

Artikel 2 lid 4 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 Een ongeoorloofde belemmering?

**Door: mr. C.W.J. Lorenzo van Rooij
Post-Master Directe Belastingen 2013**

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
2.	Woon- en vestigingsplaats naar Nederlands recht	4
2.1	Artikel 4 Algemene wet inzake Rijksbelastingen	4
2.2	Subject versus object	5
2.3	Vestigingsplaatsficties	5
3.	Zetelverplaatsing binnen de Unie	9
3.1	Het Europese rechtskader	9
3.2	Incorporatieleer en werkelijkezetelleer	9
3.3	Het Hof van Justitie	10
3.4	Zetelverplaatsing in de jurisprudentie van het Hof van Justitie	11
3.5	Vennootschappelijke gevolgen	13
4.	Zetelverplaatsing en fiscale souvereiniteit	14
4.1	Fiscale regelgeving te toetsen aan EU-recht?	14
4.2	National Grid Indus	14
5.	De Nederlandse vestigingsplaatsfictie in Europees perspectief	16
5.1	Is er sprake van een belemmering?	16
5.2	Is er een rechtvaardigingsgrond?	17
5.3	Toekomst?	18
6.	Samenvatting en conclusie	20
7.	Literatuurlijst	21

1. Inleiding

In arrest *Cartesio* (C-201/06) uit 2008 en het arrest *Vale* (C-378/10) uit 2012 heeft het Hof van Justitie (hierna: HvJ) de lidstaten regels gegeven voor de behandeling van grensoverschrijdende zetelverplaatsingen, al dan niet met omzetting naar het recht van de nieuwe woonstaat. Voor het vennootschapsrecht worden de meeste grensoverschrijdende situaties daarmee gedekt.

Cartesio heeft ook de deur op een kier gezet voor toetsing van fiscale regelgeving aan het vrije verkeer van vestiging. Die deur leek lange tijd gesloten te blijven. Deze deur is uiteindelijk volledig open gegaan in *National Grid Indus* (C-371/10). De zetelverplaatsing en de daaruit voortvloeiende (fiscale) eindafrekening worden getoetst aan artikel 49 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Naast bepaling rond een eindafrekening zijn er binnen de Nederlandse fiscale wetgeving ook andere bepalingen die werken na zetelverplaatsing. Artikel 2, vierde lid, Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) is hiervan een voorbeeld. In dit artikel is bepaald dat een naar Nederlands opgericht rechtspersoon, voor de heffing van de vennootschapsbelasting, steeds geacht wordt binnenlands belastingplichtig te zijn.

Hoe verhoudt zich deze fictie ten opzichte van artikel 49 VWEU, het vrije verkeer van vestiging? Is hier sprake van een ongeoorloofde belemmering? Dit is de vraag die ik, aan de hand van de jurisprudentie van het HvJ zal proberen te beantwoorden.

Deze verhandeling bestaat hierna uit vijf hoofdstukken. In hoofdstuk twee wordt de behandeling van de woon- en vestigingsplaats naar Nederlands recht beschreven. Het derde hoofdstuk geeft het Europese rechtskader inclusief de jurisprudentie van het HvJ rondom zetelverplaatsing. In het vierde hoofdstuk het hierboven aangehaalde arrest *National Grid Indus* besproken waarna ik in hoofdstuk vijf de hoofdvraag van deze verhandeling probeer te beantwoorden. Ik werp daarbij ook een kleine blik in de mogelijke toekomst. Het laatste hoofdstuk bestaat tot slot uit een samenvatting en bevat tevens mijn conclusie.

2. De fiscale woon- en vestigingsplaats naar Nederlands recht

Voor we over gaan tot grensoverschrijdende situaties ga ik in dit hoofdstuk nader in op de Nederlandse regels voor de bepaling van de fiscale woon- of vestigingsplaats van een belastingplichtige. De nadruk zal hierbij liggen op rechtspersonen. De natuurlijk persoon zal hierbij slechts zijdelings aan bod komen.

2.1 Artikel 4 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

In artikel 4 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR) vinden we de regels voor het belastingrecht om de fiscale woonplaats van natuurlijk personen of de fiscale vestigingsplaats van rechtspersonen/lichamen vast te stellen. Met behulp van deze regels wordt beoordeeld of al dan niet sprake is van binnenlandse belastingplicht. Dit criterium van de woon- en vestigingsplaats zien we dan ook in verschillende heffingswetten terugkomen. Zo is voor de inkomstenbelasting “het in Nederland woonachtig zijn”¹ van belang om te komen tot binnenlandse belastingplicht. Voor de vennootschapsbelasting is dat in het geval van “het in Nederland gevestigd zijn”.² Zodra is vastgesteld dat sprake is van binnenlandse belastingplicht valt het gehele wereldinkomen voor de inkomstenbelasting en de gehele wereldwinst voor de vennootschapsbelasting onder de Nederlandse heffing.

Op grond van artikel 4, eerste lid, AWR wordt de fiscale woon- en vestigingsplaats per geval bepaald aan de hand van de *feitelijke omstandigheden* van dat concreet voorliggende geval. Niet civiel rechtelijke criteria of andere formele criteria (zoals bijvoorbeeld inschrijving in een register of nationaliteit) zijn dus van belang. Het gaat om de materiële werkelijkheid. Alle relevante omstandigheden moeten daarbij tegen elkaar worden afgewogen. Het zal niet verbazen dat er hierdoor veel jurisprudentie rondom de fiscale woon- en vestigingsplaats is ontstaan.

Doorslaggevend voor de vestigingsplaats van een lichaam is de plaats waar het lichaam *feitelijk* wordt geleid. Ook hier zien we dat formele criteria, zoals bijvoorbeeld de formele vestigingsplaats niet bepalend is. Onder 'feitelijke leiding' wordt in het algemeen de dagelijkse leiding verstaan. Het moet daarbij gaan om het bestuur, niet om de moedermaatschappij, aandeelhouders, toezichthouders of adviseurs.³ De plaats van feitelijke leiding is de plaats waar het orgaan, dat belast is met de leiding van het lichaam, feitelijk is gevestigd. Dit kan dus een andere plaats zijn dan de plaats waar de activiteiten van het lichaam plaatsvinden. Wanneer echter aannemelijk is dat de dagelijkse leiding niet wordt uitgeoefend door het bestuur, maar door een niet-officiële functionaris, is de plaats beslissend van waaruit die andere, werkelijke bestuurder de feitelijke leiding heeft.⁴

In de jurisprudentie komen we, buiten de plaats van feitelijke leiding, ook andere omstandigheden tegen. Deze omstandigheden zijn echter van bijkomstige aard en meer als hulpmiddel gebruikt om te bepalen waar de werkelijke leiding gevoerd wordt.⁵

Factoren die in de jurisprudentie aan de orde zijn geweest zijn:

- * de plaatsen waar bestuurders wonen en vergaderen;
- * de plaats van bedrijfsuitvoering;
- * de plaats waar de administratie wordt bijgehouden en de jaarrekening wordt opgemaakt;
- * de valuta waarin de financiële gegevens worden bijgehouden;
- * de plaats waar het vermogen zich bevindt;
- * de plaatsen waar aandeelhouders wonen en/of vergaderen;
- * de opvatting van de buitenlandse fiscus;
- * het oprichtingsrecht van het lichaam;

¹ Artikel 2.1, eerste lid, Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

² Artikel 2, eerste lid, Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

³ Tenzij de bemoeienis van deze partijen zodanig is dat van feitelijk bestuur sprake is.

⁴ HR 23 september 1993, BNB 1993/193.

⁵ Brood, E.A., *De vestigingsplaats van vennootschappen*, (FM nr. 48, Deventer: Kluwer 1989) pagina 145-146.

- * de statutaire zetel;
- * de inschrijving in het handelsregister.

Verschillende van deze factoren zijn van direct belang voor de bepaling van de plaats van de feitelijke leiding. Andere factoren, zoals bijvoorbeeld de laatste drie factoren van formele aard, zijn veel minder van belang voor de bepaling van de vestigingsplaats.

2.2 Subject versus object

Uit het voorgaande volgt dat de binnenlandse belastingplicht aansluit bij de hoedanigheid van het subject. Doorslaggevend is de vraag of de natuurlijk persoon of de rechtspersoon woonachtig respectievelijk gevestigd is in Nederland. We spreken hier ook wel over het domiciliebeginsel.

Ingeval er geen sprake is van een in Nederland woonachtige persoon of gevestigd lichaam maar er is wel sprake van Nederlands inkomen dan is sprake van buitenlandse belastingplicht. De desbetreffende natuurlijk persoon of rechtspersoon is belastingplichtig voor die inkomsten die in Nederland opkomen. De hoedanigheid van het object (inkomen) is hier doorslaggevend voor de bepaling van de heffingsbevoegdheid van Nederland. Dit wordt ook wel omschreven als het situs- of bronlandbeginsel.

