige die zijn woonplaats niet verlegt pas met heffing wordt geconfronteerd zodra het pensioen of de lijfrente wordt uitgekeerd.

Bij het opleggen van de conserverende aanslag over de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer wordt geen zekerheid vereist en automatisch uitstel verleend tot het moment dat zich een besmette handeling voordoet. Voor het wijzen van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* was dit in sommige gevallen echter wel een vereiste.¹⁷⁴ Het stellen van zekerheid bij een heffing over het inkomen acht ik een grotere belemmering van de verkeersvrijheden dan bij een heffing over de vermogensaanwas. Het genot van het als zekerheid gehouden vermogen wordt de belastingplichtige onthouden, evenals bij de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder. In tegenstelling tot de aanmerkelijkbelanghouder ondervindt het vermogen van de belastingplichtige die geconfronteerd wordt met een exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer echter geen vermogensvermeerdering. Het stellen van zekerheid bij een belasting over inkomen is daarmee een ernstige inbreuk op de verkeersvrijheden.

De redenatie die het Hof van Justitie in de zaak *N* volgt ter zake van het rekening houden met waardeverminderingen na emigratie, gaat mijns inziens ook op voor de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer, voor zover wordt geheven over de waarde in het economische verkeer van het pensioenrecht.¹⁷⁵ Door geen rekening te houden met eventuele waardeverminderingen van het pensioenrecht kan de heffing immers hoger uitvallen dan de heffing bij een belastingplichtige die zijn woonplaats niet heeft verlegd en het pensioen wordt uitgekeerd. Vanwege het anti-misbruikarakter van de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer, acht ik dit echter niet onoverkomelijk. Het voorgaande brengt met zich mee dat niet over de volledige economische waarde van de pensioenaanspraken die zijn opgebouwd gedurende de Nederlandse belastingplicht geheven mag worden. Enkel over het deel van de economische waarde dat is ontstaan in de periode van de Nederlandse belastingplicht mag geheven worden.

Tot zover zijn de zaken *De Lasteyrie du Saillant* en *N* naar mijn mening van toepassing op de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer. De exitheffing vormt een belemmering van de verkeersvrijheden. Verder moet rekening worden gehouden met eventuele waardeverminderingen van het pensioenrecht en mag geen zekerheid worden gesteld. De vraag die nog rest is of de belemmering van de verkeersvrijheid gerechtvaardigd kan worden met een dwingende reden van algemeen belang. Mijns inziens heeft een beroep op het bestrijden van misbruik de meeste kans van slagen. De regeling is immers specifiek gericht op besmette handelingen. In andere gevallen blijft heffing achterwege. Het coherentieargument zal niet slagen, nu emigratie niet altijd gepaard gaat met een heffing. De heffing draagt daarom niet in alle gevallen bij aan een coherent belastingsysteem. In de arresten *De Lasteyrie du Saillant*, *N* en *National Grid Indus* is het territorialiteitsargument in combinatie met het temporele component aangedragen. Ik ben van mening dat dit argument niet kan slagen in verhouding tot de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer. Het gaat bij deze heffing immers niet om het belasten van waardeaan groei in de periode van de Nederlandse belastingplicht, maar het belasten van de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken die gefaciliteerd zijn opgebouwd.

Het internationale belastingrecht speelt bij art. 3.83 Wet IB 2001 en 3.136 Wet IB 2001 een grote rol. Het belastingverdrag wijst de heffingsbevoegdheid over pensioenen en lijfrenten onder oude verdragen (d.w.z. vóór de 19 juniarresten) normaliter immers toe aan de woonstaat. Deze zijn immers gebaseerd op het OESO-MV, die de exclusieve heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. Op basis van art. 3.83 Wet IB 2001 kan Nederland voor toepassing van deze oude belastingverdragen bij emigratie geforceerd de heffingsbevoegdheid naar zich toetrekken, wat spanning oplevert met de goede verdragstrouw. Dit onderwerp komt in het volgende hoofdstuk nader aan de orde.

3.6. Primair EU-recht en de exitheffing in de dividendbelasting

3.6.1. Algemene aspecten van de exitheffing en het primair EU-recht

Zoals reeds vermeld, is de dividendbelasting een heffing over het inkomen. Bij een heffing over het inkomen is geen sprake van een corresponderende vermogensaanwas (en daarmee geen belastingclaim). Dit is anders bij de heffingen

¹⁷³ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 35.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 125.

¹⁷⁵ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 37.

in de aanmerkelijkbelangsfeer en de winstsfeer. Uit het vorige onderdeel blijkt dat dit geen aanleiding vormt om voor een exitheffing over het inkomen af te wijken van de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Hier zijn echter wel enkele kanttekeningen bij te plaatsen.

Zo is de exitheffing in de dividendbelasting zoals is uiteengezet in hoofdstuk 2 een heffing die volgt op de zetelverplaatsing van de vennootschap, niet de aandeelhouder. Het is daarom de vraag of de arresten in de aanmerkelijkbelangsfeer leidend zijn voor de heffing in de dividendbelasting. De grensoverschrijdende activiteit wordt immers niet uitgeoefend door de aandeelhouder, waardoor het wellicht passender is om de jurisprudentie zoals uiteengezet in het arrest *National Grid Indus* toe te passen. Ik ben van mening dat de arresten in de aanmerkelijkbelangsfeer maatgevend zijn voor de heffing in de dividendbelasting. De exitheffing in de dividendbelasting beoogt immers een belasting te zijn die ten laste komt van de aandeelhouder. Dat de heffing vanwege de vormgeving meer overeenkomt met een heffing ten laste van de vennootschap, staat hier los van. Dit kan onderschept worden door de exitheffing anders vorm te geven. De aandeelhouder heeft mijns inziens toegang tot het Europese recht en de vrijheid van vestiging (mits inwoner van een lidstaat), ongeacht het feit dat de grensoverschrijdende activiteit niet wordt uitgeoefend door de belastingplichtige. Het belang ligt immers primair bij de aandeelhouder. Indien het mogelijk is om binnen de dividendbelasting een heffing vorm te geven die ten laste komt van de reorganiserende vennootschap, vindt het arrest *National Grid Indus* overigens wel toepassing.

De exitheffing in de dividendbelasting is – indien toegestaan – dus gebonden aan de rechtsregels zoals neergelegd in *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. De heffing vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging, maar kan eventueel gerechtvaardigd worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid zoals eveneens is aangedragen in *De Lasteyrie du Saillant*, *N* en *National Grid Indus* kan naar mijn mening geen rechtvaardiging vormen voor de exitheffing. De dividendbelasting volgt immers een andere verdeling van de heffingsbevoegdheid dan volgt uit de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.¹⁷⁶ Daarnaast kan worden beargumenteerd dat de exitheffing kan worden gerechtvaardigd op grond van het voorkomen van belastingontwijking. Een exitheffing kan pas op deze grond gerechtvaardigd worden ‘wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken’.¹⁷⁷ Een grensoverschrijdende reorganisatie als zodanig kwalificeert niet als een kunstmatige constructie. De exitheffing zoals vormgegeven in het wetsvoorstel hanteert een algemeen misbruikvermoeden (net als in de zaak *De Lasteyrie du Saillant*) en voorziet niet in een tegenbewijsmogelijkheid. De exitheffing in de dividendbelasting zou slechts gerechtvaardigd kunnen worden op grond van de voorkoming van misbruik indien de exitheffing een specifieke antimisbruikmaatregel is, waarbij de belastingplichtige de mogelijkheid heeft tegenbewijs te leveren. Zelfs indien dit op deze wijze wordt geïmplementeerd, ben ik van mening dat een beroep op deze rechtvaardigingsgrond niet kan slagen. Dit impliceert immers dat een mismatch die tot uiting komt bij een grensoverschrijdende reorganisatie kan kwalificeren als misbruik. Het Hof van Justitie heeft reeds bepaald dat belastingplichtigen mogen profiteren van mismatches tussen de lidstaten, zolang dit niet gebeurt door middel van een kunstmatige constructie.¹⁷⁸ Ik kan me slecht voorstellen in welke situatie een grensoverschrijdende reorganisatie kan worden aangemerkt als een kunstmatige constructie. Een andere potentiële rechtvaardigingsgrond voor de exitheffing in de dividendbelasting kan zijn dat de exitheffing bijdraagt aan een coherent systeem. De dividendbelasting kent immers al een *step-up* ten aanzien van zetelverplaatsingen naar Nederland ten gevolge van fusies of splitsingen.¹⁷⁹ Het ligt dan in de rede om als sluitstuk van deze bepalingen eveneens een exitheffing wordt opgenomen. Art. 5 lid 5 ATAD1 verplicht zelfs tot een *step-up* in combinatie met een exitheffing. Het coherentieargument past mijns inziens echter niet binnen het kader van de dividendbelasting. Een *step-up* in combinatie met de exitheffing zorgt ervoor dat de totaalwinst van een vennootschap in de periode van de Nederlandse belastingplicht wordt belast. De dividendbelasting is echter een tijdstipbelasting. Het is dus pas zeker dat belasting verschuldigd is als het dividend wordt uitgekeerd. Tot die tijd bestaat naar mijn mening geen dividendbelastingclaim, en heeft coherentie in dit systeem niks te zoeken. Bovendien wijkt de exitheffing door de vormgeving ervan dusdanig af van het gebruikelijke heffingssysteem dat het coherentieargument nimmer kan slagen.

¹⁷⁶ De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB, 29 oktober 2020, p.11.

¹⁷⁷ HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), r.o. 51.

¹⁷⁸ HvJ EU 26 februari 2019, C-116/16 (*T Danmark*), en C-117/16 (*Y Danmark*), r.o. 80.

¹⁷⁹ Art. 3a Wet DB 1965.

De exitheffing kan immers niet ingehouden worden bij de bron, en kan enkel verhaald worden op de aandeelhouder. De exitheffing kan derhalve niet worden aangemerkt als een bronheffing.

In het geval dat een rechtvaardigingsgrond toepassing vindt, kan een succesvol beroep worden gedaan op de vrijheid van vestiging. Van belang is om te bepalen of naast de vrijheid van vestiging, wellicht de vrijheid van kapitaal aan de orde kan zijn. In dat geval kunnen namelijk ook derde landen zich beroepen op het primaire EU-recht. A-G Kokott stelt hierover in de conclusie bij het arrest *N*: ‘De verwijzende rechter heeft voorts terecht niet overwogen om de regeling inzake de belasting bij vertrek te toetsen aan het vrije kapitaalverkeer. Zoals het Hof namelijk onlangs heeft geoordeeld, leidt het enkele verleggen van de woonplaats als zodanig niet tot kapitaaltransfer. Hoe dan ook is een eventuele overbrenging van kapitaal ondergeschikt aan de uitoefening van de vrijheid van personenverkeer’.¹⁸⁰ Ik sluit mij aan bij de visie van A-G Kokott. De zetelverplaatsing leidt als zodanig niet tot een kapitaalverschuiving, waardoor een beroep op de vrijheid van kapitaal niet voor de hand ligt. De situatie dat de aandeelhouders van de vennootschap (voor een gedeelte) minderheidsbelangen hebben in de vennootschap en het beleid van de vennootschap niet kunnen bepalen, doet hier niet aan af.

3.6.2. Toetsing aan de criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving

In het eerste hoofdstuk zijn enkele toetsingscriteria opgenomen uit de Nota Zicht op Wetgeving.¹⁸¹ Met behulp van deze criteria kan worden bepaald of een exitheffing in de dividendbelasting rechtmatig, doeltreffend, doelmatig en uitvoerbaar is, in het bijzonder in relatie tot het primaire EU-recht.

Rechtmatigheid

De exitheffing dient in overeenstemming te zijn met het primaire EU-recht zoals uiteengezet in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Uit deze jurisprudentie blijkt dat een exitheffing geheven van een natuurlijk persoon evenals een exitheffing ten laste van een rechtspersoon een belemmering vormt voor het vrije verkeer van vestiging. De exitheffing kan desondanks gerechtvaardigd worden middels een dwingende reden van algemeen belang. Indien wordt uitgegaan van een exitheffing in de dividendbelasting die ten laste komt van de aandeelhouder kan worden geconcludeerd dat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging. Immers, geen enkele rechtvaardigingsgrond kan in deze relatie slagen. Mijns inziens stranden het territorialiteitsargument en het coherentieargument reeds omdat dergelijke argumenten onverenigbaar zijn met het karakter van de dividendbelasting als tijdstipbelasting. Ook kan het tegengaan van misbruik de wetgeving niet rechtvaardigen omdat misbruik middels de exitheffing wordt bestraft op het niveau van de aandeelhouder, terwijl de vennootschap het misbruik pleegt (ervan uitgaande dat de wetgeving dusdanig specifiek en concreet wordt vormgegeven dat daadwerkelijke misbruik kan worden vastgesteld).

Indien de exitheffing anders wordt vormgegeven, kan wellicht wel een rechtvaardigingsgrond toepassing vinden. Zo kan de exitheffing opgelegd worden aan de reorganiserende vennootschap in plaats van aan de aandeelhouder. Indien misbruik wordt geconstateerd, kan dit derhalve worden belast op het niveau waarop het misbruik wordt gepleegd. Voorwaarde hiervoor is dat de wetgeving duidelijk en concreet is, en louter misbruiksituaties raakt. Hiervoor is de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs essentieel. Hoewel ik me nog steeds slecht kan voorstellen in welke gevallen een grensoverschrijdende reorganisatie dient te worden aangemerkt als misbruik (het inkomen wordt immers gewoon in de heffing betrokken, zo niet in een met de dividendbelasting vergelijkbare heffing, dan wel in de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting) neem ik bij deze gemakshalve aan dat in gevallen sprake kan zijn van misbruik. Ik zie derhalve ruimte voor rechtvaardiging van de exitheffing in de dividendbelasting op basis van het misbruikargument. Een heffing van de vennootschap in plaats van de aandeelhouder betekent bovendien dat andere jurisprudentie aan de orde is: niet de rechtsregels uit het arrest *De Lasteyrie du Saillant* en het arrest *N* zijn van toepassing, maar de rechtsregels die volgen uit het arrest *National Grid Indus* zijn aan de orde. Dit betekent dat voor een dergelijke exitheffing andere kaders gelden op basis van het primaire EU-recht dan voor een exitheffing ten laste van de aandeelhouder. Deze kaders zijn met name van belang om te bepalen of de exitheffing niet verder gaat dan nodig is (proportionaliteit van de wetgeving). Uit het arrest *National Grid Indus* volgt dat onmiddellijke invordering in

¹⁸⁰ Concl. A-G Kokott bij HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), r.o. 38.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.

sommige gevallen onevenredig kan uitwerken. Derhalve moet de belastingplichtige vennootschap de keuze krijgen tussen uitstel van betaling (voor een periode van bijvoorbeeld vijf jaar) en onmiddellijke betaling. Het risico van niet-invordering bij uitstel kan worden gemitigeerd door het stellen van zekerheden. Het risico moet hiervoor eerst worden ingeschat, zo blijkt uit het arrest *DMC*. Bovendien hoeft bij een exitheffing ten laste van een rechtspersoon geen rekening te worden gehouden met eventuele waardedalingen na reorganisatie. Het laatste punt spreekt mijns inziens voor zich met betrekking tot een exitheffing in de dividendbelasting, omdat de dividendbelasting een tijdstipbelasting is. Wat zich na het belastbare feit voordoet, is dan niet van belang voor de heffing. Al met al biedt de exitheffing in de dividendbelasting mogelijkheden zolang deze wordt geheven van de vennootschap. Hier ligt evenwel de crux: een exitheffing in de dividendbelasting die ten laste komt van de vennootschap resulteert effectief in een (additionele) winstbelasting. Dat de dividendbelasting uiteindelijk afgewenteld wordt op de aandeelhouder, doet hier niet aan af. De vennootschapsbelasting wordt immers ook afgewenteld. Dit stemt niet overeen met de strekking van de dividendbelasting. Bovendien is de dividendbelasting bij uitstrek een belasting die wordt geheven van de aandeelhouder. Een heffing van de uitkerende vennootschap heeft hierin geen plaats. Deze argumenten leiden mij tot de conclusie dat een exitheffing in de dividendbelasting niet rechtmatig is.

Doeltreffendheid

De exitheffing moet op zijn minst in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leiden. Met andere woorden, de exitheffing dient effectief te zijn. Zoals reeds is opgemerkt ben ik van mening dat de exitheffing in de dividendbelasting alleen stand kan houden als de regeling zodanig is ingericht dat het misbruik tegengaat. Hiervoor dient het begrippenkader geconcretiseerd te worden, zodat duidelijk is wat wordt aangemerkt als kwalificerende staat, als vergelijkbare bronheffing of als zuivere winst. Tevens moet een tegenbewijs mogelijkheid opgenomen worden zodat alleen de misbruikgevallen worden geraakt. Met succes een beroep doen op de tegenbewijsregeling heeft echter weinig kans als de belastingplichtige aandeelhouder dit bewijs dient te leveren. Immers, de aandeelhouder zal in de regel niet op de hoogte zijn van de (zakelijke of onzakelijke) motieven voor de reorganisatie. Dit versterkt des te meer mijn standpunt dat een heffing ten laste van de vennootschap beter past in relatie tot de doelstelling van de exitheffing dan een exitheffing ten laste van de aandeelhouder dat doet. Dit neemt echter niet weg dat een exitheffing ten laste van de vennootschap resulteert in een winstbelasting. De wet kent reeds een winstbelasting en er is geen noodzaak voor nog een winstbelasting. Dit leidt immers enkel tot dubbele belastingheffing.

Doelmatigheid

De exitheffing is doelmatig wanneer geen ongunstige verhouding bestaat tussen de baten en de lasten die uit de werking van de wet kunnen voortvloeien. Hoewel de baten en lasten die gemoeid gaan met de exitheffing niet uiteen zijn gezet bij indiening van het wetsvoorstel, schat ik de lasten van de exitheffing hoog in. Voor de Belastingdienst zullen de lasten immers hoog zijn, nu bij elke reorganisatie beoordeeld moet worden of sprake is van misbruik. Vervolgens moet worden beoordeeld wat de omvang is van de belastinggrondslag. Bovendien heeft de reorganiserende vennootschap eveneens een grote kostenpost. Indien de belasting wordt geheven van de aandeelhouder zal de belasting immers pas worden ingevorderd op het moment van daadwerkelijke dividenduitkering. Tot die tijd blijft een dividendbelastingschuld 'kleven' aan het desbetreffende aandeel. Dit zal tevens de koers van het aandeel drukken. Daarnaast zal het afdwingen van het verhaalrecht in internationale verhoudingen wanneer geen dividend wordt uitgekeerd problematisch zijn. Het is daarom niet ondenkbaar dat de dividendbelasting die ten laste hoort te komen van de aandeelhouder in werkelijkheid ten laste komt van de vennootschap. Ook op het niveau van de aandeelhouder zijn aanzienlijke kosten. De aandeelhouder in kwestie draagt immers de dividendbelasting via een lager koersaandeel c.q. de aflossing van de dividendbelastingschuld, terwijl de aandeelhouder wellicht helemaal geen enkele connectie heeft met Nederland. Daarnaast bestaat in internationale verhoudingen veelal geen recht op verrekening van de verhaalde dividendbelasting. Als het voordeel van de exitheffing is gelegen in het tegengaan van misbruik, vraag ik me ten zeerste af of dit voordeel opweegt tegen de legio nadelen. Dat de aandeelhouders geen dividendbelasting betalen is immers geen reden om aan te nemen dat het inkomen helemaal niet wordt belast. Het inkomen wordt immers betrokken in de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting, tenzij sprake is van een deelnemingsverhouding in de zin van de deelnemingsvrijstelling (op deze gevallen ziet de exitheffing echter niet, zie Hoofdstuk 2). Waar het misbruik dan in

schuilt is mij niet duidelijk. Ik ben van mening dat de wijze waarop misbruik kan worden gepleegd bij grensoverschrijdende reorganisatie eerst in kaart moet worden gebracht.

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De exitheffing dient uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn. Bovendien moet duidelijk uit de wetgeving volgen wat belastingplichtigen moeten doen of nalaten. Ik concludeer dat de exitheffing niet uitvoerbaar en handhaafbaar is. Althans niet met de vormgeving van het wetsvoorstel. De definities die de wetgeving kent zijn immers vaag omschreven, waardoor onduidelijk is welke vennootschappen en aandeelhouders worden geraakt door de wetgeving. Dit maakt het eveneens lastig uitvoerbaar en moeilijk te handhaven. Bovendien is het voor de vennootschap lastig om dividend te verhalen op de aandeelhouder indien geen dividend wordt uitgekeerd. Hoewel kan worden beargumenteerd dat dit speelt tussen de vennootschap en de aandeelhouder en de Belastingdienst hier dus geen partij in is, is het mijns inziens evident dat dit een tekortkoming is van de wetgeving die in elk geval opgelost dient te worden. Dit probleem kan evenwel worden opgelost door de exitheffing ten laste van de vennootschap te laten komen. Dit vereenvoudigt de heffing aanzienlijk omdat de exitheffing nu niet afgewikkeld dient te worden tussen de vennootschap en de aandeelhouder. Voornoemde bezwaren voor een exitheffing in de dividendbelasting ten laste van de vennootschap blijven echter bestaan.

3.7. Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het Europese recht omtrent exitheffingen aan de hand van de Nederlandse exitheffingen uiteengezet. Hierbij zijn drie verschillende exitheffingen te onderscheiden, te weten de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer (art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001), de exitheffingen in de winstsfeer (art. 15c en 15d Wet VpB 1969 en art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001) en de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer (art. 3.83 en art. 3.136 Wet IB 2001). Vervolgens is geanalyseerd in welke mate de jurisprudentie toepassing kan vinden op een exitheffing in de dividendbelasting. Ik concludeer dat de jurisprudentie inzake de exitheffing voor aanmerkelijkbelanghouders ook van belang is voor de exitheffing in de dividendbelasting. Deze exitheffing moet daarmee voldoen aan de vereisten die hierin zijn gesteld.

