

Exitheffingen; Quo vadunt?

prof. mr. F.P.G. Pötgens¹

1. Inleiding

Dit boek is opgedragen aan Jaap Bellingwout die twee lustra² hoogleraar belastingrecht is aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de VU. Gedurende deze periode heeft hij op gedegen en inspirerende wijze de afdeling Fiscaal recht geleid en de daarbij behorende Master Fiscaal recht mede opgezet en uitgebreid. Deze Master bestaat inmiddels eveneens twee lustra.³ In het tweede lustrum van zijn hoogleraar-schap heb ik op meer dan plezierige wijze mogen samenwerken met Jaap, waaruit een ware vriendschap is gegroeid. Bij de onderwerpkeuze voor deze bijdrage heb ik me dan ook laten inspireren door de indrukwekkende lijst publicaties en lezingen die Jaap niet alleen gedurende de twee eerdergenoemde lustra het licht heeft laten zien maar ook in de periode daarvoor.⁴ Jaap is in 1996 gepromoveerd op een proefschrift getiteld *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*⁵ en zijn oratie (in 2004) had als titel *Exitheffingen na 'De Lasteyrie'*.⁶ Exitheffingen maakten dus niet alleen het onderwerp uit van zijn oratie, maar speelden ook in zijn proefschrift en in een aantal andere publicaties⁷ een prominente rol. Vandaar dat 'exitheffingen' in de winstfeer

-
- 1 Frank Pötgens is hoogleraar Internationaal en Europees belastingrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van diezelfde universiteit.
 - 2 Het *lustrum* vindt zijn oorsprong bij de Romeinen en was een zoenoffer dat eens per vijf jaar door de Romeinen werd gehouden. Het werd georganiseerd na het afnemen van een *census* (een volkstelling) door een *ensor* (ambtenaar) die elke vijf jaar werd aangesteld. Het was een speciale vorm van *lustratio* (zuiveringsritueel) waarbij alle mannelijke Romeinse burgers als waren ze een leger door de *censores* verzameld werden op het Marsveld (dit was een vlakte ten noorden van het oude Rome) buiten het *pomerium* (het gewijde gebied van Rome dat oorspronkelijk door Romulus zou zijn aangebracht door met een ploeg een lijn te trekken rondom de oorspronkelijke stad die gesticht was door Servius Tullius). Nadat men driemaal in een magische kring rond de groep burgers gelopen had met *suovetaurilia*, dat wil zeggen een offerdierengroep bestaande uit een varken (*sus*), een schaap (*ovis*) en een stier (*taurus*), werden deze dieren geofferd aan Mars. Dit zuiverde het volk en bond het opnieuw. Zie ook M.J. Ellis, 'Het eerste lustrum van het nieuwe aanmerkelijk belangvoorbehoud in Nederlandse belastingverdragen', in: *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting* (Juch-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 311.
 - 3 Ter ere van het eerste lustrum van de Master Fiscaal recht is op 7 juni 2007 onder voorzitterschap van Jaap een congres gehouden onder de titel "Maatschappelijke ondernemingen" waarvan de diverse bijdragen zijn uitgegeven in de serie Fiscaal Actueel, deel 3 (Kluwer).
 - 4 Zie voor een overzicht <http://www.belastingrechtenaandevu.nl/Default.aspx?tabid=124>.
 - 5 De volledige referentie is J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen; privaatrechtelijke en fiscaal-rechtelijke aspecten* (diss Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.
 - 6 Zie ook L.J.A. Pieterse, *Fiscale oraties en afscheidsredes. Een bibliografie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 90.
 - 7 Zonder naar volledigheid te willen streven, kunnen in dit verband de volgende publicaties worden genoemd: 'Zetelverplaatsing: afrekening over stille reserves', *TFO* 1997/34, p. 179-196; 'Zetelverplaatsing in beweging (I): eindafrekening anno 2001', *WFR* 2001/271; 'Zetelverplaatsing in beweging (II): eindafrekening ex art. 16 Wet IB 1964:

(en met name de vraag hoe de Nederlandse wetgever hiermee om zou moeten gaan) het onderwerp van deze bijdrage is.