In beide gevallen zien we overigens een directe relatie tussen de nationale heffingsbevoegdheid en het grondgebied. Voor de afbakening van binnenlandse en buitenlandse belastingplicht is dus de definitie van dit grondgebied van belang. De AWR geeft ons ook een definitie van het grondgebied Nederland: het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk, met dien verstande dat voor de heffing van de inkomstenbelasting, de loonbelasting, de vennootschapsbelasting en de assurantiebelasting Nederland tevens omvat de exclusieve economische zone van het Koninkrijk, bedoeld in artikel 1 van de Rijkswet instelling exclusieve economische zone, voorzover deze grenst aan de territoriale zee in Nederland.⁶ De exclusieve economische zone is een gebied buiten de kust van een staat waarbinnen deze staat een aantal rechten heeft zoals het recht van exploitatie van de aanwezige grondstoffen, het recht op visserij en recht op wetenschappelijk onderzoek.

Als we het belastingobject voor de buitenlandse belastingplicht nader beschouwen⁷ zien we dat het object bij de buitenlandse belastingplicht ruimer is dan bij de binnenlandse belastingplicht. Een buitenlandse belastingplichtige wordt niet alleen in de heffing betrokken voor zijn winst uit een Nederlandse onderneming (gedreven met behulp van een vaste inrichting/vaste vertegenwoordiger) maar onder omstandigheden ook voor bijvoorbeeld het belastbaar inkomen uit een aanmerkelijk belang en voor in Nederland gelegen onroerende zaken. Bij de buitenlandse belastingplicht moet dan ook onderscheid gemaakt worden tussen ondernemingsvermogen en niet ondernemingsvermogen.⁸

Wat nu in het geval dat er géén sprake is van een in Nederland woonachtige persoon of gevestigd lichaam én er is geen sprake van binnenlands inkomen? Zijn we dan als Nederland klaar? Er is immers geen directe band middels het subject (het subject is niet woonachtig/niet gevestigd) en er is geen directe band middels het object (er is geen binnenlands inkomen). Dit zou de logische conclusie zijn ware het niet dat we aanlopen tegen vestigingsplaatsficties.

2.3 Vestigingsplaatsficties

Voor een aantal bijzondere gevallen heeft de wetgever in afwijking van artikel 4, eerste lid, AWR de woonplaats/vestigingsplaats in heffingswetten door middel van fictiebepalingen geregeld. In

⁶ Artikel 2, derde lid, sub d, ten eerste, AWR.

⁷ Artikelen 17, 17a en 18 Wet Vpb.

⁸ De fictie van artikel 2, vijfde lid, Wet Vpb dat lichamen geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen is niet van toepassing.

deze gevallen zijn niet meer de feitelijke omstandigheden beslissend maar het in de specifieke bepaling aangegeven criterium.

Voor de inkomstenbelasting is een belangrijke fictiebepaling opgenomen in artikel 2.2 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: IB 2001).⁹ Voor de vennootschapsbelasting is er een belangrijke fictiebepaling opgenomen in artikel 2, vierde lid Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Een naar Nederlands recht opgericht lichaam wordt, voor de heffing van de vennootschapsbelasting, steeds geacht binnenlands belastingplichtig te zijn. De hoofdregel (plaats van feitelijke leiding) wordt hiermee opzijgezet. Het oprichtingsregime is in deze doorslaggevend.¹⁰ Een soortgelijke bepaling vinden we terug in de dividendbelasting.¹¹ In de Wet Vpb vinden we tot slot ook nog een afzonderlijke vestigingsplaatsfictie voor de Europese NV (SE) en de Europese CV (SCE). Deze fictie wordt hier verder niet behandeld.

De vestigingsplaatsfictie in artikel 2, vierde lid, Wet Vpb maakt inbreuk op het domiciliebeginsel. Het nationaliteitsbeginsel doet hier zijn intrede. De oorsprong van deze vestigingsplaatsfictie is terug te voeren naar de periode vóór WOII.¹² Met het oog op een mogelijke Duitse inval maakte de fictie het voor Nederlandse bedrijven mogelijk hun zetel naar een ander gebiedsdeel van het Koninkrijk te verplaatsen zonder ongewilde gevolgen zoals een gedwongen afrekening van fiscale en stille reserves. Aanvankelijk was de fictie meer niet opgenomen in het wetsvoorstel van de Wet Vpb 1969. Via de Wet op de Dividendbelasting 1965 is de vestigingsplaatsfictie toch weer in de vennootschapsbelasting opgenomen. Bij de dividendbelasting was de vestigingsplaatsfictie ingevoerd vanwege de vrees van de wetgever dat door emigratie van binnenlands belastingplichtige lichamen de heffing dividendbelasting over de uitdelingen van winst zou kunnen worden vermeden. Voor de vennootschapsbelasting achtte de wetgever uiteindelijk eenzelfde voorziening wenselijk omdat bij zetelverplaatsing het lichaam op zou houden uit de onderneming binnen Nederland belastbare winst te genieten. In dat geval zouden overigens wel alle fiscale en stille reserves van het lichaam in de belastingheffing moeten worden betrokken.¹³ Opname van de vestigingsplaatsficties vond de wetgever overigens niet bezwaarlijk omdat de gevolgen buiten gevallen van zetelverplaatsing praktisch van geringe betekenis waren.

Oorspronkelijk gold de vestigingsplaatsfictie voor de gehele wet vennootschapsbelasting. Daar is de wetgever inmiddels wel van teruggekomen. Door de oorspronkelijk ruime werking ontstonden niet voorziene en ongewenste gevolgen. Zo stond de Hoge Raad in 1988 toe dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, die feitelijk in het buitenland gevestigd was, met een beroep op de vestigingsplaatsfictie in een fiscale eenheid kon worden opgenomen.¹⁴ De

⁹ Zo worden Nederlanders werkzaam als diplomaat of consulaire vertegenwoordiger en het gezin steeds geacht in Nederland te wonen. Artikel 2.2, tweede en derde lid, Wet IB 2001.

¹⁰ Oprichtingsrecht heeft ook eerder in de jurisprudentie een rol gespeeld. Vergelijk HR 10 november 1943, B. nr 7736 inzake de winstbelasting, voor welke belasting de fictie betreffende de naar Nederlands recht opgerichte lichamen niet bestond: Belanghebbende, een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap, verhuurde Rijnschepen aan een derde in Duitsland. De directeur woonde in België. De contracten werden getekend door de in Nederland wonende procuratiehouder. Nu belanghebbende naar Nederlands recht was opgericht, zij haar zetel en kantoor in Nederland gevestigd had, haar schepen als Nederlandse schepen moesten worden aangemerkt en althans één der personen die haar vertegenwoordigden in Nederland gevestigd was, was zij in Nederland gevestigd. Niet de vraag wie de schepen gebruikte doch wie de leiding van belanghebbende naar rechten had, is van belang.

¹¹ Voor de dividendbelasting bepaalt artikel 1, derde lid Wet Dividendbelasting 1965 dat de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting rust op in Nederland gevestigde lichamen (hoofdregel) en op de vennootschap die is opgericht naar Nederlands recht (fictie).

¹² Op grond van de Wet van 26 april 1940 was het, met het oog op de 'huidige buitengewone omstandigheden' mogelijk de zetel van een NV over te brengen naar een ander gebiedsdeel van het Koninkrijk.

¹³ Destijds artikel 16 van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 jo artikel 6 Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942. Vandaag de dag kennen we voor de vennootschapsbelasting soortgelijke bepalingen in artikelen 15c en 15d Wet Vpb.

¹⁴ Nu A BV naar Nederlands recht is opgericht, wordt zij ingevolge art. 2, vierde lid, Wet VPB 1969 "voor de toepassing van deze wet (...) steeds geacht binnen het Rijk te zijn gevestigd" Ontstaansgeschiedenis noch strekking van de Wet bieden voldoende steun voor het oordeel dat art. 2, lid 4, — in afwijking van zijn bewoording — niet zou gelden voor de

wetgever heeft daarom de werking van de vestigingsplaatsfictie beperkt. In de wet is nu vastgelegd voor welke artikelen de fictie niet geldt.¹⁵

Wat zijn nu de gevolgen van de vestigingsplaatsfictie in artikel 2, vierde lid Wet Vpb?

In het geval dat het naar Nederlands recht opgerichte lichaam haar feitelijk leiding in het buitenland heeft, ontstaat er een dubbele vestigingsplaats en daarmee in potentie dubbele heffing.