Ingevolge art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 wordt de emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder aangemerkt als een fictieve vervreemding van het aanmerkelijk belang ter zake waarvan een conserverende aanslag wordt opgelegd. De heffing beoogt verdamping van de belastingclaim door emigratie te voorkomen en fiscaal gedreven emigraties te beëindigen. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat een exitheffing een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt, nu een emigrerende belastingplichtige wordt belast over de ongerealiseerde winsten terwijl een belastingplichtige die zijn woonplaats behoudt wordt belast over gerealiseerde winsten. De exitheffing kan in gevallen worden gerechtvaardigd op basis van dwingende redenen van algemeen belang, al mag in EU/EER verhoudingen geen zekerheid worden gesteld en moet uitstel van betaling automatisch worden verleend. Ook moet bij de heffing rekening worden gehouden met waardedalingen die zich voordoen na emigratie.

De eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer hebben tot doel het heffingslek te dichten dat anders zou ontstaan bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van een Nederlandse onderneming naar het buitenland. Indien de onderneming wordt overgebracht naar het buitenland, dient te worden afgerekend over de aanwezige stille reserves van de vermogensbestanddelen. Voor vennootschappen bleef lang onduidelijk of de exitheffingen konden worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Dit was te wijten aan het feit dat een vennootschap alleen bestaat bij de gratie van het vennootschapsrecht van het land van oprichting. Dit riep de vraag op of het vennootschapsrecht oprichtings- en werkingsvoorwaarden kon stellen zonder de beperkingen van het Europese recht. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat belemmerende wetgeving van de lidstaten met betrekking tot de verplaatsing van vennootschappen evenals de verplaatsing van IB-ondernemingen getoetst kan worden aan het primair EU-recht. Hetzelfde geldt voor grensoverschrijdende fusies. Het Hof van Justitie oordeelt dat een exitheffing in beginsel niet in strijd hoeft te zijn met het EU-recht overeenkomstig de jurisprudentie omtrent exitheffingen betreffende natuurlijke personen, maar stelt daarnaast dat geen rekening gehouden hoeft te worden met eventuele waardedalingen na zetelverplaatsing en dat zekerheid verlangd mag worden. Het verschil in behandeling tussen natuurlijke personen en rechtspersonen is wellicht te wijten aan het feit dat het uitstel van betaling naar zijn aard langduriger kan zijn bij een rechtspersoon dan bij een natuurlijk persoon, waardoor het belang van zekerheid bij rechtspersonen groter is dan bij natuurlijke personen. Dat bij

rechtspersonen geen rekening wordt gehouden met waardedalingen na zetelverplaatsing, is te wijten aan de relatie tussen de activa van een vennootschap en het maken van winst, en dat deze (negatieve) winst thuishoort in het land waarin deze opkomt.

Art. 3.83 Wet IB 2001 stelt dat als een belastingplichtige die gefaciliteerd pensioen heeft opgebouwd in Nederland emigreert, de economische waarde van de opgebouwde pensioenrechten tot het moment van emigratie worden gerekend tot het loon. Ter zake van de heffing wordt een conserverende aanslag opgelegd waarvoor uitstel van betaling wordt verleend tot het moment dat zich een besmette handeling voordoet (afkoop of verpanding). Dit artikel heeft daarmee tot doel belastingontwijking te voorkomen. Art. 3.136 Wet IB 2001 beoogt in aftrek gebrachte lijfrentepremies terug te nemen in geval de belastingplichtige emigreert en zich vervolgens een besmette handeling voordoet, maar Nederland geen heffingsbevoegdheid heeft over de lijfrente door de werking van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. Hoewel geen EU-jurisprudentie bestaat ten opzichte van deze exitheffing, ben ik van mening dat de jurisprudentie in de aanmerkelijkbelang sfeer ook van toepassing is op de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer, voor zover het een heffing betreft die ziet op de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioen- en lijfrente aanspraken. De Nederlandse exitheffing voldoet naar mijn mening niet volledig aan de eisen die gesteld zijn in het arrest *N*, nu de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken worden belast die zijn opgebouwd in Nederland, zonder rekening te houden met het deel van de waardeverandering die is toe te wijzen aan de periode na emigratie.

In gelijke zin als geoordeeld bij de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer, zie ik geen aanleiding om exitheffingen over het inkomen anders te behandelen dan exitheffingen over de vermogensaanwas. Naar mijn mening is een exitheffing in de dividendbelasting daarom gebonden aan het rechtskader dat uiteen is gezet in de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Er wordt niet aangesloten bij het arrest *National Grid Indus* omdat het in deze zaak draait om de situatie waarin de rechtspersoon de belastingplichtige is. Ik beargumenteer dat een exitheffing in de dividendbelasting in beginsel niet in strijd is met het primaire EU-recht, mits een rechtvaardigingsgrond van toepassing is. Dit kan mijns inziens mogelijk ingeval de exitheffing is gericht op het tegengaan van misbruik, hoewel ik ook deze kans van slagen klein acht. Deze rechtvaardigingsgrond heeft slechts kans op slagen wanneer de exitheffing wordt ingericht als een specifieke antimisbruikbepaling, die voorziet in een tegenbewijsregeling. Bovendien moet de exitheffing dan ten laste komen van de vennootschap. De vennootschap maakt immers misbruik (voor zover hier sprake van kan zijn) en niet de aandeelhouder. Dit betekent tevens dat de rechtsregels uit de arresten *National Grid Indus* en *DMC* van toepassing zijn. Het grootste bezwaar tegen een dergelijke heffing is echter dat de exitheffing te veel gelijkenissen vertoont met een winstbelasting. Een extra winstbelasting levert enkel dubbele belasting op en voegt mijns inziens niks toe. Het misbruik wat gemoeid gaat met de reorganisatie is daarnaast verwaarloosbaar, omdat het dividend wordt belast in de lokale inkomsten- of vennootschapsbelasting voor zover het dividend niet is belast met een dividendbelasting. Dit heeft tot gevolg dat naar mijn mening geen enkele vormgeving van de exitheffing bestaat die EU-bestendig is. In andere gevallen kan immers geen succesvol beroep worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond.

4. De eindafrekeningen in het Nederlandse belastingstelsel in verdragsrechtelijk perspectief

4.1. Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk valt af te leiden dat exitheffingen in beginsel niet in strijd zijn met het primaire EU-recht, mits een rechtvaardigingsgrond van toepassing is. In het geval van de exitheffing in de dividendbelasting kan dit echter anders zijn ingeval geen geldige rechtvaardigingsgrond kan worden aangedragen. De exitheffing in de dividendbelasting zoals die is vormgegeven in het wetsvoorstel (Hoofdstuk 2) levert in ongewijzigde vorm naar mijn mening strijd op met het primair EU-recht. Ook op het gebied van internationaal belastingrecht kan de exitheffing in de dividendbelasting leiden tot knelpunten. Ten eerste bestaat een risico op dubbele belastingheffing indien Nederland niet kan worden aangemerkt als bronstaat en de aandeelhouder niet in Nederland woont. Het land waar de belastingplichtige woonachtig is, zal Nederland namelijk mogelijk niet erkennen als bronstaat. Indien Nederland niet wordt erkend als bronstaat, kan verrekening van de geheven belasting niet plaatsvinden. Als gevolg hiervan kan mogelijk dubbele belasting ontstaan in combinatie met de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. Ten tweede kan de exitheffing mogelijk strijdigheid opleveren met de goede verdragstrouw. De goede verdragstrouw is neergelegd in art. 26 jo. 31 Verdrag van Wenen. Ingevolge de goede verdragstrouw moet Nederland zich houden aan de gesloten verdragen en moeten deze verdragen te goeder trouw worden uitgelegd (i.e. overeenkomstig de betekenis van de termen in de context van het verdrag en met het oog op de context en het doel van het verdrag). Wordt art. 26 jo. art. 31 Verdrag van Wenen geschonden, dan wordt gesproken van een *treaty override*. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of introductie van de exitheffing in de dividendbelasting tot gevolg heeft dat de heffingsbevoegdheid over het dividend eenzijdig naar Nederland toe wordt getrokken, wat dan mogelijk strijdigheid oplevert met de goede trouw. Tevens wordt onderzocht of de dynamische interpretatiemethode van art. 3 lid 2 OESO-MV met zich meebrengt dat de fictie doorwerkt naar het verdrag. Dit artikel bepaalt dat een dynamische interpretatiemethode moet worden gehanteerd ter zake van ongedefinieerde termen in het verdrag en vormt een *lex specialis* van de hiervoor beschreven goede verdragstrouw. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de jurisprudentie betreffende de exitheffingen in de aanmerkelijkbelangsfeer, de winstsfeer en de pensioen- en lijfrentesfeer onderzocht of de dynamische interpretatiemethode met zich meebrengt dat een exitheffing in de dividendbelasting kan worden geïmplementeerd zonder dat dit de goede verdragstrouw schendt.

De twee hiervoor beschreven elementen, te weten de verhouding tussen de exitheffingen en de goede verdragstrouw en de mogelijkheden tot het effectueren van deze exitheffingen op basis van het verdrag, vormen tezamen een kader waarbinnen de exitheffing in de dividendbelasting moet worden vormgegeven. Teneinde tot een conclusie te kunnen komen inzake de exitheffing in de dividendbelasting, wordt in par. 4.2 daarom eerst de algemene leer omtrent de ficties en forfaits in het internationale belastingrecht behandeld aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad, waarna aan de hand van de exitheffingen in de aanmerkelijkbelangsfeer, de winstsfeer en de pensioen- en lijfrentesfeer in respectievelijk par. 4.3, 4.4 en 4.5 de verhouding met de goede verdragstrouw wordt onderzocht. In par. 4.6 wordt behandeld wat het voorgaande betekent voor de exitheffing in de dividendbelasting, waarna in par. 4.7 wordt afgesloten met een deelconclusie.

4.2. Ficties en forfaits

Een exitheffing bewerkstelligt dat bij emigratie of grensoverschrijdende zetelverplaatsing wordt geheven over de vermogensaanwas gedurende de Nederlandse belastingplicht (aanmerkelijkbelangsfeer en winstsfeer), of over de pensioen- en lijfrenteaanspraken die in Nederland gefaciliteerd zijn opgebouwd. Na vertrek verliest Nederland immers de heffingsbevoegdheid, tenzij sprake is van inkomen uit Nederlandse bron. De exitheffing voorkomt dat Nederland ten gevolge van deze emigratie of grensoverschrijdende zetelverplaatsing de heffingsbevoegdheid van de in Nederland opgebouwde pensioen- en lijfrenteaanspraken of ongerealiseerde voordelen verliest. De exitheffing is een fictie omdat deze voordelen normaliter pas in de heffing worden betrokken bij realisatie van de voordelen (aanmerkelijkbelangsfeer en winstsfeer) c.q. bij uitkering (pensioen- en lijfrentesfeer). Door emigratie en grensoverschrijdende zetelverplaatsing aan te merken als een belastbaar feit kan Nederland reeds heffen bij vertrek. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden een fictie of forfait doorwerkt naar het belastingverdrag.

Of ficties en forfaits al dan niet doorwerken naar het belastingverdrag, is afhankelijk van de verdragsinterpretatie en de leer omtrent de goede verdragstrouw. De dynamische interpretatiemethode van art. 3 lid 2 OESO-MV houdt in dat termen in het verdrag die daarin niet worden gedefinieerd, moeten worden uitgelegd naar het nationale recht van de verdragsluitende staat ten tijde van het opleggen van de belasting, tenzij de context van het verdrag dit niet toelaat. Een dussdanige interpretatie brengt met zich mee dat een fictie of forfait wel degelijk door kan werken naar een belastingverdrag, waarbij het kan voorkomen dat het heffingsrecht toekomt aan een land terwijl dit zonder de fictie niet het geval was geweest. Merkwaardig als wordt bedacht dat een fictie of een forfait niet overeenkomt met de werkelijkheid en slechts iets is wat wordt verzonnen door de wetgever ten einde te kunnen heffen over bepaalde voordelen. Een dynamische interpretatie lijkt daarmee in sommige gevallen wel ver te gaan, vooral als dit leidt tot dubbele belastingheffing. De dynamische verdragsinterpretatie mag geen inbreuk op de goede verdragstrouw tot gevolg hebben. De goede verdragstrouw is neergelegd in art. 26 jo. art. 31 Verdrag van Wenen en bepaalt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd. Een fictie staat met name op gespannen voet met de goede verdragstrouw als de fictie verdragsposterieur in de nationale wetgeving is geïntroduceerd. De verdragsluitende partij kon bij de verdragsonderhandelingen immers niet op de hoogte zijn van de nog in te voeren bepaling, terwijl deze bepaling na invoering de werking van het verdrag beïnvloedt. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat een fictie die de heffingsbevoegdheid eenzijdig naar Nederland toetrekt en bovendien verdragsposterieur is geïntroduceerd in strijd is met de goede verdragstrouw.¹⁸² Op hiervoor genoemde verschuiving van de heffingsbevoegdheid wordt in de volgende alinea ingegaan.

De Hoge Raad heeft zich meerdere malen uitgelaten over de verhouding tussen ficties en forfaits en het verdragsrecht. Een belangrijke kwestie in dit verband betreft een arrest inzake het gebruikelijk loon van art. 12a Wet LB 1964.¹⁸³ De werknemer die arbeid verricht voor een vennootschap waarin hij tevens een aanmerkelijk belang houdt, moet op basis van dit artikel gebruikelijk loon in aanmerking nemen. Het verschil tussen het werkelijk genoten loon en de hoogte van het gebruikelijke loon wordt dan aangemerkt als fictief loon. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat indien bepaalde inkomsten naar hun aard ter heffing zijn toegewezen aan Nederland, art. 3 lid 2 OESO-MV met zich meebrengt dat de inkomsten die het verdragsartikel beslaat mogen worden belast volgens de van toepassing zijnde Nederlandse wetgeving, ook indien de wetgever zich bedient van ficties of forfaits.¹⁸⁴ Verschuift de heffingsbevoegdheid als gevolg van de fictie naar Nederland, dan reikt art. 3 lid 2 OESO-MV niet zover dat de fictie dusdanig mag worden geïnterpreteerd. De fictie maakt dan namelijk inbreuk op de goede verdragstrouw. In het onderhavige geval werkte art. 12a Wet LB 1964 niet door naar het belastingverdrag Nederland-België omdat het artikel een potentiële verschuiving van de heffingsbevoegdheid met zich mee kon brengen. Dit baseert de Hoge Raad op het feit dat indien dit inkomen op een later moment daadwerkelijk wordt uitgekeerd, dit inkomen als dividend of vermogenswinst kan worden aangemerkt en als zodanig kan worden belast in de woonstaat. Ik sluit aan bij A-G Wattel dat de dynamische interpretatiemethode met zicht meebrengt dat het fictieve loon in Nederland belast moet kunnen worden op basis van de arbeidsartikelen in het verdrag.¹⁸⁵ De fictie *an sich* brengt immers geen verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg, waardoor ik geen reden zie om de fictie niet door te laten werken naar het verdrag. De uitkomst kan ik wel begrijpen nu de toepassing van de fictie leidt tot het belasten van een voordeel dat nog niet daadwerkelijk is genoten. Zodra het voordeel uiteindelijk wel wordt genoten, dan kan de immigratiestaat als woonstaat namelijk (exclusief) heffingsbevoegd zijn over dit inkomen. Als Nederland over dit inkomen reeds heeft geheven op grond van de fictie, kan dit dubbele heffing tot gevolg hebben. Ik maak uit dit arrest dan ook op dat een fictie (die overigens verdragsposterieur wordt geïntroduceerd) slechts doorwerkt naar het verdrag als de fictie geen (toekomstige) dubbele belasting oplevert. Indien de fictie verdragsposterieur wordt geïntroduceerd en de werking van het verdrag eenzijdig wijzigt, is sprake van strijd met de goede verdragstrouw. In relatie tot de afkoop van pensioenen is in gelijke zin geoordeeld over de verdragswerking van ficties en forfaits.¹⁸⁶ Uit een andere uitspraak van de Hoge Raad komt ook naar voren dat een fictie niet in strijd komt met de goede verdragstrouw indien de heffingsbevoegdheid naar zijn aard

¹⁸² HR 18 november 2016, *BNB* 2017/34.

¹⁸³ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379 (*gebruikelijk-loonarrest*).

¹⁸⁴ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379, r.o. 3.4.1.

¹⁸⁵ Concl. A-G Wattel bij HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379.

¹⁸⁶ Ook wel aangeduid als fictief-loonarresten; HR 5 september 2003, *BNB* 2003/380-381 (*pensioenoverdracht*).

is toegewezen aan Nederland en zich geen dubbele belastingheffing kan voordoen.¹⁸⁷ Dit verklaart waarom de fictie die bewerkstelligde dat verkapt dividend in de heffing werd betrokken wel was toegestaan.¹⁸⁸ Dit voordeel was volgens de Hoge Raad wel genoten, waardoor de fictie die dit voordeel belaste was toegestaan.

Uit het voorgaande valt af te leiden dat ficties die verdragsposterieur worden geïntroduceerd als zodanig kunnen doorwerken naar het belastingverdrag als de verdragstekst of de context van het verdrag geen uitsluitel geeft over de definitie van het begrip, mits dit geen verschuiving van de heffingsbevoegdheid met zich meebrengt waardoor dubbele belastingheffing kan ontstaan. Indien Nederland de heffingsbevoegdheid ten gevolge van de fictie eenzijdig naar zich toetrekt, komt dit in strijd met de goede verdragstrouw. Is het verdrag wel duidelijk, of valt dit af te leiden uit de context van het verdrag, dan zijn ficties die leiden tot herkwalificatie van het belastbare feit niet toegestaan. Er wordt dan immers niet toegekomen aan de dynamische interpretatiemethode. De Hoge Raad heeft overeenkomstig geoordeeld in relatie tot een fictie in de nationale wetgeving die vervreemdingswinst kwalificeerde als dividend indien aandelen werden vervreemd in het zicht van liquidatie.¹⁸⁹ De tekst van het vervreemdingsartikel in het belastingverdrag is hierover duidelijk: alle vervreemdingswinsten vallen onder dit artikel.

4.3. Exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer

De exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer bewerkstelligt dat de emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder vanuit Nederland wordt aangemerkt als een vervreemding op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001. Dit voordeel wordt geacht te zijn genoten op het moment direct voorafgaande aan de emigratie. De exitheffing beoogt de waardeaan groei van de aandelen gedurende de Nederlandse belastingplicht te belasten. Op deze manier voorkomt Nederland dat de belastingclaim over de waardeaan groei van het aanmerkelijk belang verloren gaat als gevolg van de emigratie. Nu bij emigratie geen daadwerkelijke realisatie van het aanmerkelijk belang plaatsvindt maar desondanks gelijk wordt gesteld aan een vervreemding, kan gesproken worden van een fictie. Indien de aanmerkelijkbelanghouder in het buitenland woont maar de vennootschap waarin het belang wordt gehouden gevestigd is in Nederland, is sprake van een buitenlandse belastingplicht. Als de vennootschap vervolgens haar zetel verplaatst naar het buitenland, is de fictieve vervreemding van art. 7.5 lid 7 Wet IB 2001 van toepassing. De zetelverplaatsingsheffing heeft evenals de emigratieheffing tot doel de belastingclaim te behouden die is opgebouwd over de periode waarin een buitenlandse belastingplicht bestond. Omdat de leer omtrent de goede verdragstrouw voor art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 identiek is aan die van art. 7.5 lid 7 Wet IB 2001, wordt hierna enkel stilgestaan bij art. 4.16 lid 1 h Wet IB 2001. Nu in de vorige paragraaf is geconstateerd dat een fictie in beginsel kan doorwerken naar een belastingverdrag, moet worden geanalyseerd of de hiervoor genoemde ficties zijn toegestaan, en zo ja onder welke voorwaarden. Voor de exitheffingen in de aanmerkelijkbelangsfeer geldt immers dat de invordering van de heffing zich (veel) later kan voordoen dan het daadwerkelijke opleggen van de conserverende aanslag. Of de heffing en de invordering van de exitheffing is toegestaan onder internationaal belastingrecht, wordt in deze paragraaf behandeld.

Aangezien op het moment direct voorafgaand aan emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder nog sprake is van een binnenlandse belastingplicht, lijkt het verdragenrecht formeel-juridisch gezien niet aan de orde te komen. De Hoge Raad heeft echter besloten dat het verdragsrecht in dit geval alsnog aan de orde kan zijn indien een voordeel wordt belast dat naar zijn werkelijke aard wordt toegewezen aan de immigratiestaat.¹⁹⁰ Naar zijn werkelijke aard worden vervreemdingswinsten die niet worden geraakt door art. 13 lid 1 t/m 4 OESO-MV belast in de woonstaat op grond van art. 13 lid 5 OESO-MV. Nederland heeft bij dit artikel echter een voorbehoud opgenomen van een termijn van vijf (voor belastingverdragen gesloten voor 1997) c.q. tien jaar (voor belastingverdragen gesloten tussen 1997 en 2015). Dit voorbehoud houdt in dat Nederland voor toepassing van deze 'oude' belastingverdragen de heffingsbevoegdheid behoudt ter zake van het vervreemdingsvoordeel inzake aanmerkelijk belang gedurende een periode van vijf c.q. tien jaar. Het vijfjaarstermijn is tot op heden opgenomen in art. 13 lid 5 Nederlands standaardverdrag 1987 (hierna: NSV). Het voorbehoud maakte het mogelijk dat Nederland zowel op basis van het nationale als het internationale belastingrecht kon heffen over de vermogensaanwas van het aanmerkelijk belang over de periode van de Nederlandse belastingplicht. Na een periode van vijf of tien jaar na emigratie verviel de conserverende aanslag, en daarmee het

¹⁸⁷ HR 23 mei 2014, *BNB* 2014/170.

¹⁸⁸ HR 9 februari 2007, *BNB* 2007/141, r.o. 3.3.2.

¹⁸⁹ HR 3 juli 1991, *BNB* 1991/248.

