CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 26 februari 2015 [1]

Zaak C-657/13

Verder LabTec GmbH & Co. KG
tegen
Finanzamt Hilden

[verzoek van het Finanzgericht Düsseldorf (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Vrijheid van vestiging — Belasting van stille reserves die tot uitdrukking komen bij een inbreng van activa van een vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat in een andere vaste inrichting van een andere lidstaat — Bestaan van een beperking — Bepaling, ten tijde van de inbreng, van het bedrag van de latente meerwaarden die mede de belastbare winst vormen — Rechtvaardiging — Vrijwaring van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten — Betaling en invordering in tien jaarlijkse termijnen — Evenredigheid”

I – **Inleiding**

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de belastingregeling van de Bondsrepubliek Duitsland volgens welke over stille (niet-uitgedrukte) reserves een belastingschuld ontstaat die in jaarlijkse termijnen betaalbaar is. Deze regeling geldt wanneer activa van het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting van een Duitse onderneming worden ingebracht in haar vaste inrichting in het buitenland.

2. Een commanditaire vennootschap naar Duits recht heeft verschillende intellectuele-eigendomsrechten die tot de bedrijfsactiva van haar vaste inrichting in Duitsland behoorden, ingebracht in het bedrijfsvermogen van haar vaste inrichting in Nederland. Volgens de bevoegde belastingdienst deed deze inbreng naar Duits recht een belastingschuld ontstaan als gevolg van het feit dat de stille reserves in de ingebrachte activa tot uitdrukking kwamen. De belasting was evenwel niet onmiddellijk opeisbaar. Integendeel, de belastingdienst ging ermee akkoord dat de belasting gespreid over tien jaar opeisbaar werd in jaarlijkse termijnen.

3. De commanditaire vennootschap heeft de beslissing van de belastingdienst aangevochten bij de Duitse rechter en uiteindelijk heeft het Finanzgericht Düsseldorf bij het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend. De rechtsvragen die in casu zijn gerezen, betreffen de mogelijke beperking die de omstreden Duitse regeling aan de vrijheid van vestiging stelt, de mogelijke rechtvaardiging uit hoofde van de noodzaak om de heffingsbevoegdheid van Duitsland te vrijwaren met betrekking tot latente meerwaarden (stille reserves) die in deze lidstaat zijn aangegroeid vóór de betrokken inbreng van activa, en de evenredigheid van deze regeling, met name gelet op het feit dat de belasting betaalbaar is nog vóór de activa daadwerkelijk worden gerealiseerd en deze belasting bovendien over een periode van tien jaar wordt ingevorderd.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

4. Het Hof heeft zich reeds over deze problematiek gebogen, inzonderheid in zijn arrest National Grid Indus [2], in arresten betreffende afzonderlijke niet-nakomingsberoepen die de Commissie heeft ingesteld tegen Portugal, Spanje en Denemarken [3], en recent nog in zijn arrest DMC [4]. De feitelijke constellatie in de onderhavige zaak is evenwel nieuw.

II – **Toepasselijke bepalingen**

5. De zeer ingewikkelde nationale rechtsregeling kan als volgt worden samengevat.

6. Aanvankelijk was er naar Duits recht geen wettelijke basis voor de zogenaamde „belasting over onttrekking". Deze belasting was integendeel gebaseerd op de rechtspraak van het Bundesfinanzhof uit 1969, volgens welke de inbreng van activa van een Duitse onderneming in haar vaste inrichting in het buitenland moest worden aangemerkt als een onttrekking van activa aan het bedrijf in de zin van de tweede volzin van § 4, lid 1, van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG"). Om de gevolgen van deze zienswijze voor de belastingplichtigen te verzachten hield de belastingdienst er een administratieve praktijk op na waarbij de belastingplichtigen konden kiezen tussen onmiddellijke opneming van de niet-gerealiseerde meerwaarden in het belastbaar inkomen en uitstel van belasting doordat over een periode van tien jaar ter compensatie met deze winst rekening werd gehouden bij uitstaande belastingschulden in de fiscale boekhouding.

7. De „belasting over onttrekking" werd voor het eerst geregeld in het Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (wet houdende fiscale begeleidingsmaatregelen bij de invoering van de Europese vennootschap en tot wijziging van andere fiscale bepalingen; hierna: „SEStEG") van 7 december 2006. [5]

8. De – nieuw ingevoerde – derde volzin van § 4, lid 1, EStG luidt: „De onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden wordt gelijkgesteld met de uitsluiting of de beperking van de heffingsbevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland met betrekking tot de winst uit de vervreemding of het gebruik van activa."

9. Bij het SEStEG werd ook een § 4, onder g), in het EStG ingevoerd, waarin is bepaald dat in geval van een onttrekking van een activum in de zin van de derde volzin van § 4, lid 1, EStG als gevolg van toewijzing ervan aan een vaste inrichting van dezelfde belastingplichtige in een andere lidstaat van de Europese Unie, een compensatiepost voor het verschil tussen de boekwaarde en de marktwaarde van het activum wordt gecreëerd op verzoek van de belastingplichtige. Deze compensatiepost wordt winstverhogend afgeboekt voor hoogstens één vijfde in het financiële jaar waarin de post is gecreëerd, en in elk van de daarop volgende vier jaren.

2 — Arrest National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785).

3 — Arresten Commissie/Spanje (C-269/09, EU:C:2012:43), Commissie/Portugal (C-38/10, EU:C:2012:521) en Commissie/Denemarken (C-261/11, EU:C:2013:480).

4 — Arrest DMC (C-164/12, EU:C:2014:20). Zoals de Italiaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen erop heeft gewezen, was het arrest DMC nog niet gewezen toen het Finanzgericht zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend.

5 — Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2006, 2782.

10. In 2010 is § 4, lid 1, EStG gewijzigd naar aanleiding van een arrest van het Bundesfinanzhof.[6] Ten eerste werd na de derde volzin van § 4, lid 1, EStG een nieuw vierde volzin ingevoegd:

„Er is sprake van uitsluiting of beperking van de heffingsbevoegdheid met betrekking tot de winst uit de vervreemding van een activum met name wanneer een voorheen aan een Duitse vaste inrichting van een belastingplichtige toegewezen activum wordt toegewezen aan een vaste inrichting in het buitenland."

11. Ten tweede werd § 52, lid 8, onder b), EStG, dat tot dan toe enkel bepaalde dat de derde volzin van § 4, lid 1, EStG, zoals gewijzigd bij het SEStEG, met ingang van 2006 in werking trad, aldus gewijzigd dat de derde volzin van § 4, lid 1, EStG ook van toepassing werd voor vroegere belastingjaren indien een activum werd ingebracht in een vaste inrichting in het buitenland waarvan de inkomsten in Duitsland van belasting zijn vrijgesteld krachtens een dubbelbelastingverdrag, en dat de vierde volzin van § 4, lid 1, EStG van toepassing werd in alle gevallen waarin de derde volzin van § 4, lid 1, EStG gold.

