

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 8 september 2011 (1)

Zaak C-371/10

National Grid Indus BV

tegen

Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam

[verzoek van het Gerechtshof Amsterdam (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging – Vennootschappen – Exitheffing bij verplaatsing van zetel naar andere lidstaat – Tot uitdrukking komen en belasting van stille reserves – Latente valutawinsten”

I – Inleiding

1. Is het met de vrijheid van vestiging verenigbaar dat bij de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel van een vennootschap van één lidstaat naar een andere ? anders dan het geval is bij een binnenlandse zetelverplaatsing ? onmiddellijk belasting wordt geheven over de stille reserves? Maakt het daarbij uit dat de stille reserves uit valutawinsten bestaan die na de zetelverplaatsing niet meer tot uitdrukking komen, omdat de staat van ontvangst tegelijk ook de staat is in wiens valuta de tot het bedrijfsvermogen behorende vordering is uitgedrukt?

2. Deze voor de interne markt buitengewoon relevante vragen naar de Unierechtelijke toelaatbaarheid van exitheffingen op ondernemingen(2) rijzen in het kader van een geding voor het Gerechtshof Amsterdam tussen National Grid Indus BV (hierna: „National Grid Indus”), een vennootschap naar Nederlands recht, die haar feitelijke bestuurszetel naar het Verenigd Koninkrijk heeft verplaatst, maar niettemin nog steeds als een vennootschap naar Nederlands recht wordt beschouwd, en de Nederlandse Belastingdienst. Economisch gezien spitst de rechtsstrijd zich toe op een tot het bedrijfsvermogen behorende, in Britse ponden genoteerde vordering uit een lening op een groepsmaatschappij. Anders dan voorheen het geval was in Nederland, komen de vroegere valutawinsten ten opzichte van de Nederlandse gulden, althans de euro, in het Verenigd Koninkrijk niet meer tot uitdrukking. Naar Nederlands recht is over deze valutawinsten naar aanleiding van het vertrek Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd.

3. De onderhavige zaak biedt het Hof de gelegenheid om met name in het licht van zijn arresten Daily Mail(3) en Cartesio(4) te preciseren in hoeverre de grensoverschrijdende zetelverplaatsing in het algemeen onder de vrijheid van vestiging valt. Bovendien moet de vraag worden beantwoord of de rechtspraak over de exithelling op natuurlijke personen, namelijk de arresten de Lasteyrie du Saillant(5) en N(6), analoog kan worden toegepast op het vertrek van vennootschappen.

II – Rechtskader

4. Het Unierechtelijke kader van deze zaak wordt gevormd door de voorschriften over de vrijheid van vestiging. Omdat het in het hoofdgeding om de beoordeling van de rechtmatigheid van een belastingaanslag uit het jaar 2004 over het boekjaar 2000/2001 gaat, moet bij de beantwoording van de prejudiciële vraag nog worden uitgegaan van de verdragsbepalingen in de versie van het Verdrag van Amsterdam(7). Meer bepaald moet worden afgegaan op artikel 43 EG, en niet op artikel 49 VWEU. Daarnaast zijn de voorschriften van de Nederlandse Wet op de vennootschapsbelasting en de Wet op de inkomstenbelasting alsook een verdrag ter vermijding van dubbele belasting relevant.

A – *Nationaal recht*

5. Artikel 2, lid 4, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: „Wet VPB”) voert een fictie in met betrekking tot de zetel van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap: zij wordt voor de doelstellingen van deze wet als in Nederland gevestigd beschouwd. Een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar het buitenland verplaatst, blijft dus onverkort in Nederland belastingplichtig.

6. Krachtens artikel 8 van de Wet VPB is artikel 16 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: „Wet IB”) van overeenkomstige toepassing voor de heffing van vennootschapsbelasting. Krachtens dit artikel 16 worden voordelen uit onderneming die niet reeds uit andere hoofde zijn belast, gerekend tot de winst van het kalenderjaar waar degene voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven, ophoudt uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten (de zogenoemde eindafrekeningsheffing). Dit tijdstip fungeert als fictief tijdstip waarop de stille reserves en de goodwill van de onderneming worden gerealiseerd.

B – *Overeenkomst ter vermijding van dubbele belasting tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk*

7. De tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland gesloten Overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar vermogenswinsten (hierna: „ODB”)(8) heeft krachtens de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse grondwet voorrang boven de voorschriften van nationaal recht.

8. Overeenkomstig artikel 4, lid 3, van de ODB wordt een vennootschap die, zoals National Grid Indus, een dubbele zetel heeft ? zetel bij oprichting in Nederland en feitelijke bestuurszetel in het Verenigd Koninkrijk ? geacht enkel te zijn gevestigd in de verdragssluitende staat waar de feitelijke bestuurszetel zich bevindt. Deze staat komt krachtens artikel 7, lid 1, van de ODB als enige de bevoegdheid toe om belasting over de ondernemingswinst te heffen, tenzij deze aan een vaste inrichting in de andere verdragssluitende staat is toe te rekenen. Ingevolge artikel 13, lid 4, van de ODB strekt deze bevoegdheid tot belastingheffing zich ook uit tot (latente) meerwaarden.

9. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden volgt uit de toepassing van

de ODB, dat een vennootschap die zoals National Grid Indus haar feitelijke bestuurszetel naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst, ophoudt in Nederland belastbare winst uit haar onderneming te genieten, zodat de op het tijdstip van vertrek aanwezige stille reserves en de goodwill overeenkomstig artikel 8 van de Wet VPB juncto artikel 16 van de Wet IB aan de eindafrekeningsheffing onderworpen zijn.

III – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

10. National Grid Indus werd op 10 juni 1996 als besloten vennootschap naar Nederlands recht met statutaire zetel te Rotterdam opgericht. Zij behoort tot de National Grid Transco Group, een concern waarvan de uiteindelijke moedermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk gevestigd is en dat onder meer elektriciteits- en gasnetwerken in het Verenigd Koninkrijk en in de Verenigde Staten van Amerika bezit. Op de dag van de oprichting bracht de Britse moedermaatschappij tegen overdracht van aandelen een concerninterne vordering uit een lening ten bedrage van 33 113 000 GBP in het maatschappelijk kapitaal in. National Grid Indus moest dit bedrag op haar beurt in een Pakistaanse joint venture voor een elektriciteitsproject in Pakistan inbrengen. Daartoe is het echter niet gekomen. National Grid Indus heeft vanaf dan haar activiteiten beperkt tot de financiering van in Engeland gevestigde groepsmaatschappijen.

11. Op 15 december 2000 heeft National Grid Indus haar feitelijke bestuurszetel en het geheel van haar bedrijfsactiviteiten naar Londen verplaatst. Haar bedrijfsruimten in Rotterdam werden opgegeven, de Nederlandse directie werd door drie Engelse directeuren vervangen, de bankrekeningen werden gesloten en er werd een nieuwe rekening bij een Engelse bank geopend. Volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter is National Grid Indus zowel naar Nederlands als naar Engels vennootschapsrecht als vennootschap naar Nederlands recht blijven voortbestaan.⁽⁹⁾ De Engelse belastingautoriteiten beschouwen de vennootschap als sinds 15 december 2000 in Verenigd Koninkrijk gevestigd. Vanuit het oogpunt van het Nederlandse belastingrecht betreft het evenwel een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk, die aan een Nederlandse vennootschap toebehoort.

12. Voor de zetelverplaatsing waren er volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter rationele gronden. In de eerste plaats zou het tarief waartegen in de toekomst Britse vennootschapsbelasting over de door National Grid Indus ontvangen rente uit leningen zou worden geheven, niet langer boven het tarief liggen waartegen de tot het concern behorende schuldplichtige vennootschappen deze rente konden aftrekken. In de tweede plaats kwam met de zetelverplaatsing een einde aan het valutarisico ten opzichte van de Nederlandse gulden, althans de euro, daar de winsten in de toekomst enkel nog in Britse ponden zouden worden berekend. Bovendien was er, nadat het project in Pakistan niet was doorgegaan, kennelijk geen reden meer om een vestiging in Nederland aan te houden, om zo voordeel te halen uit een Nederlands-Pakistaans belastingverdrag.

13. In het tijdvak dat National Grid Indus in Nederland gevestigd was, behaalde zij met betrekking tot de vordering uit de lening van 33 113 000 GBP, op grond van koersstijgingen van het Britse pond ten opzichte van de Nederlandse gulden, latente koerswinsten ten bedrage van 22 128 160 NLG (10 041 321 EUR). Tot aan haar vertrek mocht zij deze vordering uit de lening tegen de historische koers waarderen in haar balans, zodat de valutawinsten tot dan toe onbelast waren.

14. In het licht van het feit dat de winst uit onderneming ? latente meerwaarden daaronder begrepen ? overeenkomstig de ODB in de toekomst enkel nog in het Verenigd Koninkrijk aan belasting onderworpen zouden zijn, zag de Nederlandse Belastingdienst in het vertrek van National Grid Indus aanleiding om de latente valutawinst overeenkomstig artikel 16 van de Wet IB juncto artikel 8 van de Wet VPB aan de eindafrekeningsheffing te onderwerpen. Het bedrag van de aanslag zoals vastgesteld is sinds 27 april 2004 verschuldigd, waarbij vanaf 1 april 2001, de

dag die volgt op het laatste boekjaar van de vennootschap in Nederland, heffingsrente wordt berekend.

15. Omdat het Gerechtshof Amsterdam, dat in tweede instantie over het beroep van National Grid Indus tegen deze belastingaanslag moet beslissen, twijfelt over de verenigbaarheid van de exitheffing met de vrijheid van vestiging, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Kan, indien een lidstaat aan een naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap die vanuit die lidstaat haar feitelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, ter zake van deze zetelverplaatsing een fiscale eindafrekeningsheffing oplegt, deze vennootschap zich, naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht, tegenover die lidstaat beroepen op artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU)?