Het HvJ EU heeft zich in zijn arrest *National Grid Indus BV*⁸ als volgt uitgelaten over de houdbaarheid van de Nederlandse eindafrekeningsbepaling in de winstfeer (art. 16 Wet IB 1964; art. 15c en art. 15d Wet Vpb 1969, almede art. 3.60 en art. 3.61 Wet IB 2001) met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU):⁹

1. Een Nederlandse BV die haar feitelijke leiding verplaatst naar een andere lidstaat (in casu het VK) kan een beroep doen op art. 49 VWEU;
2. De Nederlandse eindafrekening in de vennootschapsbelasting is een belemmering van de vrijheid van vestiging;
3. Deze belemmering is gerechtvaardigd vanwege het territorialiteitsbeginsel met een temporele component;
4. De Nederlandse exitheffing is geschikt de sub 3 genoemde doelstelling te verwezenlijken;
5. De exitheffing is proportioneel wat betreft de vaststelling van de belasting-schuld, maar zij is disproportioneel indien zij onverkort een directe invordering van de belastingheffing voorschrijft op het moment van de zetelverplaatsing.

Gezien de betrokkenheid van de schrijver dezes bij de zaak *National Grid Indus BV* onthoud ik mij van kritiek hierop en analyse hiervan; ik volsta met verwijzingen naar de literatuur.¹⁰ De Staatssecretaris van Financiën heeft op het arrest *National Grid Indus BV* gereageerd door middel van een resolutie van 14 december 2011, *BNB* 2012/41 waarin hij, onder meer, aankondigt dat de wet met terugwerkende kracht wordt gewijzigd omdat zij niet voorziet in een uitstel van invordering tot het moment van daadwerkelijke realisatie bij een eindafrekening in de winstfeer.

Desalniettemin verdient het overweging of er alternatieven denkbaar zijn voor de bovengenoemde exitheffing, waarbij tevens acht wordt geslagen op het Nederlandse vestigingsklimaat en de algemene kwaliteitseisen voor wetgeving.¹¹ Wat betreft het vestigingsklimaat kan worden aangenomen dat een exitheffing en de modaliteiten daarvan van belang zijn voor potentiële investeerders in Nederland (uitreisregeling).

recente jurisprudentie', *WFR* 2001/311; 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/217 en (samen met M. Koerts), 'Cartesio, drie jaar later...', *WFR* 2012/12.

8 HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10, (*National Grid Indus BV*).

9 Vergelijk tevens HR 13 januari 2012, *V-N* 2012/6.11.

10 Zie voor een kritische beschouwing van dit arrest, E.C.C.M. Kemmeren, 'The Netherlands: Infringement Procedure on Exit Taxes on Business (C-301/11)', in: *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2011* (Series on International Tax Law), Wenen: Linde Verlag 2012, p. 183-222; aant. Redactie Vakstudie, *V-N* 2011/67.8; S.C.W. Douma, annotatie *BNB* 2012/40 en P.J. Wattel, 'Carrying on discriminating', *NJB* 2011, p. 2248.

11 Jaap komt overigens eveneens tot de gevolgtrekking dat de wetgever alternatieven in overweging moet nemen (Beltingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4).

2. Criteria voor goede wetgeving

In 1991 heeft het toenmalige kabinet in de nota “Zicht op Wetgeving” een aantal algemene kwaliteitseisen voor goede wetgeving geformuleerd.¹² Deze eisen luiden als volgt:

1. Rechtmatigheid (niet in strijd met hoger recht) en verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen;
2. Doeltreffendheid en doelmatigheid;
3. Subsidiariteit en evenredigheid (niveau van regulering en kosten: baten);
4. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
5. Afstemming met andere regelgevingen;
6. Eenvoud, helderheid en toegankelijkheid.¹³

Een en ander is na 1991 uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving, een regeling van de Minister-President (Minister van Algemene Zaken) gericht op zijn bewindslieden en hun ambtenaren.¹⁴ Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat de kwaliteitseisen vrij open zijn en niet altijd voldoende houvast bieden te bepalen of eraan voldaan is.¹⁵ Daarenboven zijn de kwaliteitseisen geen technische eisen, maar eisen waarin waarden en belangen schuil gaan.¹⁶ Desalniettemin bieden de eisen wel een beoordelingskader dat in ieder geval in het kader van deze bijdrage een nuttig uitgangspunt biedt.

