

'EXITHEFFINGEN BIJ ONDERNEMINGEN'

VERSLAG VAN HET EFS-SEMINAR, GEHOUDEN OP 16 JUNI 2010

MR. D.E. VAN SPRUNDEL *

1 Inleiding

Op woensdag 16 juni 2010 werd ter afsluiting van de twintigste leergang van de opleiding Post-Master Directe Belastingen van de Stichting Europese Fiscale Studies¹ een seminar gehouden met als onderwerp 'Exitheffingen bij ondernemingen'. Op dit seminar waren de volgende sprekers aanwezig, te weten:

- Mr. B. Zuijndendorp;²
- Dr. O.C.R. Marres.³

Het seminar werd voorgezeten door prof. dr. A.J.A. Stevens.⁴ Na een woord van welkom en een inleiding, waarin de voorzitter wijst op de actualiteit en de belangstelling die het te bespreken onderwerp zeker de laatste tijd geniet, behandelt dhr. Zuijndendorp allereerst de

positieve integratie.⁵ Dhr. Marres gaat vervolgens in op de negatieve integratie⁶ waarbij de gevolgen van het HvJ EG⁷-arrest Cartesio⁸ voor de fiscale eindafrekening centraal staat. Tot slot wordt het seminar afgesloten met een forumdiscussie.

2 De visie van de Europese Commissie

Ter inleiding plaatst Zuijndendorp de presentatie in een brede context door op te merken dat de Europese Commissie de Europese integratie op het terrein van de directe belastingen in eerste instantie zoveel mogelijk via richtlijnen wilde bespoedigen, maar dat ze dit inmiddels via coördinatie probeert. De mededeling omtrent exitheffingen⁹ is hiervan een voorbeeld en binnenkort valt onder andere een mededeling inzake successierecht te verwachten.

Alvorens op de mededeling omtrent exitheffingen in te gaan, licht Zuijndendorp toe waarom exitheffingen eigenlijk worden geheven. Hiervoor bestaan verschillende redenen zoals het tegengaan van tijdelijk geïndiceerde emigratie en het vaststellen – of al effectueren¹⁰ – van een belastingclaim over stille reserves die opgebouwd zijn in de vertrekstaat. Daarnaast staan lidstaten vaak een kostenaftrek toe om in de toekomst corresponderende inkomsten te kunnen belasten en wensen zij haar territorialiteitsbeginsel uit te oefenen, daar belastingverdragen het heffingsrecht van de vertrekstaat beperken door het heffingsrecht bij verkoop na emigratie aan de nieuwe woonstaat toe te wijzen.¹¹ In binnenlandse situaties vindt bovendien de belastingheffing in de regel plaats op het moment van realisatie van de inkomsten, maar belastingplichtigen kunnen gebruikmaken van hun verdragsvrijheden¹² en verhuizen naar een andere lidstaat

* Auteur is werkzaam als wetenschappelijk medewerker/promovendus bij het Fiscaal Economisch Instituut van de Faculteit der Economische Wetenschappen, Erasmus Universiteit Rotterdam en daarnaast werkzaam als Senior Manager Tax bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

- 1 Zie voor meer informatie haar website www.europesefiscales-tudies.nl.
- 2 Werzaam bij het directoraat-generaal Belastingen en Douane, Europese Commissie (sprak op persoonlijke titel).
- 3 Werzaam als universitair docent bij de Universiteit van Amsterdam, alsmede als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co.
- 4 Werzaam als hoogleraar Fiscaal Recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, alsmede als belastingadviseur bij Loyens & Loeff N.V.
- 5 De positieve integratie wordt verdeeld in de primaire bron (het verdrag betreffende Europese Unie (hierna: VEU) en het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), de secundaire bron (verordeningen, richtlijnen en beschikkingen) en als derde bron de 'soft law', hetgeen aanbevelingen, mededelingen en gedragscodes bevat.
- 6 Onder negatieve integratie worden de veranderingen veroorzaakt door de arresten die het HvJ EU gewezen heeft, verstaan.
- 7 Ondanks dat per 1 december 2009 het Verdrag van Lissabon in werking is getreden, worden arresten gewezen voor die datum nog aangeduid als arresten van het HvJ EG. Arresten gewezen na 1 december 2009 zijn afkomstig van het HvJ EU. Zie HvJ EG, Perscommuniqué, nr. 104/09, Luxemburg 30 november 2009.