2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is een eindafrekeningsheffing als de onderhavige, die de meerwaarden in de vanuit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van aankomst verplaatste vermogensbestanddelen van de vennootschap, zoals deze ten tijde van haar zetelverplaatsing aanwezig worden bevonden, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid latere waardeverliezen in aanmerking te nemen, in de heffing betreft, in strijd met artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU), in die zin dat een dergelijke eindafrekeningsheffing niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak tot verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten?

3) Is het antwoord op de vorige vraag mede afhankelijk van de omstandigheid dat de onderhavige eindafrekeningsheffing betrekking heeft op een onder de Nederlandse belastingjurisdictie aangegroeide (valuta)winst, terwijl deze winst in het land van aankomst onder het daar geldende belastingregime niet tot uitdrukking kan komen?”

16. Aan de procedure voor het Hof hebben National Grid Indus, de Nederlandse, de Deense, de Duitse, de Spaanse, de Franse, de Italiaanse, de Portugese, de Finse en de Zweedse regering alsook de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie deelgenomen.

IV – Beoordeling

A – Eerste prejudiciële vraag

17. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een vennootschap zich tegenover de lidstaat naar het recht waarvan zij is opgericht, op de in artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) gewaarborgde vrijheid van vestiging kan beroepen, wanneer deze lidstaat naar aanleiding van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat een eindafrekeningsheffing oplegt, in die zin dat over tot dan aangegroeide, maar nog niet gerealiseerde meerwaarden in de verplaatste vermogensbestanddelen, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid latere verliezen in aanmerking te nemen, vennootschapsbelasting verschuldigd is.

18. Volgens vaste rechtspraak zijn de verdragsbepalingen over de vrijheid van vestiging ook van toepassing op maatregelen van de staat van vertrek die de vestiging van zijn eigen onderdanen of de naar zijn recht opgerichte vennootschappen in een andere lidstaat raken.(10)

19. Met een beroep op de arresten Daily Mail(11) en Cartesio(12) voeren de aan de procedure deelnemende regeringen evenwel aan dat een vennootschap die, zoals National Grid Indus, haar feitelijke bestuurszetel met statusbehoud, dat wil zeggen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de oprichtingsstaat, naar een andere lidstaat wil verplaatsen, zich tegenover de oprichtingsstaat niet op de vrijheid van vestiging kan beroepen. Dit geldt ook in het geval van belastingmaatregelen die met de zetelverplaatsing samenhangen, zoals de

eindafrekeningsheffing.

20. Het Hof heeft inderdaad in het arrest Daily Mail uit 1988 beslist dat de vrijheid van vestiging van een vennootschap die naar het recht van een lidstaat is opgericht en daar haar statutaire zetel heeft, haar niet het recht verleent om de bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen.(13)

21. In de overwegingen van het arrest heeft het Hof dienaangaande gepreciseerd dat de vrijheid van vestiging de naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschappen niet het recht geeft, hun hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen *met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat*.(14) Buiten het nationale recht waarnaar zij zijn opgericht, bestaan vennootschappen immers niet.(15) De rechtsorden van de lidstaten vertonen immers aanzienlijke verschillen ten aanzien van de voor hun vennootschappen vereiste aanknopingspunten alsook de mogelijkheid en eventueel ook de wijze waarop de statutaire of werkelijke zetel van een vennootschap naar nationaal recht naar een andere lidstaat te verplaatsen.(16) Het EEG-Verdrag beschouwde deze verschillen als problemen die niet door de bepalingen ter zake van de vrijheid van vestiging werden opgelost. Veeleer moest de oplossing worden gezocht in toekomstige regelgeving of het sluiten van een verdrag; zij is echter nog niet gevonden.(17)

22. In het arrest Cartesio uit 2008 heeft het Hof bevestigd dat de vraag of een vennootschap daadwerkelijk als een vennootschap naar het recht van de lidstaat van oprichting kan worden aangemerkt en dus of zij in het genot van de vrijheid van vestiging kan komen, uitsluitend naar nationaal recht kan worden beantwoord.(18)

23. Zo is een lidstaat bevoegd om een onder zijn nationale recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden wanneer zij zich in een andere lidstaat wenst te herorganiseren door de verplaatsing van haar zetel(19) naar een andere lidstaat, en aldus de aanknopingspunt die in het nationale recht van de lidstaat van oprichting is voorzien, verbreekt.(20) In die zin antwoordde het op de relevante prejudiciële vraag dat de vrijheid van vestiging zich niet verzette tegen een regeling van een lidstaat die een krachtens het nationale recht van deze lidstaat opgerichte vennootschap belet om haar zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid van vennootschap die valt onder het nationale recht van de lidstaat volgens wiens wettelijke regeling zij is opgericht.

24. In de onderhavige zaak is echter de vraag of National Grid Indus ondanks haar vertrek uit Nederland nog steeds als een vennootschap naar Nederlands recht dient te worden beschouwd, reeds in bevestigde zin beantwoord. Zoals namelijk uit de verwijzingsbeslissing volgt en ook National Grid Indus en de Commissie benadrukken, staat het Nederlandse recht ? anders dan het Hongaarse vennootschapsrecht dat aan de zaak Cartesio ten grondslag lag ? toe dat vennootschappen met behoud van hun hoedanigheid emigreren.

25. Bijgevolg hebben we te maken met een „levende” vennootschap die voldoet aan alle vereisten van het recht van de staat van oprichting, om door dit recht als een vennootschap naar het nationale recht te worden beschouwd. Waarom zou zij zich dus niet tegenover de staat naar het recht waarvan zij is opgericht op de vrijheid van vestiging kunnen beroepen?

26. De aan de procedure deelnemende regeringen verwijzen in dit verband naar het arrest Daily Mail waarin is geoordeeld dat niet alleen de mogelijkheid om de zetel met behoud van een bepaalde hoedanigheid te verplaatsen, maar ook de wijze waarop deze zetelverplaatsing plaatsvindt niet onder de vrijheid van vestiging vallen. Onderdeel van deze modaliteiten zijn de toepasselijke belastingregels van de staat van vertrek, daar de aan dit arrest ten grondslag liggende casus nu juist de belastingrechtelijke aspecten van de zetelverplaatsing betrof.

27. In de zaak Daily Mail ging het inderdaad om een voorschrift van de Britse wet inzake de inkomsten- en vennootschapsbelasting, krachtens welk een vennootschap die haar zetel voor belastingdoeleinden ? gedefinieerd als de bestuurszetel ? met behoud van haar rechtspersoonlijkheid en haar hoedanigheid van vennootschap naar Engels recht naar het buitenland wilde verplaatsen, toestemming van het ministerie van Financiën behoeft.(21) Schending hiervan werd met een vrijheids- of geldstraf bedreigd.(22) De verplaatsing van de bestuurszetel en dus de zetel voor belastingdoeleinden naar het buitenland zou voor de vennootschap Daily Mail het voordeel hebben gehad ? en was ook het verkondigde doel ? dat de meerwaarde die werd gerealiseerd op de door haar gehouden waardepapieren, die zij korte tijd nadien wilde verkopen, niet meer in het Verenigd Koninkrijk aan belasting onderworpen was. Het Britse ministerie van Financiën stelde Daily Mail voor om een belangrijk deel van de waardepapieren vóór de zetelverplaatsing te verkopen, wat tot gevolg had dat de daaraan verbonden meerwaarden in het Verenigd Koninkrijk aan belasting hadden moeten worden onderworpen. Daily Mail vroeg daarop een verklaring voor recht dat zij krachtens de vrijheid van vestiging geen toestemming voor de zetelverplaatsing behoeft.(23)

28. De door de High Court in de zaak Daily Mail gestelde prejudiciële vragen waren uitdrukkelijk op de belastingaspecten van de zetelverplaatsing gericht. Het was het Hof zelf dat de problematiek van de zetelverplaatsing naar het algemene plan verhief door de eerste prejudiciële vraag zo te uit te leggen dat het er in de eerste plaats om ging of de vrijheid van vestiging een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die daar haar statutaire zetel heeft, het recht verleent haar bestuurszetel naar een andere lidstaat te verplaatsen. Daar het deze vraag ontkennend beantwoordde, achtte het Hof het niet langer noodzakelijk om op de belastingaspecten van de zetelverplaatsing in te gaan.

29. Advocaat-generaal Darmon had in zijn conclusie in deze zaak(24) de belastingaspecten op het voorplan geplaatst en erop gewezen dat het een paradox zou zijn indien een lidstaat die – hoewel daartoe bevoegd – geen ontbinding verlangt, door het gemeenschapsrecht in een nadelige fiscale situatie wordt geplaatst, terwijl haar vennootschapswetgeving juist het meest overeenstemt met de communautaire doelstellingen inzake het recht van vestiging.

30. De zaak Daily Mail biedt dus zeker aanknopingspunten voor de lezing die de aan de onderhavige procedure deelnemende regeringen aan het dienaangaande gevelde oordeel geven. Mijns inziens moet het arrest Daily Mail echter in het licht van de latere rechtspraak van het Hof worden uitgelegd en kan het niet met voorbijgaan van de daaraan ten grondslag liggende feiten en de brede formulering van het antwoord op de prejudiciële vragen van de High Court, aldus worden opgevat dat de vrijheid van vestiging geen grenzen stelt aan de wijze waarop een vennootschap die wil emigreren, door de lidstaat naar het recht waarvan zij is opgericht wordt behandeld.

31. Ik wijs om te beginnen op de arresten Centros(25), Überseering(26) en Inspire Art(27), waaruit volgt dat een in een lidstaat effectief opgerichte vennootschap die haar activiteiten naar een andere lidstaat wil verplaatsen, zich ten opzichte van de staat van ontvangst op de vrijheid van vestiging kan beroepen. De emigratie als zodanig is dus geen gebeurtenis die a priori buiten de vrijheid van vestiging valt.

32. Wat vervolgens de staat van vertrek betreft, is het Hof in het arrest Cartesio weliswaar niet ingegaan op de vraag welke concrete eisen of gevolgen een lidstaat eventueel mag verbinden aan een zetelverplaatsing met behoud van de hoedanigheid van vennootschap naar nationaal recht.

