CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 13 juli 2017 [1]

Zaak C-292/16

A Oy,
Andere partij in de procedure:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[verzoek van de Helsingin hallinto-oikeus (bestuursrechter Helsinki, Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Belastingrecht – Belastingheffing bij ondernemingen – Fusierichtlijn (richtlijn 90/434/EEG) – Inbreng van een buitenlandse vaste inrichting van een binnenlandse vennootschap in een buitenlandse vennootschap – Onmiddellijke belastingheffing in een grensoverschrijdende situatie versus geen belastingheffing in een binnenlandse situatie – Toetsing van het secundaire recht aan de hand van de fundamentele vrijheden – Vergelijkbaarheid met de exitheffing – Evenredigheid van de onmiddellijke belastingheffing bij verlaging van de fiscale last”

I. Inleiding

1. Het Hof behandelt in het onderhavige geval een omzetting van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (hierna: „fusierichtlijn”) [2] in Finland. Het gaat om het bijzondere geval dat een binnenlandse vennootschap een buitenlandse vaste inrichting inbrengt in een in het buitenland gevestigde vennootschap en daarvoor van haar geen geld, maar aandelen ontvangt. Een dergelijke inbreng wordt in Finland – anders dan de inbreng van een binnenlandse vaste inrichting in een binnenlandse onderneming – onmiddellijk belast. Er wordt evenwel een fictieve buitenlandse belasting uit de staat waar de vaste inrichting is gevestigd, gecrediteerd. Thans dient de vraag te worden beantwoord of dit verenigbaar is met de vrijheid van vestiging.

2. De fusierichtlijn staat in artikel 10, lid 2, een belastingheffing toe, omdat door de grensoverschrijdende inbreng de belastingheffing ten aanzien van de vaste inrichting in het buitenland verloren gaat. Deze behoort nu niet meer tot een in het binnenland gevestigde vennootschap en bevindt zich op vreemd grondgebied. In wezen gaat het om een soort exitheffing, die ondertussen

1 Oorspronkelijke taal: Duits.
2 PB 1990, L 225, blz. 1.

zelfs in beginsel in het Unierecht voorgeschreven is.[3] In het algemeen is een *onmiddellijke* exitheffing onevenredig. De hier te beantwoorden vraag luidt nu of de creditering van een fictieve buitenlandse belasting zoals bedoeld in de richtlijn hier iets aan afdoet en derhalve een onmiddellijke belastingheffing toestaat.

3. Om die reden wordt het Hof gevraagd zijn rechtspraak inzake de beperking van fundamentele vrijheden door de lidstaten op grond van het wegvallen van hun heffingsbevoegdheid verder te ontwikkelen.

II. Rechtskader

A. Unierecht

4. Het Unierechtelijke kader van deze zaak wordt naast artikel 43 juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 juncto artikel 54 VWEU) gevormd door de fusierichtlijn.

5. Het hier toepasselijke artikel 10 van de fusierichtlijn in titel IV met het opschrift „Bijzonder geval van de inbreng van een vaste inrichting" luidt:

„1) Indien tot de bij een fusie, een splitsing of een inbreng van activa ingebrachte goederen een vaste inrichting van de inbrengende vennootschap behoort welke is gelegen in een andere lidstaat dan die waaronder de bedoelde vennootschap ressorteert, ziet deze laatste af van ieder recht tot belastingheffing ten aanzien van deze vaste inrichting. De staat waaronder de inbrengende vennootschap ressorteert, mag evenwel bij het vaststellen van de belastbare winsten van deze vennootschap de vroegere verliezen van de vaste inrichting die eventueel zijn afgetrokken van de belastbare winst van die vennootschap in die staat en die niet zijn gecompenseerd, daarbij optellen. De staat waar de vaste inrichting is gelegen en de staat van de ontvangende vennootschap passen op deze inbreng de bepalingen van deze richtlijn toe alsof eerstgenoemde staat de staat van de inbrengende vennootschap was.

2) In afwijking van lid 1 heeft de lidstaat van de inbrengende vennootschap, indien hij fiscaal een stelsel van wereldwinst toepast, het recht om een belasting te heffen op de winsten of meerwaarden van de vaste inrichting die bij fusie, splitsing of inbreng van activa te voorschijn komen, op voorwaarde dat deze lidstaat de aftrek toestaat van de belasting die zonder de bepalingen van deze richtlijn zou zijn geheven op deze winsten of meerwaarden in de lidstaat waar deze vaste inrichting is gevestigd, en op voorwaarde dat hij deze aftrek op dezelfde wijze en voor hetzelfde bedrag toestaat als hij zou hebben gedaan indien deze belasting werkelijk was vastgesteld en betaald."