III – **Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procedure voor het Hof**

12. Verder LabTec GmbH & Co KG (hierna ook: „commanditaire vennootschap") is een commanditaire vennootschap met maatschappelijke zetel in Haan (Duitsland). Verder LabTec Beteiligungs GmbH is haar beherend vennoot[7], eveneens met zetel in Haan. Tarco BV en Labo-Tech BV, die allebei hun maatschappelijke zetel in Nederland hebben, zijn de stille vennoten. Vanaf mei 2005 hield de commanditaire vennootschap zich uitsluitend bezig met het beheer van haar eigen octrooi-, merk- en modelrechten. Bij overeenkomst van 25 mei 2005 heeft zij deze rechten overgedragen aan haar Nederlandse vaste inrichting in Vleuten.[8]

13. Tijdens een belastingcontrole is het Finanzamt Hilden tot het inzicht gekomen dat naar aanleiding van de inbreng van de intellectuele-eigendomsrechten eventuele stille reserves moesten worden uitgedrukt tegen de waarde „at arm's length" op het ogenblik van de inbreng. Alle partijen waren het eens over de waarde van de stille reserves en de belastingdienst erkende dat evenwel niet onmiddellijk belasting verschuldigd was over het volledige bedrag ervan. Om billijkheidsredenen moest dit bedrag worden geneutraliseerd door een boeking voor hetzelfde nominale bedrag, dat daarop winstverhogend lineair werd afgeboekt over een tijdspanne van tien jaar. Met andere woorden, het Finanzamt Hilden heeft de invordering van de belasting om billijkheidsredenen uitgesteld door de stille reserves over tien jaar te spreiden. In de aanslag van 17 augustus 2009 betreffende de afzonderlijke en eenvormige vaststelling van de belastbare grondslagen voor 2005 heeft het Finanzamt Hilden de bedrijfsinkomsten van de commanditaire vennootschap vastgesteld en daarbij rekening gehouden met de stille reserves. Bij besluit van 19 september 2011 heeft het Finanzamt Hilden een bezwaar tegen deze aanslag afgewezen.

6 — Bij arrest van 17 juli 2008 – met andere woorden toen de derde volzin van § 4, lid 1, EStG, zoals ingevoegd bij het SEStEG, reeds van kracht was – is het Bundesfinanzhof van de theorie van de definitieve onttrekking teruggekomen in een zaak betreffende het belastingjaar 1985. Het heeft verklaard dat de inbreng van een activum in een vaste inrichting in het buitenland van dezelfde onderneming geen onttrekking vormde. De inbreng van een activum van een Duitse onderneming in haar vaste inrichting in het buitenland diende niet te worden beschouwd als een winstrealisatie aangezien het feit dat de winst van de vaste inrichting in het buitenland was vrijgesteld van Duitse belasting, geen weerslag had op de daarop volgende belasting over in Duitsland aangegroeide stille reserves. Gelet op deze ommezwaai in de rechtspraak heeft de wetgever § 4, lid 1, EStG gewijzigd bij het Jahressteuergesetz 2010 van 8 december 2010 (BGBl. I 2010, 1768) teneinde ervoor te zorgen dat de beginselen van het arrest van 17 juli 2008 beperkt bleven tot wat in dat individuele geval was beslist, en dat de theorie van de definitieve onttrekking, zoals wettelijk vastgelegd in de derde volzin van § 4, lid 1, EStG, werd toegepast op alle nog niet afgedane zaken.

7 — In Duitsland zijn commanditaire vennootschappen met een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als beherend vennoot (de zogenaamde GmbH & Co) populair uit fiscale overwegingen. Zie Hensler, M., en Strohn, L., *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage 2014, Beck, München, blz. 403, 404 en 511. In Duitsland worden commanditaire vennootschappen transparant belast, hetgeen betekent dat de vennootschap als zodanig geen aan de vennootschaps- of inkomstenbelasting onderworpen belastingplichtige is, maar slechts een belastingsubject in die zin dat belastbare inkomsten uit de activiteiten van deze vennootschap afzonderlijk worden berekend en dan toegerekend aan haar vennoten. Belasting wordt geheven bij de vennoten.

8 — In de verwijzingsbeslissing is niet aangegeven wie partij bij deze overeenkomst was. Uit de context valt af te leiden dat het gaat om de vennoten van de commanditaire vennootschap. Dit is niet van belang voor het antwoord op de prejudiciële vraag.

14. De commanditaire vennootschap voert voor de nationale rechter aan dat de Duitse wettelijke regeling inbreuk maakt op het beginsel van vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU. Bovendien was de onmiddellijke inning van de belasting ten tijde van de inbreng van de activa onevenredig daar inning van de belasting op het tijdstip waarop de meerwaarde wordt gerealiseerd, een minder ingrijpend alternatief vormt.

15. Daarom heeft het Finanzgericht Düsseldorf het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is het verenigbaar met de vrijheid van vestiging van artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wanneer volgens een nationale regeling bij een overdracht van een activum van een binnenlandse naar een buitenlandse vaste inrichting van dezelfde onderneming sprake is van een onttrekking voor andere dan bedrijfsdoeleinden, met als gevolg dat na de onttrekking winst wordt gerealiseerd doordat stille reserves tot uitdrukking komen, en volgens een andere nationale regeling de mogelijkheid bestaat om deze winst gelijkmatig over vijf of tien boekjaren te spreiden?”

16. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Verder LabTec GmbH & Co. KG, het Finanzamt Hilden, de Belgische, de Deense, de Duitse, de Spaanse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Zweedse regering alsmede door de Commissie. Er is geen terechtzitting gehouden.

IV – **Analyse**

A – *Inleidende opmerkingen*

1. Ontvankelijkheid

17. Volgens de commanditaire vennootschap is het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk omdat de vraag hypothetisch is aangezien geen van de door het Finanzgericht vermelde perioden van vijf of tien jaar voor de invordering van de belasting van toepassing is voor boekjaar 2005. De Commissie is van mening dat de prejudiciële vraag hypothetisch is of kan zijn wat de periode van vijf jaar betreft, daar die niet geldt voor boekjaar 2005. Ook het Finanzamt en de Duitse regering wijzen erop dat de periode van vijf jaar niet relevant is voor de beslechting van het onderhavige geding.

18. Mijns inziens is de prejudiciële vraag hypothetisch voor zover het daarbij gaat om de evenredigheid van de periode van vijf jaar voor de betaling van de belasting. De Duitse belastingdienst heeft ten aanzien van de commanditaire vennootschap immers geen beslissing getroffen waarin deze periode van toepassing is. Integendeel, het Finanzamt heeft voor de betaling van de belasting een periode van tien jaar toegestaan, zodat de prejudiciële vraag op dit punt niet hypothetisch is. Wat de periode voor invordering van de belasting betreft, moet het Hof zijn onderzoek dus beperken tot de verenigbaarheid van deze periode van tien jaar met het Unierecht.