8 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio).

9 Mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM(2006) 825 definitief.

10 Zie bijvoorbeeld de Nederlandse regeling; art. 15c en 15d Wet VPB 1969.

11 Art. 13, vijfde lid, OESO-modelverdrag.

12 Met name de vrijheid van vestiging, art. 49 VWEU.

voor het moment van realisatie. Om te voorkomen dat de vertrekstaat de in hun jurisdictie opgebouwde winstreserves niet kan innen, wordt de exitheffing opgelegd op het moment (onmiddellijk voorafgaand aan) de emigratie. Een aantal lidstaten meent dat deze heffing buiten de reikwijdte van het belastingverdrag valt, omdat het belastbare feit plaatsvindt voor de emigratie. Volgens Zuidendorp valt over deze zienswijze te twisten.

Eén van de redenen voor de Europese Commissie om deze mededeling te publiceren zijn de arresten Hughes de Lasteyrie du Saillant¹³ en N.¹⁴ Kort en goed heeft het HvJ EG destijds bepaald dat de vertrekstaat latente vermogenswinsten niet mag belasten, als deze niet worden belast in vergelijkbare binnenlandse situaties. Daarnaast bepaalde het HvJ EG dat de mogelijkheid om belasting uit te stellen in de Franse regelgeving niet automatisch was en aan strikte voorwaarden was gebonden. Nederland heeft ten gevolge van deze arresten haar wetgeving aangepast. De mededeling ziet zowel op natuurlijke personen als op rechtspersonen en dient als algemeen kader om de exitheffingsproblematiek gecoördineerd aan te pakken. Ook wordt aangegeven wat een lidstaat mag doen om haar heffingsrecht veilig te stellen – zonder te discrimineren – en om het in overeenstemming te brengen met de beginselen van het EG/recht en de jurisprudentie van het HvJ EG. Ten slotte heeft de mededeling ten doel bestaande dispariteiten tussen lidstaten die leiden tot dubbele belasting of het achterwege van heffing op te lossen.

Samengevat is de hoofdregel dat het onmiddellijk belasten van een vertrekkende belastingplichtige over nog niet gerealiseerde waardevermeerderingen, een belemmering vormt voor het vrije verkeer, tenzij dit slechts een optie vormt voor de belastingplichtige. In de regel is uitstel mogelijk, maar hieraan worden veelal verplichtingen gesteld. Het bedrag wordt vastgesteld op het moment van emigratie en pas geïnd op het moment van daadwerkelijke realisatie, zoals een vervreemding. Echter, volgens Zuidendorp zijn ook andere momenten van inning denkbaar, bijvoorbeeld bij activa die in waarde verminderen of naar hun aard minder waard worden. Verder mogen belastingplichtigen die zich grensoverschrijdend naar een andere lidstaat verplaatsen niet eerder of zwaarder worden belast dan binnenlandse belastingplichtigen. Vervolgens wordt nogmaals benadrukt dat uitstel automatisch moet zijn en niet afhankelijk mag zijn van beperkende voorwaarden, zoals bankgaranties, fiscaal vertegenwoordigers en dergelijke (Hughes de Lasteyrie du Saillant) en dat de lidstaten rekening moeten houden met een eventuele waardevermindering tussen het moment van emigratie en daadwerkelijke vervreemding (N). Daarnaast is