33. Uit dit arrest blijkt evenwel dat, anders dan de brede strekking van het arrest Daily Mail had kunnen doen vermoeden en in tegenstelling tot het standpunt dat advocaat-generaal Darmon in deze zaak had ingenomen, de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging zich zeer wel kan

uitstrekken tot de oprichtingsstaat, wanneer een vennootschap haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat wil verplaatsen.

34. Het Hof heeft namelijk in het arrest *Cartesio* duidelijk gemaakt dat een vennootschap die haar zetel naar een andere lidstaat wil verplaatsen en zich daarmee samenhangend in een vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst wil omvormen, zich ten opzichte van de staat van vertrek op de vrijheid van vestiging kan beroepen indien deze zou vereisen dat de vennootschap eerst wordt ontbonden en geliquideerd.⁽²⁸⁾ Indien in een dergelijke casus weliswaar niet het behoud van een bepaalde hoedanigheid, maar wel de waarborg van continuïteit bij zetelverplaatsing onder de vrijheid van vestiging valt, dan moeten ook de belastingaspecten van de zetelverplaatsing daaraan worden getoetst.

35. Daarmee staat vast dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing als zodanig geen gebeurtenis is die per se buiten de vrijheid van vestiging valt. Het is eerder zo dat de staat van vertrek in beginsel krachtens het Unierecht verplicht is de emigratie van naar haar recht opgerichte vennootschappen toe te staan. Het staat deze enkel vrij te beslissen of hij toestaat dat de hoedanigheid van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap wordt meegenomen.

36. Tegen deze achtergrond kan een lidstaat niet worden geacht bevoegd te zijn om de belastinggevolgen van een zetelverplaatsing, die wat hem betreft met behoud van een bepaalde hoedanigheid kan plaatsvinden, zonder enige gebondenheid aan de vrijheid van vestiging te regelen. Het Unierecht staat immers niet toe dat een lidstaat de emigratie als zodanig verbiedt. De enkele omstandigheid dat een nationale regeling niet alleen de continuïteit bij emigratie waarborgt, maar ook het behoud van een bepaalde hoedanigheid, en dus verder gaat dan unierechtelijk vereist is, rechtvaardigt niet dat de verdere gevolgen die het nationale recht aan de emigratie verbindt, buiten de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging vallen. Indien de belastingrechtelijke gevolgen van een emigratie waarbij alleen de continuïteit gewaarborgd wordt aan de vrijheid van vestiging moet worden getoetst, dan heeft dit ook te gelden voor een emigratie met behoud van een bepaalde hoedanigheid.

37. Ik stel dus voor om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat een vennootschap zich tegenover de lidstaat naar het recht waarvan zij is opgericht, kan beroepen op de bij artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) gewaarborgde vrijheid van vestiging wanneer deze lidstaat naar aanleiding van een verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat een eindafrekeningsheffing oplegt, in die zin dat over de tot dan toe aangegroeide, maar nog niet gerealiseerde meerwaarden in de verplaatste vermogensbestanddelen, zonder uitstel of de mogelijkheid om latere verliezen in aanmerking te nemen, vennootschapsbelasting verschuldigd is.

B – *Tweede en derde prejudiciële vraag*

38. Met zijn tweede en zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) aan een dergelijke eindafrekeningsheffing in de weg staat, of dat zij met name door de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de lidstaten kan worden gerechtvaardigd, en of de omstandigheid dat het in de onderhavige zaak om een latente valutawinst gaat die in de lidstaat van aankomst niet meer tot uitdrukking komt, in dat verband relevant is.

1. Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

39. De verwijzende rechter is van oordeel dat de eindafrekeningsheffing een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert en vraagt daarom dus louter naar een eventuele rechtvaardiging. Ook de Commissie, die in dat verband naar het arrest de *Lasteyrie du Saillant*⁽²⁹⁾ verwijst, is, net

als National Grid Indus, die er daarnaast het arrest N(30) bij betreft, van mening dat er sprake is van een beperking.

40. De Duitse, de Franse, de Italiaanse en de Zweedse regering, evenals de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn daarentegen de mening toegedaan dat er zelfs geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Ten dele worden in dat verband enkel de op het arrest Daily Mail gebaseerde argumenten herhaald, die reeds met betrekking tot de vraag naar de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging werden aangevoerd. Ten dele voeren genoemde regeringen evenwel ook aan dat de situatie van een vennootschap als National Grid Indus niet vergelijkbaar is met die van een vennootschap die haar zetel binnen de lidstaat van oprichting verplaatst. Daarbij wordt de vergelijkbaarheid zowel vanuit het oogpunt van discriminatie als vanuit het oogpunt van een (verdere) beperking onderzocht.

41. Wat de argumenten ten aanzien van de vergelijkbaarheid betreft, acht ik het overbodig om bij het onderzoek of de nationale belastingvoorschriften die grensoverschrijdende gevallen anders behandelen dan nationale gevallen met de vrijheid van vestiging verenigbaar zijn, dezelfde rechtsvragen eenmaal vanuit het oogpunt van discriminatie en in voorkomend geval nogmaals vanuit het oogpunt van een (verdere) beperking te onderzoeken. Het gaat er veeleer om eenvormig te bepalen of de grensoverschrijdende zetelverplaatsing ten opzichte van de binnenlandse zetelverplaatsing wordt benadeeld. Is dit het geval en wordt de grensoverschrijdende zetelverplaatsing daarmee op zijn minst minder aantrekkelijk dan de binnenlandse, dan is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.(31) Dit kan echter als gerechtvaardigd en daarmee ook toelaatbaar worden beschouwd, indien de situaties objectief niet met elkaar vergelijkbaar zijn of indien de ongelijke behandeling op grond van een dwingend vereiste van algemeen belang gerechtvaardigd wordt.(32)

42. In het onderhavige geval wordt in Nederland een eindafrekeningsheffing opgelegd wanneer de feitelijke bestuurszetel van een vennootschap naar een andere lidstaat wordt verplaatst. Over de tot dan toe op het nationale grondgebied aangegroeide, maar nog niet gerealiseerde meerwaarden in de naar het buitenland verplaatste vermogensbestanddelen is, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid om latere verliezen in aanmerking te nemen, vennootschapsbelasting verschuldigd. Indien de zetel echter binnen de landsgrenzen wordt verplaatst, is er geen eindafrekeningsheffing. De meerwaarden worden pas belast wanneer zij gerealiseerd zijn, bijvoorbeeld wanneer de desbetreffende vermogensbestanddelen worden verkocht. In deze ongelijke behandeling ligt zonder twijfel een benadeling van de grensoverschrijdende zetelverplaatsingen besloten, die economisch gezien zelfs van existentiële omvang kan zijn. Een eindafrekeningsheffing zoals hier aan de orde is, kan op grond van haar afschrikwekkende werking zodanig zijn dat de uitoefening van de door het Unierecht gewaarborgde vrijheid van vestiging belemmerd wordt, zodat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging.(33)

2. Rechtvaardiging van de beperking

43. De redenen die de regeringen in de onderhavige procedure aanvoeren ter ondersteuning van hun stelling dat grensoverschrijdende en binnenlandse zetelverplaatsingen niet vergelijkbaar zijn, vallen in wezen samen met de argumenten die zij voor het bestaan van een dwingend vereiste van algemeen belang aandragen. Omdat volgens de rechtspraak bij de vergelijkbaarheid bovendien rekening moet worden gehouden met het door de litigieuze nationale voorschriften nagestreefde doel(34), zal ik hierna ? in lijn met de wijze waarop de prejudiciële vraag is gesteld ? alleen onderzoeken of de in de eindafrekeningsheffing vervatte beperking van de vrijheid van vestiging op grond van een doelstelling van algemeen belang gerechtvaardigd wordt.

44. Opdat een beperking van de vrijheid van vestiging door een dwingend vereiste van

algemeen belang gerechtvaardigd kan worden, moet de betrokken maatregel geschikt zijn om het daarmee nagestreefde doel van algemeen belang te bereiken en mag deze niet verder gaan dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.(35)

45. Zoals uit de tweede prejudiciële vraag blijkt, concentreert de verwijzende rechter zijn overwegingen ten aanzien van de eventuele rechtvaardiging van de vastgestelde beperking, op het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Deze rechtvaardigingsgrond moet daarom het eerst worden onderzocht, alvorens in te gaan op verdere rechtvaardigingsgronden die de aan de procedure deelnemende regeringen hebben aangevoerd.

a) Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

46. Het is ondertussen vaste rechtspraak dat een beperking van een grondvrijheid binnen de Unie gerechtvaardigd kan zijn ter handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.(36) Bij gebreke van unificatie? of harmonisatiemaatregelen in het Unierecht blijven de lidstaten bevoegd de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen door verdragen te sluiten of door eenzijdige maatregelen te nemen.(37) In dat opzicht is het niet onredelijk is dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en de door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) opgestelde modelverdragen.(38)

i) Doel van de eindafrekeningsheffing en haar geschiktheid om dit doel te bereiken

47. De eindafrekeningsheffing is volgens de verwijzende rechter gebaseerd op het internationaal erkende territorialiteitsbeginsel(39), verbonden met een temporele component, en heeft in wezen tot doel om de heffingsbevoegdheid te verdelen. Zij moet veiligstellen dat de totale winst die een vennootschap heeft behaald in het tijdvak waarin zij in Nederland belastingplichtig was, ook daar wordt belast. Met dat doel worden tot dan toe aangegroeide latente meerwaarden geacht op het tijdstip van vertrek gerealiseerd te zijn. Een dergelijke aanslag naar de waarde in het economisch verkeer is overigens niet beperkt tot het geval van een zetelverplaatsing, maar vindt ook plaats wanneer enkel afzonderlijke vermogensbestanddelen naar een buitenlandse vaste inrichting worden verplaatst. Daar ook de lidstaat van aankomst bij aanvang van de belastingplicht binnen haar grenzen de activa en passiva van de vennootschap naar hun actuele waarde in het economisch verkeer waardeert (de zogenoemde step up), worden dubbele belastingen vermeden en latere waardeverliezen in de lidstaat van aankomst in aanmerking genomen. Een dergelijke belasting is volgens het op het OESO-modelverdrag gebaseerde belastingverdrag toelaatbaar.