2. Stille reserves en exitheffingen

19. Het begrip „stille (niet-uitgedrukte) reserves” ziet op winst, doorgaans in de vorm van meerwaarden, die niet is opgenomen in de belastbare grondslag van een belastingplichtige in de inkomstenbelasting. Stille reserves ontstaan doordat de waarde van een activum stijgt en/of doordat belastingregels grotere waardeverminderingen van een activum toestaan dan de werkelijke

waardevermindering door slijtage, en/of andere aftrekposten wegens nog niet gemaakte kosten. [9]

20. Niet-gerealiseerde meerwaarden worden niet belast als inkomsten van het jaar waarin zij zijn aangegroeid. De belasting over deze meerwaarden wordt daarentegen uitgesteld, gewoonlijk tot het jaar waarin de inkomsten daadwerkelijk worden gerealiseerd. De onderliggende reden hiervoor is dat de stille reserve, vóór realisatie, niet bijdraagt tot de financiële draagkracht van de belastingplichtige. Vooral bij andere dan financiële activa of bij bedrijfsmiddelen die aan waardevermindering onderhevig zijn, worden de activa niet noodzakelijk gerealiseerd door verkoop, maar de stille reserves kunnen figuurlijk „wegsmelten" wanneer de economische waarde van het activum nul wordt, bijvoorbeeld omdat de machines versleten zijn of een intellectuele-eigensdomsrecht verstrijkt.

21. Stille reserves vormen ook belastbare inkomsten in geval van een onttrekking (vervreemding) voor andere dan bedrijfsdoeleinden. Dit betekent dat een activum uit de belastbare grondslag van de belastingplichtige verdwijnt, bijvoorbeeld wanneer een activum om niet of voor minder dan de marktwaarde aan het bedrijfsvermogen van een zakenman wordt onttrokken voor privédoeleinden of van een vennootschap wordt overdragen aan haar vennoten. De belangrijkste voorbeelden van onttrekking zijn evenwel gevallen waarin de personele of territoriale heffingsbevoegdheid van een staat wordt verlaten.

22. Een fiscale exit, die leidt tot een zogenaamde exitheffing, kan de belastingplichtige, het belastbare voorwerp of beide betreffen. Migratie van een belastingplichtige, een particuliere persoon dan wel een vennootschap, naar een andere staat gaat gewoonlijk gepaard met de overdracht van de belastingbevoegdheid naar deze andere staat. Hetzelfde geldt bij overdracht van een „belastbaar voorwerp", zoals bedrijfsactiva, van een staat naar een andere staat. Gaat het om vaste inrichtingen [10], dan rijst de vraag of eventueel sprake is van een exit van de belastingplichtige of van het belastbare voorwerp of van beide. [11]

23. De artikelen 7 en 13, lid 2, van het OESO-Modelverdrag betreffende de belasting over inkomsten en vermogenswinst van een onderneming kennen zowel de staat van herkomst als de ontvangende staat heffingsbevoegdheid toe ten aanzien van vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen. Ter voorkoming van dubbele belasting over dezelfde winst kan de staat van herkomst afzien van belastingheffing over de winst van de vaste inrichtingen van zijn vennootschappen in het buitenland. Dit is ook voor Duitsland het geval, daar de inkomsten van Nederlandse vaste inrichtingen van vennootschappen die ingezetenen van Duitsland zijn, in Duitsland van belasting zijn vrijgesteld. [12]

24. Voor belastingplichtigen kunnen exitheffingen een situatie van dubbele heffing of niet-heffing over de stille reserves doen ontstaan. Een situatie van dubbele heffing kan ontstaan wanneer de staat van vertrek van de belastingplichtige een exitheffing toepast op basis van het verschil tussen de (fiscale) boekwaarde en de werkelijke waarde van de activa, terwijl de staat van aankomst op basis van dezelfde boekwaarde belasting heft wanneer het activum wordt vervreemd zonder mogelijkheid van aftrek voor

9 — Zie Von Brocke, K., en Müller, S., „Exit Taxes", *EC Tax Review* 6 (2013), blz. 299–304. Bovendien kunnen stille reserves betrekking hebben op immateriële activa zoals goodwill, die de belastingplichtige heeft gecreëerd maar die niet tot uitdrukking komen als activa in de balans.

10 — Overeenkomstig artikel 5, leden 1 en 2, van het OESO-Modelverdrag voor belasting naar inkomen en vermogen 2010 (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2010, OECD 2012, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/978926417517-en) betekent, voor de toepassing van dat verdrag, een „vaste inrichting" een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend en omvat dit begrip in het bijzonder filialen.

11 — Ter herinnering, in richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 1) heeft het begrip „inbreng van activa" een bijzondere en beperkte betekenis. Ingevolge de definitie van artikel 2, onder c), van richtlijn 90/434 wordt voor de toepassing van deze richtlijn verstaan onder „inbreng van activa: de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbonden te worden, haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap, tegen verkrijging van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap welke de inbreng ontvangt".

12 — De relevante bepalingen van het belastingverdrag van 1959 tussen Duitsland en Nederland zijn weergegeven in de schriftelijke opmerkingen van België en Duitsland. Ingevolge artikel 20, lid 2, van dit verdrag worden in Duitsland, indien deze staat de vestigingsstaat van de belastingplichtige is, overeenkomstig het verdrag in Nederland belastbare inkomsten of belastbaar vermogen niet in de belastbare grondslag begrepen.

de exitheffing die is toegepast in de lidstaat van vertrek. Een situatie waarin de stille reserve aan geen enkele heffing is onderworpen, kan daarentegen ontstaan wanneer tegelijk geen exitheffing wordt toegepast in de lidstaat van vertrek en de lidstaat van aankomst de werkelijke waarde van het activum aanvaardt als beginwaarde (de zogenaamde „step up") en het activum tegen deze waarde wordt vervreemd. [13]

25. Bovendien doet een exitheffing, wanneer die wordt ingevorderd voordat het activum wordt gerealiseerd, ongetwijfeld een liquiditeitsnadeel ontstaan voor de belastingplichtige.

26. In de in deze zaak ingediende opmerkingen komt tot uitdrukking dat de Commissie en de lidstaten het voortdurend oneens zijn over de aanvaardbaarheid en de toepassingswijze van exitheffingen op de interne markt. [14] Hoewel de Commissie en de Raad blijkbaar in wezen het standpunt delen dat exitheffingen de vrijheden van de interne markt beperken maar tegelijk een onvermijdelijk gevolg zijn van het fiscale territorialiteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, zijn zij het oneens over een eventuele rechtvaardiging voor en de evenredigheid van exitheffingen. Het hoeft dus niet te verbazen dat over exitheffingen nogal uitgebreide rechtspraak van het Hof bestaat.

3. Samenvatting van de belangrijkste precedenten

27. Er bestaat geen arrest van het Hof dat rechtstreeks op het onderhavige geding kan worden toegepast. Toch biedt een overzicht van de feitelijke problematiek die in vroegere rechtspraak aan de orde was, en van de bevindingen van het Hof een nuttige leidraad teneinde uit te maken of de grieven waarmee de commanditaire vennootschap in het hoofdgeding de betrokken regeling aanvecht, steun vinden in het Unierecht.

28. In de zaak die heeft geleid tot het arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785), had een Nederlandse vennootschap haar feitelijke bestuurszetel naar het Verenigd Koninkrijk verplaatst. Overeenkomstig het toepasselijke dubbelbelastingverdrag werd deze vennootschap na deze zetelverplaatsing geacht een fiscaal ingezetene van het Verenigd Koninkrijk te zijn, ook al bleef zij een Nederlandse vennootschap die in beginsel in Nederland belastingplichtig was. Aangezien de vennootschap in Nederland niet over een vaste inrichting beschikte, was ingevolge het dubbelbelastingverdrag alleen het Verenigd Koninkrijk heffingsbevoegd met betrekking tot haar winst en meerwaarden na de zetelverplaatsing. Naar Nederlands recht moest een eindafrekening van de latente meerwaarden op het tijdstip van de zetelverplaatsing plaatsvinden.