administratieve samenwerking – zowel tussen de lidstaten als tussen de belastingplichtige en een lidstaat – van belang om te verzekeren dat de vertrekstaat kan innen op het moment van realisatie. Tevens dient niet alleen de vertrekstaat, maar ook de ontvangstaat te kijken naar de tegemoetkoming. Daar deze administratieve samenwerking en de coördinatie tussen lidstaten nog niet vlekkeloos loopt, blijft het zoeken van een oplossing uitdagend! Hiernaast formuleert Zuidendorp nog een aantal andere uitdagingen, zoals de mogelijke noodzaak tot aanpassing van belastingverdragen om het heffingsrecht van de vertrekstaat op het moment van realisatie in de ontvangstaat te verzekeren, de voorkoming van dubbele belasting of het geheel achterwege laten van een heffing (credit/step-upproblematiek) en mogelijke mismatches door verschillende waarderingmethodes.¹⁵ Hierna komen de mogelijke gecoördineerde oplossingen naar voren. Deze oplossingen worden in twee categorieën verdeeld; 1. een overdracht tegen marktwaarde en 2. een overdracht tegen boekwaarde. Bij de eerste categorie stelt de vertrekstaat de belastingclaim uit tot het moment van vervreemding, maar wordt de inning uitgesteld tot het moment van realisatie. Vervolgens neemt de ontvangstaat de door de vertrekstaat vastgestelde marktwaarde over als beginwaarde door het verlenen van een step-up. Tot slot informeert de ontvangstaat de vertrekstaat als er wordt vervreemd, waarbij de ontvangstaat – indien nodig – ook bijstand kan verlenen bij de invordering. In deze situatie dient de inning in de vertrekstaat gelijk te lopen met de afschrijving in de ontvangstaat. Dit is derhalve een pragmatische oplossing en vergelijkbaar met een binnenlandse situatie; vraagpunt is echter van welk land het afschrijvingssysteem moet worden gevolgd. Bij de tweede categorie vindt de overdracht tegen boekwaarde plaats waarbij de ontvangstaat de boekwaarde overneemt van de vertrekstaat en de vertrekstaat heeft ingestemd met de waardeoverdracht tegen boekwaarde. Op het moment van vervreemding belast de ontvangstaat over het verschil tussen de verkoopprijs en boekwaarde. De vertrekstaat en ontvangstaat kunnen vervolgens overeen komen om het heffingsrecht te delen, al dan niet naar tijdsgelang ('pro rata temporis'). Bij deze laatste oplossing moet als kanttekening worden geplaatst dat hiervoor weinig animo lijkt te bestaan, zeker bij lidstaten die een exitheffing hebben.¹⁶

13 HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant).

14 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, (N).

15 Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een lidstaat die bij vertrek heft over de waarde in het economische verkeer, terwijl de ontvangstaat de boekwaarde van de vertrekstaat overneemt (dubbele belasting), en de situatie waarbij de vertrekstaat de vermogensbestanddelen op de boekwaarde laat staan en de ontvangstaat een step-up verleent naar de waarde in het economische verkeer (dubbele vrijstelling).

16 Zuidendorp merkt op dat binnen Europa sommige lidstaten wel en andere geen exitheffing hebben.

Het volgende agendapunt is de raadsresolutie van 2 december 2008.¹⁷ Deze resolutie is opgesteld namens alle lidstaten. De resolutie is geen juridisch bindend instrument, maar moet worden gezien als een politieke intentieverklaring. Zekerheidshalve merkt de spreker op dat de Europese Commissie het uitbrengen van de resolutie heeft verwelkomd als een mooie eerste stap,¹⁸ maar dat het uiteindelijk zal aankomen op de implementatie die aan de lidstaten wordt overgelaten. De resolutie ziet uitsluitend op vennootschapsbelastingplichtigen en natuurlijke personen die een bedrijf voeren en dient dubbele belasting te voorkomen bij de overbrenging van economische activiteiten.¹⁹ Kort en goed kan – wanneer een vertrekstaat zich het recht voorbehoudt reserves te belasten en voorzieningen terug te nemen – een ontvangstaat toestaan dat reserves en voorzieningen van het belastbare resultaat worden gebracht. Daarnaast is in de resolutie aangegeven dat als een vertrekstaat niet gerealiseerde waardeverminderingen belast, de ontvangstaat een step-up dient toe te staan. Het belangrijkste kritiekpunt op de resolutie ziet op feit dat deze zwijgt over het moment van de belastinginning door de vertrekstaat. Deze timing is met name onderwerp van de inbreukprocedures. Wel merkt Zuijendorp op dat uit het feit dat de resolutie het belang van informatie-uitwisseling erkent, impliciet zou kunnen worden afgeleid dat uitstel nodig is. De ontvangstaat zal dan ook van de belastingplichtige bewijs verlangen dat de vertrekstaat haar heffingsrecht heeft uitgeoefend of dit gaat doen. Ter afsluiting werd een overzicht van inbreukprocedures gegeven. Er zijn momenteel ongeveer twintig inbreukprocedures over exitheffingen aangevangen²⁰ die in eerste instantie met name zagen op heffingen in de inkomstenbelastingfeer (aanmerkelijk belang pakketten), en grotendeels zijn gesloten na aanpassing van de wetgeving.²¹ Met betrekking tot een aantal procedures is