Het buitenland zal de vennootschap immers meestal in de belastinggrondslag betrekken op grond van het feit dat de feitelijke leiding zich in dat land bevindt. Voor Nederland blijft de vennootschap, op grond van de vestigingsplaatsfictie, binnenlands belastingplichtig en daarmee belastingplichtig voor haar wereldwinst.

Als er tussen Nederland en het andere land een belastingverdrag is gesloten dan zal op basis van dat verdrag bepaald moeten worden waar de vestigingsplaats van de vennootschap zich bevindt. In de meeste verdragen is het woonplaatsartikel, art. 4, derde lid, OESO-Modelverdrag overgenomen dat bepaalt dat, een lichaam slechts daar gevestigd is waar zijn feitelijke leiding zich bevindt. Voor de toepassing van het verdrag zal Nederland derhalve moeten terugtreden. Nederland houdt nog slechts een beperkt heffingsrecht over, namelijk voorzover er inkomstenbronnen in Nederland zijn die door het verdrag aan Nederland worden toegewezen. Ingeval er geen belastingverdrag is zal er echter dubbele heffing blijven bestaan. De vennootschap kan dan nog terugvallen op het Besluit Voorkoming Dubbele Belasting 2001. Daar waar door de andere staat verschillende definities worden gebruikt blijft (door het ontbreken van een tie-breaker) het risico van dubbele heffing.

Met de meeste Europese lidstaten heeft Nederland belastingverdragen gesloten.¹⁶ De materiële werking van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb is op grond daarvan gering te noemen. Zo volgt ook uit HR 17 februari 1993, nr. 28.260, BNB 1994/163. Dit arrest betreft een B.V. die feitelijk in Ierland is gevestigd. Deze B.V. leidt (in Ierland) een verlies. Dit verlies wenst zij, met een beroep op de vestigingsplaatsfictie, in Nederland in aanmerking te nemen. De Hoge Raad is van oordeel dat dit niet mogelijk is aangezien de B.V. voor het verdrag een inwoner van Ierland is en de Ierse winst uitsluitend aan Ierland is toegewezen. Het Ierse verlies behoort derhalve niet tot de grondslag en komt niet in mindering op de (overige) belastbare winst.

De vestigingsplaatsfictie heeft echter buiten de vennootschapsbelasting ook andere gevolgen. Zo blijft de vennootschap aangifteplichtig. In HR 26 augustus 1998, nr. 33.867, BNB 1998/350 ging het om een besloten vennootschap die was geëmigreerd naar de Nederlandse Antillen. Zij diende een aangifte vennootschapsbelasting in waarop zij geen getallen maar streepjes invulde en waarbij zij geen jaarstukken meestuurde. De Hoge Raad overweegt dat de vennootschap op grond van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Dit rechtvaardigt uitreiking van een aangiftebiljet. De vennootschap was ook met inachtneming van artikel 34, tweede lid, BRK in Nederland - beperkt - belastingplichtige en gehouden opgave te doen van haar *gehele* winst. Daarbij kon zij aangeven in hoeverre haar binnenlandse belastingplicht ingevolge de BRK was beperkt.

De Staatssecretaris stelt in het Besluit CPP2000/3020, VN 2001/17.9:

“indien de werkelijke leiding van de vennootschap is verplaatst dienen ook na vertrek aangiftebiljetten te worden verzonden en volledig (dat wil zeggen inclusief jaarstukken en dergelijke) te worden ingevuld en teruggezonden.”

Samenvattend houdt het voorgaande in dat naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen, in tegenstelling tot naar buitenlands recht opgerichte lichamen, ook na emigratie en zelfs zonder inkomstenbronnen uit Nederland, gehouden zijn een volledige aangifte vennootschapsbelasting

toepassing van art. 15. HR 29 juni 1988, BNB 1988/331 (concl. A-G Verburg; m.nt. Slot).

¹⁵ Artikel 2, vierde lid Wet VPB 1969 werkt niet voor de artikelen 13 tot en met 13d, 13i tot en met 13k, 14a, 14b, 15 en 15a.

¹⁶ Uitzondering is Cyprus. Hiermee is geen belastingverdrag gesloten.

doen. Daarbij moeten zij onder de post "overige vrijgestelde winstbestanddelen" alle resultaten vermelden die niet aan Nederland zijn toegewezen.¹⁷ In het geval dat de geëmigreerde vennootschap geen Nederlandse bronnen meer heeft resulteert er een belastbare winst van nihil.

Met de volledige aangifteplicht komen ook de verzuimboete (wegens niet/niet tijdig verzoeken om toezending van een aangifte en/of bij niet/niet tijdige indiening van de aangifte) en de vergrijpboete (bij opzettelijke niet doen van aangifte en bij het opzettelijk een onjuiste of onvolledig aangifte doen) in beeld. De hierbij behorende boetes zijn niet mals. De verzuimboete kan oplopen tot € 4.920 als vaker wordt verzuimd. De vergrijpboete kan de boete oplopen tot 50% van de belasting die verzwegen is. In het geval de vennootschap geen Nederlandse inkomstenbronnen meer en er sprake is van een belastingverdrag met de andere staat dan zal die boete waarschijnlijk nihil bedragen. Er bestaat dan echter nog wel de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging van rechtspersoon en bestuurder. Ingeval er geen belastingverdrag is, zal de vennootschap worden aangeslagen voor haar wereldwinst en zal de boete 50% van de hieruit resulterende belasting bedragen.

¹⁷ De toelichting op de post "vrijgestelde winstbestanddelen" bij het elektronische aangiftebiljet vennootschapsbelasting 2012 luidt: "*Dual residency*

Het kan voorkomen dat een belastingplichtige op grond van regelingen van internationaal belastingrecht een dubbele vestigingsplaats (dual residence) heeft. In dat geval mag de Nederlandse Belastingdienst alleen die bestanddelen van de belastbare winst in de belastingheffing betrekken, die in het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan Nederland zijn toegewezen."

3. Zetelverplaatsing binnen de Unie

In dit hoofdstuk komen de grensoverschrijdende situaties binnen de Europese Unie aan bod. Na een korte schets van het Europese rechtskader en de verschillende leren binnen de Unie ga ik kort in op het beslisschema van het Hof van Justitie (hierna: HvJ) waarna ik in paragraaf 3.4 een overzicht van de jurisprudentie van het HvJ met betrekking tot zetelverplaatsingen zal geven. In de laatste paragraaf bespreek ik de gevolgen van deze jurisprudentie voor het vennootschapsrecht.

3.1 Het Europese rechtskader

De ondertekening van het Verdrag van Lissabon op 13 december 2007 waarbij de Europese Gemeenschap en de Europese Unie in elkaar opgingen heeft ook geleid tot een bredere doelstelling, neergelegd in artikel 3, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna VEU): “De Unie heeft als doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.”.

In het tweede lid biedt de Unie “haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen...”. De manier waarop dit wordt bereikt vinden we terug het derde lid: “De Unie brengt een interne markt tot stand”.

De interne markt wordt nader in artikel 26, tweede lid van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) omschreven als een “ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van de Verdragen.”.¹⁸

Wil een interne markt goed werken dan moeten versturende elementen weggenomen kunnen worden. De Unie heeft hiervoor twee instrumenten: beleidsintegratie (positieve wetgevingsmaatregelen middels harmonisatie en unificatie) en negatieve integratie (verbodsbepalingen).

In hoofdstuk 2 van Titel IV van het VWEU is in de artikelen 49 tot en met 55 meer specifiek de vrijheid van vestiging geregeld. Artikel 49 VWEU voor ondernemers/natuurlijk personen begint met de zin: “In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.”. Is sprake van een ondernemer/rechtspersoon dat komen we terecht in artikel 54 VWEU: “De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging hebben, worden ... gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.”.

Uit de passage “*in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat*” is te destilleren dat het rechtspersonenrecht een autonome aangelegenheid van de lidstaten is. De lidstaten bepalen zelfstandig de regels rondom de totstandkoming en het einde van een rechtspersoon.

