

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Rondetafelbijeenkomst "Ontwikkelingen EU-recht"

Exitheffingen & National Grid Indus BV (C-371/10)

Prof. mr. F.P.G. Pötgens

4 November 2011

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

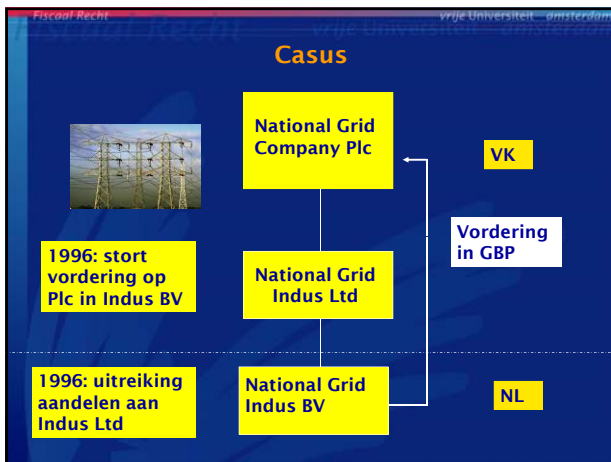
National Grid Indus BV

Procedure:

- Rb. Haarlem -> belemmering -> gerechtvaardigd vanwege misbruikbestrijding
- Hof Amsterdam -> prejudiciële vragen

Conclusie A-G Kokott 8 september 2011

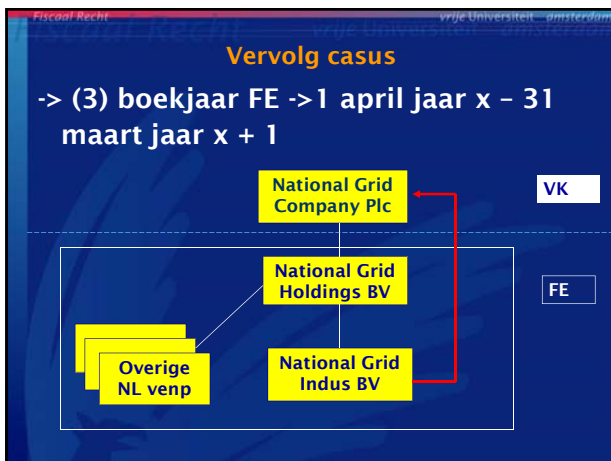
Arrest HvJ EU 29 november 2011 om 9.30u



Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg casus

- Achtergrond: deelname in joint venture met Pakistaanse overheid -> val regering
- Herstructurering:
 - (1) op 30 maart 1999 -> inbreng aandelen Indus BV in National Grid Holdings door Indus Ltd
 - (2) voeging Indus BV (tezamen met enkele andere NL dochtervennootschappen) in FE



Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg casus

- > (4) per 15 december 2000 feitelijke leiding Indus BV in VK (bestuursbesluit van 7 december 2000) -> oude FE-regime -> oprichtingsfictie
- (5) 15 december 2000 -> statutenwijziging -> boekjaar van Indus BV + overige venp FE -> van 15 december jaar x - 16 december jaar x + 1 -> in concreto: boekjaar van 1 april 2000 - 15 december 2000 en (lang boekjaar) van 16 december 2000 - 15 december 2001
- (6) 21 februari 2001 -> verbreking FE door verkoop aandelen Indus BV aan VK groepsvennootschap

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg casus

Enige achtergronden:

- rentemismatch
- latente belaste valutameerwaarde (in fiscale boekhouding op historische koers)
- verzoek functionele valuta te laat ingediend
- HR 15 november 2000, BNB 2001/99
- Vrees voor terugwerkende kracht reparatiewetgeving

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg casus

- Indus BV had geen functie meer in NL: vanuit dat perspectief was verplaatsing logisch en zakelijk

Geschil: kan boekjaarijziging met een beroep op Fraus Legis worden genegeerd?