Bij de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen kan gewezen worden op het gelijkheidsbeginsel en het rechtvaardigheidsbeginsel, waartoe mogelijk ook de samenhanggedachte gerekend kan worden.¹⁷ In dat verband is het met het oog op de appreciatie van een exitheffing van belang of en hoe na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking worden genomen. Bij de afweging van een wettelijke regeling die uiteindelijk de voorkeur verdient, wordt dan ook acht geslagen op deze omstandigheid.

12 *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nrs. 1-2. Zie voor een analyse van de nota maar dan specifiek gericht op de fiscale wetgeving, J.A.G. van der Geld, *Zicht op fiscale wetgeving*, Tilburg University Press 1991. Zie ook de nota van de Commissie Deetman over staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing, waarin over wetgeving wordt gezegd dat de legitimatie ervan door de procedure onvoldoende is, dat ook de inhoud legitimatie moeten kunnen verwerven: deze moet voldoen aan rechtsstatelijke eisen, aan eisen van effectiviteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, en moet vermijden dat een beroep op de rechter wordt gedaan (*Kamerstukken II 1990/91*, 21 427, nr. 3, p. 31 en 31 (MvT)). Zie ook G.J. Veerman, *Over wetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 165 en 166 en R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State getoetst aan de hand van ex post evaluaties*, Universiteit van Tilburg 2008, p. 23 en 24.

13 Deze kwaliteitseisen zijn herbevestigd in de nota “Wetgevingskwaliteit”, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 475, nr. 2. Vergelijk ook, Veerman, *ibid.*, p. 166. Zie voor de achtergronden en de historie van kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld, alsmede factoren die hierop van invloed kunnen zijn, Ph. Eijlander, ‘De betekenis van wetgeving’, in: B. van Klink & W. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 67-69.

14 *Stcrt.* 1991, 230; ze zijn inmiddels diverse malen aangevuld en tevens te vinden op www.overheid.nl. Zie ook Veerman, t.a.p., p. 166.

15 Veerman, *ibid.*, p. 167.

16 Veerman, *ibid.*, p. 167.

17 Vergelijk R.C.C. de Wit, *De samenhanggedachte in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 131 en 132.

3. Een aantal varianten

3.1. Wettelijke bepalingen

3.1.1. Een conserverende aanslag in de winstsfeer

Een voor de hand liggend alternatief is een conserverende aanslag in de winstsfeer waarbij tot op zekere hoogte aansluiting wordt gezocht bij de conserverende aanslag zoals die geldt voor een emigrerende aanmerkelijk belanghouder (art. 4.16 lid 1 letter h Wet IB 2001 jo. art. 4.46 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 25 lid 8 Invorderingswet 1990).¹⁸ Dit zou een uitstel van betaling behelzen (zonder zekerheidstelling bij emigraties naar een andere lidstaat van de EU) tot het moment van daadwerkelijke realisatie, tenzij binnen een periode van tien jaar na het opleggen van de conserverende aanslag geen realisatie plaatsvindt. Na tien jaar wordt de conserverende aanslag kwijtgescholden (conform art. 26 lid 2 Invorderingswet 1990). Verder zouden waardeverminderingen die optreden na de emigratie in de vertrekstaat (in casu Nederland) in aanmerking moeten worden genomen, tenzij zulks in de ontvangstaat geschiedt. Een nadeel van dit alternatief is dat het praktisch lastiger uitvoerbaar is indien de conserverende aanslag een veelheid van activa en passiva omvat waarvoor verschillende winstvaststellingsregels gelden. Uiteraard is de bepaling van het realisatiemoment en wat onder realisatie moet worden verstaan eveneens precair en dan met name het onderscheid tussen afschrijfbaar en niet-afschrijfbaar activa.¹⁹

Indien deze mogelijkheid wordt geëvalueerd aan de hand van de hiervoor genoemde criteria, kan worden vastgesteld dat zij relatief laag scoort op uitvoerbaarheid aangezien zij, zeker indien een veelheid van activa en passiva in het geding is waarvoor verschillende winstvaststellingsregels gelden (uiteraard kan ook de bepaling van het realisatiemoment een zekere impact hebben op de uitvoerbaarheid).²⁰ Enerzijds zou dit voor de belastingplichtige betekenen dat een en ander in de aangifte moet worden verwerkt, hetgeen door de belastingdienst gecontroleerd zou moeten worden. Anderzijds kan worden vastgesteld dat vergelijkbare regels van toepassing zijn, indien een Nederlands hoofdhuis vermogensbestanddelen op duurzame wijze in gebruik geeft aan de in het buitenland gesitueerde vaste inrichting, hetgeen wordt voortgezet onder de vanaf 1 januari 2012 geldende objectvrijstelling (art. 15e Wet Vpb 1969).²¹ Vanuit dat perspectief, hoewel de situaties natuurlijk niet geheel vergelijkbaar zijn (de vaste inrichting vormt immers een onderdeel van de in Nederland residerende belastingplichtige), zijn er in het Nederlandse belastingrecht in de winstsfeer aanknopingspunten voor het behandelen en administreren van een veelheid van activa. Daarenboven zou belastingplichtigen een keuze kunnen worden