29. Op de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam heeft het Hof geantwoord, voor zover van belang in casu, dat artikel 49 VWEU zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat krachtens welke het bedrag van de heffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap definitief wordt vastgesteld, zonder eventuele later optredende waardeverliezen of meerwaarden in aanmerking te nemen, op het moment waarop de vennootschap, wegens de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat, ophoudt in de eerste lidstaat belastbare winst te genieten. Artikel 49 VWEU verzet zich echter wel tegen een regeling van een lidstaat die de onmiddellijke invordering voorschrijft van de heffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, op het moment zelf van deze verplaatsing.

13 — Zie de Mededeling van 19 december 2006 van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité – Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, COM(2006) 825 definitief, blz. 4-8. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott bij het arrest National Grid Indus (EU:C:2011:563), punten 47-49.

14 — Zie COM(2006) 825 definitief ibid. en de resolutie van de Raad van 2 december 2008 betreffende coördinatie inzake exitheffingen (PB 2008, C 323, blz. 1).

30. Het Hof heeft niet alleen een onderscheid gemaakt tussen de vaststelling van het bedrag van de belastbare meerwaarde en de invordering van de heffing, maar het heeft ook geoordeeld dat de Nederlandse *regeling geschikt* was om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te vrijwaren aangezien *de latente meerwaarden in een economisch goed aldus werden belast in de lidstaat waar zij zijn aangegroeid* [15] (eigen cursivering). Ik vestig de aandacht erop dat het feit dat de vennootschap in Nederland belastingplichtig bleef ook al genoot zij in deze lidstaat niet langer belastbare winst, niet van doorslaggevend belang was.

31. In het arrest Commissie/Portugal (EU:C:2012:521) heeft het Hof de eerste grief van de Commissie aldus opgevat dat zij daarmee aanvoerde dat de relevante bepalingen van de Portugese wet de vrijheid van vestiging belemmerden aangezien ingeval een Portugese vennootschap haar statutaire zetel en feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst en ingeval *de activa van een op het Portugese grondgebied gevestigde vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap geheel of ten dele naar een andere lidstaat worden overgebracht*, deze vennootschap financieel wordt benadeeld vergeleken met een soortgelijke vennootschap die haar activiteiten op het Portugese grondgebied behoudt. [16] Aangezien bij vergelijkbare, zuiver interne verrichtingen de latente meerwaarden niet onmiddellijk werden belast, heeft het Hof geoordeeld dat de Portugese wet in strijd was met artikel 49 VWEU.

32. In de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Denemarken [17], kwam de Commissie op, wegens strijd met artikel 49 VWEU en artikel 31 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, tegen een Deense wet krachtens welke meerwaarden van een vennootschap op aandelen onmiddellijk werden belast in geval van inbreng van activa in een van haar inrichtingen in een andere lidstaat, terwijl vergelijkbare inbrengen op het Deense grondgebied (met uitzondering van Groenland en de Faeröer) niet tot enige belasting leidden. Volgens de toepasselijke Deense wet werd een dergelijke grensoverschrijdende inbreng aangemerkt als de verkoop van de betrokken activa, terwijl een vergelijkbare transactie tussen de inrichtingen van de vennootschap in Denemarken niet als de verkoop van de activa werd beschouwd. [18] Het Hof heeft geoordeeld dat genoemde bepalingen waren geschonden aangezien de Deense wet onevenredig was [19] doordat de latente meerwaarden onmiddellijk werden belast in geval van een inbreng van activa van een vennootschap op aandelen buiten het Deense vaste land [20].

33. Voor de onderhavige zaak is van bijzonder groot belang de overweging van het Hof dat de lidstaten het recht hebben om, met het oog op de heffing van belasting over op hun grondgebied aangegroeide meerwaarden, een ander belastbaar feit te bepalen dan de daadwerkelijke realisatie van die winst, teneinde de belasting van die activa veilig te stellen ingeval de betrokken onderneming niet van plan is de activa te vervreemden, mits de belasting niet op het tijdstip van de inbreng wordt ingevorderd. [21] Deze overweging sluit aan bij het betoog van de Deense regering dat andere dan financiële activa zoals aan slijtage onderhevige activa of immateriële vermogensdelen niet voor verkoop bedoeld zijn en bovendien in waarde neigen te verminderen. Dit betekent dat de boekwaarde ervan nul is of in elk geval lager dan het bedrag van de verschuldigde belasting. [22]

15 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 48).

16 — Arrest Commissie/Portugal (EU:C:2012:521, punt 27).

17 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480) (enkel in het Deens en het Frans beschikbaar).

18 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 24).

19 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 32).

20 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 29).

21 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 37).

22 — Arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punten 12-14).

34. In het arrest DMC (EU:C:2014:20) ging het over de belasting over latente meerwaarden van een Duitse gewone commanditaire vennootschap die ontbonden werd omdat haar stille vennoten, twee Oostenrijkse besloten vennootschappen, hun aandelen in de Duitse commanditaire vennootschap hadden ingebracht in de beherend vennoot, een Duitse besloten vennootschap, in ruil voor aandelen in deze beherend vennoot. De commanditaire vennootschap werd ontbonden omdat alle aandelen waren overgedragen aan de Duitse beherend vennoot.

35. Als gevolg daarvan werden de stille vennoten in Duitsland belast op basis van de latente meerwaarden van de Duitse commanditaire vennootschap aangezien zij als vennoten aan de winstbelasting waren onderworpen, ook al beschikten zij in Duitsland niet over een inrichting na de ontbinding van de Duitse commanditaire vennootschap. Bijgevolg was Duitsland niet langer heffingsbevoegdheid voor de winst die de stille vennoten toekwam als gevolg van de inbreng van de aandelen in de Duitse beherend vennoot in ruil voor de aandelen die deze vennootschappen in de Duitse commanditaire vennootschap hielden. Doordat de aandelen die de stille vennoten in de Duitse beherend vennoot hadden ingebracht tegen hun actuele waarde en niet tegen boekwaarde werden gewaardeerd, werd belasting geheven over de latente meerwaarden in de aandelen van de Duitse commanditaire vennootschap.

36. In de zaak die tot het arrest DMC (EU:C:2014:20) heeft geleid, heeft het Finanzgericht Hamburg het Hof twee prejudiciële vragen gesteld. De eerste vraag betrof de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging van een nationale regeling volgens welke „bij inbreng van medeondernemersaandelen in een kapitaalvennootschap het ingebrachte bedrijfsvermogen tegen de actuele waarde moet worden gewaardeerd (en voor de inbrenger dus een vermogenswinst ontstaat doordat de stille reserves tot uitdrukking komen), voor zover de Bondsrepubliek Duitsland op het tijdstip van de inbreng in natura geen heffingsbevoegdheid heeft voor de winst uit de overdracht van de nieuwe vennootschapsaandelen die de inbrenger in ruil van zijn inbreng verkrijgt”.