3.2 Incorporatieleer en werkelijkzetelleer

Via artikel 49 VWEU heeft een rechtspersoon het recht om in een andere lidstaat een secundaire vestiging op te richten. Deze secundaire lidstaat mag geen discriminatie toepassen tussen binnenlandse en buitenlandse ondernemers. Er wordt echter niets gezegd over verplaatsing van de primaire vestiging ofwel verplaatsing van de (statutaire en/of werkelijke) zetel. Het zijn zoals gezegd de lidstaten zelf die zelfstandig de regels inzake leven en dood van de rechtspersoon bepalen. Hierdoor vertonen de rechtstelsels in Europa grote onderlinge verschillen. Grosso modo kunnen we echter twee stelsels of leren onderscheiden, namelijk de incorporatieleer en de werkelijkzetelleer. In artikel 54 VWEU wordt geen onderscheid naar stelsel gemaakt. Lidstaten

¹⁸ Met “Verdragen” worden het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bedoeld.

mogen dan ook geen onderscheid maken tussen beide stelsels.¹⁹

Bij de incorporatieleer blijft een rechtspersoon opgericht naar het recht van die lidstaat altijd onderworpen aan dat recht. Zelfs in het geval dat feitelijke leiding en alle activiteiten worden overgebracht naar een andere lidstaat, blijft deze rechtspersoon onderworpen aan het recht van de oprichtingsstaat. In Europa hanteren Nederland, Engeland en Ierland het incorporatiestelsel. Het werkelijkezetelstelsel gaat voor het toepasselijke recht niet uit van de oprichting maar sluit aan bij staat waar de werkelijke zetel (daadwerkelijke leiding) zich bevindt. Ingeval een rechtspersoon haar werkelijke zetel naar een andere lidstaat verplaatst zal dat vaak leiden tot liquidatie van rechtswege waardoor de rechtspersoon haar rechtspersoonlijkheid verliest. Onder andere België, Frankrijk en Luxemburg hanteren dit stelsel.

De verschillen tussen deze twee stelsels worden pas echt goed zichtbaar als de werkelijke zetel van een rechtspersoon zich niet (meer) in de oprichtingsstaat bevindt. De rechtspersoon opgericht naar het incorporatiestelsel behoudt zijn rechtspersoonlijkheid. Hierdoor loopt deze rechtspersoon wel het risico dat meerdere rechtstelsels tegelijkertijd van toepassing zijn. Een rechtspersoon opgericht naar het werkelijkezetelstelsel kan haar rechtspersoonlijkheid verliezen en loopt het risico dat geen enkel rechtstelsel meer van toepassing is. Verder moet nog onderscheid gemaakt worden tussen grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting. Bij zetelverplaatsing gaat het om de verplaatsing van de statutaire of werkelijke zetel van een rechtspersoon naar een andere lidstaat met behoud van haar rechtspersoonlijkheid en de toepassing van het oorspronkelijke vennootschappelijk recht. Bij omzetting gaat het om het afgooien van de oorspronkelijke rechtspersoonlijkheid en vennootschappelijk recht in ruil voor een nieuwe rechtspersoonlijkheid naar vennootschappelijk recht van een andere lidstaat. Daarvoor hoeft geen sprake te zijn van verplaatsing van de werkelijke zetel.

Op Europees niveau is ten aanzien van grensoverschrijdende zetelverplaatsing weinig geregeld. Slechts drie situaties, die hier verder inhoudelijk niet besproken zullen worden zijn tot nu toe geregeld:

- 1) de zetelverplaatsing van de SE. Statutaire en werkelijke zetel gaan gelijktijdig over. Recht van de lidstaat waar beide zetels zich bevinden is van toepassing. Deze regeling is civielrechtelijk van aard.²⁰
- 2) de zetelverplaatsing van de SCE. Ook hier gaan statutaire zetel en werkelijke zetel gelijktijdig over en is het recht van de lidstaat waar beide zetels zich bevinden van toepassing. Deze regeling is civielrechtelijk van aard.²¹
- 3) de grensoverschrijdende fusie. De Fusierichtlijn bevat zowel civielrechtelijke als fiscaal-rechtelijke elementen.²²

Het is verder aan de lidstaten zelf (bilateraal of multilateraal) zetelverplaatsingen te regelen voor niet alleen de civielrechtelijke aspecten maar ook eventueel de fiscaalrechtelijke aspecten (zie bijvoorbeeld de hierboven aangehaalde Fusierichtlijn). Tot op heden zijn er geen nieuwe Europeesrechtelijke regeling rondom zetelverplaatsing getroffen.

3.3 Het Hof van Justitie

Het uitblijven van positieve integratie leidt automatisch tot toename van negatieve integratie. Aan de hand van een beslissingsschema dat het HvJ door de jaren heen heeft ontwikkeld, beslist het HvJ of een nationale maatregel in strijd is met de fundamentele vrijheden uit het VWEU. Het beslismodel loopt langs vijf vragen:

¹⁹ Arrest HvJ inzake Daily Mail (C-81/87): De verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknopng en de vraag of, en zo ja, hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar nationaal recht opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, zijn vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden.

²⁰ Verordening 2157/2001.

²¹ Verordening 1435/2003.

²² Fusierichtlijn 2005/56.

1. Heeft belanghebbende toegang tot het VWEU?
2. Is er sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VWEU?
3. Kan een rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd voor deze beperking?
4. Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
5. Is de beperkende maatregel proportioneel?

Het recht is in deze verwoord in artikel 49 VWEU. Het Hof van Justitie toetst op het moment dat binnenlandse en grensoverschrijdende situaties verschillend worden behandeld de nationale regelingen op strijdigheid binnen de kaders van het verdrag.

Een maatregel vormt een beperking op het moment dat de grensoverschrijdend situatie ongunstiger wordt behandeld dan de (gelijke) binnenlandse situatie. De ongunstiger behandeling kan voortvloeien uit een onderscheid dat rechtens wordt gemaakt (bijvoorbeeld op basis van nationaliteit) of een onderscheid dat in feite bestaat. Dan is sprake van een maatregel die rechtens zonder onderscheid geldt voor de binnenlandse en de grensoverschrijdende situatie, maar de grensoverschrijdende situatie desalniettemin (meer) belemmert.

Als geconstateerd wordt dat een maatregel belemmerend is komt de vraag aan de orde of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond zoals opgenomen in het EG-verdrag of door een dwingende reden van algemeen belang (ook wel rule of reason genoemd). Getoetst wordt of de maatregel geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken en of de maatregel niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel (proportionaliteitstoets).

In de volgende paragraaf zal een overzicht worden gegeven van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het terrein van grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

3.4 Zetelverplaatsing in de jurisprudentie van het Hof van Justitie

Daily Mail (C-81/87) 1988

Daily Mail, een Britse vennootschap, wilde haar werkelijke zetel verplaatsen naar Nederland. De reden hiervoor was louter fiscaal. Vermogenswinsten op belangen in deelnemingen die in het Verenigd Koninkrijk belast waren, konden, na verplaatsing, in Nederland via de deelnemingsvrijstelling onbelast genoten worden. Vennootschappen gevestigd in het Verenigd Koninkrijk die hun feitelijke leiding naar een ander land verplaatsten waren naar nationaal recht niet onderworpen aan een exitheffing. Voor de verplaatsing was echter wel goedkeuring nodig van de Britse fiscus. Deze stond de verplaatsing van de werkelijke zetel van Daily Mail alleen maar toe als er afgerekend werd over de desbetreffende vermogenswinsten.

Feitelijk was in casu dus wel sprake van een exitheffing. Het HvJ gaat er in Daily Mail ten onrechte van uit dat behoud van de rechtspersoonlijkheid gekoppeld is aan deze exitheffing. De vennootschap blijft echter, ook zonder de bewuste toestemming (en feitelijke exitheffing) bestaan daar het Verenigd Koninkrijk de incorporatieleer hanteert. Het HvJ volgt in Daily Mail de lijn van het vennootschapsrecht. Rechtspersonen worden tot stand gebracht op grond van nationale wetgeving van de lidstaten. Dit is geen zaak van de Europese Unie. Het HvJ concludeert dat artikelen inzake het recht op vrije vestiging (thans artikel 49 VWEU) van het "Verdrag niet aldus worden uitgelegd, dat zijn naar het recht van een Lid-Staat opgerichte vennootschappen het recht geven, hun centrale bestuurszetel en hun operationele bestuurscentrum naar een andere Lid-Staat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste Lid-Staat" (r.o. 24). Het HvJ komt tot de conclusie dat de vertrekstaat belemmeringen mag opwerpen zonder dat deze getoetst kunnen worden.

Deze lijn wordt door het HvJ voorgezet in de arresten Centros (C-212/97) 1999, Überseering (C-208/00) 2002 en Inspire Art (C-167/01) 2003. Het ging in geen van deze drie arresten om grensoverschrijdende zetelverplaatsing maar om het openen van filialen. Verder ging het hier ook niet om vertrekbeperkingen maar om ontvangstbeperkingen. De lijn dat slechts lidstaten zelf beschikken over leven en dood van een rechtspersoon komt echter ook in deze jurisprudentie tot uitdrukking.