B. Fins recht

6. Volgens de verwijzende rechter werd de fusierichtlijn in Finland omgezet bij de Finse wet inzake de fiscale behandeling van inkomsten uit zakelijke activiteiten (hierna: „wet 1733/1995").

3 Volgens het hier evenwel nog niet toepasselijke artikel 5 van richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1). Artikel 5 van richtlijn 2016/1164 luidt: „Een belastingplichtige is onderworpen aan de heffing voor een bedrag dat gelijk is aan de marktwaarde van de overgebrachte activa, op het tijdstip van overbrenging van de activa, minus hun fiscale boekwaarde, in elk van de volgende gevallen: [...] c) een belastingplichtige brengt zijn fiscale woonplaats over naar een andere lidstaat [...]".

7. Krachtens § 52d, lid 2, van wet 1733/1995 wordt, voor de belastingheffing ten aanzien van de inbrengende vennootschap, de fiscale restwaarde van de overgedragen vermogensbestanddelen gerekend tot de belastbare vervreemdingsopbrengst, onder de voorwaarde dat de overdracht heeft plaatsgevonden tegen de resterende boekwaarde.

8. Krachtens § 52d, lid 3, van wet 1733/1995 wordt, voor de belastingheffing ten aanzien van de overnemende vennootschap, voor de aftrekbare uitgaven voor de aanschaf van de overgedragen vermogensbestanddelen een bedrag in aanmerking genomen, dat overeenkomt met het bedrag dat krachtens lid 2 bij de inbrengende vennootschap als belastbare vervreemdingsopbrengst in aanmerking is genomen. Per saldo geschiedt de inbreng van de overgedragen vermogensbestanddelen zodoende belastingneutraal.

9. Wanneer de ingebrachte vermogensbestanddelen en schulden van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gelegen vaste inrichting aan een binnenlandse vennootschap worden toegerekend, worden krachtens § 52e, lid 3, van wet 1733/1995 de reële waarde van de vermogensbestanddelen die overgaan en de op de inkomsten van de vaste inrichting bij de belastingheffing in aftrek gebrachte reserves of voorzieningen gerekend tot de belastbare inkomsten in Finland in het belastingjaar waarin de fusie, de splitsing of de inbreng van een onderneming plaatsvindt. Per saldo lijkt het hier te gaan om een belastingheffing ten aanzien van de stille reserves van de vaste inrichting. Van de belasting die in Finland over deze inkomsten moet worden betaald, wordt de belasting afgetrokken die zonder de bepalingen van de fusierichtlijn in de staat van de vaste inrichting over die inkomsten zou zijn afgedragen.

10. Volgens de toelichting bij § 52e, lid 3, van wet 1733/1995 regelt deze bepaling situaties waarin aan een Finse vennootschap toegerekende vermogensbestanddelen van een in een andere lidstaat van de Europese Unie gelegen vaste inrichting overgaan op een buitenlandse vennootschap. Wanneer vermogensbestanddelen die zich in het buitenland bevinden, overgaan in het vermogen van een buitenlandse vennootschap, zouden deze niet meer onder de heffingsbevoegdheid van Finland vallen. Bij de aftrek van de belasting van de staat waar de vaste inrichting is gevestigd, gaat het om een creditering van de belasting, zoals die ook in diverse belastingverdragen is aan te treffen. Voor toepassing van die bepaling moet de belasting worden berekend die in de andere staat bij ontbreken van de bepalingen van de richtlijn zou moeten worden afgedragen, aldus de verwijzende rechter.

III. Hoofdgeding

11. A Oy (hierna ook: „vennootschap”) heeft in 2006 een Oostenrijkse vaste inrichting aan de Oostenrijkse concernvennootschap B overgedragen via inbreng van een bedrijf, en heeft daarvoor van laatstgenoemde als tegenprestatie nieuwe aandelen ontvangen. Bij de overdracht zijn ook de tot de productiefaciliteit behorende activa, passiva en reserves of voorzieningen overgegaan.

12. Tot de belastbare inkomsten van de vennootschap werd ook gerekend de waarschijnlijk realiseerbare opbrengst bij vervreemding van de vermogensbestanddelen die bij de overdracht van het bedrijf waren overgegaan. Die opbrengst is in casu vastgesteld op de boekwaarde van die vermogensbestanddelen van 249 663 661,59 EUR, vermeerderd met de door Oostenrijk aan A Oy verstrekte investeringssteun van 11 256 146 EUR, dus in totaal 260 919 807,59 EUR. Daarop werden de nog niet afgeschreven aanschafkosten in mindering gebracht. Bij de belastingheffing werd de van de Oostenrijkse staat ontvangen steun niet tot de aftrekbare aanschafkosten gerekend.