37. Met de tweede vraag wenste de nationale rechter te vernemen, indien de eerste vraag ontkennend werd beantwoord, of deze nationale regeling met de vrijheid van vestiging verenigbaar was wanneer de inbrenger het recht werd toegekend te verzoeken om een renteloos uitstel van betaling van de belasting die ontstaat doordat de stille reserves tot uitdrukking komen, waarbij de over de vermogenswinst verschuldigde belasting over een periode van vijf jaar kon worden voldaan in jaarlijkse termijnen op voorwaarde dat zekerheid werd gesteld voor betaling van de termijnen.

38. Het Hof heeft geoordeeld dat gelet op de feiten van het geding, het vrije kapitaalverkeer en niet de vrijheid van vestiging in geding was. Bovendien kon volgens het Hof de betrokken nationale regeling verenigbaar zijn met artikel 63 VWEU wanneer die gerechtvaardigd was uit hoofde van de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. In dit verband maakte het Hof het voorbehoud dat het voor de lidstaat niet daadwerkelijk onmogelijk was om zijn heffingsbevoegdheid over de latente meerwaarden uit te oefenen op het tijdstip waarop zij daadwerkelijk werden gerealiseerd.[23]

39. Op de tweede prejudiciële vraag heeft het Hof geantwoord dat onmiddellijke belasting van de latente meerwaarden die op het grondgebied van de betrokken lidstaat zijn aangegroeid, niet onevenredig was op voorwaarde dat de belastingplichtige kon kiezen voor uitstel van betaling en in voorkomend geval een eventuele verplichting om een bankgarantie te stellen afhing van het werkelijke risico van niet-invordering van de belasting.[24] Het Hof heeft met name geoordeeld dat *de spreiding over vijf jaarlijkse termijnen van de betaling van de belasting die verschuldigd is voordat de latente*

23 — Dat voorbehoud hield verband met de latere mogelijkheid om meerwaarden in aanmerking te nemen bij de vaststelling van de vennootschapsbelasting die in Duitsland verschuldigd is door de ontvangende vennootschap, in dat geval de besloten vennootschap die de beherend vennoot van de ontbonden commanditaire vennootschap was geweest [arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 57)].

24 — Arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 67).

meerwaarden zich daadwerkelijk realiseren, in deze context een geschikte en evenredige maatregel vormt ter verwezenlijking van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, aangezien het risico van niet-invordering groter wordt naarmate de tijd verstrijkt [25] (eigen cursivering).

40. Mijns inziens heeft het Hof als algemene aanname aanvaard dat bij gebreke van bijzondere regels van Unierecht uit de bevoegdheid van de lidstaten inzake directe belastingen voortvloeit dat zij het recht hebben om op hun grondgebied aangegroeide latente meerwaarden te belasten, ook al gaat dit gepaard met een beperking van de vrijheid van vestiging of van het vrije kapitaalverkeer, naargelang het geval. [26] Dit steunt op een meer algemene overweging waarbij, in de context van het vertrek van een belastingplichtige, wordt erkend dat de lidstaten het recht hebben om in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel hun heffingsbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot op hun grondgebied uitgeoefende activiteiten. [27]

41. Gelet op de arresten Commissie/Portugal (EU:C:2012:521) en Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480) is deze erkenning van de gevolgen van het fiscale territorialiteitsbeginsel evenwel niet beperkt tot situaties waarin een belastingplichtige het grondgebied van een lidstaat verlaat, maar geldt zij evenzeer in geval van een algehele of gedeeltelijke overdracht van activa naar een andere lidstaat. Uit het oogpunt van de fiscale territorialiteit is het immers niet van belang of de belastingplichtige de territoriale jurisdictie wel of niet verlaten heeft wanneer de lidstaat zijn territoriale bevoegdheid verliest met betrekking tot een bepaalde belastbare materie zoals aan bepaalde bedrijfsactiva toerekenbare winst. In dat geval wordt het voor een lidstaat noodzakelijk om de belastingschuld die is ontstaan vóór de overdracht van de belastbare materie binnen de heffingsbevoegdheid van een andere lidstaat, vast te stellen op voorwaarde dat eerstbedoelde lidstaat krachtens een internationale rechtshandeling en/of een nationale wet zijn heffingsbevoegdheid voor die belastbare materie na de overdracht heeft toegewezen aan laatstbedoelde lidstaat.

42. Het Hof heeft uitdrukkelijk niet ermee ingestemd dat op de staat van vertrek een eventuele verplichting rust om rekening te houden met waardeveranderingen van de activa waarin de stille reserves zijn ontstaan, die zijn opgetreden nadat de activa het grondgebied van die lidstaat hebben verlaten. [28] Dit voorrecht om in een lidstaat aangegroeide latente meerwaarden te belasten mag met betrekking tot de invordering van de belasting en de praktische uitvoering ervan echter niet op onevenredige wijze worden uitgeoefend.

B – *Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging*

43. Dat de betrokken regeling een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert, is volgens de verwijzende rechter te wijten aan het feit dat een vergelijkbare inbreng van activa in Duitsland van een vaste inrichting in een andere vaste inrichting, niet tot een belasting over de stille reserves leidt. [29] Deze zienswijze wordt blijkbaar onderschreven door de partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, met uitzondering van het Finanzamt en de Belgische regering.

44. Volgens vaste rechtspraak levert een belastingregeling een beperking van de vrijheid van vestiging op wanneer een grensoverschrijdende situatie ongunstig wordt behandeld in vergelijking met een binnenlandse situatie, mits de situaties vergelijkbaar zijn. [30]

25 — Arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 62).

26 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 46)

27 — Arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 56).

29 — Ik merk op dat de ratione temporis toepasselijke verdragsbepaling artikel 43 EG is, en niet artikel 49 VWEU, aangezien het in casu gaat om de heffing van belasting naar aanleiding van een inbreng van activa die in 2005 plaatsvond. Aangezien deze twee bepalingen in wezen niet verschillen, kan het Hof mijns inziens bij de beantwoording van de prejudiciële vraag verwijzen naar artikel 49 VWEU.

30 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punten 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. Overeenkomstig de Duitse belastingregeling wordt de inbreng van activa van een binnenlandse vaste inrichting in een vaste inrichting in het buitenland ontegenzeggelijk anders behandeld dan een vergelijkbare transactie tussen twee binnenlandse vaste inrichtingen. In de eerste situatie leidt de inbreng van activa tot de belasting van de stille reserves, anders dan in de tweede situatie. Door dit verschil wordt de grensoverschrijdende transactie in vergelijking met een binnenlandse transactie minder gunstig behandeld, voor zover een liquiditeitsnadeel ontstaat. [31]

46. Mijns inziens is er sprake van een minder gunstige behandeling, ook al ontstaat geen liquiditeitsnadeel. Doordat het bedrag waarvoor de latente meerwaarden mede belastbare winst vormen, wordt vastgesteld ten tijde van de inbreng van de activa, verliest de belastingplichtige het recht om een eventuele latere vermindering van de marktwaarde van de activa in aanmerking te doen nemen bij de berekening van de belastingschuld. Wanneer de activa in Duitsland blijven, behoudt hij echter dat recht.