een met redenen omkleed advies ('*reasoned opinion*') gestuurd, hetgeen betekent dat het proces van gedachteswisseling is gesloten en het standpunt van de Europese Commissie is bepaald.²² Zweden (rechtspersonen) heeft haar wetgeving inmiddels aangepast, evenals Duitsland (natuurlijke personen). Spanje (natuurlijke personen en rechtspersonen) en Portugal (rechtspersonen) hebben hun wetgeving niet of niet aangepast zoals de Europese Commissie had gewild en deze drie procedures zijn inmiddels verwezen naar het HvJ EU.²³ In de procedures tegen België,²⁴ Denemarken²⁵ en Nederland²⁶ (allen rechtspersonen) is nog geen beslissing genomen over eventuele verwijzing.²⁷ Een mogelijke reden dat lidstaten afwachten is het ontbreken van jurisprudentie.²⁸

3 Cartesio en fiscale eindafrekening

Vervolgens gaat Marres als tweede spreker in op de jurisprudentie van het HvJ EU. Allereerst geeft hij ter inleiding aan dat art. 49 en 54 VWEU de vrijheid van vestiging regelen en de gelijkstelling van vennootschappen met natuurlijke personen/onderdanen en vervolgens bespreekt hij het arrest-Daily Mail.²⁹

Het feitencomplex van Daily Mail was als volgt. Een naar Engels recht opgerichte vennootschap, Daily Mail and General Trust PLC, wilde haar bestuurszetel verplaatsen naar Nederland. Op korte termijn wilde PLC activa verkopen en in Nederland kon dit belastingvrij door de deelnemingsvrijstelling of doordat een step-up zou wor-

17 Raad van Ministers van 2 december 2008, nr. 104449.

18 Zie in dit kader echter H.P.A.M. van Arendonk, 'Exit Taxes: Separation of Powers', *EC Tax Review*, 2010/2.

19 Onder economische activiteiten wordt de overbrenging van een fiscale woonplaats en de overbrenging van combinatie van activa en passiva van een hoofdkantoor/vaste inrichting in een vertrekstaat naar vaste inrichting/hoofdkantoor in de ontvangstaat verstaan.

20 Volgens Zuijendorp lopen er momenteel in totaal – onafhankelijk van het onderwerp – ongeveer 200 inbreukprocedures op het terrein van de directe belastingen. De Europese Commissie start deze na klachten te hebben onderzocht, eigen onderzoek te hebben gedaan en bijvoorbeeld naar aanleiding van wetenschappelijke publicaties of uitspraken van nationale rechters.

21 Duitsland (natuurlijke personen), Oostenrijk (natuurlijke personen), Estland (rechtspersonen), Nederland (natuurlijke personen), Zweden (rechtspersonen) en Finland (natuurlijke personen en rechtspersonen).

22 De lidstaat heeft in de regel een tweemaandsperiode om de Europese Commissie te informeren over aanpassing van de desbetreffende wetgeving. Vervolgens beslist de Europese Commissie zo nodig of deze zaak naar het HvJ EU moet worden gebracht. Het directoraat-generaal Belastingen en Douane draagt de zaak dan over aan de juridische dienst die de zaak namens de Europese Commissie aanhangig maakt bij het HvJ EU. Vervolgens is het aan het HvJ EU om te bepalen of aan de zaak een hoorzitting voorafgaat en of er al dan niet een conclusie door de advocaat-generaal genomen zal gaan worden.