13. De belasting werd in het belastingjaar 2006 vastgesteld op basis van §52d, lid 1, en § 52e, lid 3, van wet 1733/1995. Een dergelijke belastingplicht zou niet bestaan in een overeenkomstige binnenlandse situatie, waarin de belastingplicht pas ontstaat bij de realisatie van de inkomsten door de overnemende vennootschap.

14. A Oy heeft met haar bezwaar rectificatie gevorderd van een op 30 november 2010 ten nadele van de belastingplichtige uitgevoerde wijziging van de belastingaanslag. Volgens A Oy is § 52, lid 3, van wet 1733/1995 in strijd met de vrijheid van vestiging overeenkomstig artikel 49 VWEU.

15. Dit bezwaar werd door de bezwaarcommissie afgewezen. Daartegen heeft A Oy beroep ingesteld bij de Helsingin hallinto-oikeus (bestuursrechter Helsinki, Finland). De bestuursrechter te Helsinki heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en een prejudiciële procedure in te leiden.

IV. Procedure voor het Hof

16. De met de beslechting van het geschil belaste bestuursrechter te Helsinki heeft het Hof de volgende vragen voorgelegd:

„1) Staat artikel 49 VWEU in de weg aan een Finse regeling volgens welke, in een geval waarin een binnenlandse vennootschap activa van een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting door middel van inbreng van een bedrijf aan een in die staat gevestigde vennootschap vervreemdt en daarvoor als tegenprestatie nieuwe aandelen verkrijgt, de overdracht van de activa direct in het jaar van overdracht wordt belast, terwijl in een overeenkomstige binnenlandse situatie de heffing pas plaatsvindt op het tijdstip van realisatie?

2) Is er sprake van directe of indirecte discriminatie wanneer Finland onmiddellijk in het jaar van overdracht van het bedrijf belasting heft, voordat de winst is gerealiseerd, terwijl dat bij binnenlandse transacties pas geschiedt op het moment dat de winst wordt gerealiseerd?

3) Indien de eerste en de tweede vraag bevestigend worden beantwoord, kan deze beperking van de vrijheid van vestiging dan worden gerechtvaardigd met een beroep op bijvoorbeeld een dringende reden van algemeen belang of de bescherming van de nationale fiscale bevoegdheid? Is de verboden beperking in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel?”

17. Met betrekking tot deze vragen hebben in de procedure voor het Hof A Oy, Finland, Zweden en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Aan de mondelinge behandeling op 8 juni 2017 heeft verder ook de Bondrepubliek Duitsland deelgenomen.

V. Juridische beoordeling

A. Toetsingsmaatstaf

18. Met zijn prejudiciële vragen – die in onderling verband dienen te worden behandeld – wenst de verwijzende rechter per saldo te vernemen of de vrijheid van vestiging als onderdeel van het primaire recht wordt belemmerd door een nationale regeling die ter omzetting van artikel 10, lid 2, van de fusierichtlijn voorziet in een belastingheffing, en of deze belastingheffing in voorkomend geval kan worden gerechtvaardigd. Volgens de verklaringen van de verwijzende rechter leidt deze belastingheffing slechts in een grensoverschrijdende situatie tot een onmiddellijke belastingheffing, terwijl in een puur binnenlandse situatie geen belasting bij de overdrager wordt geheven.

19. Het Hof heeft evenwel – zoals de betrokken lidstaten nagenoeg eensgezind hebben aangevoerd – meermaals vastgesteld dat „een nationale regeling inzake een materie die op het niveau van de Europese Unie uitputtend is geharmoniseerd, aan de bepalingen van die harmonisatieregeling [moet] worden getoetst en niet aan die van het primaire recht”. [4]

20. Zelfs indien de fusierichtlijn een dergelijke uitputtende harmonisatie zou inhouden, kan dit echter niet voorkomen dat de richtlijn conform het primaire recht dient te worden uitgelegd en in voorkomend geval incidenteel dient te worden getoetst op verenigbaarheid met de fundamentele vrijheden. Het Hof heeft immers al vroeg beslist dat het verbod op beperkingen van het vrij verkeer van diensten niet slechts geldt voor nationale regelingen, maar ook voor regelingen van de organen van de Unie. [5] De Verdragen als primair recht blijven, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, „grondslag, raam en begrenzing” [6] van alle rechtshandelingen van de Unie. Daarmee dienen deze ook steeds in acht te worden genomen bij de omzetting van deze handelingen door de lidstaten. [7]

21. Afgezien daarvan voorziet de fusierichtlijn niet in een uitputtende harmonisatie. Zoals blijkt uit de systematiek en de bewoordingen, bevat het tweede lid van artikel 10 een uitzondering op lid 1 van deze bepaling. Volgens lid 1 doet in beginsel de staat van de inbrengende vennootschap definitief afstand van zijn recht tot belastingheffing ten aanzien van de vaste inrichting. Hij mag alleen een eerder aangevoerd verlies corrigeren. In afwijking daarvan heeft een lidstaat, indien hij fiscaal een stelsel van wereldwinst toepast, op grond van lid 2 *het recht* belasting te heffen op de bij de inbreng ontstane winst.