47. Derhalve is in casu sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging op voorwaarde dat de situatie van een Duitse onderneming die activa inbrengt in een vaste inrichting in een andere lidstaat, objectief vergelijkbaar is met de inbreng van activa in een vaste inrichting in Duitsland. Volgens vaste rechtspraak is dat het geval. [32]

48. Volgens de Duitse en de Belgische regering worden grensoverschrijdende transacties echter niet ongunstig behandeld als gevolg van het dubbelbelastingverdrag dat door Duitsland en Nederland is ondertekend, wanneer het samen met de Nederlandse belastingwetgeving wordt toegepast. Ingevolge dat verdrag is de winst van Nederlandse vaste inrichtingen van Duitse belastingplichtigen in Duitsland van belasting vrijgesteld, maar wordt die winst in Nederland belast. Naar Nederlands recht komen activa die vanuit Duitsland in een vaste inrichting in Nederland worden ingebracht, in aanmerking voor een „step-up”, dit wil zeggen dat zij in de fiscale boekhouding van deze vaste inrichting worden geboekt tegen hun marktwaarde, die alsdan de afschrijvingsbasis vormt. Bijgevolg wordt een eventuele Duitse exitheffing, aldus deze regeringen, geneutraliseerd doordat het mogelijk is de activa af te schrijven op basis van de „step-up”-waarde, waardoor het door de activa gegenereerde belastbare inkomen in Nederland daalt. Het is zelfs mogelijk dat een belastingplichtige uit deze situatie profijt haalt als gevolg van de Nederlandse afschrijvingsregels voor octrooirechten.

49. Naar mijn mening doet deze redenering niet af aan het feit dat de Duitse wettelijke regeling voor grensoverschrijdende inbrengen van activa discriminerend is. De gevolgen van het belastingverdrag zien veeleer op de rechtvaardiging voor de beperking, uit hoofde van de noodzaak van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de twee staten. Op dit aspect kom ik later terug.

50. Voorts wordt in de rechtspraak van het Hof niet ingestemd met het betoog dat regels in belastingverdragen een beperking die – op het eerste gezicht – volgt uit de nationale belastingregeling, kunnen wegnemen. Het Hof heeft geoordeeld dat „het aan de lidstaten is om te bepalen of en in hoeverre dubbele economische belasting van de uitgekeerde winst moet worden voorkomen, en hiertoe unilateraal of door middel van met andere lidstaten gesloten overeenkomsten mechanismen ter voorkoming of vermindering van deze dubbele economische belasting in te stellen. Dit enkele feit betekent evenwel niet dat zij maatregelen mogen treffen die in strijd zijn met de vrijheden van verkeer”. [33]

51. Bijgevolg ben ik van mening dat de in het hoofdgeding aangevochten wettelijke regeling een beperking van de vrijheid van vestiging oplevert.

31 — Ibid., punt 37.

32 — Arresten Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 31), Commissie/Portugal (EU:C:2012:521, punt 29) en Commissie/Spanje (EU:C:2012:439, punt 60).

33 — Arrest Amurta (C-379/05, EU:C:2007:655, punt 24). Zie ook arrest Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punten 49 en 50).

C – *Rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging*

1. Handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten

52. De nationale rechter en de verschillende lidstaten die aan de procedure hebben deelgenomen, stellen zich op het standpunt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Duitse wettelijke regeling kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. De noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren heeft het Hof erkend als een legitieme doelstelling van algemeen belang die een beperking van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen. Bovendien voert Duitsland het behoud van de samenhang van zijn belastingstelsel als rechtvaardiging aan.

53. De Commissie stelt daarentegen dat de eerste rechtvaardigingsgrond in casu niet opgaat omdat Duitsland gelet op de rechtspraak van het Bundesfinanzhof [34] zijn heffingsbevoegdheid niet verliest met betrekking tot meerwaarden die zijn aangegroeid vóór de inbreng van de activa.

54. Ik geef het Hof in overweging geen standpunt in te nemen omtrent dit argument van de Commissie, aangezien het steunt op haar uitlegging van wijzigingen in de rechtspraak van het Bundesfinanzhof betreffende de vraag of een inbreng van activa in een vaste inrichting in het buitenland moet worden gelijkgesteld met een eigendomsoverdracht waardoor die staat zijn heffingsbevoegdheid verliest. In feite blijkt dat voor de commanditaire vennootschap uitsluitend als gevolg van de inbreng van activa in een vaste inrichting in het buitenland een belastingschuld is ontstaan. Het is dit gevolg, dat door toepassing van de nationale wet is ontstaan, dat de lidstaat moet rechtvaardigen in het licht van het beginsel van vrijheid van vestiging.

55. Of de Duitse regeling Unierechtelijk gerechtvaardigd is hangt in de eerste plaats ervan af of deze regeling geschikt en noodzakelijk is om de hierboven beschreven verdeling van de heffingsbevoegdheid te handhaven, en in de tweede plaats of zij verder gaat dan noodzakelijk is om die doelstelling te verwezenlijken. [35] Mijns inziens behoeft de Duitse regeling niet in detail volgens dit schema te worden onderzocht, daar de relevante bevindingen van het Hof in de hierboven aangehaalde precedenten op deze regeling kunnen worden toegepast.

56. Ik merk op dat de rechtspraak van het Hof inzake exitheffingen is gebaseerd op een onderscheid tussen, enerzijds, de *vaststelling* van het bedrag van de belastingschuld op het ogenblik van de exit en, anderzijds, de *invordering* van de vastgestelde belasting. Volgens het Hof is de eerste handeling gerechtvaardigd met het oog op de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid [36] en het behoud van de samenhang van het belastingstelsel [37].

57. Niet in geding is dat Duitsland zijn recht behoudt om belasting te heffen over latente meerwaarden die op zijn grondgebied zijn aangegroeid vóór de inbreng. Ook staat buiten kijf dat Duitsland krachtens het toepasselijke belastingverdrag afstand heeft gedaan van zijn heffingsbevoegdheid met betrekking tot de winst en de activa van een Nederlandse vaste inrichting van een Duitse onderneming en aan deze vaste inrichting toerekenbare inkomsten van belasting vrijstelt.

34 — Zie het arrest van 17 juli 2008 (aangehaald in voetnoot 6).

35 — Zie bijvoorbeeld arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 — Arrest DMC (EU:C:2014:20, punten 51 en 52).

37 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 81).

58. Nederland en Duitsland hebben aldus hun heffingsbevoegdheid met betrekking tot winst uit de betrokken activa onderling afgestemd, waarbij het tijdstip van de inbreng van doorslaggevend belang is. Uiteraard kan Duitsland slechts zijn heffingsbevoegdheid uitoefenen wanneer het in staat is het bedrag te bepalen waarvoor de latente meerwaarden mede belastbare winst van de commanditaire vennootschap vormen op het tijdstip van de inbreng van de activa. Anders zouden deze meerwaarden en eventuele meerwaarden (of waardeverliezen) die na de inbreng zijn ontstaan en waarvoor Nederland heffingsbevoegd is, dooreenlopen.