-> Gevolg negatie boekjaarijziging -> FE is verbroken en Indus BV is zelfstandig belastingplichtig met ingang van 1 april 2000 (en niet vanaf 16 december 2000)->

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg casus

-> verplaatsing triggert exitheffing (voormalige art. 16 Wet IB 1964 juncto art. 8 Wet Vpb); ongerealiseerde valutakoerswinst (stijging EURO v. GBP)

- Hof en Rb. -> boekjaarijziging kan genegeerd worden op basis van Fraus Legis + exitheffing is niet in strijd met verdrag VK oud

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Toegang tot Art. 49 VwEU

- Kan Indus BV zich op art. 49 VwEU beroepen?
- Aan procedure deelnemende regeringen -> Daily Mail-arrest: geen beroep op art. 49 VwEU
- A-G, Commissie en Indus BV -> wel toegang tot art. 49 -> Cartesio-arrest
- > vennootschapsrecht niet geharmoniseerd -> nationaal recht bepaalt bestaan en voortbestaan ->

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg toegang tot art. 49 VwEU

- > Indus blijft bestaan volgens NL recht en wordt hierdoor ook beheerst; dus beroep op art. 49 VwEU
- > Daily Mail betrof exit tax, alleen HvJ EU heeft een en ander beoordeeld vanuit een algemeen perspectief -> verleent art. 49 een naar VK opgerichte vennootschap het recht feitelijke leiding te verplaatsen naar NL? -> HvJ EU: nee -> fiscale aspecten niet behandeld (punt 28 Kokott en Indus BV)

Fiscaal Recht vrije Universiteit amsterdam

Vervolg toegang tot art. 49 VwEU

- > exittax is gevolg van emigratie maar geen voorwaarde voor het bestaan en werking vennootschap
- > zo kan toestemming aan Min Fin in Daily Mail wel gezien worden -> exit tax kan getoetst worden aan art. 49 VwEU

Vervolg toegang tot art. 49 VwEU

- Overige opmerkingen aan procedure deelnemende regeringen:
 - geen verschil tussen staten incorporatie- en werkelijke zetelstelsel;
 - SE-verordening -> geen verplaatsing FL onder handhaving statutaire zetel
 - Fusierichtlijn -> exitheffing toegestaan
 - geen grensoverschrijdende economische activiteit

Vervolg toegang tot art. 49 VwEU

- Wat met naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen waarvan de FL vanuit NL naar andere EU/EER-lidstaat wordt verplaatst?
- Wat met naar NL opgerichte vennootschap waarvan FL naar een derde staat wordt verplaatst?

Belemmering

Is er een belemmering van art. 49? -> Ja (Indus, A-G en Hof Amsterdam) -> vergelijking: bij een binnenlandse verplaatsing geen afrekening over meerwaarden (maar pas bij realisatie) en bij verplaatsing naar VK afrekening -> afschrikkende werking -> analogie met jurisprudentie inzake natuurlijke personen -> minder vergaande CA belemmerend -> De Laysterie du Saillant en N -> emigratieheffing pensioen -> directe afrekening (Commissie/België, zaak C-522/04).

Rechtvaardigingsgronden

- Evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid (Hof A'dam en A-G)
 - > territorialiteitsbeginsel met een temporele component -> in art. 16 Wet IB -> totale winst behaald op NL grondgebied moet kunnen worden belast -> in overeenstemming met uitgangspunten OESO-MV + jurisprudentie HR (emigratie naar VK; ophouden in NL belastbare winst te genieten + Resolutie Raad 8 december 2008 (exitheffing/step-up)

Vervolg rechtvaardigingsgronden

- A-G noemt en accepteert ook coherentie
- Misbruik is geen rechtvaardigingsgrond -> generieke maatregel -> Hof A'dam sloot dit uit (zakelijke gronden voor zetelverplaatsing) en ook NL regering beriep zich hier niet op. Lijkt bovendien geen doel van art. 16 Wet IB 1964.