22. Of, wanneer en tot welk concreet bedrag dit recht tot belastingheffing wordt uitgeoefend, wordt in artikel 10, lid 2, van de fusierichtlijn – zoals ook door de Commissie wordt benadrukt – daarentegen niet geregeld. Inzonderheid bestaat er blijkens deze bewoordingen geen verplichting, maar slechts een bevoegdheid voor Finland om de inbreng van een vaste inrichting op deze wijze en voor dit bedrag te belasten. In een dergelijk geval blijft de nationale wetgever bij de omzetting van het secundaire recht in ieder geval gebonden aan de fundamentele vrijheden.

B. Beperking van de vrijheid van vestiging

23. Overeenkomstig artikel 43 juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 juncto artikel 54 VWEU) omvat de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan op het grondgebied van een andere lidstaat. [8] Hoewel de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het recht op behandeling als eigen onderdaan of onderneming beogen te garanderen, verbieden zij evenwel ook dat

4 In die zin recent weer arresten van 8 maart 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, punt 19); van 12 november 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, punt 40); van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punt 64), en van 16 december 2008, Gysbrechts en Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, punt 33) – hoewel in het concrete geval steeds een ontbrekende binding aan het primaire recht werd afgewezen.

5 Arresten van 2 september 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, punt 39); van 18 september 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, punten 25 en 26); van 23 februari 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, punt 45); van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 46); van 29 februari 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, punt 18), en van 26 oktober 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, punt 50).

6 Arrest van 5 oktober 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, punt 9/14).

7 In die zin uitdrukkelijk arresten van 28 april 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, punt 27), en van 28 april 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, punt 25) – „In zoverre moet worden vastgesteld, dat het feit dat een nationale maatregel in overeenstemming kan zijn met een bepaling van afgeleid recht, in casu artikel 22 van verordening nr. 1408/71, niet tot gevolg heeft dat deze maatregel buiten het bereik van de bepalingen van het Verdrag komt te vallen.”

8 Arresten van 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, punt 40 en de aldaar aangehaalde rechtspraak); van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 38), en van 13 december 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, punt 18).

de lidstaat van herkomst de vestiging van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap – inzonderheid door middel van een vaste inrichting [9] – in een andere lidstaat belemmert. [10] In het belastingrecht is daarbij het discriminerende karakter van de beperking van belang.

24. Het is eveneens vaste rechtspraak dat alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen van de vrijheid van vestiging moeten worden beschouwd. [11]

25. De oprichting van de vaste inrichting in het buitenland wordt hier op zichzelf beschouwd niet belemmerd door de nationale fiscale bepaling. Wel wordt de grensoverschrijdende activiteit van een onderneming aangetast enerzijds doordat bij een latere inbreng van de buitenlandse vaste inrichting in een buitenlandse vennootschap een overeenkomstige belasting wordt geheven. Dit zou niet gebeuren indien de vaste inrichting zich in het binnenland zou bevinden. Met het oog op latere herstructureringsmaatregelen en de belastingheffing daarop is bijgevolg de vestiging van een vaste inrichting in het binnenland en niet in het buitenland de meest aantrekkelijke weg.

26. Anderzijds dient er rekening mee te worden gehouden dat niet slechts de oprichting van een vaste inrichting, maar ook de beëindiging daarvan onderdeel is van de door de fundamentele vrijheden beschermde grensoverschrijdende economische activiteiten. De inbreng van een vaste inrichting in een andere onderneming heeft tot gevolg dat daarmee geen economische werkzaamheden in het buitenland meer worden verricht. De beëindiging van deze economische activiteiten wordt uitsluitend belast omdat de in het buitenland gelegen vaste inrichting in een buitenlandse vennootschap en niet in een binnenlandse vennootschap wordt ingebracht. Ook in dit verband kan een grensoverschrijdend aspect niet worden ontkend. De beëindiging van grensoverschrijdende werkzaamheden door een overdracht daarvan op een buitenlandse vennootschap is immers minder aantrekkelijk vormgegeven dan de beëindiging via een inbreng in een binnenlandse vennootschap.