2. Uitoefening van Duitslands heffingsbevoegdheid (vaststelling van het bedrag van de latente meerwaarden)

59. Voor Duitsland luidt de hamvraag derhalve hoe het zijn heffingsbevoegdheid daadwerkelijk kan uitoefenen. Is het ten gevolge van het feit dat de commanditaire vennootschap in Duitsland blijft, niet langer een noodzaak om met het oog op een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de twee lidstaten het bedrag vast te stellen van de latente meerwaarden die in Duitsland vóór de inbreng van de betrokken activa zijn aangegroeid? Dit is kennelijk het standpunt van de Commissie, die verwijst naar de overwegingen van het arrest DMC waarin het Hof heeft erkend dat de doelstelling om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren een anders onwettige regeling van een lidstaat slechts kan rechtvaardigen wanneer de lidstaat op het grondgebied waarvan de inkomsten zijn ontstaan, daadwerkelijk wordt verhinderd zijn heffingsbevoegdheid voor deze inkomsten uit te oefenen. [38]

60. Het is duidelijk dat Duitsland ratione personae heffingsbevoegd blijft voor de commanditaire vennootschap, daar deze vennootschap het Duitse grondgebied niet heeft verlaten. Hetzelfde geldt voor de beherend vennoot, een Duitse besloten vennootschap. Uit de gegevens van het dossier kan niet worden opgemaakt wat de fiscale status in Duitsland is van de stille vennoten, die Nederlandse vennootschappen zijn.

61. Gelet op het arrest National Grid Indus zie ik niet in in welk opzicht bezwaar kan worden gemaakt tegen het feit dat Duitsland de belastbare winst bepaalt op basis van het belastbare bedrag dat overeenstemt met de latente meerwaarde in de activa die zijn ingebracht in de Nederlandse vaste inrichting van de commanditaire vennootschap. Dit is nodig omwille van de rechtszekerheid aangezien deze winst in elk geval is gerelateerd aan het tijdstip van de inbreng en dus aan een welbepaald boekjaar. [39]

62. Mijns inziens bestaat er geen relevant verschil tussen de situatie waarin alle activa van een binnenlandse vaste inrichting van een ingezeten belastingplichtige worden ingebracht in een buitenlandse vaste inrichting, en de situatie waarin slechts enkele activa worden ingebracht, voor zover de inbrenger in de staat van vertrek belastingplichtig blijft. In het arrest Commissie/Portugal

38 — Zie arrest DMC (EU:C:2014:20, punten 56 en 57).

39 — De situatie zou anders zijn wanneer naar Unierecht zou zijn vereist dat bij de vaststelling van het bedrag van de in Duitsland ontstane belastbare winst rekening wordt gehouden met gerealiseerde meerwaarden (of waardeverliezen) indien en wanneer de activa in Nederland worden gerealiseerd. Dit vereiste heeft het Hof niet aanvaard in het arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punten 56 en 57). Zie ook arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 48). Ik herinner eraan dat in de zaak National Grid Indus de vennootschap in beginsel in Nederland belastingplichtig bleef, ook al was zij een ingezetene van het Verenigd Koninkrijk geworden. Bovendien merk ik op dat zo een staat aan een buitenlandse vaste inrichting van een ingezeten vennootschap toerekenbare winst van belasting vrijstelt, de verplichting om rekening te houden met een waardeverlies van de in die vaste inrichting ingebrachte activa zonder dat de mogelijkheid bestaat om een waardevermeerdering van de activa na de exit in aanmerking te nemen, een asymmetrie zou opleveren die de samenhang van zijn belastingstelsel zou ondermijnen.

heeft het Hof geen onderscheid gemaakt tussen een gedeeltelijke en een algehele overdracht van activa door een Portugese vaste inrichting van een niet-ingezeten vennootschap.[40] Dit onderscheid dient nog minder relevant te zijn voor ingezeten vennootschappen aangezien de belastbare grondslag – dat wil zeggen vóór de overdracht ontstane latente meerwaarden – in beide gevallen dezelfde blijft.[41]

63. Voorts wordt in de rechtspraak aanvaard dat een exitheffing wordt vastgesteld in de context van een overdracht van activa ook al verplaatst de belastingplichtige zich niet naar een andere lidstaat, mits deze belasting niet onmiddellijk wordt ingevorderd.[42]

64. De conclusie luidt dat het ter vrijwaring van Duitslands heffingsbevoegdheid betreffende de latente meerwaarden die zijn aangegroeid vóór de inbreng van activa, zijnde het *belastbare feit* voor de vaststelling van de belastingschuld, zowel noodzakelijk als geschikt is dat het bedrag van de belastbare winst op dat tijdstip wordt vastgesteld. Dat de commanditaire vennootschap blijft bestaan als belastingsubject in Duitsland doet daaraan niet af en is daarentegen enkel van belang voor de invordering van de belasting.

65. Tot slot wens ik, alvorens in detail in te gaan op de invordering van de belasting, op te merken dat de Commissie naast doel schiet met het argument dat zij ontleent aan de praktische onmogelijkheid om latente meerwaarden te belasten – hetgeen door het Hof in het arrest DMC in twijfel is getrokken op basis van het feitelijke kader. In het arrest DMC heeft het Hof zich afgevraagd of het voor Duitsland onmogelijk was rekening te houden met de latente meerwaarden van een ontbonden Duitse commanditaire vennootschap bij de vaststelling van de vennootschapsbelasting van de besloten vennootschap die haar beherend vennoot was geweest, toen de Duitse commanditaire vennootschap als gevolg van haar ontbinding werd overgenomen door de enige nog overblijvende vennoot, zijnde de besloten vennootschap.[43]

66. Ten eerste is het in casu onmogelijk de betrokken latente meerwaarden in aanmerking te nemen bij de belasting van andere belastingplichtigen dan de commanditaire vennootschap en – gelet op de transparante belastingheffing – in laatste instantie van haar vennoten. Ten tweede kan een correcte afbakening van de Duitse en Nederlandse heffingsbevoegdheid slechts worden gewaarborgd wanneer het bedrag van de latente meerwaarden op het tijdstip van de inbreng van activa wordt vastgesteld. Wanneer deze meerwaarden eventueel later worden gerealiseerd, verandert dit geenszins het bedrag aangezien Nederland heffingsbevoegd is voor alle meerwaarden of waardeverliezen na de inbreng van activa. Bijgevolg is het in feite niet mogelijk om deze latente meerwaarden in Duitsland te belasten wanneer het bedrag ervan niet op het tijdstip van de inbreng wordt vastgesteld.

3. Invordering van de belasting

67. Sinds de arresten Commissie/Denemarken en DMC staat vast dat het Hof de daadwerkelijke realisatie in de staat van aankomst van een activum dat in een vaste inrichting in die lidstaat is ingebracht, niet langer beschouwt als het enige aanvaardbare of verplichte *belastbare feit* als zijnde het feit dat de verplichting tot betaling van belasting doet ontstaan, in tegenstelling tot het feit dat de belastingschuld doet ontstaan.[44] Bovendien heeft het Hof reeds geoordeeld dat onmiddellijke invordering onevenredig is, doch het heeft daaraan toegevoegd dat het een evenredige maatregel is om

40 — Arrest Commissie/Portugal (EU:C:2012:521, punten 27 en 28). Zie ook arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 28).