48. Zoals volgt uit de resolutie van de Raad van 8 december 2008, is de combinatie van een exitheffing door de lidstaat van vertrek en een step up door de lidstaat van aankomst een gangbare mogelijkheid om te waarborgen dat de stille reserves (slechts) eenmaal worden belast. Voor zover kon worden nagegaan, bevatten noch de ODB noch het OESO-modelverdrag een uitdrukkelijke regeling voor het geval van een grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De verwijzende rechter heeft evenwel gewezen op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden dat de toepassing van de ODB op een vennootschap naar Nederlands recht, die haar zetel naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst, tot gevolg heeft dat zij ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Na het vertrek heeft alleen het Verenigd Koninkrijk het recht om belasting te heffen over de ondernemingswinsten, waaronder latente meerwaarden. Om te voorkomen dat in een dergelijke situatie de op het nationale grondgebied aangegroeide latente meerwaarden aan belastingheffing door Nederland zouden ontsnappen, werd de exitheffing ingevoerd. De ODB wordt in Nederland dus kennelijk zo opgevat dat voor Nederland de heffingsbevoegdheid ten aanzien van deze stille reserves voor de toekomst verloren gaat. Zij worden daarom geacht te zijn gerealiseerd op het tijdstip van vertrek en worden aan het laatste

binnenlandse belastingjaar toegerekend.

49. Wat het OESO-modelverdrag aanbelangt, kan uit de toelichtingen bij het modelverdrag in elk geval worden afgeleid dat het daar in beginsel niet mee in strijd is dat het overbrengen van een vermogensbestanddeel van een binnenlandse vaste inrichting naar de hoofdzetel of een vaste inrichting in het buitenland, als een vervreemding behandeld wordt, zodat de tot dan toe aangegroeide latente meerwaarden op het nationale grondgebied aan belasting worden onderworpen.(40)

50. Bovendien moet op de fusierichtlijn (2009/133)(41) worden gewezen. Ingevolge artikel 12, lid 1, daarvan mag de verplaatsing van de zetel van een Europese vennootschap of een Europese coöperatieve vennootschap van een lidstaat naar een andere niet leiden tot enigerlei belastingheffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen die aan een vaste inrichting in de lidstaat van vertrek toegerekend blijven en die bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten welke in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag. Zoals de verwijzende rechter en verschillende aan de procedure deelnemende regeringen aanvoeren, leidt dit er a contrario toe dat de richtlijn de exitheffing op de naar het buitenland verplaatste vermogensbestanddelen niet verbiedt. In hoeverre een exitheffing in de door de richtlijn gedekte gevallen daadwerkelijk toelaatbaar is, moet uiteindelijk echter met inachtneming van het primaire recht worden beantwoord, hetgeen nog te bezien valt. In de onderhavige context is de bij de richtlijn ingevoerde regeling slechts in zoverre van belang dat zij aantoonst dat de wetgever van de Unie de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten zo behandelt, dat de in de lidstaat van vertrek aangegroeide latente meerwaarden daar belast mogen worden.

51. Tot slot moet in herinnering worden gebracht dat het Hof in het arrest N(42) heeft erkend dat de in die zaak aan de orde zijnde exitheffing op natuurlijke personen, geschikt was om tot de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te komen. Volgens die regeling werd de belasting op latente meerwaarden uit aanmerkelijk belang op het tijdstip van vertrek vastgesteld en tot aan de daadwerkelijke vervreemding uitgesteld. Dat het hier niet om natuurlijke personen, maar om vennootschappen gaat en dat de eindafrekeningsheffing onmiddellijk moet worden voldaan, is niet van belang voor de vraag naar de geschiktheid, maar wordt pas relevant bij de vraag naar de noodzaak.

52. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de eindafrekeningsheffing een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten moet handhaven en dat zij geschikt is om deze doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken.

ii) Noodzaak

53. Rest nog te onderzoeken of een eindafrekeningsheffing zoals hier aan de orde, niet verder gaat dan noodzakelijk is om het daarmee nagestreefde doel te bereiken.

54. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de vaststelling van de belastingschuld en de invordering daarvan.

– Vaststelling van de eindafrekeningsheffing

55. De vaststelling van de eindafrekeningsheffing in het kader van de aanslag met betrekking tot het laatste binnenlandse belastingjaar lijkt als zodanig niet onevenredig te zijn. De daarvoor gehanteerde fictie van de realisatie van de latente winsten op het tijdstip van vertrek maakt een relatief snelle afsplitsing van het aan de lidstaat van vertrek toekomende aandeel in de belastingen van dat van de lidstaat van aankomst mogelijk, zonder dat daardoor voor de belastingplichtige duidelijk hogere kosten ontstaan in vergelijking met die welke met een latere vaststelling van de

belastingenschuld verbonden zijn.(43)

56. In dat verband moet ook in aanmerking worden genomen dat de grensoverschrijdende zetelverplaatsing op het punt van de vaststelling van de belastingenschuld op het tijdstip van vertrek, niet vergelijkbaar is met een binnenlandse zetelverplaatsing aangezien bij deze laatste – aangenomen dat het om één enkel belastinggebied gaat – de bevoegdheid tot belastingheffing van de betrokken lidstaat onverminderd blijft voortbestaan. Omdat het in een dergelijk geval niet nodig is om de heffingsbevoegdheid over de lidstaten te verdelen, volstaat het om latente meerwaarden pas bij de daadwerkelijke realisatie daarvan aan belasting te onderwerpen.

– Invordering van de belastingenschuld

57. Of ook de onmiddellijke invordering van de belastingenschuld met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar is, is veel lastiger te beoordelen.

58. Uit het arrest N(44) volgt dat een exitheffing op natuurlijke personen die een aanmerkelijk belang in een vennootschap houden, slechts als evenredig kan worden beschouwd wanneer de belastingenschuld tot aan de daadwerkelijke realisatie van de latente meerwaarden worden uitgesteld, zonder dat daarvoor zekerheden hoeven te worden gesteld, en latere niet reeds in de lidstaat van aankomst in aanmerking genomen waardeverliezen in aanmerking kunnen worden genomen.

59. National Grid Indus en de Commissie menen dat deze rechtspraak in beginsel analoog kan worden toegepast op de exitheffing op vennootschappen. Onder verwijzing naar de mededeling over de exitheffing van 19 december 2006(45) geeft de Commissie evenwel toe dat het de lidstaten is toegestaan om emigrerende vennootschappen informatieplichten op te leggen, zoals een jaarlijkse verklaring dat de activa van de onderneming zich nog steeds in handen van een buitenlandse vaste inrichting bevinden, tezamen met een verklaring op het tijdstip van vervreemding. De richtlijn wederzijdse bijstand (77/799)(46) en de richtlijn wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen (76/308)(47) bieden de bevoegde instanties de mogelijkheid om effectief belastingtoezicht op de geëmigreerde vennootschap te blijven houden en de belastingvordering op het aangewezen tijdstip in te vorderen.

60. Volgens de aan de procedure deelnemende regeringen moet de verplaatsing van de statutaire zetel met inbegrip van de activa van de onderneming naar het buitenland echter anders worden beoordeeld. Zij beschouwen de onmiddellijke invordering van belasting over op het nationale grondgebied aangegroeide latende meerwaarden als evenredig, in het bijzonder omdat de stelselmatige opvolging van het verdere lot van de betrokken vermogensbestanddelen, zo niet onmogelijk is, dan toch met aanzienlijke, economisch niet te dragen kosten gepaard gaat, en zulks zowel voor de onderneming als voor de belastingautoriteiten. Daarnaast worden latere waardeverliezen in het kader van de step up door de lidstaat van aankomst in aanmerking genomen.

61. De Deense, de Spaanse en de Finse regering voeren in dit verband aan dat activa van een onderneming, anders dan een door een natuurlijke persoon gehouden aanmerkelijk belang, er vaak niet toe dienen om later met winst te worden verkocht, maar om in het productieproces te worden ingezet. Gewoonlijk zullen zij door het verloop van de tijd, met name door slijtage of veroudering, of in het geval van intellectuele eigendom door afloop van de beschermingsduur, in waarde verminderen en deze uiteindelijk helemaal verliezen. Het heeft dus geen zin om zoals bij een vervreemding op een later tijdstip af te gaan.

62. De Nederlandse regering wijst er in dit verband op dat de realisatie van de in de lidstaat van vertrek aangegroeide meerwaarden in de bedrijfsmiddelen ten dele stapsgewijs verloopt,

doordat deze middelen voorwerp zijn van jaarlijkse afschrijvingen op basis van de waarde in het economisch verkeer die op de beginbalans in de lidstaat van ontvangst is aangegeven. Deze meerwaarden in de bedrijfsmiddelen worden weliswaar geregeld op het tijdstip van hun vervreemding gerealiseerd, doch in de jaarrekening komt niet duidelijk tot uiting wanneer de bij het vertrek aanwezige middelen daadwerkelijk werden verkocht.

63. Volgens de Nederlandse, de Duitse en de Spaanse regering bieden de in het Unierecht en bilateraal voorhanden zijnde mechanismen voor wederzijdse bijstand en wederzijdse bijstand bij de invordering van schuldvorderingen bovendien onvoldoende mogelijkheden om doorlopend toezicht te houden op het grote aantal vermogensbestanddelen van een onderneming of zelfs maar om de eigen opgaven van de onderneming op juistheid te controleren en de schuldvordering op het juiste tijdstip in te vorderen. De verschillen tussen de regelingen van de onderscheiden lidstaten op het gebied van de berekening van de winst en de opstelling van de jaarrekening bemoeilijken een dergelijke samenwerking nog meer.