Cartesio (C-210/06) 2008

De Hongaarse vennootschap Cartesio wil haar werkelijke zetel verplaatsen naar Italië. Hongarije kent het werkelijkzetelstelsel waardoor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing leidt tot liquidatie van de vennootschap, met (automatisch) fiscale eindafrekening als gevolg. Cartesio wilde deze eindafrekening voorkomen en diende daartoe een verzoek in bij de handelsrechtbank in Hongarije om ingeschreven te mogen blijven in Hongarije. Dit verzoek wordt afgewezen.

Het HvJ volgt wederom de lijn van Daily Mail. Cartesio kan niet met een beroep op het vrije vestigingsrecht van Hongarije verlangen dat het Hongaarse vennootschapsrecht van toepassing zou blijven. Hongarije is vrij om haar werkelijkzetelstelsel te blijven voortzetten.

De verrassing van het arrest Cartesio en de doorbraak ten opzichte van Daily Mail volgt in de ten overvloede door het HvJ gegeven overweging. Hongarije hoefde weliswaar Cartesio niet toe te staan dat zij ondanks de verplaatsing van de werkelijke zetel naar Italië als Hongaarse vennootschap kon voortbestaan, maar moest Cartesio wel de mogelijkheid bieden zich zonder ontbinding om te zetten in een Italiaanse rechtsvorm in het geval Italië deze omvorming met behoud van haar bestaan als vennootschap zou aanvaarden. Cartesio had hier in de procedure helemaal niet om gevraagd. Het HvJ oordeelt dat artikel 43 VWEU (huidige artikel 49 VWEU) in deze gevallen dus wél werking heeft. Verder opent Cartesio de deur naar toetsing van fiscale regelgeving aan het recht op vrije vestiging (r.o. 111-113, zie hieronder paragraaf 4.1).

Vale (C-378/10) 2012

Een naar Italiaans recht opgerichte vennootschap Vale Construzione Srl heeft haar zetel en activiteiten verplaatst naar Hongarije. Ze verzoekt om inschrijving in het Hongaarse handelsregister onder de naam Vale Építési kft met de vermelding dat Vale Construzione Srl de rechtsvoorganger is van de kft. Dit wordt geweigerd omdat het op grond van Hongaarse wetgeving niet mogelijk is een niet-Hongaarse vennootschap als rechtsvoorganger te doen vastleggen.

Het HvJ verwijst allereerst naar het arrest Sevic (C-411/03) uit 2005. In dit arrest heeft het HvJ geoordeeld dat omzettingen van vennootschappen in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.

Het HvJ beslist daarna dat de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet, niet op algemene wijze toestaat dat een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten. (r.o. 41). Hongarije is hiertoe echter slechts verplicht indien Italië de uitreis en de omzetting van de Italiaanse vennootschap in een Hongaarse rechtsvorm toelaat.

De artikelen 49 en 54 VWEU moeten in het kader van een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap aldus worden uitgelegd dat de lidstaat van ontvangst gerechtigd is het voor deze verrichting relevante nationale recht te bepalen en aldus bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de oprichting en de werking van een vennootschap regelen, zoals de vereisten inzake het opstellen van een balans en een inventaris van de activa. Niettemin verzetten het gelijkwaardigheidsbeginsel respectievelijk het doeltreffendheidsbeginsel zich ertegen dat de lidstaat van ontvangst:

- voor grensoverschrijdende omzettingen weigert om de vennootschap die de omzetting heeft gevraagd te vermelden als "rechtsvoorgangster" indien een dergelijke vermelding van de rechtsvoorgangster in het handelsregister wel is voorzien voor binnenlandse omzettingen, en
- weigert om tijdens de inschrijvingsprocedure van de vennootschap naar behoren rekening te houden met de van de autoriteiten van de lidstaat van oorsprong afkomstige documenten.

3.5 Vennootschappelijke gevolgen

De in de vorige paragraaf aangehaalde jurisprudentie is gewezen op het gebied van vennootschapsrecht. Hieronder wordt voor de verschillende situaties de gevolgen van deze jurisprudentie besproken.

Zetelverplaatsing van werkelijkezetelstaat naar werkelijkezetelstaat

Zetelverplaatsing uit een werkelijkezetelstaat zonder wisseling van recht is niet mogelijk (Cartesio). De vertrekstaat hoeft niet toe te staan dat na de verplaatsing de oorspronkelijke rechtsvorm blijft bestaan. De ontvangststaat zal echter in het algemeen omwisseling toestaan en in casu het lichaam met behulp van haar eigen vennootschappelijke regels rechtspersoonlijkheid verlenen.

Zetelverplaatsing van werkelijkezetelstaat naar incorporatiestaat

De ontvangststaat zal kijken naar de bij oprichting van de rechtspersoon toepasselijk recht in het algemeen geen omwisseling toestaan. Cartesio speelt derhalve geen rol. De vertrekstaat zal echter in het algemeen een omwisseling wel toestaan. Met een beroep op Vale zal de ontvangststaat moeten toestaan dat een vennootschap zich met behoud van rechtspersoonlijkheid in een rechtspersoonvorm van de ontvangststaat kan omzetten.

Zetelverplaatsing van incorporatiestaat naar werkelijkezetelstaat

Vennootschappen afkomstig uit een land met het incorporatiestelsel kunnen zich met behoud van rechtspersoonlijkheid omvormen in een rechtsvorm van een land met werkelijkezetelsstelsel op het moment dat de werkelijke zetel naar dat land wordt verplaatst indien dat land de omwisseling toestaan (Cartesio).

Daar werkelijkzetelstaten in het algemeen omwisseling toe zullen staan kunnen vennootschappen uit een incorporatiestaat op grond van Cartesio hun rechtspersoonlijkheid van de oprichtingsstaat van zich af schudden en slechts aan het vennootschapsrecht van de ontvangststaat onderworpen zijn.

Deze vennootschappen hebben vreemd genoeg ook een tweede mogelijkheid. Op grond van Überseering kunnen ze zich op het standpunt stellen dat de ontvangststaat deze vennootschappen niet aan het eigen vennootschapsrecht mag onderwerpen maar de rechtspersoonlijkheid van de oprichtingsstaat moet erkennen.

Zetelverplaatsing van incorporatiestaat naar incorporatiestaat

De ontvangststaat noch de vertrekstaat zullen in het algemeen een omwisseling van de nationaliteit toestaan.²³ Hierdoor zal enerzijds niet aan de in Cartesio geformuleerde eis zijn voldaan zodat de vertrekstaat niet zal worden verplicht om een nationaliteitswisseling toe te staan. Anderzijds zal niet voldaan zijn aan de in Vale geformuleerde regel zodat ook de ontvangststaat niet kan worden gedwongen een nationaliteitswisseling toe te staan.²⁴

²³ Italië is een uitzondering. Het past voor binnenlandse vennootschappen het incorporatiestelsel toe maar verplicht buitenlandse rechtsvormen, die hun werkelijke zetel in Italië hebben, zich om te vormen in een Italiaanse rechtsvorm.

²⁴ Wederom is Italië de uitzondering. Zie de bespreking van het arrest Vale in paragraaf 3.4.

4. Zetelverplaatsing en fiscale souvereiniteit

Voor we in het volgende hoofdstuk overgaan tot de behandeling van de hoofdvraag moet eerst nog de vraag worden beantwoord of fiscale regelgeving getoetst kan worden aan fiscale regelgeving. Bij een negatief antwoord komen we immers niet meer aan de hoofdvraag toe.

4.1 Fiscale regelgeving te toetsen aan EU-recht?

De toetsing van fiscale regelgeving aan de vrije verkeer regel is niet van meet af aan toegepast. Met Cartesio leek toetsing van fiscale regelgeving aan het recht op vrije vestiging een stuk dichterbij te komen.

Het HvJ oordeelde in de rechtsoverwegingen 111-113:

“Een dergelijk geval van verplaatsing van de zetel van een volgens het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap naar een andere lidstaat zonder verandering van het recht waaronder zij valt, moet echter onderscheiden worden van het geval van de verplaatsing van een onder het recht van een lidstaat vallende vennootschap naar een andere lidstaat mét verandering van het toepasselijke nationale recht, waarbij de vennootschap wordt omgezet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht waar zij naartoe is verplaatst. In dit laatste geval kan de in punt 110 van het onderhavige arrest genoemde bevoegdheid, die beslist niet een immuniteit van de nationale wetgeving op het gebied van de oprichting en ontbinding van vennootschappen ten aanzien van verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging impliceert, er in het bijzonder geen rechtvaardiging voor vormen dat de lidstaat van oprichting, door de ontbinding en liquidatie van deze vennootschap te vereisen, haar belet zich om te zetten in een vennootschap naar nationaal recht van die andere lidstaat voor zover diens recht dit toestaat. Deze belemmering voor de feitelijke omzetting van een dergelijke vennootschap zonder voorafgaande ontbinding en liquidatie, in een vennootschap volgens het nationale recht van de lidstaat waar zij zich toe wenst te verplaatsen, zou wel een beperking van de vrijheid van vestiging van de betrokken vennootschap vormen, welke krachtens artikel 43 EG verboden is, tenzij zij wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.”