27. De belastingheffing ten aanzien van stille reserves bij verplaatsing van de zetel is volgens vaste rechtspraak van het Hof een beperking van de vrijheid van vestiging, wanneer een dergelijke belasting over niet-gerealiseerde meerwaarden in een binnenlandse situatie (dat wil zeggen bij verplaatsing binnen de lidstaat zelf) niet wordt geheven. [12]

28. De onderhavige situatie is hiermee vergelijkbaar. Via de belastingheffing op grond van § 52d, lid 3, van wet 1733/1995 worden de in de vaste inrichting voorhanden stille reserves (meerwaarden in de vermogensbestanddelen respectievelijk boekwaardeverminderingen door belastinguitstel via afschrijvingen) belast, zonder dat de belastingplichtige de daarvoor noodzakelijke contanten heeft ontvangen. Daarentegen wordt geen belasting geheven bij een inbreng van een vaste inrichting in het binnenland door het blijven hanteren van de boekwaarden. Hier moet hooguit de „ontvanger” (dat wil zeggen de overnemende vennootschap) op een gegeven moment belasting betalen over de gerealiseerde meerwaarden.

9 In die zin uitdrukkelijk reeds arresten van 17 juli 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 18), en van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punten 19 en 20).

10 Arresten van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 39); van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 31), en van 6 september 2012, Commissie/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521, punt 25).

11 Arresten van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 36); van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 34), en van 16 april 2015, Commissie/Duitsland (C-591/13, EU:C:2015:230, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 Arresten van 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, punt 46); van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 33); van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 35), en van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 35).

29. Het vertrek gebeurt hier weliswaar niet door de belastingplichtige zelf, maar slechts door een inbreng van zijn in het buitenland gelegen vaste inrichting in een buitenlandse vennootschap. Dit heeft echter hetzelfde rechtsgevolg als wanneer een belastingplichtige met de vermogensbestanddelen van zijn binnenlandse vaste inrichting eerder naar het buitenland zou zijn vertrokken. De belasting wordt net zoals bij de „klassieke" exitheffing enkel geheven op grond van het feit dat thans een andere lidstaat de exclusieve heffingsbevoegdheid ten aanzien van de vermogensbestanddelen van de vaste inrichting verkrijgt.

30. De nationale regeling in § 52e, lid 3, van wet 1733/1995 heeft per saldo tot gevolg dat met het oog op latere inbrenghandelingen de vestiging van een vaste inrichting in het buitenland minder aantrekkelijk is dan de vestiging van een vaste inrichting in het binnenland. Dit is – zoals ook de Commissie en A Oy hebben aangevoerd – in strijd met zowel de doelstellingen van de fusierichtlijn (zie alleen al de considerans waarin is vastgelegd dat het inbrengen van bedrijfsonderdelen niet mag worden belemmerd door bijzondere beperkingen) als de vrijheid van vestiging.

31. De beperking van de vrijheid van vestiging openbaart zich reeds met de vaststelling van de belasting [13] in het jaar 2006 en niet pas bij de betaalbaarheid van de belasting. A Oy, die haar in het buitenland gelegen vaste inrichting in een andere (buitenlandse) onderneming inbrengt, ondervindt immers op het moment van de belastingvaststelling en de hierop aansluitende betaalbaarheid van de belastingschuld een liquiditeitsnadeel ten opzichte van soortgelijke marktdeelnemers die in het binnenland gelegen vaste inrichtingen in buitenlandse vennootschappen (of in het buitenland gelegen vaste inrichtingen in binnenlandse vennootschappen) inbrengen.

C. Rechtvaardiging

1. Rechtvaardiging van een exitheffing

32. Het Hof heeft reeds meerdere malen vastgesteld dat een lidstaat ingevolge het fiscale territorialiteitsbeginsel de meerwaarden die bij de op zijn grondgebied gevestigde belastingplichtige zijn aangegroeid, maar nog niet zijn gerealiseerd, op het moment van vertrek van de belastingplichtige mag belasten. [14]

33. Een dergelijke maatregel strekt ertoe situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van de lidstaat van herkomst om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden, en kan dus worden gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. [15] Voorwaarde is echter dat de exit de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van vertrek ook echt in het gedrang brengt. Dat is stellig het geval wanneer de heffingsbevoegdheid vervalt. [16]

13 De betaalbaarheid van de belasting is daarentegen – zoals ik in mijn conclusie in de zaak Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, punt 59) uiteen heb gezet – niet relevant. Op grond van de vaststelling van de belasting is de belastingplichtige namelijk reeds belasting verschuldigd, hetgeen lasten met zich brengt, ook al is de belasting nog niet betaalbaar. Met de inning van de belasting krijgt de beperking van de vrijheid van vestiging in zoverre slechts ten volle haar beslag.