64. De Italiaanse regering is de mening toegedaan dat de rechtspraak van het Hof over de exitheffing op natuurlijke personen daarom niet analoog op de exitheffing op vennootschappen kan worden toegepast, aangezien natuurlijke personen en vennootschappen aan fundamenteel verschillende belastingregelingen zijn onderworpen. Daar waar bij natuurlijke personen in beginsel alleen het daadwerkelijke inkomen wordt belast, vindt de belasting op vennootschappen plaats op basis van een balans waarin de activa en passiva tegenover elkaar zijn gezet. Meerwaarden in vermogensbestanddelen worden in beginsel onmiddellijk in de balans weergegeven, zodat zij onmiddellijk belastbaar zijn. Slechts bij uitzondering kan de oorspronkelijke waarde van het vermogensbestanddeel tot aan de realisatie van de latente meerwaarden worden gehandhaafd. Het eerste vereiste daarvoor is dat de onderneming haar zetel op het nationale grondgebied behoudt en dus aan de binnenlandse belasting onderworpen blijft.

65. De Finse regering is voorts van mening dat rechtspersonen, anders dan natuurlijke personen, minder constant zijn wat hun identiteit betreft. Door fusies, splitsingen, wijzigingen van de rechtsvorm, oprichting van dochtervennootschappen en overdracht van bedrijfsactiviteiten op andere vennootschappen kan een doorlopend belastingtoezicht door de staat van vertrek aanzienlijk worden bemoeilijkt.

66. Om te beginnen stel ik vast dat de argumenten van de aan de procedure deelnemende regeringen ten aanzien van de moeilijkheden bij de opvolging, voortspuit uit de standaardbenadering dat ondernemingen en in het bijzonder vennootschappen vaak zeer complexe vermogenssituaties vertonen. De onderhavige zaak toont echter aan dat ook bij ondernemingen, los van de vraag of zij door een rechtspersoon of natuurlijke persoon worden geleid, situaties kunnen ontstaan waarbij de voor de belastingen relevante vermogenssituatie eerder eenvoudig is. Omgekeerd kan het natuurlijk zo zijn dat vermogenssituatie van een particulier net zo complex is als die van een onderneming in de door de regeringen geschetste zin.

67. Omdat het in het hoofdgeding slechts om een vordering uit een lening schijnt te gaan, waarvan het lot naar verhouding vrij eenvoudig op te volgen zou moeten zijn, zijn de door de deelnemende regeringen aangevoerde moeilijkheden bij de opvolging voor de onderhavige zaak in wezen van geen belang. Aard en omvang van het te belasten vermogen staan er op zich niet aan in de weg om de door het Hof in het arrest N gevonden oplossing over te nemen en de onmiddellijke invordering van de belastingvordering op de latente meerwaarden als onevenredig te beschouwen.

68. Echter, daar het tot op zekere hoogte legitiem is dat de wetgever een standaardbenadering kiest, daar de verwijzende rechter zijn tweede vraag algemeen heeft geformuleerd en daar niet kan worden uitgesloten dat hij in het hoofdgeding over de exitheffing op nog meer

vermogensbestanddelen moet beslissen, zou ik niet licht over de argumenten in kwestie heen willen stappen.

Onmogelijke of moeilijke opvolging van de vermogensbestanddelen

69. Het lijkt zeer zeker plausibel te zijn dat de vermogenssituatie van een onderneming dermate complex kan zijn dat een nauwkeurige grensoverschrijdende opvolging van het lot van al de tot het uitstaande en vlottende kapitaal behorende bestanddelen tot aan de realisatie van de latente meerwaarden vrijwel onmogelijk is of in elk geval met hoge kosten gepaard gaat, die van de belastingautoriteiten niet kunnen worden verlangd en die ook voor de ondernemingen een aanzienlijke belasting zouden betekenen.

70. In een dergelijk geval is ook de door de Commissie voorgestelde eigen opgave door de onderneming geen werkbaar alternatief, aangezien de terbeschikkingstelling van deze opgaven en de controle van de juistheid ervan, ook verder zouden kunnen gaan dan redelijkerwijs kan worden verlangd. Weliswaar kan enige verlichting worden gevonden in de reeds bestaande harmonisatiemaatregelen op het gebied van de boekhouding van vennootschappen(48) alsook de richtlijn wederzijdse bijstand (77/799)(49) en de richtlijnen wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingvorderingen(50), maar zij lossen het probleem niet in de kern op.

71. Indien niet redelijkerwijs kan worden opgevolgd wanneer de latente meerwaarden daadwerkelijk gerealiseerd worden en of er in de tussentijd nog relevante waardeverliezen zijn ingetreden, is het uitstel, los van de vraag naar een step up, geen minder vergaande, even geschikte maatregel om de belastingvordering van de staat van vertrek veilig te stellen. Beter gezegd, is er geen aanknopingspunt voor, tot wanneer uitstel in aanmerking komt. De onmiddellijke invordering van de belasting zou dan evenredig en dus in het licht van de vrijheid van vestiging als toelaatbaar moeten worden beschouwd.

Onproblematische opvolging van vermogensbestanddelen

72. Indien aard en omvang van het bedrijfsvermogen het daarentegen mogelijk maken dit naar verhouding vrij eenvoudig op te volgen tot aan de realisatie van de latente meerwaarden, dan is het onevenredig om de daarover verschuldigde belasting onmiddellijk in te vorderen. Een onderneming die haar zetel en al haar bedrijfsactiviteiten naar het buitenland verlegt, heeft er namelijk in gelijke mate als een op het nationale grondgebied gevestigde onderneming belang bij, pas dan over latente meerwaarden belasting te hoeven betalen, wanneer zij zich ook daadwerkelijk gerealiseerd hebben. Daar staat tegenover dat het belang van de staat van vertrek bij de invordering van de belastingvordering niet overmatig wordt geschaad, wanneer hij ook bij emigrerende ondernemingen tot het tijdstip van de daadwerkelijke ? voor hem eenvoudig vast te stellen ? realisatie van de latente meerwaarden wacht.

73. Grensoverschrijdende invordering is dan wel geregeld met meer problemen verbonden dan met een inning met dwangmiddelen op het nationale grondgebied. De Duitse, de Spaanse en de Franse regering wijzen in dit verband op het arrest Truck Center(51), waarin het Hof onder andere met het oog op de mogelijkheid van inning met dwangmiddelen heeft gebillijkt dat op een in het buitenland gevestigde belastingplichtige een andere heffingstechniek, namelijk een bronbelasting, werd toegepast als op belastingplichtigen die op het nationale grondgebied zijn gevestigd.

74. Het gaat in deze zaak echter niet louter om een heffingstechniek, maar om de vraag of het verder gaat dan nodig is, wanneer emigrerende vennootschappen alleen vanwege hun vertrek naar een andere lidstaat over latente meerwaarden in eenvoudig te overziene vermogensbestanddelen onmiddellijk en definitief belasting moeten betalen, terwijl op het nationale grondgebied gebleven vennootschappen pas duidelijk later of mogelijk zelfs in het

geheel geen belasting hoeven te betalen. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de vennootschap die met behoud van haar hoedanigheid emigreert, een naar nationaal recht opgerichte vennootschap blijft en dus zeer wel sancties op het gebied van het recht inzake openbare registers mogelijk zijn wanneer een dergelijke vennootschap haar belastingverplichtingen niet zou nakomen. Voor het overige kan de staat van vertrek indien nodig bovendien teruggrijpen op de mechanismen van de richtlijnen wederzijdse bijstand bij de invordering van belastingvorderingen(52).

75. De door de Italiaanse regering aangevoerde bijzonderheden van de belasting op ondernemingen leiden niet tot een ander oordeel. Ook als de opbouw van stille reserves als uitzondering moet worden beschouwd, is het nog steeds zo dat ondernemingen die hun zetel binnen de landsgrenzen verplaatsen het voordeel van deze uitzondering kunnen genieten, terwijl zij aan emigrerende ondernemingen wordt onthouden. Voor de vraag of deze ongelijke behandeling evenredig is of dat uitstel niet als een minder vergaand middel in aanmerking moet worden genomen, komen aan deze bijzonderheden geen betekenis toe. Ook aan het door de Finse regering aangevoerde argument dat ondernemingen vaker van identiteit wisselen, kan niet zodanig gewicht worden gegeven dat de onmiddellijke invordering van de exitheffing daardoor evenredig wordt. Indien de opvolging van de vermogensbestanddelen op zich niet problematisch is, zou zij dit het ook niet moeten zijn wanneer de door de Finse regering aangevoerde gebeurtenissen zich voordoen.

Inaanmerkingneming van latere waardeverliezen

76. Indien de belasting moet worden uitgesteld, luidt de vervolgvraag hoe eventuele, na het vertrek ingetreden waardeverliezen in aanmerking moeten worden genomen. In het arrest N(53) heeft het Hof met betrekking tot de exitheffing op een natuurlijke persoon die een aanmerkelijk belang hield, beslist dat dergelijke waardeverliezen volledig in aanmerking moeten worden genomen, voor zover zij niet reeds in de staat van aankomst in aanmerking zijn genomen. In de context van de emigratie van ondernemingen ligt evenwel een gedifferentieerde benadering voor de hand.

77. Indien de staat van aankomst in een step up heeft voorzien, neemt hij de vermogensbestanddelen tegen hun marktwaarde in de openingsbalans op, zodat ervan moet worden uitgegaan dat toekomstige waardeverliezen daar in aanmerking worden genomen. De staat van vertrek kan dan bij vertrek de vastgestelde belastingbedragen bij het intreden van een feit dat realisatie tot gevolg heeft, zoals vervreemding, in zijn volle omvang invorderen.

78. Indien de staat van aankomst echter geen latere waardeverliezen in aanmerking neemt, dan kan dit er niet dwingend toe leiden dat de staat van vertrek deze in hun volle omvang in aanmerking moet nemen. Welke van de beide staten de waardeverliezen in aanmerking moet nemen, is eerder een kernvraag van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, die deze laatste bij gebreke van harmonisatiemaatregelen in het Unierecht in beginsel nog steeds zelf mogen regelen. Daarbij wijst het territorialiteitsbeginsel erop dat het in beginsel zaak van de staat van aankomst is, om binnen zijn belastingjurisdictie ontstane verliezen in aanmerking te nemen. Of de niet-inaanmerkingneming van latere waardeverliezen door de staat van vertrek ertoe leidt dat de exitheffing onevenredig wordt, kan dus niet globaal worden beantwoord.