De ontbinding en liquidatie leidde in casu automatisch tot een exitheffing. Door de eis van ontbinding en liquidatie te leggen langs het recht van vrije vestiging komt ook de direct daaruit voortvloeiende exitheffing in het vizier van het recht van vrije vestiging. Als eenmaal geconcludeerd kan worden dat dergelijke emigratieheffingen kunnen worden getoetst komt ook andere fiscale regelgeving, zoals in ons geval de vestigingsplaatsfictie, binnen de reikwijdte van het recht van vrije vestiging.

4.2 National Grid Indus

Fiscale zetelverplaatsing en toepassing van artikel 43 kwam aan de orde in National Grid Indus (C-371/10) in 2011.

National Grid Indus BV is een dochtermaatschappij van A Ltd die gevestigd is in het Verenigd Koninkrijk. A Ltd draagt een vordering in pond over aan haar dochter National Grid Indus BV. Enige tijd daarna worden de aandelen Nationaal Grid Indus BV ingebracht in D BV en wordt een fiscale eenheid tot stand gebracht. Het boekjaar loopt van 1 april t/m 31 maart. Op 7 december 2000 wordt besloten tot verplaatsing van de werkelijke zetel naar London. Op 21 maart 2001 verkoopt D BV haar aandelen National Grid Indus BV aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap E Ltd wat leidt tot verbreking van de fiscale eenheid met ingang van het boekjaar, 1 april 2000.²⁵

²⁵ In de casus worden verschillende keren de boekjaren gewijzigd om eerder verbreking van de fiscale eenheid naar de datum voor zetelverplaatsing te voorkomen. De boekjaarwijzigingen kunnen echter op grond van fraus legis worden genegeerd waardoor National Grid Indus BV vanaf 1 april 2000 weer zelfstandig belastingplichtig is.

Vraag is of de eindafrekening (in dit geval het koersresultaat) op grond van artikel 16 Wet IB 1964 strijdig is met de vrijheid van vestiging. In Nederland zou immers de verplaatsing van de werkelijke leiding niet tot een belastingheffing over de niet gerealiseerde koersresultaten hebben geleid.

De inspecteur is, in de lijn van Daily Mail, van mening dat zetelverplaatsing niet onder de vrijheid van vestiging valt en dat alle nationaalrechtelijke belemmeringen van het primaire vestigingsrecht, ook fiscale, zijn toegestaan.

Het HvJ is van oordeel dat een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, zonder dat deze verplaatsing haar hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat aantast, zich op artikel 49 VWEU kan beroepen om de rechtmatigheid van een door de eerste lidstaat aan haar opgelegde heffing bij genoemde zetelverplaatsing aan de orde te stellen.

Verder oordeelt het HvJ ten aanzien van artikel 49 VWEU dat:

“het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat krachtens welke het bedrag van heffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap definitief worden vastgesteld – zonder eventuele later optredende waardeverminderingen of meerwaarden in aanmerking te nemen – op het moment waarop de vennootschap, wegens verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat, ophoudt in de eerste lidstaat belastbare winst te genieten; het is in dat verband onverschillig dat de belaste latente meerwaarden betrekking hebben op valutawinsten die in de lidstaat van ontvangst niet tot uitdrukking kunnen komen, gelet op het daar geldende belastingregime;

het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die de onmiddellijke invordering voorschrijft van de heffing van latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, op het moment zelf van genoemde verplaatsing.”

Als we National Grid Indus vergelijken met Daily Mail dan zien we dat de casus in essentie gelijk is. Toch beslist het HvJ totaal verschillend. Daar waar in Daily Mail (en ook later in Cartesio) wordt geoordeeld dat verplaatsing van de werkelijke zetel vanuit een lidstaat (ongeachte het feit of er sprake is van een incorporatiestelsel of werkelijkezetelstelsel) onder (het huidige) artikel 54 VWEU valt, overweegt het HvJ in National Grid Indus BV dat (het huidige) artikel 49 VWEU van toepassing is. De onderbouwing hiervoor is echter onduidelijk waardoor het de vraag blijft of Daily Mail is achterhaald.

Eenmaal de poort van artikel 49 VWEU gepasseerd is het wel duidelijk dat ten aanzien van deze exitheffing sprake is van een belemmering. Vergeleken met een vennootschap die haar bestuurszetel in Nederland verplaatst is er immers sprake van een liquiditeitsnadeel. De behandeling loopt daarna conform de lijn zoals die reeds eerder bij exitheffingen in a.b.-situaties door het HvJ is uitgezet in de arresten

De Lasteyrie (C-9/02) in 2004 en N (C-470/04) in 2006. De belemmering is gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. In afwijking van de N-zaak oordeelt het HvJ het bij National Grid Indus niet onevenredig om met latere waardeverminderingen geen rekening te houden. Het proportionaliteitsbeginsel vereist tot slot dat de belastingschuldige de mogelijkheid heeft van een keuze tussen onmiddellijke betaling van de exitheffing dan wel uitgestelde betaling tot het moment van realisatie van de activa. In het laatste geval mag de lidstaat een rentevergoeding eisen. Bovendien mogen vanwege het risico van niet-invordering van de heffing volgens het HvJ ook zekerheden, zoals het stellen van een bankgarantie, worden verlangd.

5. De Nederlandse vestigingsplaatsfictie in Europees perspectief

Nadat in hoofdstuk 3 de door het HvJ geformuleerde regels voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing zijn behandeld en we in hoofdstuk 4 hebben gezien dat ook fiscale regelgeving aan het recht van vrije vestiging getoetst kan worden ga ik in dit hoofdstuk in op de hoofdvraag: Vormt artikel 2, vierde lid, Wet Vpb een ongeoorloofde belemmering strijdig met artikel 49 VWEU?

5.1 Is er sprake van een belemmering?

Het aansluiten bij de oprichting naar Nederlands recht voor de vraag of een vennootschap fiscaal is onderworpen, zoals in artikel 2, vierde lid Wet Vpb, is vergelijkbaar met de werking van het incorporatiestelsel. Die landen die voor fiscale onderworpenheid aansluiten bij de plaats van feitelijke leiding tonen duidelijke overeenkomst met het werkelijkezetelstelsel.

Fiscale dual residence wijkt niet veel af van de civielrechtelijke dual residence. Dubbele onderworpenheid, of dat nu op fiscaalrechtelijk gebied is of op vennootschapsrechtelijk gebied, vormt een belemmering voor de uitoefening van het vrije vestigingsrecht.²⁶ In paragraaf 3.5 is voor verschillende situaties de gevolgen van de jurisprudentie van het HvJ besproken. In bijna alle gevallen van grensoverschrijdende zetelverplaatsing lijkt de lidstaat met het incorporatiestelsel terug te moeten treden. Alleen bij zetelverplaatsingen tussen twee landen met een incorporatiestelsel geeft de jurisprudentie geen uitsluitel.

Is deze lijn een op een door te trekken naar de fiscale dual residence binnen de Unie? Zoals reeds in paragraaf 2.3 opgemerkt zal het materiële belang gering zijn daar de onderlinge heffingsbevoegdheid door belastingverdragen veelal verdeeld zal zijn. De belemmering (dubbele heffing) zal daardoor over het algemeen weggenomen zijn. Hoe staat het echter met aangifteplicht die uit artikel 2, vierde lid Wet Vpb voortvloeit. Vormt zij nog een belemmering?

Omdat artikel 2, vierde lid Wet Vpb aangrijpt bij een naar Nederlands opgerichte vennootschap beperk ik tot twee situaties:

- een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap verplaatst haar zetel van Nederland naar een land met de werkelijkezetelleer;
- een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap verplaatst haar zetel van Nederland naar een land met de incorporatieleer.

1. Vertrek naar werkelijkezetelstaat

Er ontstaat dubbele onderworpenheid. De vestigingsfictie zorgt in Nederland voor binnenlandse belastingplicht. De vennootschap moet haar wereldwinst aangeven. De werkelijkezetelstaat zal op grond van het feit dat de werkelijke leiding in haar land is gevestigd de vennootschap ook willen belasten. Als er een verdrag is, die de onderlinge heffingsbevoegdheid verdeeld, is de belemmering van dubbele heffing weggenomen.²⁷ De vennootschap blijft zoals gezegd aangifteplichtig. Is dat een belemmering?