Geschiktheid

- > exitheffing is geschikt doel te bereiken, d.w.z. exitheffing is geschikt verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de betrokken lidstaten te bereiken (Nederland en het VK)

Noodzakelijkheid

- > Gaat exitheffing niet verder dan noodzakelijk is om het daarmee nagestreefde doel te bereiken (proportionaliteit)? -> A-G -> onderscheid: (1) vaststelling eindafrekeningheffing en (2) invordering van de belastingschuld
- > ad. (1) niet onevenredig -> vrij snelle manier om meerwaarden af te splitsen die in NL mogen worden belast (zonder hoge kosten voor bp)

Vervolg noodzakelijkheid

- > ad. (2) aan procedure deelnemende regeringen wijzen op het feit dat directe eindafrekening proportioneel is indien vermogensbestanddelen naar hun aard of door hun omvang moeilijk of onmogelijk te volgen zijn -> Echter, bij eenvoudig te volgen vermogensbestanddelen is onmiddellijke invordering onevenredig -> is het geval bij Indus BV

Vervolg noodzakelijkheid

- > indien belasting moet worden uitgesteld tot moment waarop in binnenlandse verhoudingen belastingheffing plaatsvindt (werkelijke realisatie, aflossing) -> vraag: hoe moeten conform N-arrest latere waardeverliezen in aanmerking worden genomen? -> duidelijk bij step up in lidstaat ontvangst, anders niet in globo te beantwoorden volgens A-G

Vervolg noodzakelijkheid

- > evenwichtige verdeling heffingsbevoegdheid brengt in ieder geval mee dat na emigratie optredende waardeverliezen ergens in aanmerking worden genomen -> N-arrest wat dit betreft stringenter?

Vervolg noodzakelijkheid

- Indus BV: valutawinsten -> geen fictieve realisatie op moment emigratie, aansluiten bij tijdstip binnenlandse belastingheffing (terugbetaling, realisatie)-> na emigratie optredende valutaverliezen kunnen naar hun aard alleen in de vertrekstaat in aanmerking worden genomen bij eenvoudig te volgen vermogensbestanddelen zoals bij Indus BV

Evaluatie

- De crux van de redenering is noodzakelijkheidstoets -> theoretisch een evenwichtig resultaat
- Leidt onderscheid moeilijk en eenvoudig te volgen vermogensbestanddelen tot discussies?
- Gaat rechter niet op stoel wetgever zitten? -> zie evenwel N-arrest
- Moet wetgever reageren?

Alternatieven

- Conserverende aanslag -> Hof A'dam kritisch -> praktisch lastig uitvoerbaar gezien diversiteit van activa en winstvaststellingsregels
- Zweedse systeem -> aangepast in reactie op opstarten infractieprocedure door EC -> EC heeft daarop procedure ingetrokken -> vanaf 1 januari 2010 -> soort volgrecht m.b.t. overgebrachte bedrijfsmiddelen -> exitheffing -> wordt op verzoek niet ingevorderd ->

Vervolg alternatieven

- > uitstel duurt 1 jaar en kan telkens verlengd worden indien relevante omstandigheden niet zijn gewijzigd -> bedrag uitstel verminderd op basis straight line afschrijving -> materiële activa in 5 jaar en immateriële activa in 10 jaar -> in zoverre vervalt uitstel -> probleem: uitstel wordt niet automatisch verleend en er wordt geen rekening gehouden met waardeverminderingen na emigratie

Vervolg alternatieven

- Oostenrijk -> uitstel van heffing voor een periode van 10 jaar tenzij de bedrijfsmiddelen verder worden overgebracht naar buiten de EU of binnen 10 jaar worden vervreemd -> na 10 jaar vervalt claim -> houdt geen rekening met waardeverminderingen
- Woonplaatsgebonden compartimentering (Kemmeren) -> bij emigratie beschikking -> vastleggen waarover lidstaat van vertrek en lidstaat van ontvangst ->

Vervolg alternatieven

- > mag heffen en wie rekening moet houden met waardeverminderingen -> in verdrag (aparte regeling met Cyprus) of in een Verordening
- Clearing systeem in een richtlijn neerleggen (Wattel)

Infractieprocedures

- Portugal
- Spanje
- België
- Denemarken
- Nederland
- Ierland