23 HvJ EU, zaak C-269/09 (Commissie vs. Spanje) en HvJ EU, zaak C-38/10 (Commissie vs. Portugal).

24 Referentienr. 2008/4250.

25 Referentienr. 2008/2157.

26 Referentienr. 2008/2207.

27 Persbericht Europese Commissie van 18 maart 2010, 'Europese Commissie vraagt België, Denemarken en Nederland om restrictieve exitheffing voor ondernemingen te wijzigen', IP/10/299, Brussel, V-N 2010/17.11.

28 Zweden heeft haar wetgeving aangepast, maar wellicht (ook) door een nationale uitspraak.

29 HvJ EG 29 september 1988, zaak 81/87 (Daily Mail).

den verkregen. Op grond van de toenmalige Engelse regelgeving³⁰ kon de fiscale vestiging slechts worden opgegeven met toestemming van het Ministerie van Financiën. Deze toestemming zou pas worden verleend nadat over de stille reserves zou zijn afgerekend. Daily Mail wilde dit niet. Het HvJ EG oordeelde dat vennootschappen hun bestaan aan de nationale wet ontleen en dat het EG-recht geen oplossing biedt voor internationaal privaatrechtelijke problemen met betrekking tot vennootschappen. Vennootschappen kunnen derhalve hun centrale bestuurszetel niet verplaatsen met behoud van rechtspersoonlijkheid. Volledigheidshalve merkt Marres op dat zowel het Verenigd Koninkrijk als Nederland de incorporatieleer³¹ aanhangen, maar dat de Nederlandse wetgeving geen toestemmingsvereiste heeft. In Nederland is de exithetfing een gevolg en geen voorwaarde. Het volgende arrest dat Marres bespreekt, is het arrest-Überseering³². Het betrof hier een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, Überseering BV, die haar leiding verplaatste naar Duitsland. Überseering BV had in Duitsland een derde opdracht gegeven tot het uitvoeren van werken, maar daar deze uitvoering gebrekkig was, startte ze een civielrechtelijke procedure om een schadevergoeding te krijgen. De centrale rechtsvraag was of Überseering BV rechtsbevoegdheid, en dientengevolge ook procesbevoegdheid, had in Duitsland. In tegenstelling tot Daily Mail betrof het een procedure in de ontvangststaat. Het HvJ EG besliste dat de ontvangststaat de rechtsbevoegdheid (en procesbevoegdheid) moet erkennen van een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een andere lidstaat is opgericht en er haar statutaire zetel heeft. Hierna behandelt Marres het arrest-Cartesio.³³

In Cartesio werd de zetel van een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap verplaatst naar Italië. Cartesio wenste – terwijl Hongarije de leer van de werkelijke zetel³⁴ aanhangt – haar Hongaarse rechtspersoonlijkheid te behouden, maar het Hongaarse handelsregister weigerde de zetelwijziging in te schrijven. De procedure werd

gevoerd in de vertrekstaat. Het HvJ EG besliste dat Hongarije de inschrijving in het handelsregister mocht weigeren; een vennootschap vertrekkende uit een werkelijke zetelleerland kan derhalve haar 'kleed' en dus haar rechtspersoonlijkheid slechts behouden indien zij in de ontvangststaat een nieuw 'kleed' krijgt aangemeten.³⁵ Volgens Marres is de kernvraag derhalve of emigratie met behoud van rechtspersoonlijkheid mogelijk is. Zo ja, dan bestaat toegang tot de vestigingsvrijheid (Überseering), zo nee, dan bestaat er geen toegang (Daily Mail), tenzij de ontvangststaat een inreisregeling kent (Cartesio). Alvorens te spreken over de potentiële belemmeringen (eindafrekening en vestigingsplaatsficties) en over de vraag of de rechtspraak dient te repareren of te vernietigen, gaat Marres nader in op het vestigingsbegrip bij de daadwerkelijke duurzame uitoefening van een economische activiteit in een lidstaat (wel materiële toets bij filiaal),³⁶ een dochter opgericht naar het recht van een andere lidstaat (geen materiële toets³⁷), de grensoverschrijdende fusie³⁸ en de zetelverplaatsing zoals bij Cartesio. Hij concludeert dat de fiscale vestiging in de praktijk vrijwel altijd een vestiging is als bedoeld in het VWEU.