Als de vennootschap nog inkomstenbronnen heeft in Nederland zal geen sprake zijn van een belemmering. Of de vennootschap nu aangifte moet doen als fictieve binnenlands belastingplichtige of als buitenlands belastingplichtige zal uiteindelijk weinig uitmaken.

Als de vennootschap echter geen inkomstenbronnen meer heeft in Nederland is wel sprake van een belemmering. De Nederlandse vennootschap kan alleen aan de werking van de

²⁶ In deze verhandeling wordt er van uitgegaan dat geen sprake is van een dispariteit. In geval sprake is van een dispariteit kan een dergelijke belemmering niet weggenomen worden.

²⁷ In potentie blijft dubbele heffing mogelijk namelijk in geval sprake is dispariteit.

vestigingsplaatsfictie ontsnappen door met een beroep op Cartesio over te gaan tot ontbinding en heroprichting naar het recht van het andere land. Dit is een belemmering in strijd met artikel 49 VWEU. Überseering is in dit geval niet toepasbaar daar een beroep op wederzijdse erkenning voor de directe belastingen door het HvJ niet doorgetrokken is.²⁸

2. Vertrek naar een incorporatiestaat

Er ontstaat dubbele onderworpenheid. De vestigingsfictie zorgt in Nederland voor binnenlandse belastingplicht. De vennootschap moet haar wereldwinst aangeven. De incorporatiestaat zal op grond van het feit dat er inkomsten in haar land gegenereerd worden de vennootschap in de heffing betrekken. Als er een verdrag is, die de onderlinge heffingsbevoegdheid verdeelt, is de belemmering van dubbele heffing weggenomen. In die zin loopt het verhaal gelijk aan de situatie onder 1. De vennootschap blijft ook hier aangifteplichtig. Is dat in deze situatie belemmering?

Ook hier zal ingeval de vennootschap ook inkomstenbronnen heeft in Nederland geen sprake zijn van een belemmering. Ook in situatie dat de vennootschap geen inkomstenbronnen meer heeft in Nederland zal sprake zijn van een belemmering. De huidige jurisprudentie biedt daar echter geen oplossing voor. Er zal immers niet voldaan zijn aan de in Cartesio geformuleerde eis en ook niet aan de in Vale geformuleerde regel.

5.2 Is er een rechtvaardigingsgrond?

Evenals bij de exitheffingen zou je kunnen aanvoeren dat de belemmering gerechtvaardigd is met het oog op claimbehoud en fiscale coherentie.

Het Hof Amsterdam oordeelde in de zaak National Grid Indus.²⁹

“...de verplichting tot indiening van een belastingaangifte in Nederland, welke noodzakelijk is voor de vaststelling van de naar Nederlandse maatstaven te berekenen eindafrekeningswinst, een administratieve verplichting vormt die mogelijk de uitoefening van de fundamentele vrijheden door de betrokken belastingplichtige kan belemmeren, maar die, in het bijzonder gelet op het legitieme doel van verdeling van de heffingsbevoegdheid ten behoeve van onder meer de afschaffing van dubbele belasting tussen de lidstaten (vgl. het arrest in de N-zaak, punt 49, niet als onevenredig beschouwd.”

Is de voortdurende aangifteplicht na vaststellen van die eindafrekeningswinst daarmee ook gerechtvaardigd? Naar mijn mening niet. Als de werkelijke leiding is verplaatst, de eindafrekeningwinst is bepaald en er verder geen Nederlandse bronnen van inkomen zijn leidt de vestigingsplaatsfictie door de daaraan gekoppelde aangifteplicht tot een administratieve lastenverzwaring die de vennootschap belemmert in haar recht van vrije vestiging waarvoor geen rechtvaardiging meer bestaat. De heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten is immers al verdeeld. Voor het claimbehoud is geen aangifte plus jaarstukken nodig. Een simpele opgave van de vennootschap is hiervoor voldoende.^{30 31}

Ingeval de Nederlandse vennootschap zich met behulp van Cartesio omgevormd heeft tot een buitenlandse rechtsvorm is er überhaupt geen aanknopingspunt meer voor toepassing van de

²⁸ Kerckhaert-Morres C-513/04; Damseaux C-128/08

²⁹ Hof Amsterdam, 15 juli 2010, kenmerk Po8/00135 (National Grid Indus), V-N 2010/35.6

³⁰ In gelijke zin Van Arendonk, National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ?, paragraaf 8: “Het uitstel eindigt indien sprake is van realisatie. Om dit te kunnen vaststellen dient belastingschuldige eenmaal per kalenderjaar aan de ontvanger een overzicht te verstrekken van de niet-gerealiseerde vermogensbestanddelen. Dit kan ook plaatsvinden op basis van de eindbalans bij emigratie geactualiseerd naar het betreffende kalenderjaar.”

³¹ In andere zin: Besluit staatsecretaris van Financiën 6 maart 2001, CPP2000/3020:

“Aangifteplicht

indien de werkelijke leiding van de vennootschap is verplaatst dienen ook na vertrek aangiftebiljetten te worden verzonden en volledig (dat wil zeggen inclusief jaarstukken en dergelijk) te worden ingevuld en teruggezonden.”

vestigingsplaatsfictie.³² De eindafrekening is vastgesteld. Er zijn schrijvers die menen dat de vestigingsplaatsfictie ook van toepassing blijft op omgezette rechtspersonen.³³ Mocht deze stelling juist zijn is evenals hierboven gesteld sprake van een ongerechtvaardigde belemmering.

Biedt Van Hilten-van der Heijden C-513/03 hier nog uitkomst? Van Hilten-van der Heijden bezat de Nederlandse nationaliteit en woonde tot 1988 in Nederland. Vervolgens woonde ze in België en vanaf 1991 in Zwitserland. Ze overleed in 1997 en liet onroerende zaken in Nederland, België en Zwitserland en ter belegging gehouden effecten. Op grond van de Nederlandse successiewetgeving wordt de nalatenschap van een Nederlandse onderdaan die is overleden binnen tien jaar nadat hij/zij Nederland metterwoon heeft verlaten, belast alsof hij/zij nog woonachtig is in Nederland. De vraag was of deze nationale regeling in strijd was met het vrije verkeer van kapitaal. Het HvJ concludeert in rechtsoverweging 51:

“...dat het zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde, krachtens welke de nalatenschap van een onderdaan van die lidstaat die is overleden binnen tien jaar nadat hij die lidstaat metterwoon heeft verlaten, wordt belast alsof die onderdaan in diezelfde staat was blijven wonen, maar onder aftrek van de door andere staten geheven successierechten.” Is deze rechtsoverweging wellicht toe te passen op de vestigingsplaatsfictie?

Ik ben van mening dat dit arrest geen uitkomst biedt. Het HvJ oordeelde in rechtsoverweging 45 dat de bewuste regeling in de Successiewet geen beperking vormt van het kapitaalverkeer. De emigratie ging niet gepaard met kapitaalbewegingen (alle vermogen bleef waar het was) en had geen effect op de feitelijke onderworpenheid. Had de emigratie wél geleid tot kapitaalverplaatsing (en dus kapitaalverkeer) dan was een eventuele belemmering opgeheven door de voorkoming die Nederland zou geven. De vestigingsplaatsfictie in artikel 2, vierde lid Wet Vpb leidt in combinatie met emigratie wel direct tot een belemmering strijdig met een van de door de Unie gewaarborgde vrijheden (zie hierboven paragraaf 5.1). Deze belemmering (dubbele aangifteplicht) wordt bovendien niet weggenomen. Deze regeling verzet zich dus wel degelijk tegen in dit geval artikel 49 VWEU.

In geval er in Nederland nog wel inkomstenbronnen zijn na zetelverplaatsing is er geen sprake van een belemmering. Zelfs in het geval je toch tot een belemmering zou concluderen dan is er naar mijn mening sprake van een gerechtvaardigde belemmering. In dat geval is in de lijn van Hof Amsterdam in National Grid Indus immers sprake van een legitiem doel (verdeling van heffingsbevoegdheid ten behoeve van de afschaffing van dubbele belasting) welke als niet onevenredig kan worden beschouwd.

De conclusie is dat artikel 2, vierde lid Wet Vpb 1969 in bepaalde situaties een beperking van het recht op vrije vestiging vormt welke niet gerechtvaardigd wordt door een algemeen belang.