18 Zie ook F. Emmerink, *De exitheffing in de Wet Vpb 1969. EU-rechtelijk onhoudbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 87 e.v.

19 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.4.

20 Zie ook Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.3.

21 Belastingplan 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 103 (MvT).

geboden op basis waarvan zij direct kunnen afrekenen bij moeilijk te administreren en te registreren activa en de andere activa deel uitmaken van een conserverende aanslag in de winstsfeer.²²

De conserverende aanslag in de winstsfeer scoort in ieder geval goed op de volgende punten:

- verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen (vanwege het in aanmerking nemen van waardeverminderingen die opkomen na de emigratie indien de ontvangstaat zulks niet doet);
- afstemming met andere regelgeving (het is goed inpasbaar in de huidige Nederlandse belastingwetgeving);
- het Nederlandse vestigingsklimaat (mede vanwege de beperking van de periode waarvoor uitstel van betaling wordt toegekend tot tien jaar en de mogelijke kwijtschelding na die periode, het ontbreken van een zekerheidsstelling indien wordt geëmigreerd naar een andere lidstaat van de EU); en,
- rechtmatigheid (het is in overeenstemming met het VWEU en de jurisprudentie van het HvJ EU).

3.1.2. Zweedse exitheffing²³

De Zweedse belastingwetgeving voorziet in een eindafrekening (over meerwaarden in vaste activa, voorraden en de fiscale reserves) indien een Zweedse belastingplichtige vennootschap haar feitelijke leiding vanuit Zweden naar een andere jurisdictie verplaatst. Mede naar aanleiding van een met redenen omkleed advies dat de Europese Commissie Zweden in 2008²⁴ zond, introduceerde het een uitstelvariant indien de feitelijke leiding van de vennootschap werd verplaatst naar een andere lidstaat van de EU. In dat geval wordt uitstel van betaling verleend voor een periode van tien jaar en op verzoek kan het uitstel telkens met een jaar worden verlengd, in beginsel tot aan het moment van realisatie. In dit verband geldt evenwel een fictieve vrijval voor materiële en immateriële vaste activa in gelijke jaarlijkse termijnen van respectievelijk vijf en tien jaar.²⁵

De Zweedse exitheffing wordt negatief geëvalueerd op de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen omdat zij, onder meer, geen rekening houdt met waardeverminderingen die optreden na de emigratie (zij ondervangt wel de lastige bepaling van het realisatiemoment). Een ander negatief oordeel van deze exitheffing kan

22 Zie ook S.C.W. Douma, annotatie bij *BNB* 2012/40, onderdeel 6.2 die veronderstelt dat het arrest *National Grid Indus BV* een dergelijke keuze evenzeer toelaat.

23 Voor een beschrijving van de Zweedse regeling kan worden verwezen naar Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.1; B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 514 en Emmerink, *ibid.*, p. 91 e.v.

24 Persbericht van de Europese Commissie, 18 september 2008, IP/08/1362.

25 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.1 en Emmerink, *ibid.*, p. 92. Omdat een exitheffing in termijnen gezien kan worden als een ruwe variant op de Zweedse exitheffing laat ik die verder buiten beschouwing (zij voegt verder weinig toe aan de Zweedse exitheffing en levert evenmin een besparing op qua uitvoeringskosten; zie ook Emmerink, *ibid.*, p. 98 en 99). Voor meer bijzonderheden kan worden verwezen naar M. Koerts, 'Houdbaarheid van exitheffing bij zetelverplaatsing van vennootschappen in Europees perspectief', *WFR* 2009/529, § 5.