De potentiële belemmeringen bij vennootschappen zien volgens Marres op de eindafrekening van art. 15c Wet VPB 1969³⁹ en de vestigingsplaatsficties van art. 2, vierde lid, Wet VPB 1969 en art. 1, derde lid, Wet DB 1965. Hij stelt zich een aantal vragen 1. of bij een zetelverplaatsing het vertrekland moet terugtreden en afzien van het toepassen van haar rechtspersonenrecht en 2. of bij een fiscaalrechtelijke verplaatsing het vertrekland moet terugtreden en dus niet mag heffen. Beide vragen beantwoordt hij

30 Section 482(1)(a) Income and Corporation Taxes Act 1970.

31 Kort en goed bepaald bij de incorporatieleer de jurisdictie van de staat volgens welke een vennootschap is opgericht, de oprichting, inrichting en beëindiging van de vennootschap. Daar de statuten van de vennootschap bij de staat die de incorporatieleer aanhangt leidend zijn, wordt de incorporatieleer ook wel de leer van de statutaire zetel genoemd. De incorporatieleer staat tegenover de werkelijke zetelleer (zie voetnoot 35).

32 HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00 (Überseering).

33 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio).

34 Bij de werkelijke zetelleer is het recht van de staat waar de vennootschap is gevestigd – haar feitelijke leiding, dan wel hoofdbestuur heeft – beslissend. De werkelijke zetelleer (staat tegenover de incorporatieleer (zie voetnoot 32).

35 In de literatuur bestaat verdeeldheid over de strekking van dit arrest. Zie bijvoorbeeld J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', WFR 2009/217, blz. 217-227, H.P.A.M. van Arendonk, 'Cartesio en het recht van vestiging in Europa', Fiscaal 2009/5, blz. 10-14, O.C.R. Marres, 'Cartesio en fiscale eindafrekening', NTFR beschouwingen 2009/34. Zie specifiek over rechtswijziging (omzetting) bijvoorbeeld J.L. van de Streek, 'Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief', TFO 2009, blz. 37-61, H.P.A.M. van Arendonk, 'Cartesio en exithetfingen: zijn we dicht bij een oplossing?', MBB 2009, blz. 311-321, en J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht', zoals deze binnenkort in TvOB 2010-3 wordt gepubliceerd.

36 Zie HvJ EG 5 maart 1996, zaak C-48/93 (Factortame), en HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, (Gebhard).

37 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), en HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04 (N).

38 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (Sevic).

39 Marres ziet geen ruimte voor toepassing van art. 15d Wet VPB 1969 naast art. 15c Wet VPB 1969 bij de emigratie van een vennootschap.

ontkennend; de eerste omdat Cartesio daar niet over gaat⁴⁰ en de tweede omdat er geen sprake is van een zwaardere heffing, discriminatie en een verplichting om dubbele belasting weg te nemen. Uit Van Hilten-Van der Heijden⁴¹ blijkt namelijk dat emigratie niet wordt belemmerd voor zover nalatenschappen van geëmigreerde onderdanen niet zwaarder worden belast dan nalatenschappen van binnenlandse onderdanen en dat lidstaten bevoegd zijn om criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheden vast te stellen (waaronder eventueel het criterium nationaliteit). Met betrekking tot de exitheffing is de N-zaak van belang. In dit arrest werd een emigrant minder gunstig behandeld, hetgeen werd gerechtvaardigd door de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid, zij het dat de maatregel niet proportioneel was. Inmiddels is deze behandeling proportioneel doordat er uitstel van belasting zonder zekerheidsstelling wordt verleend en er rekening wordt gehouden met latere waardeverminderingen. Tot slot besluit hij zijn betoog door te benadrukken dat de interessantste kwestie bij de exitheffingen is wat als proportioneel kan worden gezien; moet een vertrekstaat de bestanddelen met stille reserves (en goodwill) volgen, welke afschrijvingsperiode dient te worden genomen of heeft het systeem van woonplaatsgebonden compartimentering van Kemmeren⁴² de voorkeur? Het is volgens Marres vervolgens aan de Hoge Raad om te repareren⁴³ of te vernietigen, maar dit hangt af of het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk aangeven hoe de rechter in het gebrek moet voorzien, hetgeen in zijn opvatting hier niet het geval is.⁴⁴