5.3 Toekomst?

Nog steeds is in Nederland geen kader gegeven voor zetelverplaatsing. Praktisch wordt een en ander opgelost middels een statutenwijziging waarbij de statutaire zetel wordt overgebracht naar het buitenland en dit samenvalt met nieuwe statuten en acceptatie van het buitenland.³⁴

Inmiddels heeft de Commissie vennootschapsrecht (deze commissie is een adviesorgaan van de minister van Justitie) naar aanleiding van het Cartesio-arrest een initiatiefwetsvoorstel inzake de grensoverschrijdende omzetting gedaan. In dit wetsvoorstel geeft de Commissie aan onder welke voorwaarden en hoe de regelgeving zou moeten luiden in het geval van grensoverschrijdende omzetting. Hierbij worden zowel de grensoverschrijdende omzetting in een Nederlandse vennootschap door een buitenlandse vennootschap (inbound) als de

³² In gelijk zin Bellingwout: Cartesio; mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, WFR 2009/217, punt 8 en Van Gelder: De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal al geregeld? WFR 2012/3, punt 5.2.

³³ Van den Streek, J.L., Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief, TFO 2009/102, onderdeel 8.2

³⁴ Bellingwout en Koerts, Cartesio, drie jaar later, WFR 6935, par. 3.6.1.

grensoverschrijdende omzetting van een Nederlandse vennootschap in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat (outbound) geregeld. In het wetsvoorstel worden echter de vestigingsplaatsficties niet meegenomen. Hierdoor blijft onduidelijk of deze nog van toepassing blijven na een outboundomzetting.³⁵

Ook de Europese wetgever lijkt initiatieven te ontplooiën met betrekking tot het opstellen van wetgeving op dit terrein. Het Europese Parlement heeft in februari 2012 middels een resolutie de Europese Commissie verzocht een voorstel in te dienen voor een nieuwe Veertiende Richtlijn betreffende grensoverschrijdende verplaatsing van de zetel. Het oorspronkelijke voorstel voor de Veertiende Richtlijn heeft de eindstreep niet gehaald. Er zijn inmiddels vijf jaren verstreken na Cartesio. Hopelijk verstrijken er niet nogmaals vijf jaren na Vale en krijgen we eerder duidelijkheid op het gebied van grensoverschrijdende zetelverplaatsing.

Moet artikel 2, vierde lid, Wet Vpb nu geschrapt worden uit de Wet Vpb? Binnen EU-verband zou schrappen van deze bepaling geen grote gevolgen hebben. De verdeling van de heffingsbevoegdheden zijn met de meeste lidstaten immers geregeld middels verdragen. Ingeval er na zetelverplaatsing inkomstenbronnen overblijven in Nederland blijft Nederland (ook na omzetting) heffingsbevoegd en zal de vennootschap behandeld worden als een buitenlands belastingplichtige (zie paragraaf 2.2).

Buiten EU-verband (lees in die gevallen dat er geen verdrag is, dan wel geen tie-breaker) is artikel 2, vierde lid, Wet Vpb echter extra handvat om heffingsbevoegdheid veilig te stellen. Wellicht dat de oplossing ligt in een beperking van de werking van artikel 2, vierde lid Wet Vpb tot niet EU-landen.

³⁵ Van Gelder, De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal nu beter geregeld?, WFR 2013/308.

6. Samenvatting en conclusie

Lange tijd heeft het HvJ zich onthouden van toetsing van vennootschapsrecht aan het recht op vrije vestiging. In Daily Mail oordeelde het HvJ dat rechtspersonen tot stand worden gebracht op grond van nationale wetgeving van de lidstaten waarbij geen rol is weggelegd voor de Europese Unie. Het duurde tien jaar voordat de eerste barst in deze regel kwam.

Deze eerste barst kwam met het arrest Cartesio. In een ten overvloede gegeven overweging oordeelt het HvJ dat de vertrekstaat de vennootschap wel de mogelijkheid moet bieden zich zonder ontbinding om te zetten, ingeval de ontvangststaat een dergelijke omvorming met behoud van haar bestaan als vennootschap aanvaardt. Tevens opent het HvJ in dit arrest de deur naar toetsing van fiscale regelgeving aan het recht van vrije vestiging.

Daar waar het arrest Vale meer duidelijkheid verschaf omtrent de mogelijkheden voor vennootschappen om hun oude rechtspersoonlijkheid van zich af te schudden en een nieuwe rechtspersoonlijkheid van de nieuwe woonstaat op zich te nemen, verschaf het arrest National Grid Indus duidelijkheid over de vraag of fiscale regelgeving getoetst kan worden aan het recht van vrije vestiging. Deze vraag wordt door het HvJ volmondig met ja beantwoord.

Hierdoor komen ook de vestigingsplaatsficties, meer in het bijzonder artikel 2, vierde lid, Wet Vpb in de reikwijdte van toetsing aan het vrije verkeer van vestiging. In het licht van de voor het vennootschapsrecht gewezen jurisprudentie van het HvJ kom ik tot de conclusie dat in een aantal situaties de uit artikel 2, vierde lid, Wet Vpb voortvloeiende aangifteplicht een ongeoorloofde belemmering is ten opzicht van het recht op vrije vestiging. De naar Nederlands recht opgerichte vennootschap kan alleen aan de werking van artikel 2, vierde lid Wet Vpb ontsnappen door ontbinding en heropricting naar het recht van het andere land.

Een regeling voor grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting is in Nederland in de maak. Hierbij is echter ten onrechte geen aandacht geschonken aan de vestigingsplaatsficties waardoor onduidelijk blijft of deze binnen Europa nog van toepassing kunnen blijven. Duidelijkheid in deze zal derhalve moeten komen via het HvJ.

7. Literatuurlijst

Arresten

Daily Mail and General Trust Plc (C-81/87), 27 september 1988;
Centros Ltd (C-212/97), 9 maart 1999;
Überseering BV (C-208/00), 5 november 2002;
De Lasteyrie du Saillant (C-9/02), 11 maart 2004;
Inspire Art Ltd (C-167/01), 13 september 2005;
N (C-470/04), 7 september 2006
Cartesio (C-210/06), 16 december 2008;
National Grid Indus BV (C-371/10), 29 november 2011;
Vale (C-378/10), 12 juli 2012;

Literatuur

- * Prof. mr. J.W. Bellingwout en mr. M.Koerts, Cartesio, drie jaar later, WFR 6935, 5 januari 2012;
- * Prof.mr.drs. H.P.A.M. van Arendonk, National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ ?, Maandblad Belastingbeschouwingen mei 2012;
- * Prof. Mr. J.W. Bellingwout, Cartesio: Mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, WFR 2009/217
- * Mr. G.C.F. van Gelder, De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal geregeld?, WFR 2012/3
- * Mr. D.E. van Sprundel, Exithellingen bij ondernemingen, WFR 2010/1045
- * Mr. G.C.F. van Gelder en Mr. B. Niels, National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?, WFR 2012/490
- * Drs. R. de Graaff en mw. dr. A. de Haan National Grid vs. N: verenigbaar of niet?, WFR 2012/612
- * Prof. Dr. H.T.P.M. van den Hurk, mr. dr. J.J. van den Broek en mr. J.J.A.M. Korving LL.M., Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: Zetelverplaatsing, zekerheidsstelling en stepups, WFR 2012/601
- * J.L. van de Streek, Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief, TFO 2009/37
- * Mr. H. Koster, Vale en grensoverschrijdende omzetting, Bedrijfsjuridische berichten 2012/62
- * De Zaak Vale. Sluitstuk van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing?, mr. R.J. Noordam, Paper in het kader van Post-Master Directe Belastingen 2012, site EFS
- * E.R. Roelofs, Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting, WPNR 2012/6950
- * W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting volgens het Cartesio-arrest I + II, WPNR 2010/6840 en 2010/6841
- * J. Roest, Europees vennootschapsrecht: hoe verder?, WPNR 2012/6950
- * M. Zilinsky, Privaatrecht Actueel, WPNR 2012/6930
- * Mr. F. van Horzen, Afschaffing van de vestigingsplaatsfictie: een heidens voornemen?, WFR 1993/1568
- * Mr. D. van Beelen, De Nederlandse tienjaarstermijn, hoe lang nog?, Vp-bulletin 2005, 53
- * Mr. M. de L. Monteiro en Mr. D. van Hattem, Tien jaren, de geëmigreerde Nederlander en het Europees recht, KWEP 2006/10

V-S Algemeen Deel, Artikelsgewijs commentaar Artikel 4 Algemene wet inzake Rijksbelastingen;
V-S Vennootschapsbelasting, Artikelsgewijs commentaar Artikel 2, aantekening 24.1;