zijn gelegen in de rechtmatigheid. Immers, indien bij een binnenlandse verhuizing andere (lees: minder of niet belemmerende) maatregelen gelden, dan kan de vraag opkomen of en in hoeverre zij in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU). Mede de oordelen in aanmerking nemende in het eerdergenoemde arrest *National Grid Indus BV* en het *N*-arrest²⁶ is het aannemelijk dat het HvJ EU de betreffende belemmering gerechtvaardigd acht vanwege het territorialiteitsbeginsel met een temporele component. Dan dient te worden nagegaan, aannemende dat de exitheffing geschikt is het betreffende doel te bereiken, of zij proportioneel is. Het is de vraag of dat voor de fictieve vrijval inderdaad het geval is. De Zweedse exitheffing voldoet wel aan de criteria die gesteld kunnen worden aan uitvoerbaarheid (waarop zij zeker zonder de eerder aangegeven keuzevariant beter scoort dan de conserverende aanslag in de winst sfeer) en helderheid. Zij lijkt bovendien redelijk goed inpasbaar in het huidige Nederlandse wettelijke systeem omdat zij de nodige vergelijkbaarheid met de conserverende aanslag in de winst sfeer vertoont.²⁷ Voor het vestigingsklimaat is het nadelig dat de heffing na ommekomst van een aanzienlijk periode niet wordt kwijtgescholden (althans in vergelijking met de conserverende aanslagvariant) en dat de Zweedse exitheffing niet automatisch uitstel verleent.²⁸

3.1.3. Oostenrijkse exitheffing²⁹

Een in Oostenrijk residerende vennootschap die haar feitelijke leiding naar een andere jurisdictie verplaatst, wordt eveneens geconfronteerd met een exitheffing. Op verzoek van de betreffende belastingplichtige wordt evenwel uitstel van betaling verleend tot het moment van daadwerkelijke vervreemding. Voor zelfontwikkelde materiële activa geldt een terugname van eerder afgetrokken kosten die forfaitair wordt vastgesteld op 65% van de waarde van het immaterieel activum; de belastingplichtige heeft wel de mogelijkheid tegenbewijs te leveren. Het uitstel wordt verleend indien de vennootschap haar feitelijke leiding verhuist naar een lidstaat van de EU of een staat van de EER, dan wel een staat waarmee een verdrag is gesloten dat in wederzijdse bijstand voorziet. Oostenrijk houdt verder rekening met waardeverminderingen die zich voordoen na de emigratie tenzij zij in de ontvangstaar in aanmerking worden genomen (step-up). Het bedrag van de waardeverminderingen die Oostenrijk als vertrekstaat in aanmerking moet nemen, is gemaximeerd op het bedrag aan stille reserves dat voorhanden is op het moment van de emigratie. Na tien jaar wordt het uitstel beëindigd en de dan nog resterende exitheffing kwijtgescholden.

Uit de mij ter beschikking staande informatie over de Oostenrijkse exitheffing blijkt niet of voor het uitstel ook zekerheid moet worden gesteld. Uiteraard zou het vanuit het perspectief van het vestigingsklimaat aangewezen zijn dit vereiste niet te stellen indien geëmigreerd wordt naar een lidstaat van de EU. Bij een dergelijke

26 HvJ EU 7 september 2006, nr. C-470/04 (N).

27 Vergelijk ook Emmerink, *ibid.*, p. 95.

28 Emmerink, *ibid.*, p. 95.

29 Zie Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.2.

emigratie kan immers gebruik worden gemaakt van de Bijstandsrichtlijn³⁰ of de Invorderingsrichtlijn³¹ (waarbij ervan uitgegaan kan worden dat de jurisprudentie die tot dusverre is gewezen aan het voorhanden zijn van deze richtlijnen het nodige belang hecht).³² Het zou logisch en aangewezen zijn dat het HvJ EU in dezen ook gewicht zou toekennen aan het Verdrag inzake de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB) van de Raad van Europa en de OESO³³ en de met art. 26 (informatie-uitwisseling) en art. 27 (bijstand bij invordering) van het OESO-Modelverdrag overeenkomende bepalingen uit de Nederlandse belastingverdragen. In ieder geval zou de Nederlandse wetgever daar belang aan kunnen hechten, ook indien wordt geëmigreerd naar een buiten de EU gelegen jurisdictie waarmee een belastingverdrag is gesloten in voornoemde zin of die partij zijn bij het WABB.