4 Forumdiscussie

Na de bijdrage van de sprekers vond er onder leiding van Stevens nog een levendige forumdiscussie plaats die langer duurde dan beoogd, hetgeen temeer bevestigt hoezeer deze problematiek leeft. Ik zal me in dit verslag helaas moeten beperken tot een aantal vragen. Een vraag van mevrouw Hemels⁴⁵ zag op de beperkte mogelijkheden die de rechter heeft. Geconcludeerd werd dat bij een afwijzing van het Nederlandse systeem het niet de taak van de rechter is om het meest proportionele systeem aan te wijzen waardoor het ook een politieke keuze zal blijken te zijn. Tevens wordt er uitgebreid gediscussieerd wat de weerslag op de grensoverschrijdende fusie kan zijn. Dhr. Smit⁴⁶ opperde vervolgens waarom de waardevermindering niet expliciet naar voren kwam bij de infractieprocedure, terwijl dit bij het arrest-N wel het geval was. Volgens Zuidendorp dient de voorkoming van dubbele belasting dit te regelen en zou er eigenlijk unilateraal een step-up dienen te worden afgesproken. Coördinatie blijft de beste oplossing. Dhr. Smit⁴⁷ vroeg zich op zijn beurt af of de Europese Commissie een onderscheid maakt in haar procedures tussen de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Volgens Zuidendorp is dit niet het geval; landen met beide stelsels worden aangepakt. Wel is het zo dat verplaatsing bij een werkelijke zetelleerland andere juridische gevolgen heeft dan bij een land met incorporatiestelsel en dat dit van invloed kan zijn op de rechtvaardiging van de exitheffing. Dit neemt overigens niet weg dat vaak sprake is van exitheffingen in situaties waarin het juridische voortbestaan van de rechtspersoon niet aan de orde is (bijvoorbeeld bij overdracht van activa aan een buitenlandse vaste inrichting) en waarbij het onderscheid tussen werkelijke zetelleer en incorporatieleer geen rol speelt. Marres geeft eveneens aan dat de wetgever – mede gezien Daily Mail – strikt genomen zou kunnen opnemen dat een vennootschap voor vertrek haar vestiging pas kan opgeven nadat toestemming van het ministerie is verkregen.

Alvorens de voorzitter het congres afsloot, werd uitgesproken dat proportionaliteit een heel belangrijke rol gaat spelen bij de kwestie van exitheffingen bij ondernemingen. Tot slot peilde Stevens of er deelnemers waren die van mening zijn dat de exitheffing niet strijdig is met Europees recht, maar dat waren er maar heel weinig. Uit de hoge opkomst en de vele vragen blijkt in ieder geval wel dat dit onderwerp de gemoederen zeer bezighoudt.

40 R.o. 112-113 moeten worden begrepen in de context van het arrest, namelijk dat de vertrekstaat een werkelijke zetelland is en in deze rechtsoverwegingen staat niet dat een incorporatieleerland moet terugtreden in dergelijke gevallen.

41 HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-513/05 (Van Hilten-Van der Heijden).

42 E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', WFR 2005/1613, en E.C.C.M. Kemmeren, 'Internationale zetelverplaatsing: Exemplarisch voor de wisselwerking tussen ondernemingsrecht en belastingrecht', in: A. Verdam e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum, Opstellen over privaat- en fiscaalrechtelijk ondernemingsrecht aangeboden aan Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009.

43 HR 14 november 2008, (Ilhan), BNB 2009/3.

44 HR 20 februari 2009, (N), BNB 2009/262.

45 Werkzaam als hoogleraar Belastingrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam en als professional support lawyer bij Allen & Overy LLP.

46 Werkzaam bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

47 Werkzaam bij het Fiscaal Instituut Tilburg, Universiteit van Tilburg alsmede Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.