Valutawinst die in de staat van aankomst niet meer tot uitdrukking komt

79. Wat nu concreet de in het hoofdgeding aan de orde zijnde valutawinst betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat deze met het vertrek van National Grid Indus naar het Verenigd Koninkrijk definitief is geworden. Daar de winst van de vennootschap sindsdien enkel

nog in Britse ponden wordt berekend, kunnen latere waardeverliezen niet meer intreden.

80. De Nederlandse, de Duitse en de Portugese regering zijn van mening dat in een dergelijk geval de onmiddellijke belastinginvordering juist gerechtvaardigd is, terwijl de opvatting van de Commissie is dat de latente valutawinsten pas dan belast mogen worden wanneer de vordering uit de lening ophoudt te bestaan.

81. National Grid Indus meent daarentegen dat de latente valutawinsten ten tijde van de zetelverplaatsing in rook zijn opgegaan. Het betrof fictieve winst die economisch nooit heeft bestaan, maar enkel voor belastingdoeleinden. Daar haar belastbare winst in het Verenigd Koninkrijk vanaf nu enkel nog in Britse ponden wordt berekend, heeft deze latente winst zich als gevolg van het vertrek niet gerealiseerd, maar is hij juist definitief verdwenen.

82. Ik kan in het Unierecht geen aanknopingspunt ervoor vinden dat de lidstaten het recht moet worden ontzegd, latente valutawinsten te belasten die zijn ontstaan in een tijdvak waarin een onderneming op hun grondgebied actief was. Daar immers, zoals het Hof in het arrest *Deutsche Shell*(54) heeft beslist, de lidstaten verplicht kunnen zijn om valutaverliezen voor de belastingheffing in aanmerking te nemen, moet voor hen op grond van de belastingsymmetrie ook de mogelijkheid openstaan om valutawinsten te belasten, zelfs wanneer het louter latente valutawinsten betreft. Zoals de Duitse regering heeft uiteengezet, levert ook latente valutawinst reeds werkelijk economische waarde op, doordat de kredietwaardigheid van de onderneming stijgt. Bovendien zou, indien latente valutawinsten niet zouden kunnen worden belast, het gevaar bestaan dat deze winsten ondanks hun latere daadwerkelijke realisatie in het geheel niet zouden worden belast, namelijk wanneer zij, zoals in het onderhavige geval, in de staat van aankomst voor de belastingheffing zelfs niet tot uitdrukking komen.

83. Wanneer een onderneming emigreert naar een andere lidstaat waar de valutawinst voor de belastingheffing niet meer tot uitdrukking komt, dan moet dit echter nog niet als realisatie van de winst worden beschouwd. Zolang de lening nog niet is terugbetaald, beschikt de onderneming net zo min als een op het nationale grondgebied gebleven onderneming, over de liquide middelen uit de lening om aan de belastingvordering te voldoen.

84. De valutawinsten gaan echter ook niet in rook op op het tijdstip van vertrek. Indien de lening na het vertrek zou worden terugbetaald, dan zou de geëmigreerde onderneming net zozeer als een op het nationale grondgebied gebleven onderneming, over de liquide middelen beschikken om aan de belastingvordering te voldoen. Dat de valutawinsten in de staat van aankomst niet meer tot uitdrukking komen, kan er niet toe leiden dat de belastingvordering van de staat van vertrek tenietgaat.

85. De vraag is echter of dergelijke latente valutawinst moet worden geacht definitief te zijn geworden op het tijdstip van vertrek, of dat niet toch de koersontwikkeling tussen de valuta van de lening en de valuta van de staat van vertrek tot aan de daadwerkelijke terugbetaling van de lening nog steeds in aanmerking moet worden genomen, voor het geval later nog valutaverliezen zouden worden geleden.

86. Wat dat aangaat moet om te beginnen worden vastgesteld dat uit de aard der dingen volgt dat latere waardeverliezen enkel door de staat van vertrek in aanmerking kunnen worden genomen. Zij komen in de staat van aankomst namelijk zelfs niet tot uitdrukking, net zo min als de eerdere valutawinsten daar tot uitdrukking komen.

87. In een geval als het onderhavige, waarin het lot van een vordering uit een lening tot aan het tijdstip van terugbetaling of een ander feit dat realisatie tot gevolg heeft eenvoudig op te volgen is, zou het verder gaan dan voor de handhaving van de evenwichtige verdeling van de

heffingsbevoegdheid noodzakelijk is, wanneer de staat van vertrek latere koersverliezen niet in aanmerking zou nemen en daarmee emigrerende ondernemingen hoger zou belasten dan die welke op het nationale grondgebied zijn gebleven. Op grond van het territorialiteitsbeginsel komt de heffingsbevoegdheid op het tijdstip waarop de valutaverliezen zijn ontstaan in beginsel weliswaar aan de staat van aankomst toe, maar omdat de koersontwikkeling daar voor de belastingheffing noch in de ene noch in de andere richting tot uitdrukking komt, terwijl in de staat van vertrek in een zuiver nationaal geval de koersontwikkeling tot aan het tijdstip van de daadwerkelijke realisatie van de latente valutawinst in aanmerking wordt genomen, valt het ook na het vertrek van een onderneming binnen de bevoegdheid van de staat van vertrek om dergelijke valutaverliezen in aanmerking te nemen in het kader van de belastingen die hij ten aanzien van eerdere valutawinsten op diezelfde vordering uit lening heeft vastgesteld. Er bestaat in dat geval geen gevaar voor dubbele verliesverrekening. Het is veeleer zo dat anders in een grensoverschrijdend geval valutaverliezen in het geheel niet in aanmerking worden genomen.

88. Dit wijst erop dat de exitheffing op latente valutawinsten op een vordering die in vreemde valuta is uitgedrukt, die in de staat van aankomst niet meer tot uitdrukking kan komen, alleen dan als evenredig kan worden beschouwd, wanneer de belastingvordering wordt uitgesteld tot aan het tijdstip waarop een op het nationale grondgebied gebleven onderneming over dergelijke winsten belasting zou moeten voldoen, en tot aan dit tijdstip ingetreden valutaverliezen in aanmerking worden genomen.

iii) Tussentijdse conclusie

89. Een eindafrekeningsheffing zoals hier aan de orde wordt gerechtvaardigd door de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, wanneer de vermogensbestanddelen van de geëmigreerde onderneming vanwege hun aard en/of hun omvang niet redelijkerwijs tot aan het tijdstip van de daadwerkelijke realisatie van de op het nationale grondgebied aangegroeide latente meerwaarden kunnen worden opgevolgd. Indien de opvolging ervan naar verhouding eenvoudig is, dan is de invordering van de eindafrekeningsheffing vóór het tijdstip van de realisatie van de latente meerwaarden onevenredig. Of in een dergelijk geval latere waardeverliezen in aanmerking moeten worden genomen, moet van geval tot geval worden beantwoord.

90. Indien het bedrijfsvermogen in wezen bestaat uit een vordering die in een vreemde valuta is uitgedrukt, en indien de op het nationale grondgebied aangegroeide latente valutawinsten in de staat van aankomst voor de belastingheffing niet meer tot uitdrukking komen, dan moet de eindafrekeningsheffing worden uitgesteld tot aan het tijdstip waarop een op het nationale grondgebied gebleven onderneming over dergelijke winsten belasting moet voldoen, waarbij tot dan toe ingetreden valutaverliezen in aanmerking moeten worden genomen.

b) Coherentie van het belastingstelsel

91. De Duitse en de Italiaanse regering voeren bovendien aan dat de exitheffing gerechtvaardigd wordt door de noodzaak, de coherentie van het nationale belastingstelsel te bewaren.

92. Volgens de Duitse regering is er een directe samenhang tussen het voordeel dat de stille reserves niet jaarlijks op de balansdatum worden belast en het nadeel dat zij op het tijdstip van vertrek tot uitdrukking moeten worden gebracht en belast. Het gaat om twee zijden van dezelfde medaille. De Nederlandse voorschriften vertonen een „symmetrische logica” in de zin van het arrest Wannsee(55), aangezien de eindafrekeningsheffing het logische complement is van de eerdere belastingvrijdom van de latente meerwaarden.

93. De Italiaanse regering ziet daarentegen een directe samenhang tussen de eindafrekeningsheffing en de belastingaftrek die een onderneming, met name in de vorm van afschrijvingen voor de kosten voor de verwerving van de vermogensbestanddelen, tot aan het vertrek mag opvoeren. Door de eindafrekeningsheffing worden enkel de verminderde belastinginkomsten gecompenseerd die voor de staat door de aldus toegestane belastingvoordelen zijn ontstaan. Het vertrek is het laatst mogelijke tijdstip waarop deze compensatie kan plaatsvinden.

94. Het Hof heeft de noodzaak om de coherentie van het nationale belastingstelsel te handhaven in vaste rechtspraak als een dwingend vereiste van algemeen belang erkend⁽⁵⁶⁾, ook al heeft het dit, voor zover na te gaan, slechts in twee gevallen ook daadwerkelijk effect laten sorteren.⁽⁵⁷⁾

95. Een beroep op een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan volgens de rechtspraak van het Hof tot nu toe, alleen slagen indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen een fiscaal voordeel en de compensatie van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing, waarbij het rechtstreekse verband op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling moet worden beoordeeld.⁽⁵⁸⁾

96. In het arrest Wannsee⁽⁵⁹⁾ heeft het Hof geoordeeld dat er sprake was van een rechtstreeks, persoonlijk en zakelijk verband tussen de aanvankelijk aan een onderneming toegekende mogelijkheid om verliezen uit een buitenlandse vaste inrichting van de belasting af te trekken en de latere bijtelling van deze verliezen op het moment waarop die buitenlandse vaste inrichting weer winst maakte.