14 Arresten van 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak); van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 49); van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 44 en 45), en van 7 september 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, punt 46).

15 Arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 45 en 46); van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 45 e.v.); van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 47), en van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 60).

16 In die zin uitdrukkelijk arresten van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 48); van 25 april 2013, Commissie/Spanje (C-64/11, niet gepubliceerd, EU:C:2013:264, punt 31), en van 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34. De heffingsbevoegdheid vervalt niet slechts bij een vertrek vanuit het grondgebied, maar ook wanneer een in het buitenland gelegen vaste inrichting wordt toegerekend aan een niet in het binnenland gevestigde vennootschap in het kader van een inbreng. Zoals Finland en Zweden terecht aanvoeren, berust klaarblijkelijk ook artikel 10, lid 2, van de fusierichtlijn op deze gedachte, doordat de lidstaat een (laatste) mogelijkheid wordt geboden om belasting over de stille reserves (de vervreemdingsopbrengst) te heffen, voor zover hij fiscaal een stelsel van wereldwinst toepast.

35. In tegenstelling tot een klassieke exitheffing vallen bij een inbreng tegen toekenning van aandelen echter alleen de aandelen in de overnemende vennootschap onder de belastingjurisdictie van de staat van vertrek. Er is slechts sprake van een soort uitwisseling van vermogensbestanddelen (aan de actiefzijde van de balans). Artikel 8, lid 2, tweede alinea, van de fusierichtlijn staat hierbij uitdrukkelijk toe dat de winst uit een latere verkoop van de ontvangen aandelen wordt belast. Voor de stille reserves die in de toekomst in de vaste inrichting zullen ontstaan, blijft de heffingsbevoegdheid van Finland derhalve *indirect* bestaan.

36. De belastingjurisdictie met betrekking tot aandelen in een in het buitenland gelegen buitenlandse vennootschap is evenwel een aliud in vergelijking met de belastingjurisdictie ten aanzien van de vermogensbestanddelen van een buitenlandse vaste inrichting. De ontvangen aandelen zijn iets anders dan de vermogensbestanddelen van de vaste inrichting. Om die reden blijft het een feit dat de in de vaste inrichting ontstane stille reserves definitief aan de belastingheffing worden onttrokken. Dit vestigt een legitiem belang bij een (laatste) belastingheffing door de lidstaat die zijn directe heffingsbevoegdheid verliest.

2. Evenredigheid van de beperking

37. De beperking moet verder geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel – hier het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheden.[17]

a) Noodzakelijkheid van uitstel

38. Het Hof heeft ook reeds meerdere malen vastgesteld dat de belastingplichtige bij het vertrek de keuze moet hebben tussen de onmiddellijke belastingheffing of een uitgestelde betaling, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling.[18] Een over vijf jaar gespreide heffing van de belasting op de stille reserves in plaats van een onmiddellijke heffing is door het Hof aangemerkt als evenredig.[19] In het Finse recht ontbreekt echter een dergelijke mogelijkheid. Zodoende zou de Finse regeling een onevenredige beperking van de vrijheid van vestiging vormen.

39. In tegenstelling tot hetgeen Finland en Zweden menen, kan hiertegen niet worden aangevoerd dat de rechtspraak van het Hof inzake de exitheffing niet analoog van toepassing zou zijn op een belastingheffing bij een inbreng van een vaste inrichting tegen toekenning van aandelen in de vennootschap.

17 Arresten van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 42); van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 47); van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35); van 17 juli 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 25); van 15 mei 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 27), en van 13 december 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, punt 23).

18 Arresten van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 49); van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 56-58 en 62), en van 16 april 2015, Commissie/Duitsland (C-591/13, EU:C:2015:230, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Arresten van 23 januari 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, punt 64), en van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 52).

40. Hoewel de inbreng van een vaste inrichting tegen toekenning van aandelen in de vennootschap – zoals Zweden terecht benadrukt – in tegenstelling tot enkel een vertrek een realisatiehandeling is die er in beginsel toe leidt dat de stille reserves zichtbaar worden en daar belasting over wordt geheven, is deze inbreng tegen toekenning van aandelen in de vennootschap is echter geen echte realisatie van de waarde van de vaste inrichting, door middel van een verkoop, maar slechts een herstructureringsmaatregel. De vaste inrichting wordt niet verkocht, maar slechts overgedragen op een rechtssubject waarin men thans een grotere deelneming bezit dan daarvoor. Dergelijke grensoverschrijdende herstructureringen moeten door de fusierichtlijn juist worden vergemakkelijkt.