Wat betreft de verwerkelijking van rechtsbeginselen is het uiteraard positief dat de vertrekstaat rekening houdt met na de emigratie optredende waardeverminderingen indien dat niet in de ontvangststaat geschiedt (het miskent wellicht het feit dat niet alle waardedalingen die optreden na de emigratie een *verlies* zijn en het gaat voorbij aan de moeilijkheden die de bepaling van het realisatiemoment meebrengen).³⁴ Wat betreft de eventuele kwijtschelding na tien jaar kan worden verwezen naar hetgeen is opgemerkt over de conserverende aanslag in de winstsfeer en dat deze figuur een gunstig effect kan hebben op het vestigingsklimaat. De Oostenrijkse exitheffing kan eigenlijk gesitueerd worden tussen de conserverende aanslag in de winstsfeer en de Zweedse exitheffing. Daarmee lijkt zij ook inpasbaar in de Nederlandse wettelijke regelgevingen en scoort zij goed qua rechtmatigheid (overeenstemming met het Europese recht). Vraagtekens kunnen in dit kader wellicht worden gezet bij de forfaitaire terugname van kosten op immateriële activa indien een zelfde regeling niet in binnenlandse verhoudingen geldt. Al zal de mogelijkheid tegenbewijs te leveren in ieder geval vanuit het oogpunt van evenredigheid een gunstig effect hebben.

30 Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799/EEG. Zie voor de vanaf 1 januari 2013 geldende richtlijn, Terra & Wattel, *ibid.*, p. 419 e.v.

31 Richtlijn 2010/24/EU van 16 maart 2010 van de Raad betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen. Voor de vanaf 1 januari 2013 geldende richtlijn kan worden verwezen naar Terra & Wattel, *ibid.*, p. 419 e.v.

32 Zie onder meer HvJ EU 11 juni 2009, nr. C-521/07 (*Commissie v. Nederland*); HvJ EU 9 oktober 1980, nr. 823/79 (*Carciati*) alsmede HvJ EU 12 april 1994, nr. C-1/93 (*Halliburton*) inzake de Bijstandsrichtlijn en HvJ EU 3 oktober 2006, nr. C-294/04 (*Scorpio*) inzake de Invorderingsrichtlijn. De verwijzing naar deze instrumenten vindt meestal plaats bij de proportionaliteits- of evenredigheidstoets. Enigszins verrassend is dan ook dat A-G Kokott in haar conclusie van 21 december 2011, nr. C-498/10, (*X (Feyenoord)*) deze vaste lijn niet volgt. Zij legt de nadruk op de praktische problemen, waarmee lidstaten bij de toepassing van de Invorderingsrichtlijn worden geconfronteerd. Het met die richtlijn gegeven instrumentarium blijkt niet de slagkracht te hebben die het wordt toegedicht. Zij wijst in dit verband op een verslag van de Europese Commissie van 4 april 2009, waarin is vermeld dat van de bedragen waarvoor over de jaren 2005 tot en met 2008 invorderingsbijstand is gevraagd, slechts 5% daadwerkelijk is ingevorderd. Een en ander brengt dan naar haar oordeel mee dat de Invorderingsrichtlijn niet als de vervanger van een bronbelasting moet worden gezien (een ambitie die in de preambule van de richtlijn overigens ook niet is terug te vinden). De vraag is echter of het HvJ EU de A-G op dit punt gaat volgen. Zie aant. Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2012/4.22.

33 Gesloten op 25 januari 1988 te Straatsburg.

34 Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.4.

3.2. *Belastingverdragen*

Naast de hiervoor genoemde exitheffingen – die een basis hebben in de nationale wetgeving – zijn er ook varianten die enerzijds evident in strijd zijn met de door die staat gesloten belastingverdragen (Frankrijk) of die wel in overeenstemming met een belastingverdrag kunnen worden geacht. Hierbij kan gedacht worden aan de exitheffing die in overeenstemming met het belastingverdrag is toegepast op een zodanige wijze dat de voormalige vertrekstaat (Duitsland) een heffingsrecht heeft indien zich na de emigratie een realisatie voordoet voor de meerwaarden en inkomsten. Voorwaarde is wel dat deze meerwaarden en inkomsten hun oorsprong vinden in de in Duitsland verrichte activiteiten (die een vaste inrichting vormen). Verder kan gewezen worden op een woonplaatsgebonden compartimentering die in een belastingverdrag is vervat.