¹⁹⁰ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/261.

belang van het voorbehoud. Nadat het Hof van Justitie heeft besloten dat een exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer in beginsel in overeenstemming is met het primaire EU-recht, resteerde de vraag of de exitheffing eveneens in overeenstemming is met het verdragenrecht. Immers, vervreemdingswinsten worden na het verstrijken van de termijn van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud op grond van art. 13 lid 5 OESO-MV toegewezen aan de woonstaat, niet aan de bronstaat. In dit kader draait het voornamelijk om de vraag hoe een heffing over de vermogensaanwas zich verhoudt tot art. 13 lid 5 OESO-MV, nu de tekst ‘*gains from alienation of any property*’ wellicht geen ruimte laat voor een dergelijke heffing. De kernarresten voor deze problematiek zijn de zogeheten 20 februariarresten.¹⁹¹

De 20 februariarresten betreffen de relatie tussen de Nederlandse exitheffing met respectievelijk het Belastingverdrag Nederland-België,¹⁹² Nederland-Verenigde Staten¹⁹³ en Nederland-Verenigd Koninkrijk.¹⁹⁴ De Hoge Raad stelt dat de heffing over de vermogensaanwas het karakter heeft van een heffing over de vervreemdingswinst in de vorm van waardeestijging van het aanmerkelijk belang, die is opgekomen bij een inwoner van Nederland.¹⁹⁵ Art. 13 lid 5 OESO-MV omvat daarmee ook een heffing over de vermogensaanwas. De Hoge Raad baseert zich hierbij op het OESO-commentaar bij art. 13 OESO-MV, waarin wordt gesproken over een waardeestijging die in sommige staten wordt belast voor zover zich nog geen daadwerkelijke realisatie heeft voorgedaan.¹⁹⁶ De bepalingen in het OESO-MV omvatten tevens deze waardeestijgingen. Mijns inziens is het commentaar bij art. 13 OESO-MV volstrekt duidelijk: vervreemdingswinst is breed gedefinieerd en omvat hetgeen wat landen op nationaal niveau aanmerken als vervreemdingswinst. Hoewel een waardeestijging als zodanig niet gelijk kan worden gesteld met een vervreemding, kunnen staten ervoor kiezen om in sommige gevallen waardeestijgingen te belasten.¹⁹⁷ Ergo, de vermogensaanwasbelasting. Dit is mijns inziens vanzelfsprekend, nu een belastingverdrag slechts de heffingsbevoegdheden verdeelt tussen de lidstaten. De Nederlandse vermogensaanwasbelasting belast enkel de waardeaanwinst van het aanmerkelijk belang gedurende de periode van de Nederlandse belastingplicht. Dit blijkt eveneens uit de *step-up* die wordt verleend bij de immigratie van een aanmerkelijkbelanghouder: slechts de waardeestijging die toebehoort aan de periode van de Nederlandse belastingplicht wordt in de heffing betrokken. De waardeestijging van het aanmerkelijk belang is daarnaast een reële waardevermeerdering.¹⁹⁸ Dit betekent dat het voordeel daadwerkelijk tot uitdrukking komt in de waarde van de aandelen ten tijde van de Nederlandse belastingplicht. De voordelen uit het aanmerkelijk belang komen derhalve niet pas tot uitdrukking bij realisatie hiervan in de immigratiestaat, waardoor mijns inziens eveneens heffingsbevoegdheid moet toekomen aan Nederland. Uit het voorgaande valt af te leiden dat de exitheffing over de vermogensaanwas gedurende de Nederlandse belastingplicht het karakter heeft van een heffing over de vervreemdingswinst in de zin van art. 13 lid 5 OESO-MV, en dat de heffingsbevoegdheid over de vermogensaanwas gedurende de Nederlandse belastingplicht toekomt aan Nederland. In zoverre verschuift de heffingsbevoegdheid ten gevolge van de fictie niet, en levert de fictie daarmee geen strijdigheid op met de goede verdragstrouw. Dit neemt niet weg dat de verdragstekst als zodanig geen duidelijk onderscheid maakt tussen vermogenswinst en vermogensaanwas. Kavelaars stelt daarom voor om de verdragstekst of het commentaar bij het verdrag aan te passen, zodat op dit gebied duidelijkheid wordt geschept tussen de verdragsstaten.¹⁹⁹ Ik sluit mij hierbij aan. Dat vermogensaanwas en vermogenswinst voor toepassing van het vervreemdingsartikel gelijk worden behandeld, volgt niet eenduidig uit de tekst of het commentaar. Dit is volgens Kavelaars kwalijk omdat uit het commentaar bij het OESO-MV blijkt dat de nationale wetgeving van de ex-woonstaat heffingsbevoegd kan blijven (en daarmee de verdragstoepassing kan frustreren) terwijl de verdragstekst de exclusieve heffingsbevoegdheid toewijst aan de huidige woonstaat. Door hierover in het verdrag duidelijkheid te scheppen, kan ervoor worden gezorgd dat de belastingssystemen van de verdragsstaten beter op elkaar aansluiten. Hoe dan ook, doordat Nederland ter zake van het aanmerkelijk belang in belastingverdragen is overeengekomen dat niet uitsluitend de woonstaat, maar ook de bronstaat

¹⁹¹ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260-262.

¹⁹² HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260.

¹⁹³ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/261.

¹⁹⁴ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/262.

¹⁹⁵ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260, r.o. 4.3.3.

¹⁹⁶ Par. 2-9, 12 en 29 commentaar op art. 13 OESO-MV.

¹⁹⁷ Par. 7 commentaar op art. 13 OESO-MV.

¹⁹⁸ Concl. A-G Wattel bij HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379, r.o. 3.43.

¹⁹⁹ Kavelaars, *NFR-B* 2009/28.

heffingsbevoegd is over de vervreemdingswinst en een belasting over de vermogensaanwas bovendien kwalificeert als een heffing over de vervreemdingswinst, kan niet worden gesproken van schending van de goede verdragstrouw.

Naast de kritiek van Kavelaars betreffende de verdragstekst ten aanzien van de vermogensaanwas- en vermogenswinstbelasting, merkt Kavelaars ook op dat de huidige verdragstekst de samenhang tussen dividend en vervreemdingswinsten niet onderkent.²⁰⁰ In het OESO-MV en het commentaar daarbij wordt slechts aandacht besteed aan de situatie waarbij de aandelen worden vervreemd na emigratie, maar niet bij het feit dat de uitkering van dividend eveneens samenhangt met de vervreemdingswinst. Immers, winstuitdelingen verlagen de toekomstige vermogenswinst (en daarmee de vervreemdingswinst). Om art. 13 OESO-MV beter te laten aansluiten op art. 10 OESO-MV moet de verdeling van de heffingsbevoegdheid op grond van art. 13 OESO-MV aangepast worden: er moet dan heffingsbevoegdheid worden toegekend aan de bronstaat en de woonstaat, en deze moet bovendien onbeperkt zijn in de tijd. Kavelaars stelt hierbij dat dit eveneens leidt tot een onevenwichtigheid, omdat de emigratiestaat in principe geen recht heeft op de vermogensmutaties die zijn ontstaan na emigratie. Bij dividenden acht ik deze onevenwichtigheid minder ernstig omdat een belasting over dividenden een belasting over inkomen is, waarbij het moment van uitdeling leidend is. Het karakter van deze belastingen is daarom anders. Bij heffing over de vervreemdingswinst (waarbij wordt geheven over de waardeontwikkeling van het vermogen) komt deze onevenwichtigheid naar mijn mening sterker tot uitdrukking.

Volledigheidshalve moet nog een korte kanttekening worden gemaakt aangaande de argumentatie van het hof bij de 20 februarierresten,²⁰¹ dat van mening was dat de fictief-loonarresten met zich meebrengen dat de fictie ingevolge de exitheffing bewerkstelligen dat een voordeel wordt belast waarvan de heffingsbevoegdheid in de toekomst toekomt aan een andere staat. In deze arresten is immers bepaald dat wanneer een fictie een (toekomstige) verschuiving van de heffingsbevoegdheid tot gevolg heeft, dit strijdigheid kan opleveren met de goede verdragstrouw.²⁰² In het geval van de 20 februarierresten kan een dergelijke verschuiving zich voordoen indien na emigratie dividend wordt uitgekeerd ter zake van het aanmerkelijk belang. De fictief-loonarresten verschillen echter wezenlijk van de situatie van de emigrerende aanmerkelijkbelanghouder. De 20 februarierresten zien immers op een heffing over Nederlandse aanmerkelijkbelangwinsten die werd opgelegd toen de aanmerkelijkbelanghouder nog als inwoner van Nederland werd aangemerkt. De fictief-loonarresten zien niet op deze situatie omdat de belanghebbenden niet konden worden aangemerkt als inwoners van Nederland. Dit heeft tot gevolg dat het internationale belastingrecht in deze situaties een verschillende betekenis toekomt.²⁰³ Bij de emigratiearresten gaat het om een inwoner van Nederland (en daarbij inkomen uit Nederlandse bron) en daarmee om een binnenlandse situatie, terwijl het bij de fictief-loonarresten gaat om een woonstaat-bronstaat verhouding.

In het vorige hoofdstuk is behandeld dat de exitheffing in de aanmerkelijkbelang sfeer vanaf 15 september 2015 geen tienjaarstermijn meer kent. Dit betekent dat tussen het opleggen van de conserverende aanslag en de invordering daarvan – in tegenstelling tot de periode vóór 2015, waarbij de periode tussen het opleggen het invorderen van de aanslag maximaal 10 jaar bestreek – een onbepaalde tijd ligt. Zoals in het vorige hoofdstuk is behandeld, ben ik van mening dat de afschaffing van de tienjaarstermijn beter aansluit bij de aard van de regeling, te weten het behouden van de belastingclaim en het verdelen van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Wel moet worden bepaald of dit verandering brengt in de voorgaande analyse. Meer in het bijzonder moet worden nagegaan of de verschuldigde belasting onder het internationaal belastingrecht kan worden ingevorderd. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud is immers verstreken, waardoor de heffingsbevoegdheid over de vervreemdingswinst ter zake van het aanmerkelijk belang vanaf dat moment exclusief wordt toegewezen aan de woonstaat. In 2011 heeft de Hoge Raad zich hierover uitgelaten in het kader van pensioenaanspraken.²⁰⁴ In deze zaak betrof het een inwoner van Nederland die bij zijn werkgever pensioenaanspraken heeft opgebouwd. Als gevolg van zijn emigratie naar België is een conserverende aanslag opgelegd over de tot aan het tijdstip van emigratie opgebouwde pensioenaanspraken. Hoewel het opleggen van de

²⁰⁰ Kavelaars, *NTFR-B* 2009/28.

²⁰¹ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260.

²⁰² HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379 (*gebruikelijk loon*); HR 5 september 2003, *BNB* 2003/380 (*pensioenafkoop*); HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/232 (*emigratie pensioengerechtigde*).

²⁰³ Peters, *NTFR* 2009/1415.

²⁰⁴ HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160.

conserverende aanslag in een groot aantal gevallen geen strijdigheid oplevert met de goede verdragstrouw, kan dit wel het geval zijn voor het invorderen van de verschuldigde belasting, namelijk in de gevallen dat het verdrag de heffingsbevoegdheid op het moment van invordering toewijst aan de woonstaat. Op grond van Nederlandse voorschriften ontstaat dan een verplichting tot het betalen van belasting met betrekking tot een aanspraak op pensioen, terwijl Nederland hierover niet heffingsbevoegd is.²⁰⁵ Kortom: op het moment dat zich de handeling voordoet waarbij het uitstel van betaling wordt beëindigd, moet worden getoetst welke staat heffingsbevoegd is over de inkomsten. Heithuis betoogt dat dit betekent dat de invordering van de verschuldigde belasting inzake de exithetfing in de aanmerkelijkbelangsfere inbreuk maakt op de goede verdragstrouw.²⁰⁶ Volgens Albert zou een dergelijke interpretatie leiden tot een vreemde uitkomst, namelijk dat directe inning van de belasting niet strijdig is met het de goede verdragstrouw, terwijl uitgestelde heffing wel strijdig is met de goede verdragstrouw.²⁰⁷ Daar wordt aan toegevoegd dat indien de Hoge Raad inderdaad een tweede toetsingsmoment vereist, hierop gewezen had moeten worden in het arrest van 16 januari 2015.²⁰⁸ Hoewel ik begrip kan opbrengen voor de redenatie van Albert, nu het tweede toetsingsmoment kan leiden tot rare uitkomsten, vind ik de *a-contrario* redenatie van Albert niet steekhoudend. Het arrest waarnaar wordt verwezen is immers een arrest inzake het opleggen van de conserverende aanslag, niet het invorderen ervan. Uit het feit dat de Hoge Raad niet heeft gerept over de invordering van de verschuldigde belasting kan mijns inziens dan ook geen rechtsregel worden afgeleid. Evenmin gaat het arrest inzake de pensioenaanspraken over de invordering van de verschuldigde belasting.²⁰⁹ Desalniettemin laat de Hoge Raad hier zich nadrukkelijk uit over de invordering van de verschuldigde belasting. Mijns inziens betekent dit dat op het moment van vervreemding van de aanmerkelijkbelang aandelen bepaald moet worden welke staat heffingsbevoegd is. In veel gevallen zal dit de woonstaat zijn, waardoor Nederland geen mogelijkheid heeft tot invordering van de conserverende aanslag. Dit standpunt wordt versterkt door het feit dat in het verleden een aanmerkelijkbelang voorbehoud is opgenomen in verdragen. Immers, een dergelijk voorbehoud heeft geen functie op het moment dat de heffingsbevoegdheid ten tijde van de invordering hoe dan ook aan Nederland zou zijn toegewezen. Dit neemt niet weg dat ik er begrip voor had kunnen opbrengen als de Hoge Raad ten aanzien van de invordering van de conserverende aanslag aansluiting had gevonden bij het type heffing, namelijk de heffing over het vermogensaanwas gedurende de Nederlandse belastingplicht c.q. de heffing over het inkomen. Bij heffing over het inkomen wordt immers sterk aangesloten bij het moment van de betaling van dit inkomen, terwijl met een heffing over het vervreemdingswinst een bepaalde vermogensaanwas wordt belast. Het is daarom natuurlijker om voor de heffing over het inkomen een tweede toetsingsmoment te introduceren dan dat dit het geval is voor een heffing over de vermogensaanwas. Dit pad is de Hoge Raad echter niet ingeslagen, waardoor ik van mening ben dat BNB 2011/160 toepassing vindt op beide soorten exithetfingen.

4.4. Exithetfingen in de winstsfere

De nationale wetgeving kent enkele eindafrekeningen in de winstsfere, namelijk art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VpB 1969. De eindafrekeningsbepalingen in de winstsfere hebben tot doel het heffingslek te dichten dat anders zou ontstaan bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van een Nederlandse onderneming naar het buitenland door de zetelverplaatsing aan te merken als een vervreemding van de vermogensbestanddelen direct voorafgaand aan de zetelverplaatsing.²¹⁰ Art. 3.60 Wet IB 2001 (voor IB-ondernemers) en art. 15c Wet VpB 1969 (voor rechtspersonen) hebben tot doel buiten twijfel te stellen dat ook de partiële overdracht van vermogensbestanddelen naar het buitenland wordt aangemerkt als vervreemding van de vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economische verkeer.²¹¹ De exithetfing in de vennootschapsbelasting ziet overigens niet enkel op vennootschappen die een onderneming drijven in materiële zin.²¹² In dit onderdeel wordt behandeld of Nederland de heffingsmogelijkheid die

²⁰⁵ HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160, r.o. 4.4.6.

²⁰⁶ Heithuis, *WFR* 2017/106.

²⁰⁷ Albert, *WFR* 2017/133.

²⁰⁸ HR 16 januari 2015, *BNB* 2015/64.

²⁰⁹ HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160.

²¹⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 116 (*MvT*).

²¹¹ Al is dit slechts een verduidelijking van hoe de wettekst ingevolge art. 16 Wet IB 1964 reeds luidde: HR 27 augustus 1997, *BNB* 1998/50.

²¹² HR 14 december 2001, *BNB* 2002/208.

volgt uit de exitheffingen in de winstsfeer mag benutten op grond van de op de OESO-MV gebaseerde belastingverdragen.

Hoewel geen jurisprudentie is gewezen over de relatie tussen de exitheffing in de winstsfeer en het internationaal belastingrecht, kunnen deze exitheffingen naar mijn mening worden getoetst aan de criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in de 20 februariarresten.²¹³ In deze arresten is bepaald dat een belastingmaatregel die verdragsposterieur is ingevoerd in strijd komt met de goede verdragstrouw als door deze maatregel de heffingsbevoegdheid tussen landen verschuift. In de winstsfeer kunnen in dit verband naar mijn mening twee artikelen een rol spelen: art. 7 OESO-MV (winstartikel) en art. 13 OESO-MV (vervreemdingsartikel). Art. 7 OESO-MV doet immers niet af aan de werking van de andere artikelen uit het modelverdrag die voorzien in speciale regels voor specifieke categorieën winsten.²¹⁴ De relatie tussen de exitheffingen in de winstsfeer in combinatie met art. 7 en art. 13 OESO-MV worden achtereenvolgens besproken.

Art. 7 OESO-MV wijst de heffingsbevoegdheid over de winst van een onderneming toe aan de vestigingsstaat, tenzij sprake is van een vaste inrichting in de andere staat. In dat geval mag de staat waarin de vaste inrichting is gevestigd heffen over de winst die is toe te rekenen aan de vaste inrichting. Bij dit artikel komt het territorialiteitsbeginsel sterk naar voren: in het binnenland gevestigde (rechts)personen zijn onbeperkt belastingplichtig en in het buitenland gevestigde (rechts)personen zijn slechts onderworpen aan belastingheffing voor zover het inkomen uit binnenlandse bronnen betreft. De exitheffing is volledig in lijn met dit beginsel. De exitheffing bewerkstelligt immers dat de totale winst gedurende de Nederlandse belastingplicht wordt belast, wat eveneens zijn basis vindt in het territorialiteitsbeginsel. Zelfs zonder de exitheffing zou derhalve de heffingsbevoegdheid over de winst die is ontstaan gedurende de Nederlandse belastingplicht toebehoren aan Nederland. De exitheffing biedt slechts de mogelijkheid om invulling te geven aan deze heffingsbevoegdheid. Dat de fictieve vervreemding wordt geacht plaats te hebben gevonden direct voorafgaand aan het eindigen van de binnenlandse belastingplicht, doet hier niet aan af. Doordat Nederland slechts de waardeaan groei gedurende de binnenlandse belastingplicht belast, wordt de heffingsbevoegdheid van de immigratiestaat niet uitgehold en is daarmee geen sprake van een inbreuk op de goede verdragstrouw. Dit komt overeen met het oordeel van de Hoge Raad in de 20 februariarresten.²¹⁵

Art. 13 OESO-MV is reeds aan bod gekomen in relatie tot de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer. Uit de 20 februariarresten valt op te maken dat het opleggen van de conserverende aanslag in het kader van de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer is toegestaan omdat slechts wordt geheven over de waardeaan groei van het aanmerkelijk belang dat is toe te wijzen aan de periode van de Nederlandse belastingplicht.²¹⁶ Art. 13 OESO-MV omvat ook een dergelijke vermogensaanwasbelasting. Naar mijn mening geldt de redenatie die van toepassing is op de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer des te sterker in de winstsfeer. In de winstsfeer is de connectie tussen de exitheffing en het territorialiteitsbeginsel (waaraan invulling wordt gegeven door het totaalwinstbeginsel) sterker aanwezig dan in de aanmerkelijkbelangsfeer. De aanmerkelijkbelangsfeer wordt namelijk niet beheerst door het totaalwinstbeginsel omdat het in dit verband gaat om een aandeelhoudersrelatie. Dividend dat op basis van dit aanmerkelijk belang aan de aandeelhouder toekomt heeft de ondernemingsfeer al verlaten. De exitheffing in de winstsfeer volgt met betrekking tot art. 13 OESO-MV dezelfde redenatie als bij art. 7 OESO-MV. Ik constateer dan ook dat de exitheffing niet in strijd is met de goede verdragstrouw.

Maar hoe zit dit dan met de invordering van de exitheffing? Anders dan in de aanmerkelijkbelangsfeer, wordt bij de exitheffing in de winstsfeer geen conserverende aanslag opgelegd. Wel heeft de vennootschap de mogelijkheid om in termijnen te betalen, al dan niet onder het stellen van zekerheid. Dit brengt mijns inziens met zich mee dat slechts op één moment getoetst hoeft te worden aan het verdrag, te weten het moment van zetelverplaatsing. De belastingschuld en het moment van invordering is niet afhankelijk van (het moment van) een toekomstige handeling waarover een andere staat eventueel heffingsbevoegd is. De invordering is daarom niet in strijd met de goede verdragstrouw.

²¹³ Par. 4.3.

²¹⁴ Par. 10 commentaar bij art. 7 OESO-MV.

²¹⁵ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260, r.o. 4.3.3.

²¹⁶ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260, r.o. 4.3.3.

4.5. Exithheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer

4.5.1. Exithheffing over de waarde in het economische verkeer

Uit art. 3.83 Wet IB 2001 en art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001 volgt dat als een belastingplichtige werknemer die gefaciliteerd pensioen en/of lijfrente heeft opgebouwd emigreert, de economische waarde van de opgebouwde pensioen- of lijfrenterechten tot het moment van emigratie tot het belastbare loon wordt gerekend. Deze aanspraken worden geacht te zijn genoten direct voorafgaand aan emigratie.²¹⁷ Ter zake van deze exithheffing wordt een conserverende aanslag opgelegd. De belastingclaim wordt echter pas daadwerkelijk ingevorderd indien zich een ‘besmette handeling’ (waaronder verpanding en afkoop)²¹⁸ voordoet. Doet zich geen besmette handeling voor, dan hoeft ook geen belasting te worden betaald. Waar de exithheffingen in de winstsfeer en de aanmerkelijkbelangsfeer een heffingslek dichten, lijkt de exithheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer daarmee mede gericht op het tegengaan van oneigenlijk gebruik. Voor conserverende aanslagen opgelegd voor 15 september 2015 geldt overigens een tienjaarstermijn waarna kwijtschelding van de resterende belastingschuld volgt. Vanaf 15 september 2015 is de tienjaarstermijn vervallen. In deze paragraaf wordt aan de hand van relevante jurisprudentie inzake de exithheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer onderzocht hoe deze exithheffingen zich verhouden tot de goede verdragstrouw. De jurisprudentie omtrent de pensioenen is identiek aan die van de lijfrenten, dus gemakshalve wordt in het vervolg slechts gerefereerd aan de jurisprudentie omtrent pensioenen. Voor hieraan kan worden toegekomen wordt kort het Nederlandse beleid met betrekking tot pensioen en lijfrenten besproken. In onderdeel 4.5.2 wordt vervolgens geanalyseerd hoe een heffing over de teruggenomen lijfrente- en/of pensioenpremies zich verhoudt tot de goede verdragstrouw.