97. Een coherentie in die zin lijkt ook aan de hier onderzochte Nederlandse belastingregeling ten grondslag te liggen. Zoals uit het in de verwijzingsbeslissing weergegeven achtergrondmateriaal bij de wettelijke regelingen volgt, wilde de Nederlandse wetgever ermee rekening houden dat het goed koopmansgebruik met zich brengt, dat bij de jaarlijkse berekening van de winst in het oog wordt gehouden dat de onderneming een going concern is en dat daarom bij het vaststellen van de winst over een bepaald jaar mede aandacht wordt geschonken aan de invloed die deze heeft op volgende jaren. Sommige winsten worden naar de toekomst verschoven. Zolang verwacht kon worden dat deze in de toekomst belast konden worden, werd voor de belastingheffing met deze handelwijze genoegzaam genomen. Dergelijke stille reserves kunnen ontstaan als gevolg van meerwaarden die aanvankelijk niet tot uitdrukking worden gebracht, doordat het vermogensbestanddeel tegen boekwaarde in de fiscale balans wordt opgenomen, of doordat afschrijvingen werden gedaan die verder gingen dan het daadwerkelijke waardeverlies van het vermogensbestanddeel. In beide gevallen is er een gerechtvaardigd belang van de staat in kwestie om de stille reserves op een later tijdstip te belasten.

98. Anders dan het geval was met de Franse exitheffing waarover het Hof zich in de zaak de Lasteyrie du Saillant⁽⁶⁰⁾ heeft gebogen en ten aanzien waarvan hij de rechtvaardigingsgrond van de coherentie niet van toepassing achtte, streeft de Nederlandse eindafrekeningsheffing dus het doel na om in het algemeen, wanneer een belastingplichtige onderneming haar zetel naar het buitenland verplaatst, veilig te stellen dat belasting wordt geheven over meerwaarden die zijn aangegroeid toen de onderneming in Nederland gevestigd was.

99. Mocht Nederland vanwege het vertrek geen belasting kunnen heffen over latente winsten die zijn aangegroeid toen National Grid Indus voor belastingdoelstellingen op haar grondgebied gevestigd was, dan zou een coherente belastingheffing niet langer mogelijk zijn. In zoverre wordt tegemoet gekomen aan de wens van belastingcoherentie en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.(61)

100. De eindafrekeningsheffing is daarom ook geschikt om de coherentie van het Nederlandse belastingrecht te handhaven. Wat de vraag naar de noodzaak betreft, geldt hier hetgeen is opgemerkt ter zake van de verdeling van de heffingsbevoegdheid.

c) Voorkomen van belastingontwijking

101. Verschillende regeringen die aan de procedure deelnemen hebben als verder dwingend vereiste van algemeen belang ter rechtvaardiging van de uit de Nederlandse eindafrekeningsheffing voortvloeiende beperking van de vrijheid van vestiging, het voorkomen van belastingontwijking aangevoerd.

102. Het voorkomen van belastingontwijking kan echter alleen als zelfstandige rechtvaardigingsgrond in aanmerking worden genomen, wanneer de beperkende maatregel specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.(62)

103. In dat verband moet worden verduidelijkt dat de grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel van een rechtspersoon niet per se als belastingvlucht mag worden beschouwd(63), ook als daar belastingredenen aan ten grondslag liggen. Dat ondernemingen proberen te profiteren van de verschillen tussen de nationale belastingstelsels is een legitieme vorm van economisch handelen en iets wat niet te vermijden is in een interne markt waarin de belastingheffing van ondernemingen niet is geharmoniseerd.(64) Dienovereenkomstig is de vermindering van belastinginkomsten volgens vaste rechtspraak dan ook geen dwingend vereiste van algemeen belang.(65) Net zo min als de oprichting van een tweede vestiging in een andere lidstaat, kan daarom de verplaatsing van de statutaire zetel op zich genomen als basis voor een algemeen vermoeden van belastingvlucht dienen.

104. Uit de verwijzingsbeslissing kan niet worden afgeleid dat de Nederlandse eindafrekeningsheffing specifiek tegen zuiver kunstmatige constructies in de hierboven omschreven zin is gericht. De eindafrekeningsheffing lijkt veeleer in alle gevallen van een grensoverschrijdende zetelverplaatsing te worden opgelegd. De verwijzende rechter wijst er wat National Grind Indus betreft uitdrukkelijk op dat voor de zetelverplaatsing rationele gronden aanwezig waren.(66) Bovendien verduidelijkt de Nederlandse regering in haar schriftelijke opmerkingen dat zij zich niet op het voorkomen van belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond beroept om de eindafrekeningsheffing te rechtvaardigen.

105. Bijgevolg kan de hier aan de orde zijnde regeling niet gerechtvaardigd worden op grond van het voorkomen van belastingontwijking. Mocht de eindafrekeningsheffing niettemin dienen om belastingontwijking te voorkomen, zonder specifiek op zuiver kunstmatige constructie gericht te zijn, dan is dit aspect reeds afdoende behandeld in het kader van de rechtvaardigingsgrond van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.(67)

d) Overige rechtvaardigingsgronden

106. Naast de reeds onderzochte rechtvaardigingsgronden hebben de aan de procedure deelnemende regeringen nog andere rechtvaardigingsgronden aangevoerd, namelijk het vermijden van dubbele verliesverrekeningen, het effectieve belastingtoezicht en de effectieve inning van belastingen. Gelet op hetgeen hierboven is uiteengezet ten aanzien van de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de coherentie van het nationale belastingstelsel, is een nader onderzoek van deze rechtvaardigingsgronden overbodig.

3. Conclusie ten aanzien van de tweede en de derde prejudiciële vraag

107. Ik stel derhalve voor op de tweede en de derde prejudiciële vraag te antwoorden dat een eindafrekeningsheffing zoals in het hoofdgeding aan de orde, door de vereisten van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten alsook de handhaving van de coherentie van het nationale belastingstelsel gerechtvaardigd wordt, wanneer de vermogensbestanddelen van de geëmigreerde onderneming vanwege hun aard en/of hun omvang niet redelijkerwijs tot aan het tijdstip van de daadwerkelijke realisatie van de op het nationale grondgebied aangegroeide latente meerwaarden kunnen worden opgevolgd. Indien de opvolging ervan naar verhouding eenvoudig is, dan is de invordering van de eindafrekeningsheffing vóór het tijdstip van de realisatie van de latente meerwaarden onevenredig. Of in een dergelijk geval latere waardeverliezen in aanmerking moeten worden genomen, moet van geval tot geval worden beantwoord. Indien het bedrijfsvermogen in wezen bestaat uit een vordering die in een vreemde valuta is uitgedrukt en de op het nationale grondgebied aangegroeide latente valutawinsten in de staat van aankomst voor de belastingheffing niet meer tot uitdrukking komen, dan moet de eindafrekeningsheffing worden uitgesteld tot aan het tijdstip waarop een op het nationale grondgebied gebleven onderneming over dergelijke winsten belasting moet voldoen, waarbij tot dan toe ingetreden valutaverliezen in aanmerking moeten worden genomen.

V – Conclusie

108. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam te beantwoorden als volgt:

„1) Een vennootschap kan zich tegenover de lidstaat naar het recht waarvan zij is opgericht, beroepen op de bij artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU) gewaarborgde vrijheid van vestiging wanneer deze lidstaat naar aanleiding van een verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat een eindafrekeningsheffing oplegt, in die zin dat over de tot dan toe aangegroeide, maar nog niet gerealiseerde meerwaarden in de verplaatste vermogensbestanddelen, zonder uitstel of de mogelijkheid om latere verliezen in aanmerking te nemen, vennootschapsbelasting verschuldigd is.

2) Een dergelijke eindafrekeningsheffing wordt door de vereisten van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten alsook de handhaving van de coherentie van het nationale belastingstelsel gerechtvaardigd, wanneer de vermogensbestanddelen van de geëmigreerde onderneming vanwege hun aard en/of hun omvang niet redelijkerwijs tot aan het tijdstip van de daadwerkelijke realisatie van de op het nationale grondgebied aangegroeide latente meerwaarden kunnen worden opgevolgd. Indien de opvolging ervan naar verhouding eenvoudig is, dan is de invordering van de eindafrekeningsheffing vóór het tijdstip van de realisatie van de latente meerwaarden onevenredig. Of in een dergelijk geval latere waardeverliezen in aanmerking moeten worden genomen, moet van geval tot geval worden beantwoord.

3) Indien het bedrijfsvermogen in wezen bestaat uit een vordering die in een vreemde valuta is uitgedrukt en de op het nationale grondgebied aangegroeide latente valutawinsten in de staat van

aankomst voor de belastingheffing niet meer tot uitdrukking komen, dan moet de eindafrekeningsheffing worden uitgesteld tot aan het tijdstip waarop een op het nationale grondgebied gebleven onderneming over dergelijke winsten belasting moet voldoen, waarbij tot dan toe ingetreden valutaverliezen in aanmerking moeten worden genomen.”

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – Reeds op 19 december 2006 heeft de Commissie een mededeling over de exitheffing en de noodzaak tot coördinatie van het fiscale beleid van de lidstaten [COM(2006) 825 def.] aan onder meer het Parlement en de Raad gericht. De Raad heeft daarop op 2 december 2008 een resolutie betreffende coördinatie inzake exitheffingen (PB C 323, blz. 1) vastgesteld. Thans zijn wegens de exitheffing op vennootschappen vier niet-nakomingszaken van de Commissie bij het Hof aanhangig, namelijk tegen Portugal (C-38/10), Spanje (C-64/11), Denemarken (C-261/11) en Nederland (C-301/11). Ook tegen andere lidstaten heeft de Commissie reeds stappen ondernomen, zie persmededelingen IP/10/299 van 18 maart 2010 en IP/11/78 van 27 januari 2011 van de Commissie.

3 – Arrest van 27 september 1988, *Daily Mail and General Trust* („Daily Mail”, 81/87, Jurispr. blz. 5483).