Frankrijk biedt de mogelijkheid voor de emigrerende vennootschap te opteren voor het aanhouden van een fictieve vaste inrichting waardoor gedaan wordt alsof de activa en passiva tegen de oorspronkelijke boekwaarden te boek gesteld blijven vanuit fiscaal perspectief. Vanwege de moeizame relatie met belastingverdragen wordt deze mogelijkheid buiten aanmerking gelaten.³⁵

Ook het Bundesfinanzhof zoekt een oplossing voor een mogelijke exitheffing deels in de belastingverdragen.³⁶ Een ondernemer (een uitvinder) die vanuit Duitsland naar België emigreerde en in België zijn onderneming voortzette, diende in Duitsland op het moment van de emigratie niet af te rekenen over de stille reserves die destijds aanwezig waren in zijn activa. Een dergelijke belastingheffing kon, aldus het Bundesfinanzhof, plaatsvinden op het moment van de daadwerkelijke realisatie waarbij het ervan uitging dat Duitsland onder het verdrag met België ter zake een heffingsrecht behield voor zover de meerwaardecreatie betrekking had op de binnenlandse Duitse periode (ingevolge art. 7 of art. 13 van de met het OESO-Modelverdrag overeenkomende bepalingen uit het belastingverdrag tussen België en Duitsland; de Duitse activiteiten constitueerden een vaste inrichting).³⁷ Het is evenwel nog maar de vraag of andere jurisdicties de visie van het Bundesfinanzhof zullen volgen en of zij de hele meerwaarde in de belastingheffing zullen betrekken (bijvoorbeeld omdat een staat geen step-up verleent en van mening is dat hij het volledige heffingsrecht heeft over de meerwaarde die na de emigratie wordt gerealiseerd).

³⁵ Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.3.

³⁶ Bundesfinanzhof 28 oktober 2009, IO R 99/08, besproken door Kemmeren, *ibid.*, § IV, sub. 4 en *idem*, 'The Netherlands: Pending Cases Filed by the Netherlands Courts: The National Grid Indus (C-371/10) and Feyenoord (C-498/10 (X.)) Cases', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer & A. Storck (red.), *ECJ Developments in Direct Taxation 2010*, Series on International Taxation, Wenen: Linde Verlag 2011, p. 171; Bellingwout & Koerts, *ibid.*, § 4.4.3; R. Kok, 'Compatibility of Exit Taxes and Community Law', *Intertax* 2011/2, p. 68 en P.J. Wattel in: W.W. Monteiro & M. Koerts, 'Verslag van de NOB-rondetafelbijeenkomst, sectie EU-recht', *WFR* 2011/319.

³⁷ Wat betreft de relatie van de Nederlandse exitheffing in de winstfeer met de door Nederland gesloten belastingverdragen kwam Hof Amsterdam in zijn uitspraak van 15 juli 2010, *V-N* 2010/35.6 tot de conclusie dat Nederland als vertrekstaat een heffingsrecht had over de meerwaarde zoals die in de exitheffing was vervat (op basis van art. 13 van het voormalige belastingverdrag met het VK). Vergelijk tevens de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake nagekomen basten uit vaste inrichtingen (HR 25 februari 1976, *BNB* 1976/110 en HR 27 maart 1991, *BNB* 1991/204).

Dit laatste bezwaar wordt ondervangen door de suggestie van Kemmeren. Hij wil de problematiek van de exitheffingen oplossen door in belastingverdragen de verdeling van de latente claim tussen lidstaten vast te leggen,³⁸ dat wil zeggen de woonplaatsgebonden compartimentering (een aandachtspunt is uiteraard dat Nederland geen belastingverdrag met Cyprus heeft gesloten).³⁹ Het inkomen waarover de vertrekstaat mag heffen, wordt neergelegd in een voor bezwaar vatbare beschikking. De vertrekstaat neemt na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking indien de ontvangstaat dit niet doet. Verder dienen de staten elkaar wederzijdse bijstand te verlenen bij de uitwisseling van informatie en de invordering van belastingen. Deze suggestie van Kemmeren biedt ondernemingen de nodige rechtszekerheid aangezien de heffingsrechten tussen de betrokken lidstaten verdeeld worden waarmee tevens het vestigingsklimaat is gediend. Het is alleen de vraag of er bereidheid bestaat bij verdragsluitende staten de heffingsrechten over een latente claim te verdelen en die verdeling bovendien nog in een belastingverdrag neer te leggen (een verordening zal in dezen evenmin eenvoudig te realiseren zijn). Een ander voordeel is dat de woonplaatsgebonden compartimentering in overeenstemming is met de verwerking van algemene rechtsbeginselen aangezien de vertrekstaat de na de emigratie optredende waardeverminderingen meeneemt indien de ontvangstaat dat nalaat. Verder is het voorstel rechtmatig, dat wil zeggen het is in overeenstemming met het Unierecht indien een zodanige verdeling van de heffingsrechten overeen zou kunnen worden gekomen dat er geen verschil van behandeling en heffing plaatsvindt tussen de emigrerende en thuisblijvende vennootschap.