41. Bovendien worden geen voor de belastingbetaling vereiste financiële middelen gerealiseerd, maar ontvangt de inbrengende vennootschap slechts evenredig veel aandelen in de overnemende onderneming. Deze omstandigheid is tevens de reden waarom Finland ook bij een niet-grensoverschrijdende inbreng ondanks de „realisatie" een boekwaardeneutrale herstructurering mogelijk maakt. Een dergelijke niet-belasting in een puur binnenlandse situatie wordt door de fusierichtlijn niet geëist.

42. Ook wordt veel effectiever recht gedaan aan het doel van de richtlijn – facilitering van grensoverschrijdende herstructureringen – wanneer grensoverschrijdende herstructureringen, als ze al worden belast, niet onmiddellijk, maar slechts in termijnen over een langere periode worden belast.

43. Wanneer de lidstaat ondanks de „realisatie" bij een inbreng van een vaste inrichting in het binnenland geen belastingheffing bij de inbrenger voorschrijft, dan is het voorschrijven van een onmiddellijke belastingheffing zonder een mogelijkheid tot uitstel, met het oog op het gebrek aan liquide middelen bij de belastingplichtige in ieder geval niet het minst ingrijpende middel om recht te doen aan het verlies van het recht van de lidstaat tot belastingheffing in een buitenlandse situatie.

44. Ook met een gespreide belastingheffing over meerdere jaren kan rekening worden gehouden met het verlies van het recht tot belastingheffing en kan de ongelijke behandeling (niet-belasting in een binnenlandse situatie) duidelijk worden afgezwakt. Dit laatste heeft het Hof – zoals ook de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt – reeds vastgesteld in verband met verschillende uitstelregelingen met betrekking tot gerealiseerde winsten met het doel vervangende goederen aan te schaffen.[20]

45. Hierbij komt dat de belastingschuldenaar zich – anders dan in vertreksituaties – territoriaal nog steeds binnen het bereik van de fiscale schuldeiser bevindt, zoals de Commissie terecht benadrukt. Een gespreide belastingheffing leidt in dat geval niet tot administratieve problemen die een onmiddellijke belastingheffing vereisen. Om die reden – en in overeenstemming met de opvatting van de Commissie – volstaat het hier dus juist dat door een laatste belastingheffing rekening wordt gehouden met het wegvallen van de bevoegdheid van de staat tot belastingheffing en door een gespreide belastingheffing rekening wordt gehouden met de ontbrekende liquide middelen van de belastingplichtige.

46. In tegenstelling tot hetgeen A Oy meent, vloeit uit de fundamentele vrijheden evenwel niet voort dat een belastingheffing dwingend moet worden uitgesteld tot de stille reserves „werkelijk" zijn gerealiseerd. Aangezien een latere realisatie, en nog wel door een derde (de overnemende vennootschap), niet dwingend is – bijvoorbeeld bij latere waardeverminderingen of tenietgaan van de vermogensbestanddelen – en door Finland ook nauwelijks kan worden gecontroleerd, is deze wens in strijd met het beginsel van het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten. Dit zou er immers toe leiden dat ook latere waardeverminderingen buiten de eigen

20 Arrest van 16 april 2015, Commissie/Duitsland (C-591/13, EU:C:2015:230, punten 71 e.v.).

belastingjurisdictie in aanmerking zouden moeten worden genomen.[21] Op grond van het territorialiteitsbeginsel in combinatie met het in het belastingrecht geldende peildatumbeginsel is een belastingheffing ten aanzien van stille reserves op het moment van het verlies van het recht tot belastingheffing ook geoorloofd zonder dat de stille reserves – en nog wel bij een derde – zijn gerealiseerd. Het evenredigheidsbeginsel staat uitsluitend in de weg aan een onmiddellijke belastingheffing.

b) Evenredigheid wegens creditering van een fictieve belasting?

47. Aan deze conclusie wordt ook niet afgedaan door de in het Finse recht en in artikel 10, lid 2, van de fusierichtlijn voorziene creditering van een fictieve buitenlandse belasting. Deze heeft immers „alleen" gevolgen voor het bedrag van de belasting in een grensoverschrijdende situatie. Dit is ofwel het volledige belastingtarief, als in de overnemende staat geen belasting zou worden geheven, ofwel een gereduceerd belastingtarief, als de te crediteren (fictieve) belasting lager zou zijn, of er zou helemaal geen belasting worden geheven, als de te crediteren (fictieve) belasting hoger of even hoog zou zijn.