41 — Zie arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punten 31 en 36).

42 — Zie in dit verband arrest Commissie/Portugal (EU:C:2012:521). In dat arrest heeft het Hof de onmiddellijke invordering van belasting over niet-gerealiseerde meerwaarden in activa van een vaste inrichting in Portugal die naar een andere lidstaat werden overgebracht, gerechtvaardigd noch evenredig beschouwd. Zie ook arresten Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punten 36 en 37) en National Grid Indus (EU:C:2011:785), waar de vennootschap een Nederlandse vennootschap bleef ondanks de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat.

43 — Arrest DMC (EU:C:2014:20, punt 57).

44 — Arresten Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 37) en DMC (EU:C:2014:20, punt 53).

de belastingplichtige de keuze te bieden tussen onmiddellijke betaling en invordering van de belasting in termijnen. [45] Is erkend dat de lidstaat van vertrek het recht heeft om de op zijn grondgebied aangegroeide niet-gerealiseerde meerwaarden te belasten, dan zou, wanneer de invordering van deze belasting enkel mogelijk is in gevallen waarin het activum daadwerkelijk wordt gerealiseerd, de staat van vertrek voor de uitoefening van zijn heffingsrecht afhankelijk zijn van wat de belastingplichtige goeddunkt. [46]

68. Mijns inziens is de rechtspraak duidelijk op dit punt. Het Hof aanvaardt dat andere feiten dan de daadwerkelijke realisatie de verplichting tot betaling van een exitheffing doen ontstaan. Tegelijk berust krachtens de rechtspraak van het Hof op de lidstaten niet de verplichting om uitstel van de betaling van de exitheffing toe te staan tot de daadwerkelijke realisatie van de activa. [47]

69. Van bijzonder groot belang is dat de daadwerkelijke realisatie niet wordt vooropgesteld als het enige aanvaardbare belastbare feit, of zelfs als een verplicht alternatief, wanneer de ingebrachte bedrijfsactiva intellectuele-eigendomsrechten zijn. Ten eerste zijn dergelijke rechten weliswaar overdraagbaar, maar de houder ervan kan ze gemakkelijk exploiteren zonder zijn eigendomsrecht te vervreemden. Bijgevolg zou, wanneer wordt aanvaard dat de daadwerkelijke realisatie aanleiding geeft tot de invordering van de exitheffing, de betaling van deze heffing in de praktijk vaak vrijwillig moeten gebeuren. Ten tweede genereren intellectuele-eigendomsrechten doorgaans inkomsten en dus dragen zij bij tot de financiële draagkracht van de houder daar zij voor een voortdurende stroom aan inkomsten in de vorm van royalty's zorgen of bedrijfsinkomsten uit de exploitatie van het recht opleveren, hetgeen bij octrooien of modellen of auteursrechten in de tijd beperkt is maar bij merken voor onbepaalde duur kan zijn. Bijgevolg komt in een periode voor invordering met gespreide betaling van de belasting beter tot uiting dat deze rechten bijdragen tot de financiële draagkracht. [48]

4. Evenredigheid van de periode van tien jaar voor betaling en invordering van de belasting

70. Ten slotte is met betrekking tot de vraag of een periode van tien jaar voor de betaling en de invordering van de belasting evenredig is, een of ander betalingsschema voor de belasting een onontkoombaar gegeven aangezien de regeling van een lidstaat waarbij een exitheffing onmiddellijk wordt ingevorderd op het tijdstip van de inbreng, volgens het Hof onevenredig is [49] wanneer de belastingplichtige niet de keuze voor uitstel van invordering wordt geboden. [50]

71. Deze periode kan voor elk ingebracht activum afzonderlijk worden bepaald, rekening houdend met de verwachte economische levensduur wegens slijtage of met het tijdstip waarop intellectuele-eigendomsrechten zullen verstrijken, en de Commissie pleit voor een dergelijke benadering. Deze oplossing kan voor de belastingplichtige en de lidstaat van aankomst echter met aanzienlijke praktische problemen gepaard gaan als gevolg van de verschillen in de nog geldende duur van de bescherming van individuele rechten in de ingebrachte activa en de mogelijkheid van een

45 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 73). In bepaalde omstandigheden bespaart onmiddellijke betaling zowel de belastingplichtige als de belastingdienst een onevenredige administratieve last als gevolg van de noodzaak om elk overgebracht activum afzonderlijk te monitoren.

46 — Dit argument werd door Denemarken aangevoerd in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punt 13). Ik herinner eraan dat het Hof heeft aanvaard (zie punt 37) dat de lidstaten voor de invordering van de belasting een ander belastbaar feit kiezen dan de daadwerkelijke realisatie van de activa.

47 — Arresten Commissie/Denemarken (EU:C:2013:480, punten 36-38) en DMC (EU:C:2014:20, punt 53).

48 — Dit geldt ongeacht de afschrijvingsregels, die in Nederland voor octrooien nogal gunstig blijken te zijn, aldus de Belgische regering in haar schriftelijke opmerkingen.

49 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 81).

50 — Arresten National Grid Indus (EU:C:2011:785, punt 73) en DMC (EU:C:2014:20, punt 61).

toekomstige overdracht binnen de vennootschapsstructuur, eventueel naar andere fiscale jurisdicties binnen de Europese Unie of derde landen. Dergelijke problemen waren voor het Hof de reden om niet in te stemmen met het argument dat de daadwerkelijke realisatie moet worden beschouwd als het enige aanvaardbare belastbare feit voor de invordering van de exitheffing. [51]

72. Daaruit volgt dat een periode voor betaling en invordering van de belasting in de vorm van een schema kan worden vastgesteld zonder dat het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden. Aangezien het Hof onmiddellijke invordering van de exitheffing niet heeft aanvaard omdat voor de belastingplichtige een liquiditeitsnadeel ontstaat, is het duidelijk dat de periode voldoende lang moet zijn om dat probleem op te vangen. Ook moet de periode afgestemd zijn op de economische en juridische realiteit van het bedrijfsleven en de vennootschapsbelasting, waarbij moet worden voorzien in een regeling betreffende de bewaring van de boekhouding en de bewijsstukken.

73. In het arrest DMC heeft het Hof geoordeeld dat een periode van vijf jaar voor de betaling van de exitheffing in de omstandigheden van die zaak evenredig was. Aangezien de exitheffing in de onderhavige zaak over een periode van tien jaar kan worden betaald, zie ik geen reden om deze periode als onevenredig te beschouwen.

V – **Conclusie**

74. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Finanzgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

„Het in artikel 49 VWEU vervatte beginsel van vrijheid van vestiging verzet zich niet tegen een nationale regeling volgens welke stille reserves die mede de belastbare winst vormen tot uitdrukking komen bij een inbreng van een activum van een binnenlandse vaste inrichting in een buitenlandse vaste inrichting van dezelfde onderneming wanneer het volgens een andere nationale regeling mogelijk is deze inkomsten over tien boekjaren gelijkmatig te spreiden.”

51 — Arrest National Grid Indus (EU:C:2011:785, punten 70 en 71).