Voor wordt toegekomen aan de jurisprudentie, wordt kort behandeld wat het Nederlandse beleid is ter zake van pensioen en lijfrente in relatie tot het internationaal belastingrecht. In Nederland wordt de opbouw van pensioenen en lijfrentes fiscaal gefaciliteerd. Het is de bedoeling dat de uiteindelijke uitkering van het pensioen of de lijfrente wel wordt onderworpen aan belastingheffing. Het systeem van vrijgestelde opbouw (en de waardeontwikkeling tot uitkering) en belaste uitkering wordt aangemerkt als de omkeerregel. Om te voorkomen dat Nederland de heffingsbevoegdheid verliest over in Nederland opgebouwde en fiscaal gefaciliteerde pensioenen en lijfrenten als gevolg van emigratie, streeft Nederland in belastingverdragen zo veel mogelijk naar een integrale bronstaatheffing voor pensioenen en lijfrenten.²¹⁹ Dit wijkt af van de exclusieve woonstaatheffing zoals geformuleerd in art. 18 OESO-MV, waaronder inkomsten die voortvloeien uit pensioenaanspraken vallen. Lijfrenteaanspraken vielen voor 2000 niet onder het bereik van het pensioenartikel, maar onder het restartikel van art. 21 OESO-MV, dat de heffingsbevoegdheid ter zake van de lijfrente toe wijst aan de woonstaat. Sinds 2000 worden ook lijfrenten expliciet onder het pensioenartikel gebracht. Uit het OESO-commentaar bij art. 18 OESO-MV blijkt dat het mogelijk is om af te wijken van de exclusieve woonstaatheffing, bijvoorbeeld door introductie van een partiële of integrale bronstaatheffing.²²⁰ Uiteraard moet dit in verdragsonderhandelingen overeen worden gekomen. Mocht het verdragsland niet akkoord gaan met de integrale bronstaatheffing, dan streeft Nederland naar het implementeren van een partiële bronstaatheffing. Of Nederland daadwerkelijk heffingsbevoegd is met betrekking tot het innen van de belastingschuld die is ontstaan op grond van art. 3.83 lid 1 c.q. 3.136 lid 1 Wet IB 2001, is daarmee afhankelijk van wat is overeengekomen met het verdragsland. Hierop wordt later teruggekomen. Voor nu volstaat de constatering dat Nederland als bronstaat op basis van een verdrag niet, beperkt of onbeperkt heffingsbevoegd kan zijn over pensioenen en lijfrenten.

Allereerst zijn de *pensioenarresten* van belang in relatie tot de exithheffingen in de pensioen en lijfrentesfeer.²²¹ In deze zaken ging het om de emigratie van een pensioengerechtigde gevolgd door de zetelverplaatsing van de pensioenvennootschap, dan wel gelijktijdige zetelverplaatsing van de pensioenvennootschap. Een deel van deze arresten gaan over de heffing van loonbelasting ter zake van de pensioenaanspraken, terwijl andere arresten de ‘strafheffing’ ten gevolge van de zetelverplaatsing in de vennootschapsbelasting betreffen. Ik beperk mij tot het behandelen van de exithheffing in relatie tot de loonbelasting. In deze arresten draait het om directeuren-

²¹⁷ Art. 3.146 lid 3 Wet IB 2001.

²¹⁸ Art. 25 lid 4 IW 1990.

²¹⁹ Par. 4.10 Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 (hierna: NFV 2020).

²²⁰ Par. 12 t/m 15 bij art. 18 OESO-MV.

²²¹ HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/232-235.

grootaandeelhouders (hierna: DGA's) die hun pensioen in eigen beheer hadden opgebouwd. Als gevolg van de zetelverplaatsing voldeed het pensioen niet meer aan de eisen zoals gesteld in art. 19a Wet LB 1964, waardoor geen sprake meer was van een kwalificerend pensioen ingevolge art. 19b Wet LB 1964. Als gevolg hiervan werd de fiscale facilitering van het pensioen ongedaan gemaakt door de waarde van het pensioenrecht aan te merken als loon uit vroegere dienstbetrekking. Indien deze bepaling doorwerkt naar het verdrag, zou dit tot gevolg hebben dat het loon wordt belast ingevolge art. 15 (arbeidsartikel) of art. 16 (bestuurdersartikel) van het van het verdrag. Nederland frustreert daarmee het heffingsrecht over het inkomen, omdat het heffingsrecht over het pensioen ter heffing wordt toegewezen aan de woonstaat. De Hoge Raad oordeelt dat de heffing niet voorziet in het alsnog in de heffing betrekken van de vrijgestelde aanspraak, maar de waarde belast van de inmiddels opgebouwde pensioenrechten.²²² Hiermee wijst de Hoge Raad erop dat de aanspraken inclusief rendement worden betrokken in de heffing (de waarde in het economische verkeer van de aanspraken). De pensioenaanspraak valt normaliter alleen bij toekenning hiervan onder art. 15 van het verdrag. Een fictie die bewerkstelligt dat belastingheffing ten gevolge van gebeurtenissen die optreden na deze toekenning op basis van art. 15 toekomt aan Nederland is dan ook in strijd met de goede verdragstrouw. Deze uitkomst is geen verrassing na de reeds in par. 4.2 behandelde arresten inzake het gebruikelijk loon en de pensioenafkoop.²²³ Indien de heffingsbevoegdheid over het pensioen is toegewezen aan de woonstaat, zal deze immers willen heffen ten tijde van de uitkering van het pensioen, waardoor dubbele heffing kan ontstaan.

Indien zich een besmette handeling voordoet in de zin van art. 3.133 Wet IB 2001, wordt een conserverende aanslag die is opgelegd na emigratie ingevolge art. 3.83 of 3.136 Wet IB 2001 ingevorderd. In 2009 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of het opleggen en invorderen van deze exitheffing over de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraken in strijd is met de goede verdragstrouw.²²⁴ Deze arresten worden ook wel de 19 juniarresten genoemd. Deze arresten betroffen de conserverende aanslagen die zijn opgelegd bij de emigratie van pensioengerechtigden naar Frankrijk, Korea en de Filipijnen. In de belastingverdragen die Nederland heeft gesloten met deze landen werd de heffingsbevoegdheid over het pensioen exclusief toegewezen aan de woonstaat. Zonder de fictie van art. 3.83 lid 1 jo. art. 3.146 lid 3 Wet IB 2001 zou het pensioenartikel van het van toepassing zijnde verdrag daarom met zich meebrengen dat inkomsten uit pensioenaanspraken uitsluitend belastbaar zijn in het woonland. Het creëren van een belastbaar feit op het moment voorafgaand aan emigratie, komt volgens de Hoge Raad onder deze omstandigheden in strijd met de goede verdragstrouw.²²⁵ Immers, de fictie kan niet bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na toekenning van de pensioenaanspraken optredende gebeurtenissen aan de werking van art. 18 van het belastingverdrag wordt onttrokken.²²⁶ De goede trouw die gerespecteerd moet worden bij de uitleg van een verdrag brengt met zich mee dat het de emigratiestaat niet is toegestaan zijn heffingsrecht door middel van een fictie te frustreren, ook al ziet het verdrag in beginsel niet op de situaties waarbij sprake is van twee opeenvolgende woonstaten. Kortom: Nederland heeft geen gebruik gemaakt van het heffingsrecht ten tijde van het toekennen van de pensioenaanspraak door het vrijstellen van de opbouw. De exitheffing die Nederland heeft geïntroduceerd beoogt niet deze aanspraken alsnog te belasten, omdat de regeling niet slechts de destijds opgebouwde aanspraak belast maar de waarde in het economische verkeer hiervan. Deze waarde wordt bestreken door het pensioenartikel. Indien de heffingsbevoegdheid over het pensioen op basis van het verdrag toekomt aan de woonstaat, trekt Nederland daarmee eenzijdig de heffingsbevoegdheid naar zich toe. Dit levert strijdigheid op met de goede verdragstrouw. Kavelaars stelt dat de Hoge Raad onterecht heeft geoordeeld dat de pensioenaanspraak onder art. 15 OESO-MV valt en het uitkeringsrecht onder art. 18 OESO-MV.²²⁷ Dit kan leiden tot dubbele heffing ten aanzien van de aanspraak, tenzij de aanspraak of de uitkering wordt vrijgesteld. Dit komt volgens Kavelaars doordat het begrip 'aanspraak' wordt aangemerkt als een verdragsbegrip, terwijl hier in de verdragstekst en het commentaar geen aanwijzing voor is te vinden. Ik zie ook geen aanleiding om het begrip 'aanspraak' aan te merken als verdragsbegrip. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn geweest van de OESO dat als gevolg hiervan mogelijk dubbele heffing kan ontstaan. Een mogelijke oplossing hiervoor is gelegen in de herformulering van art. 18 OESO-MV.

²²² HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/233, r.o. 3.4.2.

²²³ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379-381.

²²⁴ HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263; HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/265; HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/266.

²²⁵ HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263, r.o. 3.4.3; HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/265, r.o. 3.4.3.

²²⁶ In gelijke zin: HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/233.

²²⁷ Kavelaars, *NtFR-B* 2009/29, par. 5.

De Hoge Raad oordeelt in gelijke zin over de exitheffing ingevolge art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001.²²⁸ Met deze heffing wordt ook het rendement over de lijfrentepremieaftrek in de heffing betrokken. Doordat deze waarde in aanmerking wordt genomen als een negatieve inkomensvoorziening kan niet worden gesproken van een premieaftrek onder ontbindende voorwaarde van reguliere afwikkeling. Dit is tevens het onderscheid tussen *BNB 2009/264* en het Hongarije-arrest.²²⁹ In het Hongarije-arrest werd de premieaftrek bij oneigenlijke afwikkeling in aanmerking genomen als een negatieve persoonlijke verplichting. Dit omvatte niet het rendement op deze lijfrentepremieaftrek, waardoor de afkoop van de lijfrente niet kon worden aangemerkt als een inkomensbestanddeel in de zin van het restartikel van het verdrag. Kavelaars betoogt dat *BNB 2002/42* en *BNB 2009/264* wat het uiteindelijke effect betreft niet van elkaar verschillen: beide frustreren de toepassing van het restartikel.²³⁰ Het (volgens de Hoge Raad essentiële) verschil tussen beide systemen is immers dat onder het oude systeem slechts de negatieve persoonlijke verplichting in aanmerking werd genomen, terwijl onder het nieuwe systeem de waarde van het recht in aanmerking wordt genomen. Ik ben van mening dat deze aanpassing in de belastinggrondslag geen materiële invloed heeft op de verhouding met de goede verdragstrouw, omdat een dergelijke wijziging naar mijn mening geen recht doet aan de verdeling van de heffingsbevoegdheden die op basis van het verdrag zijn overeengekomen. Een vergelijkbare mening ben ik aangedaan ten aanzien van de reparatiewetgeving (zie par. 4.5.2). De Hoge Raad laat zich verder ook uit over de reciprociteit van een wetgeving. Meer in het bijzonder stelt de Hoge Raad zich op het standpunt dat een fictie die verdragsposterieur door een de verdragsluitende staat is opgenomen en bovendien vergelijkbaar is met de Nederlandse fictie niet de strijdigheid met de goede verdragstrouw kan opheffen.²³¹ Hieruit valt mijns inziens af te leiden dat wederkerigheid bij ficties die de heffingsbevoegdheid naar zijn aard naar zich toetrekken geen rol speelt, omdat dit de strijdigheid met de goede verdragstrouw niet oplost. Dit is anders in de situatie waarbij strijd met de goede verdragstrouw zich bij latere uitkering kan voordoen, maar de regeling als zodanig geen verschuiving van de heffingsbevoegdheid tot gevolg heeft. Wederkerigheid van de fictie kan dan wel aan de orde zijn.

4.5.2. *Exitheffing ter grootte van het verleende belastingvoordeel*

Is heffing over de waarde in het economische verkeer van de pensioen- en/of lijfrenteaanspraken niet mogelijk doordat de heffingsbevoegdheid op basis van het verdrag niet wordt toegewezen aan Nederland, dan is art. 3.136 lid 2 Wet IB 2001 (voor lijfrente) of art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001 (pensioen) van toepassing. Het daarover behaalde rendement wordt dan niet in aanmerking genomen. Deze reparatiewetgeving is met terugwerkende kracht geïntroduceerd in reactie op de 19 juniarresten. Sinds de 19 juniarresten behoudt Nederland zich als bronstaat in verdragsonderhandelingen de heffingsbevoegdheid ter zake van de waarde in het economische verkeer van de aanspraken voor, waardoor Nederland op basis van deze ‘nieuwe’ verdragen ook kan heffen over het rendement.²³²

Volgens de regering laten de 19 juniarresten ruimte om de wet zodanig aan te passen, dat deze niet meer in strijd is met de goede verdragstrouw.²³³ De heffing, die voorheen de waarde in het economische verkeer belastte, moest daarvoor aangepast worden naar een heffing over de in het verleden in aftrek genomen pensioen- of lijfrentepremies. Hiervoor wordt verwezen naar het lijfrentearrest, met name naar de voorwaarde dat de wettelijke regeling niet tot gevolg heeft dat in werkelijkheid over de afkoopsom wordt geheven.²³⁴ Ook wordt verwezen naar de pensioenarresten, waarin de Hoge Raad het volgende overweegt: ‘De regeling van artikel 3.83, lid 1, in verbinding met artikel 3.146, lid 3, van de Wet voorziet niet in het alsnog in de heffing betrekken van de indertijd vrijgestelde aanspraak, maar belast de waarde in het economische verkeer van de opgebouwde pensioenrechten op basis van een fictie. Aangezien de pensioenaanspraak alleen bij de verkrijging ervan onder artikel 15 van het Verdrag valt, kan de fictie uit de zojuist vermelde wetsbepalingen niet bewerkstelligen dat de belastingheffing wegens na die toekenning optredende gebeurtenissen aan de werking van artikel 18 van het Verdrag wordt onttrokken (vgl. HR 13 mei 2005, nr. 39610, *BNB 2005/233*)’.²³⁵ Door de grondslag van de heffing aan te passen, waardoor niet langer meer wordt geheven over de

²²⁸ HR 19 juni 2009, *BNB 2009/264*.

²²⁹ HR 7 december 2001, *BNB 2002/42*.

²³⁰ Kavelaars, *NtFR-B 2009/29*, par. 5.

²³¹ HR 19 juni 2009, *BNB 2009/264*.

²³² HR 19 juni 2009, *BNB 2009/263-266*.

²³³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 990, nr. 3, blz. 2.

²³⁴ HR 19 juni 2009, *BNB 2009/264*, r.o. 3.3.5.

²³⁵ HR 19 juni 2009, *BNB 2009/265*, r.o. 3.4.2.

waarde in het economische verkeer van de aanspraken, maar over het bedrag waarover belastingvoordeel is verleend, sluit de regering aan bij het Hongarije-arrest.²³⁶ De reparatiewetgeving ziet op de gevallen waarbij op grond van het belastingverdrag niet kan worden geheven doordat de heffingsbevoegdheid is toegewezen aan de woonstaat. Deze heffing is verankerd in art. 3.136 lid 2 en 3 Wet IB 2001. Deze wetstechnische slimmigheid kon in de literatuur niet op veel bijval rekenen.²³⁷ Zo is Kemmeren pessimistisch over de houdbaarheid van de reparatiewetgeving.²³⁸ Dat niet meer wordt geheven over de waarde in het economische verkeer neemt immers niet weg dat Nederland overgaat tot belastingheffing wegens na de toekenning van de pensioenaanspraken optredende gebeurtenissen. De heffingsbevoegdheid dient dus nog steeds te worden toegewezen op basis van art. 18, niet art. 15. Deze artikelen sluiten elkaar wederzijds uit. Ook stelt Kemmeren dat het probleem niet gelegen is in de nationale wetgeving, het probleem is dat de nationale wetgeving in strijd is met de belastingverdragen. De oplossing zit dan ook niet in het aanpassen van de nationale wetgeving, maar in het wijzigen van de verdragstekst. Ik sluit mij hierbij aan. Het eenvoudigweg verdragsposterieur wijzigen van de belastinggrondslag (die overigens voor een groot deel hiervan overeenkomt met de heffing over de waarde in het economische verkeer) waarbij geen recht wordt gedaan aan de verdeling van de heffingsbevoegdheden die tot stand zijn gekomen op basis van het verdrag, kan de strijdigheid met de goede verdragstrouw mijns inziens niet opheffen. Ook de rechtbank was deze mening aangedaan: ‘Immers, Nederland haalt ook met artikel 3.136, derde lid, van de Wet IB 2001 de heffingsrechten naar zich toe over een pensioenaanspraak die onvoorwaardelijk is toegekend, terwijl de aanspraak vanaf het moment van toekenning wordt bestreken door het pensioenartikel en niet is voorzien in een bronstaatheffing.’²³⁹ Tevens ben ik evenals Kappelle en Kemmeren van mening dat de regering de reparatiewetgeving ten aanzien van pensioenen onterecht ophangt aan het Hongarije-arrest.²⁴⁰ Immers, het Hongarije arrest heeft betrekking op art. 45c Wet IB 1964, dat bepaalde dat (enkel) de in aftrek gebrachte lijfrentepremies bij emigratie (en afkoop) in aanmerking moesten worden genomen als negatieve persoonlijke verplichtingen. De Hoge Raad heeft toen geoordeeld dat geen sprake is van een heffing over de afkoopsom (en daarmee de premies inclusief rendement), maar dat slechts sprake is van vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder de aftrek is verleend. Bij pensioenen is echter geen sprake van een voorwaardelijke aftrek. De pensioenaanspraken worden onvoorwaardelijk vrijgesteld van belasting. Dit brengt met zich mee dat bij latere afkoop niet het arbeidsartikel, maar nog steeds het pensioenartikel van toepassing is. Strijdigheid met de goede verdragstrouw doet zich dan nog steeds voor. Ook de Hoge Raad stelt dat art. 45c Wet IB 1964 niet vergelijkbaar is met art. 3.133 en 3.136 Wet IB 2001.²⁴¹ Toch heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de heffing ingevolge art. 3.136 lid 2 en 3 Wet IB 2001 niet in strijd is met de goede verdragstrouw.²⁴² De Hoge Raad stelt simpelweg dat niet meer wordt geheven over de waarde van de aanspraak, maar dat slechts de voorwaardelijk verleende aftrek wordt teruggenomen. Voor de bepaling inzake de lijfrente geldt dat de in aftrek gebrachte premies niet worden aangemerkt als bestanddelen van het inkomen, waardoor het restartikel van het belastingverdrag hier niet op kan zien (in lijn met het Hongarije-arrest) en van strijdigheid met de goede verdragstrouw geen sprake kan zijn. Met betrekking tot de pensioenaanspraken is eveneens geoordeeld dat de heffing alleen de in aftrek toegelaten premies terugneemt en dat deze daarom niet vallen onder het bereik van art. 18, maar onder die van art. 15. Hiermee erkent de Hoge Raad dat de wetstechnische aanpassing de aard van de heffing aanpast naar een heffing die niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Deze uitkomst is niet geheel verwonderlijk na BNB 2002/42 en BNB 2009/264, waaruit ten aanzien van lijfrente reeds bleek dat de Hoge Raad het verschil tussen de heffing over negatieve persoonlijke verplichtingen enerzijds en de waarde van het recht anderzijds van belang achtte. Zolang het rendement over de premies niet in de heffing worden betrokken is derhalve geen sprake van strijdigheid met de goede verdragstrouw, zelf niet als de heffingsbevoegdheid over de lijfrente of het pensioen exclusief is toegewezen aan de woonstaat.

²³⁶ HR 7 december 2001, *BNB* 2002/42.

²³⁷ Zie voor een overzicht van de kritiepunten: Concl. A-G Niessen bij HR 14 juli 2017, *BNB* 2017/186.

²³⁸ Kemmeren, *WFR* 2009/881.

²³⁹ Rb. Den Haag 27 december 2016, *NTRF* 2017/688, r.o. 13.

²⁴⁰ Kemmeren, *WFR* 2009/881, par. 5; Kappelle, *WFR* 2017/96, par. 5.3.

²⁴¹ HR 19 juni 2009, *V-N* 2009/29.10, r.o. 3.3.4.

²⁴² HR 14 juli 2017, *BNB* 2017/186.

4.5.3. *Exitheffingen in de aanmerkelijkbelangsfeer vs. exitheffingen in pensioen- en lijfrentesfeer*

De Hoge Raad heeft met betrekking tot de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer geoordeeld dat geen sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw.²⁴³ Uit de in dit onderdeel behandelde jurisprudentie blijkt dat voor de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer wel sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw, althans voor zover wordt geheven over de waarde in het economische verkeer van de pensioen- en lijfrenteaanspraken. Dit onderscheid wordt in deze alinea toegelicht.

In tegenstelling tot de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer verschuift de heffingsbevoegdheid als gevolg van de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer niet. Immers, de heffingsbevoegdheid over de vermogensaanwas die is toe te rekenen aan de periode van binnenlandse belastingplicht behoort toe aan Nederland. In de pensioen- en lijfrentesfeer is geen sprake van een dergelijke vermogensaanwas. De belastingheffing ten gevolge van gebeurtenissen die zich voordoen na toekenning van de aanspraken, behoort daarmee onmiskenbaar toe aan de staat die heffingsbevoegd is op basis van het pensioenartikel. Hieruit blijkt het belangrijkste onderscheid tussen de 20 februariarresten en de 19 juniarresten, te weten de formulering van art. 13 lid 5 OESO-MV en het commentaar bij dit artikel respectievelijk art. 18 OESO-MV. Het vervreemdingsartikel laat ruimte voor een vermogensaanwasbelasting, zo blijkt ook uit het commentaar bij het OESO-MV, maar het pensioenartikel laat een splitsing van de heffingsbevoegdheid naar rato van de belastingplicht tussen de landen niet toe. De territorialiteitsgedachte speelt dus een rol bij de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer, terwijl dit geen rol lijkt te spelen bij de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer. Dit valt te herleiden naar het feit dat de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer heft over de vermogensaanwas die is toe te rekenen aan de Nederlandse belastingplicht. De exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer heft daarentegen over het inkomen. Opmerkelijk hierbij is dat de Hoge Raad bij de 19 juniarresten een andere weg is ingeslagen dan bij de 20 februariarresten. Bij de 20 februariarresten was het commentaar bij art. 13 lid 5 OESO-MV leidend. Op basis van dit commentaar bestaat ruimte voor de bronstaat om te heffen. Het commentaar speelde geen rol bij de 19 juniarresten. Als de Hoge Raad bij de 19 juniarresten dezelfde redenatie had gevolgd als bij de 20 februariarresten, dan was de conclusie volgens Kavelaars overigens gelijk gebleven.²⁴⁴ Het commentaar bij art. 18 OESO-MV laat immers geen ruimte voor een bronstaatheffing.