3.3. EU-oplossingen

Door Wattel is voorgesteld een clearingsysteem in een richtlijn neer te leggen die de overname van de latente claim tussen beide in de EU gelegen en betrokken lidstaten dwingend voorschrijft. De belastingclaim van de emigrerende belastingplichtige gaat zodoende met hem mee en de lidstaat van vertrek kan alsnog belasting innen.⁴⁰ Een dergelijk systeem is uiteraard aantrekkelijk maar het is wederom de vraag of het politiek haalbaar is.

De Common Consolidated Corporate Tax Base die vervat is in een conceptrichtlijn van de Europese Commissie⁴¹ zou tot gevolg kunnen hebben dat tussen de deelnemende lidstaten de exitheffingen worden losgelaten (de CCCTB kan worden ingevoerd als slechts negen lidstaten zulks accorderen; art. 20 lid 2 VWEU).⁴²

38 Als verdere mogelijkheden noemt Kemmeren een multilateraal belastingverdrag en een Verordening (*WFR*, *ibid.*, § 8.2).

39 E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613, § 8 en *idem*, *ibid.* 2012, § VI.3 en, *ibid.*, 2011, § II.4.2.1.

40 P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', *NtFR* 2002/303.

41 Conceptrichtlijn van 16 maart 2011, IP/11/319.

42 Zie voor enige internationale aspecten van de CCCTB: J.W. Bellingwout, 'DrieCTB - Enige internationale aspecten', *WFR* 2011/1425.

4. Conclusie

Internationale of Unierechtelijke oplossingen of alternatieven voor exithellingen (zie § 3.2 en § 3.3) hebben als voordeel dat zij de duidelijkheid, rechtszekerheid en rechtmatigheid dienen. Het is evenwel de vraag of staten hiertoe bereid zijn. Vooral nog is het te verwachten dat de respectieve lidstaten exithellingen zo veel mogelijk in de nationale wetgeving willen vervatten. In deze bijdrage heb ik een aantal wettelijke mogelijkheden geschetst en getoetst op de kwaliteitseisen voor goede wetgeving en een gunstige impact op het vestigingsklimaat. In dat verband ben ik er van uitgegaan dat het in aanmerking nemen van de waardeverminderingen in de vertrekstaat indien zij na de emigratie optreden en niet in de ontvangststaat worden meegenomen ressorteert onder het criterium van de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen.

Het zou, mede met het oog op het Nederlandse vestigingsklimaat, van belang zijn de geschetste mogelijkheden te evalueren en uiteindelijk de beste variant op te nemen in wetgeving. De varianten die zijn besproken voldoen niet op alle onderdelen aan de geformuleerde uitgangspunten. Een exithelling die in de nationale wetgeving wordt vervat, zou naar mijn mening de volgende kenmerken moeten hebben:

- de verstrekstaat moet de na de emigratie optredende waardevermindering in aanmerking nemen indien dat niet in de ontvangststaat geschiedt;
- uitstel van betaling moet automatisch worden toegekend zonder dat zekerheid wordt gesteld indien wordt geëmigreerd naar een lidstaat van de EU, EER of een staat waarmee een verdrag is gesloten dat voorziet in bijstand bij invordering of informatie-uitwisseling of dat partij is bij het WABB;
- het uitstel van betaling moet in de tijd beperkt zijn (een redelijke termijn) en het onbetaalde bedrag moet na ommekomst van die termijn worden kwijtgescholden;
- de exithelling moet in overeenstemming zijn met het Unierecht;
- er dient duidelijkheid te bestaan over het begrip realisatie en de bepaling van het realisatiemoment;
- de exithelling moet inpasbaar zijn in de bestaande Nederlandse wetgeving.