48. Per saldo wordt door de creditering van een buitenlandse belasting „alleen" een – zoals zelfs Finland en Zweden aanvoeren – mogelijke dubbele belasting voorkomen. De schending bestaat evenwel niet in een dubbele belasting. Het Unierecht kent geen verbod op dubbele belasting.[22] Wanneer de dubbele belasting geen onderwerp van het Unierecht en daarmee van de fundamentele vrijheden is, kan vice versa ook een bestrijding van dubbele belasting geen invloed hebben op de rechtvaardiging van de beperking van een fundamentele vrijheid.

49. Dit geldt vooral als door de creditering de ongelijke behandeling van de grensoverschrijdende situatie ten opzichte van de binnenlandse situatie niet wordt verminderd. De te rechtvaardigen ongelijke behandeling ligt niet alleen besloten in de hoogte van de belastingheffing (of van het belastingtarief), maar in de *onmiddellijke belastingheffing* bij de inbrengende vennootschap in de grensoverschrijdende situatie ten opzichte van de *niet-belasting* in de zogenoemde binnenlandse situatie.[23]

50. Per saldo stelt artikel 10, lid 2, van de fusierichtlijn geen lager belastingtarief vast dan het „normale" tarief, maar definieert dit artikel het normale belastingtarief dat de lidstaten voor de grensoverschrijdende situatie kunnen toepassen. Dit tarief is in vergelijking met de overige belastingtarieven slechts variabel en afhankelijk van andere factoren (berekening van een fictieve buitenlandse belasting). Wanneer dit belastingtarief wordt toegepast, regelt de fusierichtlijn – zoals boven in de punten 21 en 22 vermeld – daarentegen niet. Dit kan evenwel worden afgeleid uit de bovengenoemde rechtspraak van het Hof inzake de exitheffing.

51. Als in de vergelijkbare binnenlandse situatie helemaal geen belasting wordt geheven op herstructureringsmaatregelen, is het met het oog op de handhaving van de heffingsbevoegdheid evenzeer geschikte, minder ingrijpende middel een uitstel van betaling of een over een bepaalde periode gespreide heffing van de (in voorkomend geval verlaagde) belasting bij herstructureringsmaatregelen in een grensoverschrijdende situatie.

21 Deze zienswijze – geen verplichting tot inaanmerkingneming van verliezen – heeft het Hof in recente arresten in verband met de exitheffing meerdere malen bevestigd – zie arresten van 21 mei 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punten 43 e.v.), en van 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punten 56 e.v.). Zie in dit verband ook mijn conclusie in zaak Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, punten 61 e.v.).

22 Arresten van 15 april 2010, CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, punten 27 e.v.); van 16 juli 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, punten 26 e.v.), en van 12 februari 2009, Block (C-67/08, EU:C:2009:92, punten 30 e.v.), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:438, punten 58 e.v.).

23 Dat wil zeggen dat de vaste inrichting is gevestigd in het binnenland of dat de overnemende vennootschap een binnenlandse vennootschap is.

52. Dit geldt des te meer in het onderhavige geval, aangezien via artikel 8, lid 2, van de fusierichtlijn – anders dan in de gevallen van de klassieke exitheffing – zelfs een indirecte heffingsbevoegdheid op toekomstige meerwaarden van de vaste inrichting blijft bestaan. Indien echter een indirecte deelneming in verdere waardeveranderingen blijft bestaan, dan lijkt een onmiddellijke belastingheffing (tegen een bepaald belastingtarief) nog minder evenredig te zijn dan bij een vertrek waarbij alle verbindingen met belastbare vermogensbestanddelen wegvallen.

53. Het blijft dus bij een niet-gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging. Het is echter de taak van de verwijzende rechter om te toetsen of de onverenigbaarheid van de nationale regeling met het Unierecht kan worden voorkomen door een Unierechtconforme uitlegging in de zin van een recht op een over een bepaalde periode gespreide belastingbetaling volgens het Finse fiscale procesrecht.

VI. Conclusie

54. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Helsingin hallinto-oikeus gezamenlijk als volgt te beantwoorden:

„Artikel 43 juncto artikel 48 EG (thans artikel 49 juncto artikel 54 VWEU) verzet zich tegen een ter omzetting van artikel 10, lid 2, van richtlijn 90/434/EEG vastgestelde nationale regeling die alleen in de grensoverschrijdende situatie van een inbreng van een buitenlandse vaste inrichting in een buitenlandse vennootschap een onmiddellijke belastingheffing voorschrijft, terwijl dit in een binnenlandse situatie niet gebeurt. Ook een creditering van een fictieve buitenlandse belasting doet hier niet aan af, aangezien deze slechts een dubbele belastingheffing voorkomt, maar niet een onmiddellijke belastingheffing."