Daarnaast blijkt uit par. 4.3 dat de invordering van de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer strijdig is met de goede verdragstrouw, omdat ten tijde van de invordering eveneens moet worden getoetst of Nederland heffingsbevoegd is over het inkomen. De vraag is in hoeverre dit geldt voor de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer. Het reeds behandelde 15 aprilarrest is hierbij leidend.²⁴⁵ In lijn met de jurisprudentie inzake de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer was het opleggen van de conserverende aanslag onder het verdrag Nederland-België (gesloten na 2000) niet in strijd met de goede verdragstrouw. Verder is in dit arrest bepaald dat de opgelegde conserverende aanslag alleen mag worden ingevorderd op het moment dat Nederland heffingsbevoegd is ten tijde van het invorderbaar worden van de aanslag. Volgens Kavelaars betekent dit dat de introductie van het tweede toetsingsmoment het onderscheid tussen oude en nieuwe verdragen irrelevant maakt.²⁴⁶ Tevens meent Kavelaars dat indien de heffingsbevoegdheid bij invordering niet toekomt aan Nederland, dit geldt voor het gehele pensioeninkomen, ongeacht of het de in aftrek gebrachte premies betreft of de waarde in het economische verkeer van de aanspraken. In het licht van het later gewezen arrest BNB 2017/186, waarin is bepaald dat de belasting over de voorheen in aftrek gebrachte premies onder het bereik van het arbeidsartikel valt, kan geconcludeerd worden dat deze stelling is achterhaald. Desalniettemin blijft het frappant dat de Hoge Raad -naast het moment van heffing- het moment van invordering van de exitheffing van belang acht, terwijl belastingverdragen eigenlijk niet zien op invordering. Voor zowel de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer als in de pensioen- en lijfrentesfeer dienen deze twee toetsingsmomenten desondanks te worden toegepast.

²⁴³ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260-262.

²⁴⁴ Kavelaars, *NFR-B* 2009/29, par. 4.

²⁴⁵ HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160.

²⁴⁶ Noot Kavelaars bij HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160.

4.6. Internationaal belastingrecht en de exitheffing in de dividendbelasting

4.6.1. Algemene aspecten van de exitheffing en het internationaal belastingrecht

Een exitheffing in de dividendbelasting heft evenals de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer over het inkomen. De exitheffing beoogt te heffen over de Nederlandse dividendbelastingclaim ten tijde van grensoverschrijdende reorganisatie. Middels een conserverende aanslag die slechts wordt ingevorderd zodra de gereorganiseerde vennootschap dividend uitkeert, wordt daarnaast beoogd dat de heffing ten laste komt van de aandeelhouder. De in dit hoofdstuk behandelde jurisprudentie geeft de kaders waaraan deze exitheffing moet voldoen om niet in strijd te komen met de goede verdragstrouw. Op basis van de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de exitheffing, ongeacht of het gaat om een heffing over het inkomen of over de vermogen, op eenzelfde wijze moet worden getoetst aan het internationaal belastingrecht.²⁴⁷ Dit houdt in dat op twee momenten moet worden getoetst of de exitheffing in overeenstemming is met de goede verdragstrouw, namelijk ten tijde van het opleggen van de conserverende aanslag (het heffingsmoment) en het moment waarop na reorganisatie daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd (invorderingsmoment). In deze paragraaf wordt onderzocht of de exitheffing zoals deze is voorgesteld in het wetsvoorstel in strijd komt met de goede verdragstrouw. In onderdeel 4.6.2 wordt aan de hand van de toetsingscriteria onderzocht of een alternatieve vormgeving van de exitheffing potentiële schending van de goede verdragstrouw kan oplossen.

Een grensoverschrijdende reorganisatie is op grond van de huidige dividendbelasting geen belastbaar feit. De grensoverschrijdende reorganisatie is voor de belastingplichtige aandeelhouder in de inkomsten- of vennootschapsbelasting een vervreemding, met uitzondering van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Het ligt daarom voor de hand voor deze reorganisaties de kwalificatie als vervreemdingsvoordeel voor het verdrag te volgen. Onder de huidige wetgeving wordt een grensoverschrijdende (aandelen)fusie of splitsing daarmee aangemerkt als een vervreemdingsvoordeel ingevolge art. 13 lid 5 OESO-MV, waarbij de heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de woonstaat. Onder deze bepaling is het tevens toegestaan om de vermogensaanwas te belasten die is opgebouwd tijdens de binnenlandse belastingplicht, zo blijkt uit het OESO-commentaar bij de bepaling. De vraag is of de introductie van de fictie in de dividendbelasting bewerkstelligt dat een grensoverschrijdende reorganisatie verdragsrechtelijk wordt aangemerkt als dividend in plaats van vervreemdingswinst, en of deze gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid een schending van de goede verdragstrouw teweeg brengt. Immers, art. 10 OESO-MV deelt de heffingsbevoegdheid ten aanzien van dividend zowel toe aan de woonstaat als de bronstaat, waardoor hooguit sprake kan zijn van een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid. Om te bepalen of strijdigheid bestaat met de goede verdragstrouw moet worden bepaald welk artikel verdragsrechtelijk gevolgd moet worden. Immers, op basis van de inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt een grensoverschrijdende (aandelen)fusie of splitsing voor de aandeelhouder aangemerkt als een vervreemding, terwijl de reorganisatie op basis van de dividendbelasting wordt aangemerkt als dividend. De Hoge Raad heeft in relatie tot de inkoop van aandelen en tot de kwalificatie van een liquidatie-uitkering geoordeeld dat de definitie van de eindheffing (inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting) en niet de voorheffing (dividendbelasting) doorslaggevend is voor het verdrag.²⁴⁸ Verhaeren en Lohuis menen dat dit betekent dat ook in het geval van een dividendbelastingzaak aan moet worden gesloten bij de kwalificatie van de eindheffing.²⁴⁹ Mijns inziens moeten BNB 2004/123 en BNB 2007/41 zo worden uitgelegd dat het regime waardoor de aandelen worden beheerst leidend is voor de kwalificatie. Bij BNB 2004/123 en BNB 2007/41 was dit het aanmerkelijkbelangregime. Dit houdt mijns inziens in dat voor aandeelhouders die een belang houden in een vennootschap die zich buiten Nederland verplaatst waardoor Nederland op basis van het verdrag niet wordt aangemerkt als vestigingsstaat van deze vennootschap (ongeacht een eventuele nationale bepaling die de vestigingsplaats aanmerkt als Nederland) aansluiting moet worden gezocht bij de kwalificatie in de dividendbelasting. Op basis hiervan concludeer ik dat de exitheffing ten aanzien van de grensoverschrijdende (aandelen)fusie en splitsing een gedeeltelijke

²⁴⁷ In de literatuur wordt ook beargumenteerd dat jurisprudentie inzake de exitheffing in de pensioen- en lijfrentesfeer verschilt van die in de aanmerkelijkbelangsfere. Zie bijvoorbeeld Verhaeren & Lohuis, *WFR* 2020/230.

²⁴⁸ HR 12 december 2003, *BNB* 2004/123; HR 9 juni 2006, *BNB* 2007/41.

²⁴⁹ Verhaeren & Lohuis, *WFR* 2020/230.

verschuiving van de heffingsbevoegdheid teweeg brengt. Dat een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid niet leidt tot schending van de goede verdragstrouw bleek reeds uit de 20 februariarresten.²⁵⁰

De grensoverschrijdende zetelverplaatsing is slechts een vervreemding ingevolge de inkomstenbelasting indien het een aandeelhouder betreft die een aanmerkelijk belang houdt in de Nederlandse vennootschap die haar zetel verplaatst naar het buitenland, terwijl deze aandeelhouder woonachtig is in het buitenland. In alle andere gevallen is een zetelverplaatsing geen belastbaar feit voor de aandeelhouder op basis van het nationale recht. De grensoverschrijdende zetelverplaatsing wordt door de fictie nu onder het dividendartikel geschaard. Door het introduceren van de uitkeringsfictie wordt op basis van art. 10 OESO-MV een heffingsbevoegdheid toegekend aan Nederland die anders niet zou bestaan. Ook in dit geval is echter geen sprake van strijdigheid met de goede verdragstrouw, omdat de kwalificatie als dividend slechts een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid veroorzaakt. Indien zowel de bronstaat als de woonstaat heffingsbevoegd is over het inkomen, kan internationale dubbele belastingheffing op basis van het belastingverdrag worden voorkomen. In het geval van de emigratieheffing ten laste van de aanmerkelijkbelanghouder kan dubbele belastingheffing bijvoorbeeld worden voorkomen door de belasting ter zake van het aanmerkelijk belang die wordt geheven door de woonstaat te verrekenen met de verschuldigde belasting uit de bronstaat (een zogenaamde *reverse credit*). Volgens Pötgens en Kappelle doet de aanwezigheid van een *reverse credit* niet af aan het feit dat de emigratieheffing mede als doel heeft het belastingverdrag te frustreren door introductie van een technische slimmigheid, waardoor beargumenteerd kan worden dat desondanks sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw.²⁵¹ Immers, een *reverse credit* doet niet af aan het feit dat de bronstaatheffing en niet de woonstaatheffing bepalend is. Ik ben het hier niet mee eens. Uit de 20 februariarresten blijkt naar mijn mening dat de doelstelling van de emigratieheffing een andere is, te weten het in de belastingheffing betrekken van de waardestijging gedurende de Nederlandse belastingplicht. De *reverse credit* is naar mijn mening in lijn met deze doelstelling. Al met al brengt het voorgaande met zich mee dat het opleggen van een conserverende aanslag ingevolge de exitheffing in de dividendbelasting bij zetelverplaatsing niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Als zowel woonstaat als bronstaat heffingsbevoegd zijn, kan immers nooit sprake zijn strijdigheid met de goede verdragstrouw.

Vervolgens moet worden geanalyseerd of de invordering van de aanslag in strijd is met de goede verdragstrouw. Op basis van de voorgestelde exitheffing zou de belasting worden ingevorderd op het moment dat het dividend daadwerkelijk wordt uitgekeerd, ongeacht de periode tussen de reorganisatie en de uitkering. Nederland is ten tijde van deze dividenduitkering slechts toegestaan de belastingschuld in te vorderen op grond van het internationaal belastingrecht indien Nederland op het moment van de betaling van het dividend kan worden aangemerkt als woonstaat of bronstaat. In het geval de aandeelhouder woonachtig is in Nederland, komt Nederland in elk geval heffingsbevoegdheid toe als woonstaat. In alle andere gevallen waarbij zich een dividenduitkering voordoet in de zin van art. 10 OESO-MV moet Nederland eerst worden erkend als bronstaat. Hier doet zich een probleem voor: Nederland kan als ex-vestigingsstaat van de uitkerende vennootschap niet worden aangemerkt als woonstaat (voor het gemak ervan uitgaande dat de aandeelhouder niet in Nederland woont) of bronstaat, waardoor Nederland geen heffingsbevoegdheid toekomt. Dit speelt nog sterker indien de reorganiserende vennootschap als gevolg van de reorganisatie ophoudt te bestaan. De uitkerende vennootschap is dan niet dezelfde vennootschap als de vennootschap die de conserverende aanslag kreeg opgelegd. De band met Nederland is dan op zijn minst zwak te noemen. Er bestaat echter geen bepaling die Nederland op het moment van dividenduitkering belet in te vorderen op het moment van dividenduitkering. Sterker nog, het belastingverdrag ziet eigenlijk niet op invordering, maar slechts de heffing van dividendbelasting. Denkbaar is dat desondanks een soortgelijke bepaling als art. 10 lid 5 OESO-MV geïntroduceerd kan worden in belastingverdragen dat bewerkstelligt dat de ex-vestigingsstaat van de gereorganiseerde vennootschap geen belasting kan invorderen ter zake van aandeelhouders die niet in die staat woonachtig zijn. Uiteraard kan de vennootschap er ook voor kiezen om de belasting simpelweg niet in te houden op de dividenduitkering. In dat geval kan het niet-verhalen van de dividendbelasting een bevoordeling van de aandeelhouder door de vennootschap vormen (en kan wellicht brutering volgen).

²⁵⁰ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260-262.

²⁵¹ Pötgens & Kappelle, *WFR* 2010/74, par. 5.3.

Tot slot moet worden benadrukt dat de dividendbelasting een tijdstipbelasting is. Ook in verdragen wordt het tijdstip van uitbetaling van dividend aangemerkt als het enige relevante tijdstip. Hierbij komt sterk naar voren dat de dividendbelasting een heffing over inkomen effectueert, en dus niet heft over vermogensaanwas of vermogenswinst.²⁵² Compartmentering zoals bij art. 13 OESO-MV mogelijk is, heeft geen plaats in het dividendartikel.²⁵³ Een andere interpretatie kan leiden tot dubbele belasting.²⁵⁴ Compartmentering past bovendien überhaupt niet binnen de kaders van de dividendbelasting, omdat compartimentering een belastingclaim veronderstelt die mijns inziens niet bestaat binnen de dividendbelasting, althans voor zover de exitheffing ten laste van de aandeelhouder komt. Deze ‘claim’ ontstaat immers pas op het moment dat daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd. Van een claim ingevolge een tijdstipsbelasting kan daarom pas gesproken worden indien de aandeelhouder dit inkomen geniet, als de aandeelhouder dit inkomen op een later moment überhaupt geniet.²⁵⁵ Kortom, een exitheffing hoort niet thuis in de dividendbelasting omdat de dividendbelasting een tijdstipbelasting is, geen tijdstipbelasting. Dit benadrukt tevens de onrechtvaardigheid indien Nederland een heffingsrecht wenst te effectueren dat eveneens buitenlandse winstreserves in de heffing betreft, terwijl de uitkerende vennootschap niet eens in Nederland is gevestigd. Dit levert wrijving op met het internationaal aanvaarde principe dat het land waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd de heffingsbevoegdheid heeft over de dividenden. De exitheffing in relatie tot een tijdstipbelasting is mijns inziens minder kwalijk als de exitheffing effectief wordt geheven van de vennootschap in plaats van de aandeelhouder. De conserverende aanslag wordt immers opgelegd aan de vennootschap en de vennootschap betaalt de belasting. Het is de bedoeling dat de vennootschap de betaalde belasting in de toekomst verrekenet met de aandeelhouder bij dividenduitkering. Indien dit nooit gebeurt is ontegenzeggelijk sprake van een heffing ten laste van de uitkerende vennootschap. Voor de uitkerende vennootschap valt het heffingsmoment ter zake van de reorganisatie tegelijk met het invorderingsmoment. Doordat de grensoverschrijdende organisatie wordt aangemerkt als een dividenduitkering en bovendien wordt geheven en ingevorderd van de vennootschap gedurende de Nederlandse belastingplicht, kan in deze optiek wel sprake zijn van een exitheffing die aansluit op het karakter van de dividendbelasting als tijdstipbelasting. Wel kan het zo zijn dat de heffing dan niet aansluit op het karakter van de dividendbelasting als aandeelhoudersbelasting. Het alternatief dat wettelijk en feitelijk dividendbelasting wordt geheven ten laste van de uitkerende vennootschap wordt verderop nader toegelicht.

Uit het voorgaande volgt dat Nederland op basis van het internationale belastingrecht in principe niet bevoegd is te heffen omdat Nederland niet kwalificeert als woonstaat (tenzij de aandeelhouder woonachtig is in Nederland) c.q. bronstaat. Een nationale vestigingsplaatsfictie doet hier niet aan af. Immers, Nederland moet na reorganisatie op basis van art. 4 OESO-MV terugtreden als woonstaat van de vennootschap. Behoud van de dividendbelastingclaim is dus in elk geval geen gerechtvaardigde doelstelling voor een exitheffing in de dividendbelasting. In misbruiksituaties ligt dit echter genuanceerder. Deze anti-misbruikdoelstelling is eveneens opgenomen in het wetsvoorstel van ex-kamerlid Snels.²⁵⁶ Of de exitheffing in misbruiksituaties echter überhaupt zin heeft, valt te bezien.²⁵⁷ Indien bij de zetelverplaatsing ten gevolge van een grensoverschrijdende reorganisatie sprake is van een misbruikmotief, wordt de vennootschap op basis van het nationaal recht geacht in Nederland te zijn gevestigd. Of dit doorwerkt naar het van toepassing zijnde belastingverdrag is afhankelijk van wat Nederland met de verdragsluitende staat overeenkomt tijdens de onderlinge overlegprocedure die bij een dubbele woonplaats wordt ingesteld op basis van art. 4 OESO-MV jo. art. 4 MLI. Wordt op basis van de onderlinge overlegprocedure vastgesteld dat de vennootschap in Nederland is gevestigd, dan komt Nederland als bronstaat in de regel heffingsbevoegdheid toe. De exitheffing heeft hierbij dan geen functie. Immers, er is geen sprake van een exit op basis van het belastingverdrag omdat de vennootschap nog steeds in Nederland is gevestigd. De exitheffing in de dividendbelasting past bovendien niet goed in de systematiek. In plaats van de vaststelling van de woonplaats op basis van art. 4 OESO-MV gevolgd door de toepassing van art. 10 OESO-MV, wordt als gevolg van de exitheffing heffingsbevoegdheid aan Nederland toegeëigend terwijl Nederland niet is aangemerkt als woonstaat of bronstaat. Het land waarnaar de zetelverplaatsing heeft plaatsgevonden wordt volgens

²⁵² Uitzondering van art. 3a Wet DB 1965 daar gelaten.

²⁵³ HR 12 mei 2006, *BNB* 2007/36.

²⁵⁴ Van Walsem, *NLF-W* 2020/17.

²⁵⁵ Weber & Winkenijs, *WFR* 2020/148; Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III, par. 2.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35523, nr. 3, p. 9.

²⁵⁷ Verhaeren & Lohuis, *WFR* 2020/230.

deze systematiek dus volledig overgeslagen. Een andere mogelijkheid ter bestrijding van misbruik dat het verdrag biedt, is de *principle purpose test* (hierna: PPT). Ingevolge de PPT kan de belastingplichtige verdragsvoordelen worden ontzegd indien de *principle purpose* van de handeling van de belastingplichtige het ontwijken van de belasting is. Hier ligt de crux: is sprake van misbruik bij grensoverschrijdende reorganisatie, dan is sprake van misbruik door de vennootschap, niet de belastingplichtige. Sterker nog, het kan voorkomen dat de aandeelhouder ten laste van wie de belasting komt geen aandeelhouder was ten tijde van het belastbare feit. Het komt mij daarom voor dat de PPT hier geen uitkomst kan bieden. Gebaseerd op het voorgaande, ben ik eveneens van mening dat de voorgestelde exitheffing geen doeltreffende wijze is om misbruik te bestrijden. Het bestrijden van misbruik kan daarom geen rechtvaardigingsgrond vormen voor introductie van de exitheffing.

4.6.2. Toetsing aan de criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving

In deze paragraaf wordt de exitheffing uit de dividendbelasting getoetst aan de criteria uit de Nota Zicht op Wetgeving.²⁵⁸ Deze criteria zijn reeds beschreven in het eerste hoofdstuk. In deze paragraaf wordt beschreven of, en zo ja binnen welke kaders van het internationaal belastingrecht de exitheffing in de dividendbelasting kan worden geïntroduceerd.

Rechtmatigheid

De exitheffing dient in overeenstemming te zijn met het internationaal belastingrecht. Uit de jurisprudentie behandeld in dit hoofdstuk valt af te leiden dat hiervoor twee toetsingsmomenten van belang zijn, te weten het moment van het opleggen van de aanslag en het moment van invorderen. In par. 4.6.1 is behandeld dat het opleggen van de aanslag niet in strijd is met de goede verdragstrouw. In het geval van de grensoverschrijdende (aandelen)fusie, splitsing en zetelverplaatsing verschuift de heffingsbevoegdheid immers slechts gedeeltelijk. Op basis van de 20 februariarresten kan geconstateerd worden dat een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid geen strijdigheid met de goede verdragstrouw oplevert.

Met betrekking tot de invordering kan ook niet gesproken worden van strijdigheid met de goede verdragstrouw. Immers, goede verdragstrouw geldt tussen de twee verdragsluitende staten, waarvan één kan worden gekwalificeerd als woonstaat en de ander als bronstaat. Nederland kwalificeert als ex-vestigingsstaat van de vennootschap als geen van beide, tenzij de aandeelhouder woonachtig is in Nederland. Omdat de dividendbelasting een tijdstipbelasting is en ook het verdrag aansluit bij het tijdstip van uitdeling, heeft Nederland als ex-vestigingsstaat mijns inziens geen heffingsbevoegdheid over de uitdeling na reorganisatie. Mijns inziens kan deze bevoegdheid tot invordering niet worden gecreëerd. Vanwege het karakter van een heffing over het dividend, dat zowel nationaalrechtelijk als verdragsrechtelijk aansluit bij de uitbetaling van het dividend, bestaat geen ruimte om te heffen over de Nederlandse dividendbelastingclaim. Compartimentering is immers niet mogelijk op basis van het dividendartikel. Indien de exitheffing wordt vormgegeven als een exitheffing ten laste van de vennootschap, kan hieraan tegemoet worden gekomen. Dit komt verderop in deze paragraaf aan de orde.

Daarnaast maakt een exitheffing in de dividendbelasting inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. De uitwerking van een dergelijke bepaling is immers niet op voorhand duidelijk en een exitheffing is eveneens niet bestendig. De wettekst dient hiervoor aangepast te worden, zodat de werking van de exitheffing en het doel duidelijk blijken uit de wettekst. De exitheffing kan verstrekkende gevolgen hebben voor de huidige (buitenlandse) aandeelhouder (bijvoorbeeld vanwege de daling van de koers van het aandeel doordat er dividendbelasting op drukt) en de toekomstige (buitenlandse) aandeelhouder (die daadwerkelijk de dividendbelasting dient te betalen maar de belasting niet kan verrekenen). Deze inbreuk op de rechtszekerheid wordt enkel versterkt door een algemene vormgeving van de exitheffing, zoals het geval is in het wetsvoorstel. In het wetsvoorstel wordt immers een algemeen misbruikvermoeden gehanteerd, terwijl de grensoverschrijdende reorganisatie in veel gevallen niet fiscaal geïnduceerd is. Dit leidt tevens tot een overkill en daarmee inbreuk op het evenredigheidsbeginsel. Als de doelstelling het voorkomen van misbruik is, dan dient de bepaling zo te zijn vormgegeven dat de exitheffing alleen ziet

²⁵⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2.

op dergelijke misbruiksituaties door een tegenbewijsregeling op te nemen in de regeling. Is geen sprake van misbruik maar wordt de exitheffing wel toegepast, dan leidt dit mijns inziens tot een overkill.