4 – Arrest van 16 december 2008 (C-210/06, Jurispr. blz. I-9641).

5 – Arrest van 11 maart 2004 (C-9/02, Jurispr. blz. I-2409).

6 – Arrest van 7 september 2006 (C-470/04, Jurispr. blz. I-7409).

7 – Ondertekend op 2 oktober 1997 en in werking getreden op 1 mei 1999.

8 – *Tractatenblad* 1980, 205.

9 – Dit wordt ook bevestigd in de schriftelijke verklaringen van de Nederlandse regering en die van de regering van het Verenigd Koninkrijk.

10 – Zie in die zin arrest de *Lasteyrie du Saillant* (aangehaald in voetnoot 5, punt 42) en arresten van 27 november 2008, *Papillon* (C-418/07, Jurispr. blz. I-8947, punt 16); 1 oktober 2009, *Gaz de France – Berliner Investissement* (C-247/08, Jurispr. blz. I-9225, punt 55), en 21 januari 2010, *SGI* (C-311/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 39).

11 – Aangehaald in voetnoot 3.

12 – Aangehaald in voetnoot 4.

13 – Arrest *Daily Mail* (aangehaald in voetnoot 3, punt 25 en eerste dictum).

14 – Arrest *Daily Mail* (aangehaald in voetnoot 3, punt 24; cursivering van mij).

15 – Arrest *Daily Mail* (aangehaald in voetnoot 3, punt 19).

16 – Arrest *Daily Mail* (aangehaald in voetnoot 3, punten 20 en 23).

17 – Arrest *Daily Mail* (aangehaald in voetnoot 3, punt 23).

18 – Arrest *Cartesio* (aangehaald in voetnoot 4, punten 109 en 123).

19 – De vennootschap *Cartesio* was voornemens om haar „werkelijke” zetel (arrest, punt 119),

namelijk haar operationele bestuurscentrum (arrest, punten 101 e.v.; advocaat-generaal Poiares Maduro spreekt in zijn conclusie van 22 mei 2008, punt 3, van het operationele bestuurscentrum), van Hongarije naar Italië te verplaatsen. De rechtstrijd sproot echter concreet voort uit de afwijzing door het Handelsregistergerecht van het verzoek van Cartesio om deze nieuwe zetel in het Hongaarse handelsregister in te schrijven. Het ging dus kennelijk om de verplaatsing van niet alleen de feitelijke, maar ook om de statutaire zetel. Uit het arrest kan echter niet worden afgeleid of aan deze omstandigheid enige betekenis toekwam. In het arrest Daily Mail ging het daarentegen, voor zover na te gaan, om de verplaatsing van het bestuur, zonder dat er tevens sprake was van een wijziging van de statutaire zetel.

20 – Arrest Cartesio (aangehaald in voetnoot 4, punt 110).

21 – Arrest Daily Mail (aangehaald in voetnoot 3, punten 4, 5 en 17).

22 – Rapport ter terechtzitting bij het arrest Daily Mail (aangehaald in voetnoot 3, blz. 5485).

23 – Arrest Daily Mail (aangehaald in voetnoot 3, punt 7) en rapport ter terechtzitting bij dit arrest, blz. 5486 e.v.

24 – Conclusie van 7 juni 1988 bij het arrest Daily Mail (aangehaald in voetnoot 3, punt 13).

25 – Arrest van 9 maart 1999 (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punten 17 e.v.).

26 – Arrest van 5 november 2002 (C-208/00, Jurispr. blz. I-9919, punten 52 e.v.).

27 – Arrest van 30 september 2003 (C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punten 95 e.v.).

28 – Ibid., punten 111-113.

29 – Aangehaald in voetnoot 5, punten 45 e.v.

30 – Aangehaald in voetnoot 6.

31 – Zie betreffende het begrip beperking in het kader van het belastingrecht: Kokott, J./Ost, H., „Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, blz. 496.

32 – Vergelijk arrest van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 18-20); zie ook arrest van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punten 23-26), waarin echter niet op de vraag naar de vergelijkbaarheid wordt ingegaan. Dit onderzoeksschema stemt ook overeen met datgene dat het Hof gewoonlijk hanteert op het gebied van directe belastingen bij het vrij verkeer van kapitaal; zie bijvoorbeeld arrest van 10 februari 2011, Haribo (C-436/08 en C-437/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 50, 52 en 58). Parallellen kunnen ook in de rechtspraak over het vrij verrichten van diensten worden gevonden; zie bijvoorbeeld arrest van 26 oktober 2010, Schmelz (C-97/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 49).

33 – Vergelijk wat de exitheffing op natuurlijke personen betreft de arresten de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 5, punt 46) en N (aangehaald in voetnoot 6, punten 34 e.v.).

34 – Arresten Papillon (aangehaald in voetnoot 10, punt 27) en X Holding (aangehaald in voetnoot 32, punt 22).

35 – Arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punt 40); arrest van 23 oktober 2008, Krankenhaus

Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt („Wannsee”, C?157/07, Jurispr. blz. I?8061, punt 40), en arrest X Holding (aangehaald in voetnoot 32, punten 25 e.v.).

36 – Arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer (C?446/03, Jurispr. blz. I?10837, punt 45), en 18 juli 2007, Oy AA (C?231/05, Jurispr. blz. I?6373, punt 51); arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 32, punt 42); arrest van 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C?182/08, Jurispr. blz. I?8591, punten 82 en 88), en arresten X Holding (aangehaald in voetnoot 32, punten 25?33) en Haribo (aangehaald in voetnoot 32, punt 121).

37 – Arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 36, punt 52); vergelijk voorts arresten van 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C?374/04, Jurispr. blz. I?11673, punt 52), en 3 juni 2010, Commissie/Spanje (C?487/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 38).

38 – Arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punt 45); arrest van 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden (C?513/03, Jurispr. blz. I?1957, punt 48), en arrest Lidl Belgium (aangehaald in voetnoot 32, punt 22).

39 – Zie dienaangaande mijn conclusie van 30 maart 2006 bij het arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punten 92 e.v.).

40 – Zie punt 21 bij artikel 7 OESO-MO 2008 en punt 10 bij artikel 13 OESO-MO 2010.

41 – Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (PB L 310, blz. 34).

42 – Arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punten 41?47).

43 – Vergelijk Arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punten 49 e.v.).

44 – Vergelijk Arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punten 49 e.v.).

45 – Aangehaald in voetnoot 2.

46 – Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen (PB L 336, blz. 15), in de versie zoals gewijzigd bij richtlijn 92/12/EEG van de Raad van 25 februari 1992 (PB L 76, blz. 1).

47 – Richtlijn 76/308/EEG van de Raad van 15 maart 1976 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit verrichtingen die deel uitmaken van het financieringsstelsel van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw, alsmede van landbouwheffingen en douanerechten (PB L 73, blz. 18), in de versie zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/44/EG van de Raad van 15 juni 2001 (PB L 175, blz. 17). Richtlijn 76/308 is gecodificeerd en vervangen door richtlijn 2008/55/EG van de Raad van 26 mei 2008 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit bepaalde bijdragen, rechten en belastingen, alsmede uit andere maatregelen (PB L 150, blz. 28), die op haar beurt door richtlijn 2010/24/EU van de Raad van 16 maart 2010 betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen (PB L 84, blz. 1) is vervangen.

48 – Zie bijvoorbeeld de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11) en de Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1), waarnaar het Hof in zijn arrest van 18 december 2007, A (C-101/05, Jurispr. blz. I-11531, punt 62), heeft verwezen.

49 – Aangehaald in voetnoot 46.

50 – Aangehaald in voetnoot 47.

51 – Arrest van 22 december 2008 (C-282/07, Jurispr. blz. I-10767, punten 47 e.v.).

52 – Aangehaald in voetnoot 47.

53 – Aangehaald in voetnoot 6, punt 54.

54 – Arrest van 28 februari 2008 (C-293/06, Jurispr. blz. I-1129, punt 44).

55 – Aangehaald in voetnoot 35, punt 42.

56 – Arrest van 7 september 2004, Manninen (C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 42), arrest Papillon (aangehaald in voetnoot 10, punt 43) en arrest van 22 december 2010, Tankreederei I (C-287/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 23).

57 – Vergelijk in de eerste plaats arresten van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 35), en Commissie/België (C-300/90, Jurispr. blz. I-305, punt 21), die beide betrekking hebben op dezelfde Belgische regeling inzake de aftrekbaarheid van verzekeringsbijdragen, en in de tweede plaats arrest Wannsee (aangehaald in voetnoot 35, punt 43).

58 – Vergelijk de in de beide voorafgaande voetnoten aangehaalde rechtspraak.

59 – Aangehaald in voetnoot 35, punt 55.

60 – Arrest de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 5, punt 65).

61 – Zie in dat verband mijn conclusie van 30 maart 2006 bij het arrest N (aangehaald in voetnoot 6, punt 106).

62 – Zie in die zin arresten van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punten 72 e.v.), en 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punten 63 e.v.), en arrest SGI (aangehaald in voetnoot 10, punten 65 e.v.).

63 – Zie wat de verplaatsing van de woonplaats van een natuurlijke persoon betreft arrest de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 5, punt 51); zie in dit verband ook arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punten 36 e.v.).

64 – Zie mijn conclusie van 12 september 2006 bij het arrest Oy AA (aangehaald in voetnoot 36, punt 62) alsook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 29 juni 2006 bij het arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (aangehaald in voetnoot 62, punt 63); zie ook arresten de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 5, punt 60) en Deutsche Shell (aangehaald in

voetnoot 54, punt 43).

65 – Arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Jurispr. blz. I-11779, punt 36), en arresten de Lasteyrie du Saillant (aangehaald in voetnoot 5, punt 51) en Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (aangehaald in voetnoot 63, punt 49).

66 – Zie dienaangaande punt 12 hierboven.

67 – Vergelijk arrest SGI (aangehaald in voetnoot 10, punt 66), waarin deze beide rechtvaardigingsgronden nog tezamen werden onderzocht.