Hoewel de exitheffing dus geen strijdigheid oplevert met de goede verdragstrouw, is de exitheffing zoals hiervoor geschetst niet effectief. Vooral de invordering is problematisch. Een alternatief voor een exitheffing die wordt geheven van de aandeelhouder, is een exitheffing die wordt geheven van de reorganiserende vennootschap voorafgaand aan zetelverplaatsing. Op deze manier wordt bewerkstelligd dat het heffingsmoment en invorderingsmoment samenvallen, te weten aan het moment voorafgaande aan reorganisatie. Dit heeft tot gevolg dat slechts op één moment moet worden getoetst of sprake is van strijd met de goede verdragstrouw. Doordat op het moment voorafgaand aan reorganisatie wordt geacht dividend te zijn uitgekeerd en enkel dit moment voor zowel de dividendbelasting als het verdragsrecht van belang is, is naar mijn mening geen sprake van strijdigheid met de goede verdragstrouw. De vestigingsstaat van de ‘uitkerende’ vennootschap is ten tijde van het belastbare feit immers nog gevestigd in Nederland. Nederland is dus (in elk geval) de bronstaat en daardoor heffingsbevoegd ter zake van dat belastbare feit. Daarnaast kan de belastingschuld meteen worden ingevorderd van de vennootschap (zie eveneens het vorige hoofdstuk), waarbij eventueel kan worden voorzien in uitstel van betaling. Invordering is daarmee veel minder kwalijk omdat deze niet ingevorderd hoeft te worden van een aandeelhouder (waar ook ter wereld) ten tijde van een toekomstige (en wellicht onzekere) dividenduitkering. Als geen dividenduitkering plaatsvindt is de vennootschap voor het verhalen van de belasting daarnaast niet afhankelijk van het civielrechtelijke verhaalsrecht. Er hoeft simpelweg niks te worden verhaald op de aandeelhouder. Bovendien sluit een exitheffing ten laste van de vennootschap beter aan bij de anti-misbruikgedachte dan een heffing ten laste van de aandeelhouder. In plaats van de reorganisatie naar een ‘kwalificerende staat’ af te straffen bij de aandeelhouder, kan de reorganisatie met dividendbelasting worden belast op het niveau waar het misbruik daadwerkelijk plaatsvindt. Uiteraard is dan vereist dat de bepaling uitsluitend is gericht op misbruik situaties (waarbij de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs essentieel is) en de begrippen duidelijk zijn gedefinieerd. Een belangrijk en -mijns inziens- verwoestend nadeel van dit alternatief is dat een heffing van de vennootschap over de in de vennootschap aanwezige zuivere winst overeenkomt met een winstbelasting. De Nederlandse wetgeving kent reeds een winstbelasting en er bestaat geen noodzaak voor nog een winstbelasting. Dat de exitheffing in de dividendbelasting uiteindelijk kan worden afgewenteld op de aandeelhouder doet hier niet aan af. Ook de vennootschapsbelasting wordt immers afgewenteld. Daarnaast past een exitheffing die ten laste komt van de reorganiserende vennootschap niet binnen de dividendbelasting. De dividendbelasting karakteriseert zich door de heffing ten laste van de aandeelhouder te laten komen. Bij een rechtstreekse heffing van de vennootschap komt de aandeelhoudersrelatie niet aan de orde.

Doeltreffendheid

De exitheffing in de dividendbelasting moet op zijn minst in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leiden. Eén van de doelstellingen die is opgenomen in het wetsvoorstel is het behouden van de dividendbelastingclaim. Mijns inziens bestaat er tot aan het moment van dividenduitkering geen dividendbelastingclaim. Zoals reeds toegelicht is de dividendbelasting bij uitstek een tijdstipbelasting. Derhalve ontstaat er pas een claim op het moment dat dividend wordt uitgekeerd door een in Nederland gevestigde vennootschap, als überhaupt dividend wordt uitgekeerd. Ook kan het voorkomen dat vermogen verschuift van de uitkerende vennootschap naar de aandeelhouder. Ook dan kan (fictief) dividend in aanmerking worden genomen. Voor het moment van dividenduitkering, hoe lang dit ook mag duren, bestaat daarom geen enkele dividendbelastingclaim zolang zich geen vermogensverschuiving richting de aandeelhouder heeft voorgedaan. De reorganisatie aanmerken als een fictieve dividenduitkering verandert dit niet. Indien de aandeelhouder van de reorganiserende vennootschap woonachtig is in Nederland, bestaat überhaupt geen risico op claimverlies over het dividend. Nederland kan namelijk heffen over het inkomen middels de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting. Voor buitenlandse portfolioaandeelhouders heeft Nederland geen enkele claim. Claimbehoud is naar mijn mening dan ook geen valide argument voor introductie van de exitheffing in de dividendbelasting. Dit geldt naar mijn mening voor de exitheffing die ten laste komt van de aandeelhouder, maar ook voor de exitheffing die ten laste komt van de vennootschap.

Een andere doelstelling die eveneens naar voren is gekomen in het wetsvoorstel is het tegengaan van misbruik. In onderdeel 4.6.1 is besproken dat de exitheffing in de dividendbelasting op internationaal niveau geen juist middel is om misbruik te bestrijden, vooral niet in de ongewijzigde vorm van het wetsvoorstel. In de eerste plaats gaat het

wetsvoorstel ervan uit dat met elke grensoverschrijdende reorganisatie naar een kwalificerende staat misbruik gemoeid gaat. Het wetsvoorstel bevat immers een algemene misbruikaanname. Naast de omstandigheid dat dit niet strookt met het primaire EU-recht (zie voorgaand hoofdstuk), ben ik van mening dat het onterecht is dat misbruik, voor zover hier sprake van is, wordt bestraft op het niveau van de aandeelhouder in plaats van bij de vennootschap zelf. In die zin is de exitheffing geen doeltreffend middel om misbruik te bestrijden, omdat het misbruik wordt bestreden op het verkeerde niveau. Een exitheffing in de dividendbelasting die enkel is gericht op misbruiksituaties en wordt geheven ten laste van de vennootschap stemt beter overeen met de doelstelling misbruik tegen te gaan. Dit neemt echter niet weg dat de exitheffing in de dividendbelasting geen goed middel is om misbruik te bestrijden, omdat andere middelen die het internationaal belastingrecht reeds kent (zoals het MLI en de PPT) reeds effect sorteren op deze situaties. De exitheffing in de dividendbelasting voegt daaraan niks toe.

Het argument dat mijns inziens het meeste hout snijdt is derhalve het coherentieargument. Indien de exitheffing in de dividendbelasting wordt geïntroduceerd ten einde het belastingsysteem meer coherent te maken, dan is dit met de juiste vormgeving mogelijk. Doordat Nederland als land van binnenkomst een *step-up* toepast, maar bij vertrek een exitheffing oplegt, ontstaat immers een sluitend systeem. Echter, coherentie is mijns inziens geen sterk argument in relatie tot de exitheffing in de dividendbelasting. Immers, de exitheffing is een tijdstipbelasting waarbij pas op het moment van (fictieve) dividenduitkering dividendbelasting wordt geheven. Een coherent systeem heeft bij een dergelijke heffing weinig toegevoegde waarde. Het coherentieargument in relatie tot de exitheffing is eveneens aan de orde gekomen in voorgaand hoofdstuk.

Doelmatigheid

De exitheffing dient doelmatig te zijn. Dat wil zeggen dat geen ongunstige verhouding mag ontstaan tussen de baten en lasten die uit de werking van de wet kunnen voortvloeien. Ik betwijfel of de baten opwegen tegen de lasten met betrekking tot de exitheffing in de dividendbelasting. Hoewel de exacte budgettaire gevolgen voor de regeling niet bekend zijn, kan wel worden geconcludeerd dat een exitheffing waarbij invordering pas ná reorganisatie kan geschieden (primair EU-recht vereist immers uitstel van invordering) gemoeid gaat met hoge (administratieve) lasten voor de gereorganiseerde vennootschap. De dividendbelastingsschuld die de vennootschap reeds heeft afgedragen, moet immers worden verhaald op de aandeelhouder, ongeacht de hoeveelheid aandeelhouders en waar ze ook woonachtig zijn. Hoewel de civielrechtelijke aspecten van het verhaalrecht buiten het bereik van deze scriptie vallen, vermoed ik dat het afdwingen van het civielrechtelijke verhaalsrecht op internationaal niveau problemen kan opleveren, wat de lasten van de regeling verhoogt. Indien de vennootschap de belasting niet kan verhalen op de aandeelhouder doordat geen dividend wordt uitgekeerd, zal de belasting bovendien blijven drukken op de vennootschap. Dit vormt een additionele last voor de vennootschap. Als het voornaamste voordeel van de bepaling de samenhang van het belastingsysteem vormt, dan acht ik dit argument onvoldoende om de exitheffing te rechtvaardigen. De regering doet er goed aan om de baten en lasten te concretiseren.

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De exitheffing dient uitvoerbaar en handhaafbaar te zijn. Ook moet het voor de belastingplichtigen duidelijk uit de wet voortvloeien wat zij mogen of moeten doen of nalaten. Ingewikkelde wetgeving is echter niet altijd te voorkomen. In het geval van de exitheffing in de dividendbelasting zoals uiteengezet in het wetsvoorstel kan worden geconstateerd dat de exitheffing in de dividendbelasting niet uitvoerbaar en handhaafbaar is. Immers, zowel de Belastingdienst als de vennootschap heeft geen mogelijkheid om de Nederlandse dividendbelasting bij de aandeelhouder af te dwingen indien nog geen dividend is uitgekeerd. Dit is echter gemakkelijker als de aandeelhouder woonachtig is in Nederland. Daarnaast is onduidelijk hoe de zuivere winst precies moet worden vastgesteld en op basis van welke criteria moet worden beoordeeld of sprake is van een reorganisatie naar een ‘verboden’ staat. Een heffing ten laste van de vennootschap lost deze problemen niet automatisch op. De exitheffing heeft derhalve concretisering nodig. Zo is het zaak dat de exitheffing in de dividendbelasting geen onduidelijke terminologie bevat. De regering moet daarom verduidelijken wanneer sprake is van een vergelijkbare bronbelasting ten gevolge waarvan de exitheffing in werking treedt.

4.7. Deelconclusie

Ficties en forfaits werken over het algemeen door naar het belastingverdrag als de dynamische interpretatiemethode van art. 3 lid 2 OESO-MV hier de ruimte toe biedt en de fictie of het forfait geen inbreuk maakt op de goede verdragstrouw. Dit houdt in dat als het verdrag geen definitie geeft voor een verdragsbegrip en deze ook niet is op te maken uit de context van het verdrag, het begrip uitgelegd moet worden naar het nationale recht van de verdragsluitende staat. Voorwaarde is wel dat de heffingsbevoegdheid ten gevolge van de fictie die verdragsposterieur is geïntroduceerd niet verschuift tussen de staten en dat de fictie geen (toekomstige) dubbele belasting veroorzaakt. Verschuift de heffingsbevoegdheid als gevolg van een fictie die verdragsposterieur is geïntroduceerd, dan is de regeling in strijd met de goede verdragstrouw.

Voor de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer geldt dat het opleggen van de conserverende aanslag niet in strijd is met de goede verdragstrouw. Bij deze exitheffing is immers sprake van een vermogensaanwasbelasting, waarvan de heffing in beginsel wordt toegewezen aan de woonstaat op grond van art. 13 OESO-MV. Aangezien Nederland ten tijde van de opbouw van de (overigens reële) vermogenstoename kwalificeert als woonstaat, komt de heffingsbevoegdheid over deze waardestijging toe aan Nederland. De Hoge Raad heeft zich bij het oordeel met name gebaseerd op het commentaar bij het OESO-MV. De invordering van de conserverende aanslag kan overigens wel in strijd zijn met de goede verdragstrouw, namelijk als ten tijde van de beëindiging van het uitstel van betaling de heffingsbevoegdheid niet is toegewezen aan Nederland.

De exitheffingen in de winstsfeer zijn naar mijn mening volledig in overeenstemming met de verdeling van de heffingsbevoegdheden op basis van het belastingverdrag en het territorialiteitsbeginsel. Deze exitheffingen zijn daarom niet in strijd met de goede verdragstrouw.

De exitheffingen over de waarde in het economische verkeer van de pensioen- en lijfrenteanspraken zijn in strijd met de goede verdragstrouw, omdat de exitheffingen bewerkstelligen dat de heffingsbevoegdheid op basis van het verdrag wordt gefrustreerd indien het verdrag de exclusieve heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. Doordat de waarde in het economische verkeer van de aanspraken worden belast, kan niet worden gesproken van het terugnemen van een verleend belastingvoordeel, ter zake waarvan de heffingsbevoegdheid toekomt aan Nederland. De heffingen die slechts het verleende belastingvoordeel beogen terug te nemen door de in aftrek gebrachte bedragen in de heffing te betrekken, zijn daarom ook niet in strijd met de goede verdragstrouw. In de regel zal het bovendien zo zijn dat als Nederland heffingsbevoegd is over het inkomen ten tijde van het opleggen van de aanslag, dit ook het geval zal zijn bij de invordering.

Voor de exitheffing in de dividendbelasting betekent het voorgaande dat moet worden geanalyseerd of er ten gevolge van de heffing een verschuiving van de heffingsbevoegdheden plaatsvindt. Ik constateer dat dit niet het geval is omdat de heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende reorganisatie ten gevolge van de exitheffing slechts gedeeltelijk verschuift. Een partiële verschuiving van de heffingsbevoegdheid leidt niet tot strijd met de goede verdragstrouw, zoals valt af te leiden uit de 20 februariarresten. Voor de invordering geldt Nederland geen heffingsbevoegdheid zal toekomen, tenzij de aandeelhouder in Nederland woont. Nederland kan namelijk niet worden aangemerkt als bronstaat of woonstaat. Tevens kan geen compartimentering plaatsvinden onder het dividendartikel. Zelfs als de heffing geëffectueerd zou kunnen worden op grond van dit artikel, bestaat er geen mogelijkheid voor Nederland om door middel van compartimentering alleen de 'claim' te innen. Naast dat de exitheffing geen geschikte wijze lijkt om de belastingclaim veilig te stellen, is de exitheffing eveneens geen doeltreffend middel om misbruik te bestrijden. De exitheffing is immers overbodig door de werking van art. 4 OESO-MV en art. 4 MLI. Het voorgaande maakt dat met name de invordering van de heffing problematisch is, omdat Nederland niet kan worden gekwalificeerd als bronstaat. Een alternatief voor een exitheffing die wordt geheven van de aandeelhouder is een exitheffing die (wettelijk en feitelijk) wordt geheven van de vennootschap. Hoewel dit een aantal internationaalrechtelijke problemen uit de wereld helpt, neemt de exitheffing in dat geval de vorm aan van een winstbelasting. Dit acht ik onwenselijk. Immers, we kennen al een winstbelasting.

5. Samenvatting en conclusie

5.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de regelgeving en jurisprudentie uiteengezet omtrent bestaande exitheffingen. Vervolgens is onderzocht of een exitheffing in de dividendbelasting in dit kader past, en zo ja onder welke voorwaarden. Mijn bevindingen aangaande het primaire EU-recht en het internationaal belastingrecht worden in dit hoofdstuk gebundeld om zo tot een beantwoording van de onderzoeksvraag te komen. Allereerst wordt daartoe een samenvatting gegeven van het onderzoek. Vervolgens worden de conclusies uiteengezet aan de hand van de onderzoeksvraag. Vervolgens wordt afgesloten met aanbevelingen voor eventueel vervolgonderzoek.

5.2. Samenvatting

5.2.1. Hoofdstuk 2

In de scriptie stond de exitheffing in de dividendbelasting centraal. Om te kunnen bepalen of een dergelijke regeling overeenstemt met het primaire EU-recht en het internationaal belastingrecht is derhalve het wetsvoorstel ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’ tot de vierde nota van wijziging als startpunt genomen. In Hoofdstuk 2 is dit wetsvoorstel uiteen gezet. De eindafrekening uit het wetsvoorstel effectueert dat dividendbelasting kan worden geheven op het moment direct voorafgaand aan grensoverschrijdende reorganisatie van een vennootschap (tevens hoofdkantoor) naar een ‘kwalificerende staat’. Het doel van de regeling is dat de dividendbelastingclaim bij grensoverschrijdende reorganisatie van de vennootschap behouden blijft. De Raad van State is van mening dat de initiatiefnemer ten onrechte veronderstelt dat Nederland ten tijde van reorganisatie van de vennootschap een dividendbelastingclaim heeft. Ik sluit me hierbij aan. Een dividendbelastingclaim ontstaat mijns inziens pas op het moment dat realisatie plaatsvindt. Voor de dividendbelasting betekent dit dat Nederland pas een dividendbelastingclaim heeft vanaf het moment dat een in Nederland gevestigde vennootschap dividend uitkeert aan haar aandeelhouders. De aanname dat een dergelijke claim bestaat is gestoeld op het totaalwinstbeginsel, dat geen enkele plaats heeft binnen de dividendbelasting. De dividendbelasting is immers een tijdstipbelasting. Het totaalwinstbeginsel speelt zich bovendien geheel af binnen de winstsfeer, terwijl de dividendbelasting zich afspeelt in de uitdelings sfeer. Het tweede doel van de exitheffing is het tegengaan van misbruik. Meer in het bijzonder gaat het dan om de situaties waarbij de dividendbelastingclaim wordt ontgaan door middel van de grensoverschrijdende reorganisatie. Een antimisbruikmaatregel is echter gebonden aan de grenzen zoals uiteengezet door het Europees en internationaal belastingrecht. Onderzocht moet worden wat deze kaders zijn en of een exitheffing in de dividendbelasting daar mogelijkwijs in past. Hierbij moet echter worden aangenomen dat het mogelijk is dat misbruik wordt gepleegd middels een grensoverschrijdende reorganisatie. Immers, hier worden geen concrete voorbeelden voor gegeven in het wetsvoorstel. Persoonlijk heb ik moeite met het voorstellen van een situatie waarin de grensoverschrijdende reorganisatie gericht is op het ontgaan van de dividendbelastingclaim, omdat zelfs in die gevallen het inkomen nog wordt belast in de lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. De dividendbelasting is immers een voorheffing op deze belastingen.

Nu de doelstellingen van de exitheffing uiteen zijn gezet is het zaak om de belastbare feiten toe te lichten. Onder grensoverschrijdende reorganisatie wordt verstaan: een grensoverschrijdende zetelverplaatsing, een grensoverschrijdende fusie, een grensoverschrijdende aandelenfusie en een grensoverschrijdende splitsing. De grensoverschrijdende reorganisatie wordt alleen door de exitheffing geraakt als de vennootschap reorganiseert naar een kwalificerende staat. Dit is een staat die de dividendbelastingclaim (die immers bestaat volgens de indieners van het wetsvoorstel) niet overneemt. Het gaat dan om staten die geen met de Wet DB 1965 vergelijkbare bronbelasting kennen. Wat onder een ‘met de Wet DB 1965 vergelijkbare bronbelasting’ valt, is echter vaag. Om discussie te voorkomen moeten hier mijns inziens concrete criteria voor komen. Ook wordt een staat die bij binnenkomst een *step-up* verleent aangemerkt als een kwalificerende staat. Naar mijn mening zijn de definities zoals opgenomen in het wetsvoorstel vaag. Een dergelijke onduidelijke beschrijving levert enkel rechtsonzekerheid op. Indien de exitheffing (in aangepaste vorm) doorgang kan vinden, moet concreet getoetst kunnen worden of sprake is van een kwalificerende staat in de zin van de exitheffing in de dividendbelasting.

Uit het wetsvoorstel volgt dat de exitheffing effectief wordt geheven van de reorganiserende vennootschap. Immers, de belastingaanslag wordt opgelegd aan de vennootschap op het moment van reorganisatie, en de vennootschap draagt deze dividendbelasting onmiddellijk af. Er vindt derhalve geen inhouding ten laste van de aandeelhouder plaats. Vervolgens kan de gereorganiseerde vennootschap bij latere dividenuitkering de dividendbelasting verhalen op de aandeelhouder (ongeacht of deze aandeelhouder tevens aandeelhouder was ten tijde van reorganisatie). Doordat de dividendbelasting in sommige gevallen pas na decennia kan worden verhaald op de aandeelhouder, drukt de dividendbelasting voornamelijk op de reorganiserende vennootschap. De netto contante waarde van de dividenuitkering is immers (afhankelijk van de disconteringsvoet) lager dan de zuivere winst waarover wordt geheven. Vindt geen dividenuitkering plaats, dan kan de dividendbelasting ook niet verhaald worden en drukt deze volledig op de vennootschap. Het voorgaande doet niet af aan het feit dat is beoogd dat de heffing ten laste komt van de belastingplichtige aandeelhouder. In de rest van het onderzoek zijn daarom beide mogelijkheden onderzocht. Tot slot moet worden opgemerkt dat het wetsvoorstel aandeelhouders belast ten tijde van de dividenuitkering, terwijl deze mogelijk op het moment van reorganisatie niet konden worden aangemerkt als aandeelhouders. De dividendbelasting blijft immers 'kleven' aan het aandeel, niet aan de aandeelhouder. Dit brengt met zich mee dat de aandeelhouder ten laste van wie de belasting wordt geheven mogelijk niet dezelfde aandeelhouder is als die de dividendbelasting op een later moment betaalt. Het is op zijn minst vreemd te noemen dat een persoon die buiten Nederland woonachtig is en aandelen bezit in een vennootschap die niet is gevestigd in Nederland, desondanks wordt geconfronteerd met Nederlandse dividendbelasting. Deze tekortkoming kan (naast het feit dat verhaalde dividendbelasting niet gelijk is aan ingehouden dividendbelasting) problemen opleveren met verrekening van de dividendbelasting met lokale inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting en het bezwaar- en beroepsproces.

Daarnaast bevat het wetsvoorstel nog een opmerkelijk onderdeel, te weten de terugwerkende kracht. Hoewel de terugwerkende kracht volgens de initiatiefnemer gericht was op het voorkomen van aankondigingseffecten, getuigt dit element mijns inziens enkel van selectiviteit. Immers, hoe kunnen aankondigingseffecten bestaan in gevallen waarin de reorganisatie reeds is aangekondigd door de reorganiserende vennootschap (zoals Unilever en Shell), en het moment van reorganisatie bovendien moeilijk is te vervroegen teneinde te ontkomen aan de wetgeving? Tevens brengt de formele terugwerkende kracht met zich mee dat alle winstreserves van de reorganiserende vennootschap worden onderworpen aan de belastingheffing. De materieel terugwerkende kracht is dan ook onbeperkt. Binnen de dividendbelasting (waarbij realisatie een voorwaarde is voor de heffing) acht ik dit een onwenselijk effect.

Een belangrijke spil in de wetgeving is het verhaalsrecht. Door middel van het verhaalsrecht kan de gereorganiseerde vennootschap ten tijde van de uitkering van het dividend de afgedragen belasting verhalen op de aandeelhouder. Tenminste, dat is de gedachte. Het civielrechtelijke verhaalsrecht moet namelijk wel eerst worden geëerbiedigd en gehandhaafd, zelfs al bestaat geen enkele juridische band met Nederland. Het is mijns inziens optimistisch om aan te nemen dat het verhaalsrecht op internationaal niveau standhoudt. Omdat het verhaalsrecht een civielrechtelijke kwestie is, wordt het verhaalsrecht verder niet behandeld.

5.2.2. Hoofdstuk 3

Na de uiteenzetting van het wetsvoorstel is het primaire EU-recht aan bod gekomen in relatie tot de reeds bestaande exitheffingen in de aanmerkelijkbelang sfeer, de winst sfeer en de pensioen- en lijfrentesfeer. Vervolgens is bepaald wat deze jurisprudentie betekent voor de exitheffing in de dividendbelasting. Met andere woorden: aan welke jurisprudentie van het Hof van Justitie is de exitheffing in de dividendbelasting gebonden en op welke manier dient hier rekening gehouden mee te worden in de vormgeving van de wetgeving?

De exitheffingen in de aanmerkelijkbelang sfeer (art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 en art. 7.5 lid 7 Wet IB 2001) hebben tot doel het verliezen van de Nederlandse belastingclaim tegen te gaan als gevolg van emigratie (indien de vennootschap is gevestigd in het buitenland) of zetelverplaatsing (indien de aanmerkelijkbelanghouder in het buitenland woont). Door middel van een vervreemdingsfictie in de wetgeving wordt geheven over waardevermeerderingen aanwezig in het belang van de vennootschap, ook al zijn deze nog niet gerealiseerd. Het Hof van Justitie heeft zich uitgelaten over de vraag of een dergelijke exitheffing in strijd is met de vrijheid van vestiging. Het eerste arrest waarbij dit aan de orde kwam is het arrest *De Lasteyrie du Saillant*.²⁵⁹ Het Hof van Justitie oordeelde

²⁵⁹ HvJ EU 11 maart 2004, nr. C-9/02 (*De Lasteyrie du Saillant*).

dat een belastingplichtige die zijn woonplaats wil verplaatsen naar het buitenland wordt benadeeld ten opzichte van de belastingplichtige die zijn woonplaats behoudt. Bij de emigrerende belastingplichtige wordt immers geheven over ongerealiseerde waardevermeerderingen, terwijl de belastingplichtige die zijn woonplaats behoudt pas wordt belast bij realisatie. Dit verschil in behandeling vormt tezamen met de stringente voorwaarden voor uitstel van betaling een inbreuk op de vrijheid van vestiging. In dit geval kon geen dwingende reden van algemeen belang worden aangedragen die de inbreuk kon rechtvaardigen. Al met al brengt het voorgaande met zich mee dat belastingplichtigen die hun woonplaats naar het buitenland verplaatsen niet zwaarder mogen worden belast dan degene die dat niet doen. Dit houdt in dat automatisch uitstel van betaling dient te worden verleend en geen zekerheid mag worden gesteld. Ook in het arrest *N* kwam de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfeer aan bod.²⁶⁰ Dit arrest vormt in zekere zin een aanvulling op het arrest *De Lasteyrie du Saillant*. Naast de rechtsregels die reeds naar voren zijn gekomen in het arrest *De Lasteyrie du Saillant* blijkt uit het arrest *N* namelijk dat een exitheffing die geen rekening houdt met waardeverminderingen na emigratie de vrijheid van vestiging belemmert. Immers, doordat geen rekening wordt gehouden met waardevermindering na emigratie kan de belasting over de niet-gerealiseerde winst hoger uitvallen dan de belasting ten laste van de belastingplichtige die niet is geëmigreerd. Uit *N* blijkt tevens dat een exitheffing die inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang, zoals het territorialiteitsbeginsel verbonden met het temporele component (accumulatie tijdens inwonerschap). Uiteraard is nog steeds vereist dat de regeling proportioneel is aan het beoogde doel.

Ook met betrekking tot de exitheffingen in de winstsfeer (art. 3.60 en 3.61 Wet IB 2001 en art. 15c en 15d Wet VpB 1969) is enige jurisprudentie geweest door het Hof van Justitie. De eindafrekeningsbepalingen in de winstsfeer hebben tot doel het heffingslek te dichten dat anders zou ontstaan bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van een Nederlandse onderneming naar het buitenland. Tezamen bewerkstelligen de exitheffingen dat de totale winst van een onderneming (over de duur van de Nederlandse belastingplicht) wordt belast. Ook de exitheffingen in de winstsfeer belasten derhalve de in de onderneming aanwezige vermogensaanwas. De verhouding tussen de exitheffingen en het primaire EU-recht is voor het eerst aan de orde gekomen in het arrest *National Grid Indus*.²⁶¹ In deze zaak kwam aan bod of de exitheffing die Nederland oplegde ter zake van de zetelverplaatsing met behoud van het oprichtingsrecht van *National Grid Indus B.V.*²⁶² naar het Verenigd Koninkrijk in strijd was met de vrijheid van vestiging. Hoewel het in dit specifieke geval ging om een valutaresultaat, heeft het arrest gevolgen voor de exitheffingen in de winstsfeer die de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen belasten. In lijn met de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* concludeert het Hof van Justitie dat de exitheffing een belemmering vormt op de vrijheid van vestiging. Deze belemmering is echter gerechtvaardigd op grond van het territorialiteitsgedachte. Een lidstaat is vrij om maatregelen te implementeren die voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan het recht van de lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden. Hierbij hoeft geen rekening te worden gehouden met eventuele waardeverminderingen na zetelverplaatsing. Tevens hoeft geen automatisch uitstel van betaling te worden verleend en mag zekerheid worden gesteld. Het stellen van zekerheid kan echter niet worden geëist zonder dat het risico op niet-invordering is geschat.²⁶³

De exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer zijn geregeld in art. 3.83 en 3.136 lid 1 t/m 3 Wet IB 2001. Uit art. 3.83 Wet IB 2001 volgt dat als een belastingplichtige werknemer die gefaciliteerd pensioen heeft opgebouwd emigreert, de economische waarde van de opgebouwde pensioenrechten tot het moment van emigratie tot het belastbare loon worden gerekend. Art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001 bewerkstelligt dat lijfrentepremies die in het verleden zijn afgetrokken ten laste van het inkomen als negatieve uitgaven voor een inkomensvoorziening in aanmerking worden genomen indien de belastingplichtige emigreert. De belasting ter zake van deze exitheffingen wordt pas ingevorderd indien zich een handeling voordoet zoals omschreven in art. 3.133 Wet IB 2001. Is heffing over de waarde in het economische verkeer niet mogelijk doordat de heffingsbevoegdheid op basis van het verdrag niet wordt toegewezen aan Nederland, dan is art. 3.136 lid 2 Wet IB 2001 (voor lijfrente) of art. 3.136 lid 3 Wet IB 2001 (pensioen) van toepassing. Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer in

²⁶⁰ HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*).

²⁶¹ HvJ EU 8 september 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*).

²⁶² Vennootschappen hebben evenals natuurlijk personen toegang tot de vrijheid van vestiging. Zie HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*).

²⁶³ HvJ EU 23 januari 2014, nr. C-164/12 (*DMC*).

overeenstemming zijn met het primaire EU-recht. Ik concludeer evenwel dat ook in deze gevallen strijd kan zijn met het primaire EU-recht (waarschijnlijk de vrijheid van werknemers), maar dat deze eventueel gerechtvaardigd kan worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Ik zie bovendien geen aanwijzingen dat de rechtsregels zoals neergelegd in de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* niet van toepassing zijn op de exitheffingen in de pensioen- en lijfrentesfeer.

Ook voor de exitheffing in de dividendbelasting geldt dat in beginsel geen aanleiding is om voor deze exitheffing af te wijken van de rechtsregels zoals neergelegd in de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N*. Dat de dividendbelasting een belasting over inkomen is, maakt voor toepassing van het primaire EU-recht niet uit. Voor toepassing van de arresten *De Lasteyrie du Saillant* en *N* is mijns inziens wel van belang dat de exitheffing ten laste van de aandeelhouder komt. Indien de wetgeving op een manier wordt vormgegeven waarbij de vennootschap wettelijk en feitelijk kan worden aangemerkt als de belastingplichtige, zal immers het arrest *National Grid Indus* toepassing vinden. Een exitheffing in de dividendbelasting vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging, die alleen kan worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Ik betwijfel echter of een succesvol beroep kan worden gedaan op een dwingende reden van algemeen belang. De meest voor de hand liggende rechtvaardigingsgronden (tegengaan van misbruik, coherentie, territorialiteit) vinden in relatie tot de exitheffing in de dividendbelasting immers geen toepassing.

5.2.3. Hoofdstuk 4

In Hoofdstuk 4 is de verhouding tussen de exitheffingen en het internationaal belastingrecht onderzocht, in het bijzonder in relatie tot de goede verdragstrouw. Vervolgens is geanalyseerd wat een en ander betekent voor de exitheffing in de dividendbelasting.

Exitheffingen zijn ficties. Immers, ingevolge de exitheffing wordt afgeweken van het normale systeem waarbij pas wordt geheven indien voordelen worden gerealiseerd of inkomen wordt uitgekeerd. Dit kan enkel door de emigratie of zetelverplaatsing aan te merken als een belastbaar feit. Een dergelijke fictie is slechts toegestaan indien deze geen inbreuk maakt op de goede verdragstrouw zoals neergelegd in art. 26 jo. art. 31 Verdrag van Wenen. Een fictie maakt inbreuk op de goede verdragstrouw indien de fictie verdragsposterieur is geïntroduceerd en de heffingsbevoegdheid als gevolg van deze fictie eenzijdig naar Nederland toeschuift.²⁶⁴ Dit blijkt eveneens uit het *gebruikelijk-loonarrest*.²⁶⁵ Uit dit arrest valt eveneens af te leiden dat een fictie slechts doorwerkt naar het verdrag indien dit geen potentiële (toekomstige) dubbele belasting oplevert, bijvoorbeeld doordat het inkomen waar de fictie op ziet na emigratie daadwerkelijk wordt genoten en de heffingsbevoegdheid over dit inkomen aan de nieuwe woonstaat is toegewezen. Dit blijkt eveneens uit andere jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁶⁶

De Hoge Raad heeft zich in de 20 februarierresten ook uitgelaten over de vraag hoe de exitheffing in de aanmerkelijkbelangsfase zich verhoudt tot de goede verdragstrouw.²⁶⁷ Op grond van art. 4.16 lid 1 onderdeel h Wet IB 2001 wordt het aanmerkelijk belang op het moment direct voorafgaand aan emigratie geacht te zijn vervreemd. Door deze heffing behoudt Nederland de belastingclaim over de waardeaanwinst van de aandelen gedurende de Nederlandse belastingplicht. Een vervreemdingswinst door de verkoop van het aanmerkelijk belang wordt geraakt door art. 13 lid 5 OESO-MV, dat de heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. De Hoge Raad oordeelde dat een heffing over de vermogensaanwas het karakter heeft van een heffing over de vermogenswinst waarover geheven wordt onder het vervreemdingsartikel, en dat art. 13 lid 5 OESO-MV daarom ook een heffing over de vermogensaanwas omvat. Doordat Nederland kon worden aangemerkt als woonstaat gedurende de periode waar de waardeaanwinst op ziet (in de periode was immers sprake van Nederlandse belastingplicht), is Nederland heffingsbevoegd over het inkomen. De heffingsbevoegdheid verschuift als gevolg van de fictie dus niet. Het opleggen van de conserverende aanslag is daarom in overeenstemming met de goede verdragstrouw. Echter, mag de belasting op een moment na emigratie tevens worden ingevorderd? De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat ook op het moment van invordering moet worden getoetst

²⁶⁴ HR 18 november 2016, *BNB* 2017/34.

²⁶⁵ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379 (*gebruikelijk-loonarrest*).

²⁶⁶ HR 5 september 2003, *BNB* 2003/380-381.

²⁶⁷ HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260-262.

welke staat heffingsbevoegd is.²⁶⁸ Hierbij maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen het type exitheffing. Uit de voorgaande jurisprudentie blijkt dat op twee momenten moet worden getoetst of sprake is van strijdigheid met de goede verdragstrouw: op het heffingsmoment en het invorderingsmoment (hoewel een belastingverdrag eigenlijk niet ziet op invordering).

De eindafrekeningen in de winstsfeer merken een zetelverplaatsing aan als een vervreemding van de vermogensbestanddelen op het moment direct voorafgaand aan zetelverplaatsing. Hoewel geen jurisprudentie bestaat met betrekking tot de verhouding tussen de exitheffingen en de goede verdragstrouw, ben ik van mening dat de rechtsregels uit de 20 februariarresten ook hier toepassing vinden. In relatie tot de exitheffingen in de winstsfeer kunnen twee artikelen een rol spelen, te weten het winstartikel (art. 7 OESO-MV) en het vervreemdingsartikel (art. 13 OESO-MV). Het territorialiteitsbeginsel speelt een grote rol bij art. 7 OESO-MV. De staat waaraan de activiteiten zijn toe te rekenen mag heffen over de winst die daarover is behaald. De exitheffing is mijns inziens volledig in overeenstemming met dit beginsel. Immers, de exitheffing bewerkstelligt dat de totale winst in een staat kan worden belast. De exitheffing geeft daarmee invulling aan de heffingsbevoegdheid die Nederland ter zake van deze winst toekomt. Verschuiving van de heffingsbevoegdheid is dan ook niet aan de orde. Art. 13 OESO-MV is reeds aan de orde gekomen in relatie tot het aanmerkelijk belang. De redenatie die van toepassing was op het aanmerkelijk belang is mijns inziens ook van toepassing in relatie tot de winstsfeer. Sterker nog, bij de exitheffingen in de winstsfeer blijkt nog duidelijker dat de territorialiteitsgedachte leidend is door het verband met de totaalwinst. De exitheffingen in de winstsfeer zijn daarom niet in strijd met de goede verdragstrouw. Dit geldt ook voor de invordering ervan, omdat mijns inziens slechts op één moment getoetst dient te worden aan de goede verdragstrouw, namelijk ten tijde van de heffing. Op dit moment staat immers de belastingschuld al vast, ter zake waarvan eventueel verzocht kan worden om een betaling in termijnen. Dit verschilt van de situatie waarbij uitstel van betaling eindigt ten gevolge van een rechtshandeling.

Uit art. 3.83 Wet IB 2001 en art. 3.136 lid 1 Wet IB 2001 volgt dat als een belastingplichtige werknemer die gefaciliteerd pensioen en/of lijfrente heeft opgebouwd emigreert, de economische waarde van de opgebouwde pensioen- of lijfrenterechten tot het moment van emigratie tot het belastbare loon wordt gerekend. De belasting die wordt geheven bij wege van conserverende aanslag wordt pas ingevorderd op het moment dat zich een besmette rechtshandeling voordoet. Hoewel het OESO-MV de exclusieve heffingsbevoegdheid ter zake van pensioenen (art. 18 OESO-MV) toewijst aan de woonstaat, streeft Nederland in belastingverdragen zo veel mogelijk naar een integrale bronstaatheffing voor pensioenen en lijfrente. Of Nederland daadwerkelijk heffingsbevoegd is met betrekking tot het innen van de belastingschuld die is ontstaan op grond van art. 3.83 en 3.136 lid 1 Wet IB 2001, is daarmee afhankelijk van wat is overeengekomen met het verdragsland. Is de heffingsbevoegdheid op grond van het belastingverdrag exclusief toegewezen aan de woonstaat, dan kan een heffing waarbij de waarde van de pensioen- en lijfrenteaanspraken in de heffing worden betrokken (zoals bij art. 3.83 en 3.136 lid 1 Wet IB 2001 het geval is) strijdigheid met de goede verdragstrouw opleveren.²⁶⁹ De exitheffingen die Nederland heeft geïntroduceerd beogen niet de opgebouwde aanspraken alsnog te belasten, omdat de regeling niet slechts de destijds opgebouwde aanspraak belast maar de waarde in het economische verkeer hiervan. Deze waarde wordt bestreken door het pensioenartikel. Indien de heffingsbevoegdheid over het pensioen op basis van het verdrag toekomt aan de woonstaat, trekt Nederland daarmee eenzijdig de heffingsbevoegdheid naar zich toe. Indien enkel wordt geheven over de in het verleden in aftrek toegelaten pensioen- of lijfrentepremies (art. 3.136 lid 2 en 3 Wet IB 2001), is dit volgens de Hoge Raad echter niet in strijd met de goede verdragstrouw.²⁷⁰ Doordat niet meer geheven wordt over de waarde in het economische verkeer van de aanspraken, maar enkel de in aftrek toegelaten premies alsnog in de heffing worden betrokken, vindt art. 18 OESO-MV geen toepassing. Deze wetstechnische slimmigheid (of listigheid?) is daarmee voldoende om strijdigheid met de goede verdragstrouw (indien de heffingsbevoegdheid op basis van het verdrag wordt toegewezen aan de woonstaat) op te heffen.

Op basis van de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de exitheffing, ongeacht of het gaat om een heffing over het inkomen of over het vermogen, op eenzelfde wijze moet worden getoetst aan het internationaal belastingrecht. De exitheffing in de dividendbelasting moet daarom op het moment van heffing en het moment van invordering worden

²⁶⁸ HR 15 april 2011, *BNB* 2011/160.

²⁶⁹ HR 13 mei 2005, *BNB* 2005/233; HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/263-266.

²⁷⁰ HR 14 juli 2017, *BNB* 2017/186.

getoetst aan de goede verdragstrouw. Onder de huidige wetgeving wordt een grensoverschrijdende (aandelen)fusie of splitsing vanuit de aandeelhouder gezien aangemerkt als een vervreemdingsvoordeel ingevolge art. 13 lid 5 OESO-MV, waarbij de heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de woonstaat. Op basis van een uitspraak van de Hoge Raad concludeer ik dat voor de bepaling welke verdragskwalificatie gevolgd dient te worden, moet worden aangesloten bij het regime waardoor de aandelen worden beheerst.²⁷¹ Dit betekent mijns inziens dat met betrekking tot de exitheffing in de dividendbelasting de definitie in de dividendbelasting voor de verdragskwalificatie leidend is. Een grensoverschrijdende zetelverplaatsing is geen belastbaar feit voor de aandeelhouder, tenzij een aanmerkelijk belang wordt gehouden in de vennootschap. Het voorgaande brengt met zich mee dat de heffingsbevoegdheid gedeeltelijk verschuift (van een exclusieve woonstaatheffing o.g.v. art. 13 lid 5 OESO-MV naar een woon- en bronstaatheffing o.g.v. art. 10 OESO-MV). Een gedeeltelijke verschuiving kan echter niet leiden tot schending van de goede verdragstrouw.²⁷² Indien de exitheffing wordt geheven van de aandeelhouder vindt een tweede toestingsmoment plaats ten tijde van uitkering van het dividend. In de regel zal Nederland geen heffingsbevoegdheid toekomen ter zake van dit dividend, tenzij de aandeelhouder woonachtig is in Nederland. Omdat Nederland in elk geval niet kan kwalificeren als bronstaat en mogelijk niet als woonstaat, komt Nederland ten tijde van de uitkering van het dividend geen enkele heffingsbevoegdheid toe. Invordering van Nederlandse dividendbelasting ten laste van een buitenlandse aandeelhouder terwijl geen enkele band bestaat met Nederland is daarom niet mogelijk. Heffing van dividendbelasting is in die gevallen slechts mogelijk indien sprake is van misbruik. In geval van misbruik zal de exitheffing in de dividendbelasting echter geen effect sorteren omdat andere middelen die het internationaal belastingrecht reeds kent dit misbruik bestrijden (bijvoorbeeld art. 4 OESO-MV jo. art. 4 MLI en de PPT).

5.3. Conclusies

In dit onderdeel wordt de onderzoeksvraag beantwoord. Hierbij zal achtereenvolgens worden stilgestaan bij het primaire EU-recht en het internationaal belastingrecht. De onderzoeksvraag luidt als volgt:

Kan een eindheffing in de dividendbelasting bij grensoverschrijdende reorganisatie in overeenstemming zijn met het primair EU-recht en het internationaal belastingrecht en zo ja, onder welke voorwaarden?

Allereerst concludeer ik dat de exitheffing in de dividendbelasting een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het primaire EU-recht. Een exitheffing in de dividendbelasting belemmert immers de vrijheid van vestiging doordat de vertrekkende vennootschap c.q. de aandeelhouder van de vertrekkende vennootschap geconfronteerd wordt met een heffing over ongerealiseerd inkomen, terwijl de vennootschap c.q. aandeelhouder in de vennootschap bij behoud van de vestigingsplaats geconfronteerd wordt met een heffing over het gerealiseerde inkomen op het moment van daadwerkelijke dividenduitkering. Daarnaast ben ik van mening dat geen succesvol beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. Zo kan het coherentieargument niet slagen omdat dit argument niet aansluit bij het karakter van de dividendbelasting als tijdstipsbelasting. Voor de dividendbelasting is immers enkel het moment waarop het belastbaar feit zich voordoet relevant. Pas op dat moment staat vast dat dividendbelasting is verschuldigd. Het is hierbij irrelevant of ooit een *step-up* is verleend ter zake van de zetelverplaatsing naar Nederland. Slechts bij tijdvakbelastingen kan het coherentieargument een rol spelen omdat op deze wijze kan worden bewerkstelligd dat enkel over de Nederlandse belastingclaim wordt geheven. Tevens wijkt de exitheffing in de dividendbelasting dusdanig af van het gebruikelijke belastingsysteem, dat van het coherentieargument geen sprake kan zijn. De exitheffing wordt immers niet ingehouden bij de bron (er vindt immers nog geen uitkering plaats), en wijkt in zoverre sterk af van het gebruikelijke systeem van de dividendbelasting. Evenals het coherentieargument kan het territorialiteitsargument vanwege de onverenigbaarheid met het karakter van de dividendbelasting niet slagen. Zoals gezegd is de dividendbelasting een tijdstipbelasting waarbij enkel het moment van (fictieve) dividenduitkering relevant is. Deze belastingclaim ontstaat niet eerder dan op dit moment, en er kan derhalve geen sprake zijn van een claim die is geaccumuleerd gedurende de Nederlandse belastingplicht. De enige verdeling van de heffingsbevoegdheid die ertoe doet is de verdeling van de heffingsbevoegdheid ten tijde van de dividenduitkering. Dit maakt het des te schrijnender dat de Nederlandse exitheffing (indien deze doorgang zou vinden) tevens buitenlandse winstreserves in de heffing betreft. Er is immers nog geen sprake van realisatie. Tot slot is het misbruikargument overwogen. Dit argument rechtvaardigt de inbreuk op

²⁷¹ HR 12 december 2003, *BNB* 2004/123; HR 9 juni 2006, *BNB* 2007/41.

²⁷² HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/260-262.

de vrijheid van vestiging indien sprake is van een misbruiksituatie. Hiervoor is in de eerste plaats vereist dat de exitheffing is vormgegeven op een wijze dat enkel de misbruiksituaties worden geconfronteerd met een heffing. Dit houdt in dat aannemelijk moet kunnen worden gemaakt dat in het desbetreffende geval geen sprake is van misbruik. Dit tegenbewijs kan geleverd worden door aannemelijk te maken dat aan de reorganisatie in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. Het voornaamste bezwaar tegen dit argument in relatie tot de exitheffing is dat het me onduidelijk is waar het misbruik in schuilt. Doordat de dividendbelasting een voorheffing vormt op de (lokale) inkomsten- of vennootschapsbelasting, wordt immers in elk geval geheven over dit inkomen. In die zin wordt dus geen belasting ontweken. Wel heeft een grensoverschrijdende reorganisatie tot gevolg dat Nederland niet meer kan heffen over toekomstige dividenden aan buitenlandse aandeelhouders, maar dit is een budgettair argument dat geen rechtvaardiging kan vormen voor de schending van het primaire EU-recht. Het voordeel voor de (aandeelhouders van) de vennootschap kan hoogstens zijn gelegen in het feit dat buitenlandse aandeelhouders in de toekomst niet meer hoeven te verzoeken om teruggaaf van dividendbelasting. Indien ik veronderstel dat misbruik wél mogelijk is, speelt nog een ander bezwaar. Indien de aandeelhouder wordt aangemerkt als de belastingplichtige en deze gebruik wil maken van de tegenbewijsregeling, ontstaat immers de vreemde situatie dat de aandeelhouder zakelijke motieven aannemelijk moet maken ter zake van de reorganisatie van de vennootschap waarin het belang wordt gehouden. De aandeelhouder is mogelijk niet op de hoogte van de motieven (of van het feit dat tegenbewijs moet worden ingediend), waardoor een beroep op het tegenbewijs praktisch onmogelijk is. Tevens doet zich hierbij het probleem voor dat de aandeelhouder mogelijk geen tegenbewijs wil indienen. Immers, de aandeelhouder ten tijde van het belastbare feit hoeft geenszins de aandeelhouder te zijn ten laste van wie de belasting komt. Het belang om tegenbewijs in te dienen ontbreekt derhalve.

Een alternatieve vormgeving van de exitheffing kan mijns inziens geen uitkomst bieden. Zo heb ik een exitheffing ten laste van de vennootschap in plaats van de aandeelhouder overwogen. Dit lost enkele knelpunten in relatie tot het EU-recht op. Zo is een exitheffing over de volledige zuivere winst meer in lijn zijn met een heffing ten laste van de vennootschap dan een heffing ten laste van de aandeelhouder. Indien wordt geheven ten laste van de aandeelhouder moet immers rekening gehouden worden met tijdsverschil tussen het heffingsmoment en het moment van uitkering. Dit betekent dat geheven dient te worden over de netto contante waarde van de zuivere winst. Uiteraard is het bepalen van de verdisoneringsvoet in deze gevallen problematisch. Als wordt gekozen voor een heffing ten laste van de vennootschap, ligt een heffing over de volledige zuivere winst meer voor de hand. Bovendien staat de belastingplichtige vennootschap voor de keuze tegenbewijs te leveren. Dit lost de problemen ten aanzien van het leveren van tegenbewijs op. Met betrekking tot het primaire EU-recht is overigens een andere leer van toepassing, gestoeld op de arresten *National Grid Indus* en *DMC*. Dit brengt met zich mee dat de vennootschap kan kiezen voor onmiddellijke betaling van de belastingschuld of betaling in termijnen (al dan niet onder zekerheidsstelling). Hoewel voordelen gemoeid gaan met een heffing ten laste van de vennootschap, acht ik een dergelijke heffing binnen de dividendbelasting desondanks niet mogelijk. Een exitheffing in de dividendbelasting ten laste van de vennootschap waarbij wordt geheven over de zuivere winst komt eenvoudigweg overeen met een exitheffing in de winstsfeer. Er is geen noodzaak voor een additionele exitheffing in de winstsfeer (sterker nog, het is onwenselijk om nogmaals te heffen over de winst). Daarnaast wordt een winstbelasting beheerst door het totaalwinstbeginsel, dat niet rijmt met het karakter van de dividendbelasting als tijdstipbelasting. Eveneens doet het geen recht aan de dividendbelasting als aandeelhoudersbelasting. De heffing houdt immers geen enkel verband meer met de aandeelhoudersrelatie. Tot slot doet een dergelijke heffing afbreuk aan de dividendbelasting als bronbelasting.

Het opleggen van de exitheffing ten laste van de aandeelhouder is niet in strijd met de goede verdragstrouw, maar desondanks een onwenselijke heffing. Op het eerste toetsingsmoment (het moment van heffing) is namelijk op zijn hoogst sprake van een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid. Immers, Nederland komt als bronstaat op dit moment heffingsbevoegdheid toe op grond van het dividendartikel (art. 10 OESO-MV). Een gedeeltelijke verschuiving van de heffingsbevoegdheid is onvoldoende om te kunnen spreken van strijd met de goede verdragstrouw. Op het moment van invorderen dient eveneens te worden getoetst aan de goede verdragstrouw. Hier kan echter geconstateerd worden dat de goede verdragstrouw überhaupt niet speelt, nu Nederland enkel heffingsbevoegdheid toekomt indien de aandeelhouder in Nederland woont. In alle andere gevallen kan Nederland niet worden gekwalificeerd als bronstaat of woonstaat. Nederland kan daardoor niet worden aangemerkt als één van de verdragsluitende partijen. Hoewel in strikte zin dus geen sprake kan zijn van strijd met de goede verdragstrouw, is het mijns inziens onwenselijk dat Nederlandse dividendbelasting wordt ingevorderd ter zake van een rechtshandeling die

zich volledig buiten Nederland voordoet. Het is bovendien onduidelijk hoe andere staten omgaan met Nederlandse verhaalde dividendbelasting. Zelfs als het in deze verhoudingen mogelijk is om ingehouden Nederlandse dividendbelasting te verrekenen met de lokale belastingschuld, is het de vraag of hetzelfde geldt voor verhaalde dividendbelasting. Een dergelijke heffing zou gepaard gaan met de nodige rechtsonzekerheid. Al met al acht ik het onwaarschijnlijk dat landen voorzien in verrekening van dividendbelasting.

Alternatief voor de heffing ten laste van de aandeelhouder is een heffing ten laste van de vennootschap. Indien wordt geheven van de vennootschap hoeft op grond van primair EU-recht immers geen uitstel van belasting te worden verleend. Dit heeft tot gevolg dat het heffingsmoment en het invorderingsmoment samenvallen, en derhalve enkel moet worden getoetst aan de goede verdragstrouw op het moment direct voorafgaand aan de zetelverplaatsing. Doordat op het moment voorafgaand aan een reorganisatie wordt geacht dividend te zijn uitgekeerd en enkel dit moment voor zowel de dividendbelasting als het verdragsrecht van belang is, is naar mijn mening geen sprake van strijdigheid met de goede verdragstrouw. Nederland kan op het moment voorafgaand aan de reorganisatie namelijk (in elk geval) worden aangemerkt als bronstaat. Het voorgaande brengt met zich mee dat de invordering van de vennootschap minder kwalijk is dan de invordering van de aandeelhouder. Het nadeel van deze heffing is dat de exitheffing in de dividendbelasting overeenkomt met een winstbelasting. Zoals reeds is opgemerkt in het kader van het primaire EU-recht, is een additionele winstbelasting om meerdere redenen onwenselijk. Een exitheffing in de dividendbelasting ten laste van de vennootschap behoort mijns inziens daarom niet tot de mogelijkheden.

Al met al brengt dit met zich mee dat een exitheffing in de dividendbelasting op geen enkele manier doorgang kan vinden. Mijns inziens is dit in de eerste plaats te wijten aan het karakter van de dividendbelasting als voorheffing, als bronheffing en als aandeelhoudersheffing. Op geen enkele manier kan de exitheffing vormgegeven worden zodat de heffing past binnen de kaders van de Wet DB 1965, maar eveneens voldoet aan de eisen die volgen uit het primaire EU-recht en het internationaal belastingrecht.

5.4. Aanbevelingen

In dit onderzoek is de relatie tussen een exitheffing in de Wet DB 1965, het primaire EU-recht en het internationaal belastingrecht onderzocht. Het secundaire EU-recht is vanwege de omvang van de scriptie niet aan de orde gekomen. Om een volledig beeld te kunnen schetsen van alle grensoverschrijdende aspecten, is het mijns inziens noodzakelijk om dit onderdeel tevens in vervolgonderzoek te betrekken. Vanwege de civielrechtelijke aard van het verhaalsrecht, is de internationale rechtskracht hiervan ook niet onderzocht. Het verhaalsrecht kan echter een grote rol spelen indien op enig moment in de toekomst opnieuw wordt overwogen om een exitheffing te introduceren in de dividendbelasting. Het is daarom essentieel om te onderzoeken welke (on)mogelijkheden het verhaalsrecht op internationaal gebied biedt. Verder dient nader onderzoek te worden verricht met betrekking tot mogelijk misbruik binnen de dividendbelasting door middel van reorganisatie. Deze misbruiksituaties zijn vooralsnog erg onduidelijk. Bovendien acht ik het noodzakelijk dat de baten (voorkomen van misbruik?) en de kosten die met de regeling gemoeid zijn in kaart worden gebracht. Alleen indien deze elementen duidelijk zijn, kan immers worden bepaald of een maatregel doelmatig is. Tot slot kan een landenvergelijking worden gedaan tussen landen die een exitheffing in de dividendbelasting hebben geïntroduceerd, zodat kan worden geanalyseerd binnen welk belastingsysteem een dergelijke heffing wel past. Naar verwachting leidt een vervolgonderzoek dat deze elementen in de analyse betreft niet tot een andere conclusie, maar kan desalniettemin een vollediger beeld schetsen van de problematiek.

6. Bibliografie

6.1. Literatuur

- P.G.H. Albert, 'Inning conserverende aanslag bij vervreemding ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?', *WFR* 2017/133, afl. 7197.
- J.W. Bellingwout, 'Zetelverplaatsing in beweging (I) Eindafrekening anno 2001', *WFR* 2001/271, afl. 6425, p. 271-303.
- J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/217, afl. 6800, p. 217-1563.
- G.C.F. van Gelder & B. Niels, 'National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?', *WFR* 2012/490, afl. 6949, p. 490-519.
- E.J.W. Heithuis, 'Conserverende aanslag voor ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?', *WFR* 2017/106, afl. 7192.
- T.J.A. Hendriks & C.E. Verhaeren, 'Gevolgen van de Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting voor de AB-houder', *WFR* 2020/204, afl. 7357, p. 203-207.
- H.T.P.M. van den Hurk & J.J. van den Broek, 'Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en step-ups', *WFR* 2012/601, afl. 6952, p. 590-612.
- H.M. Kappelle, 'Reparatiewetgeving conserverende aanslag pensioen minder effectief dan de wetgever beoogde', *WFR* 2017/96, afl. 7190.
- P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (1)', *NtFR-B* 2009/28, afl. 7.
- P. Kavelaars, 'Conserverende aanslag en verdragen (2)', *NtFR-B* 2009/29, afl. 7.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613, afl. 6650, p. 1611-1650.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffingen in de Wet IB 2001', in: A.C. Rijkers & H. Vordering (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.
- E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers', *WFR* 2009/881, afl. 6820.
- M. Koerts, 'Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europeesrechtelijk perspectief', *WFR* 2009/529, afl. 6810, p. 527-546.
- W.R. Kooiman en J. van der Have, 'Reactie op 'Alzo Wij hebben het op u gemunt...'', *NLF Opinie* 2021/30.
- J.W.J. Kort, 'De emigratieheffing bij aanmerkelijk belang voor het Europese hof: een nieuwe start (C-470/04)', *WFR* 2006/1418, afl. 6699, p. 1405-1428.
- M.V. Lambooi, 'Exitheffing: particulier vs. onderneming: zoek de verschillen', *NtFR-B* 2013/3, afl. 1.
- F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief. De exitheffingen en de vestigingsplaatsficties in het licht van de nationale regeling, belastingverdragen, BRK en het EG-recht (Fiscale Monografieën nr. 123) (diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 2007.
- F.G.F. Peters, 'Emigratieheffing ab: eindoordeel geveld maar eindstation nog niet bereikt', *NtFR* 2009/1415.
- F.P.G. Pötgens & H.M. Kappelle, 'Over conserverende aanslagen, belastingverdragen en reparatiewetgeving: de geschiedenis lijkt zich te herhalen!', *WFR* 2010/74, afl. 6843, p. 74-87.
- A.C. Rijkers, 'IB.4.6.1.I.a Inleiding emigratie aanmerkelijkbelanghouder' in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
- S. van Thiel, 'Exit taxes', in: P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen (red.), *Terra/Wattel European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation* (fed fiscale studieserie nr. 29), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

E. Thomas, ‘Terugwerkende kracht: (on)toelaatbaar?’, *WFR* 2005/326, afl. 6614, p. 307-339.

C.E. Verhaeren en H. Lohuis, ‘Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting en belastingverdragen’, *WFR* 2020/230, afl. 7362, p. 229-234.

J.M.W. van Walsem, ‘Exitheffing in de dividendbelasting: een systematische analyse’, *NLF-W* 2020/17.

D.M. Weber, ‘Wetenschappelijke Factsheet’, 2020, geraadpleegd op 18 juli 2022 via https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35523_initiatiefvoorstel_van_der.

D.M. Weber en L.R.T. Winkenijs, ‘Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele eindafrekening’, *WFR* 2020/148, afl. 7347, p. 147-151.

M.F. de Wilde en C. Wisman, “Alzo Wij hebben het op u gemunt...”, *NLF Opinie* 2021/0028.

6.2. Jurisprudentie

HvJ EG 27 september 1988, nr. C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail*).

HvJ EG 28 januari 1992, nr. C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*).

HvJ EG 12 april 1994, zaak C-1/93, ECLI:EU:C:1994:127 (*Halliburton Services*).

HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*).

HvJ EG 15 mei 1997, nr. C-250/95, ECLI:EU:C:1996:420 (*Futura Participations en Singer*).

HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/96, ECLI:EU:C:1998:221 (*Gilly*).

HvJ EG 16 juli 1998, nr. C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370 (*ICI*).

HvJ EG 29 april 1999, zaak C-311/97, ECLI:EU:C:1999:216 (*Royal Bank of Scotland*).

HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*).

HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, ECLI:NL:XX:2002:AF5775 (*Überseering*).

HvJ EG 21 november 2002, nr. C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704 (*X & Y*).

HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*De Lasteyrie du Saillant*).

HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (*Schempp*).

HvJ EU 13 december 2005, nr. C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 (*Sevic*).

HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer II*).

HvJ EG 23 februari 2006, nr. C-513/03, ECLI:EU:C:2006:131 (*Van Hilten-van der Heijden*).

HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, ECLI:EU:C:2006:525 (*N*).

HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*).

HvJ EG 3 oktober 2006, nr. C-522/04, ECLI:EU:C:2007:405 (*Commissie/België*).

HvJ EG 28 februari 2008, nr. C-293/06, ECLI:EU:C:2008:129 (*Deutsche Shell*).

HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-414/06, ECLI:EU:C:2008:278 (*Lidl Belgium*).

HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 (*Cartesio*).

HvJ EU 18 maart 2010, nr. C-440/08, ECLI:EU:C:2010:148 (*Gielen*).

HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*National Grid Indus*).

HvJ EU 6 september 2012, nr. C-38/10, ECLI:EU:C:2012:521 (*Cie/Portugal*).

HvJ EU 31 januari 2013, zaak C-301/11, ECLI:EU:C:2013:47 (*Commissie/Nederland*).

HvJ EU 23 januari 2014, nr. C-164/12, ECLI:NL:XX:2014:6 (*DMC*).

HvJ EU 21 december 2016, zaak C-503/14, ECLI:EU:C:2016:979 (*Commissie/Portugal*).

HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177 (*Euro park Service*).

HvJ EU 23 november 2017, nr. C-292/16, ECLI:EU:C:2017:888 (*A Oy*).

HvJ EU 22 maart 2018, nr. C-327/16 (*Jakob*), nr. C-421/16 (*Lassus*), ECLI:EU:C:2018:210.

HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 (*T Danmark*), en nr. C-117/16 (*Y Denmark*), ECLI:EU:C:2019:135.

HvJ EFTA 3 oktober 2012, nr. E-15/11, ECLI:NL:XX:2012:BY0158 (*Arcade Drilling AS*).

HR 3 juli 1991, nr. 25 308, *BNB* 1991/248.

HR 16 oktober 1991, nr. 26 465, *BNB* 1991/340.

HR 24 januari 1996, nr. 29 954, *BNB* 1996/138.

HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, *BNB* 1998/50, m.nt. J.A.G. van der Geld.

HR 7 december 2001, nr. 35 231, *BNB* 2002/42.

HR 14 december 2001, nr. 36 365, *BNB* 2002/208.

HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379, m.nt. P. Kavelaars.

HR 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380.

HR 5 september 2003, nr. 37 670, *BNB* 2003/381.

HR 12 december 2003, nr. 38 461, *BNB* 2004/123.

HR 13 mei 2005, nr. 39 144, *BNB* 2005/232.

HR 13 mei 2005, nr. 39 610, *BNB* 2005/233.

HR 13 mei 2005, nr. 39 613, *BNB* 2005/234.

HR 13 mei 2005, nr. 40 192, *BNB* 2005/235.

HR 12 mei 2006, nr. 39 223, *BNB* 2007/36.

HR 9 juni 2006, nr. 41 376, *BNB* 2007/41.

HR 9 februari 2007, nr. 43 203, *BNB* 2007/141.

HR 20 februari 2009, nr. 42 701, *BNB* 2009/260.

HR 20 februari 2009, nr. 43 760, *BNB* 2009/261.

HR 20 februari 2009, nr. 07/12314, *BNB* 2009/262.

HR 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263.

HR 19 juni 2009, nr. 44 050, *BNB* 2009/264.

HR 19 juni 2009, nr. 07/13267, *BNB* 2009/265.

HR 19 juni 2009, nr. 08/02288, *BNB* 2009/266.

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

HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, *BNB* 2013/94, m.nt. J.W. Zwemmer.

HR 8 maart 2013, nr. 12/01957, *BNB* 2013/138, m.nt. R.P.C. Cornelisse.

HR 23 mei 2014, nr. 13/02237, *BNB* 2014/170.

HR 16 januari 2015, nr. 13/05247, *BNB* 2015/64.

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

HR 14 juli 2017, nr. 17/01256, *BNB* 2017/186.

Hof Amsterdam 8 december 1967, nr. 154/1967, *BNB* 1969/24.

Rb. Den Haag 27 december 2016, nr. SGR 16/5504, *NTFR* 2017/688.

6.3. Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2009/10, 25 212, A.

Kamerstukken I 2012/13, 33 262, C, p. 2.

Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3.

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2.

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25 212, nr. 2.

Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3.

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7.

Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/09, 31 990, nr. 3.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2011, nr. BLBK 2011/2477M (*Stcrt.* 2011, 23186).

Kamerstukken II 2016/17, 34 554, nr. 7.

Kamerstukken II 2019/20, 35 523, nr. 2.

Kamerstukken II 2019/20, 35 523, nr. 3.

Kamerstukken II 2020/21, 35 523, nr. 5.

Kamerstukken II 2020/21, 35 523, nr. 9.

Kamerstukken II 2020/21, 35 523, nr. 11.

Kamerstukken II 2021/22, 35 523, nr. 13.

Kamerstukken II 2021/22, 35 523, nr. 15.

Kamerstukken II 2021/22, 35 523, nr. 17.

6.4. Overig

Advies Raad van State 2 september 2020, kenmerk W06.20.0247/III.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB (2020), ‘Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’, 18 augustus 2020.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB (2020), ‘NOB-commentaar ter zake van de gewijzigde spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting’, 29 oktober 2020.

IBFD Tax Research Report: COMPARATIVE RESEARCH ON (CONDITIONAL) EXIT WITHHOLDING TAXES, 8 februari 2021.

NOB, Onderzoek exitheffing dividendbelasting, 30 januari 2020.

Rapport van de Adviescommissie Belastingheffing van multinationals, Op weg naar balans in de vennootschapsbelasting (analyses en aanbevelingen), 2020.

‘Spoedbehandeling wet “eerlijke afrekening” na aangekondigd vertrek Shell’, <https://groenlinks.nl/nieuws/spoedbehandeling-wet-eerlijke-afrekening-na-aangekondigd-vertrek-shell>.