

NLF 2018/1208

Verdrag Nederland-België verhindert afwaardering vordering als verlies uit row

A-G, 26 april 2018, 17/04329, ECLI:NL:PHR:2018:467

SAMENVATTING

X (belanghebbende; ab-houder van Y bv) is in 2006 geëmigreerd naar België. Als gevolg daarvan is aan hem een conserverende aanslag opgelegd waarbij een fictief vervreemdingsvoordeel uit ab in aanmerking is genomen ter zake van zijn aandelen in Y. In 2009 heeft X leningen aan een deelneming van Y verstrekt (de vordering). Eind 2011 stond het volledige bedrag van de vermelde conserverende aanslag nog open. X (buitenlands belastingplichtig) heeft in 2011 de vordering afgewaardeerd en als verlies uit row aangemerkt in de aangifte IB/PVV 2011. De Inspecteur heeft het afwaarderingsverlies geweigerd. Niet in geschil is dat op grond van het nationale recht de afwaardering volledig bij X ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. In geschil is of de slotzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België daaraan in de weg staat. Vaststaat dat het afwaarderingsverlies als een vervreemding dient te worden aangemerkt zoals bedoeld in voornoemd artikel. Vaststaat voorts dat ter zake van de leningen bij emigratie geen conserverende aanslag is opgelegd omdat X de leningen eerst na zijn emigratie heeft verstrekt, en dat de waardemutaties op de vorderingen ná emigratie zijn ontstaan. Volgens Rechtbank Zeeland-West-Brabant is artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België dan om meerdere redenen niet van toepassing. Voor dat geval is tussen partijen niet in geschil dat paragraaf 4 van het verdrag van toepassing is en het heffingsrecht aan België is toegewezen. Het afwaarderingsverlies kan niet ten laste van het Nederlands inkomen komen, aldus de Rechtbank. X heeft met toestemming van de staatssecretaris sprongcassatie ingesteld. Volgens A-G Niessen heeft Nederland (slechts) het heffingsrecht ter zake van vermogenswinsten die ontstaan zijn in de periode voorafgaand aan de emigratie. Aangezien de tbs-vorderingen van X pas zijn ontstaan ná zijn emigratie naar België, bestaat volgens de A-G onvoldoende band tussen de tbs-vorderingen en Nederland om het heffingsrecht ter zake aan Nederland toe te wijzen. Deze interpretatie is in overeenstemming met de tekst van de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België. Uit het verband tussen de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België en de overige tekst van het artikel volgt tevens dat deze interpretatie – die ook in de gezamenlijke toelichting is gegeven – de juiste is. Het cassatieberoep is ongegrond, concludeert de A-G.

NOOT

Deze zaak betreft de sprongcassatie tegen de uitspraak van Rechtbank Breda van 27 juli 2017.¹

Afwaardering tbs-vordering onder vermogenswinstartikel van voormalige Verdrag Nederland-België

De onderhavige casus vertoont sterke gelijkenis met die van het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013.² In dit arrest was de kwestie aan de orde of de afwaardering van een tbs-vordering door een inwoner van België kon worden beschouwd als een 'vervreemding' voor de toepassing van artikel

1 Rechtbank Breda 27 juli 2017, 16/4458, ECLI:NL:RBZWB:2017:4805, NLF 2017/2193, met noot van Gooijer.

2 HR 1 maart 2013, 11/02952, ECLI:NL:HR:2013:BX4018 (na conclusie van A-G Niessen).

13, paragraaf 4, voormalige Verdrag Nederland-België (1970). Deze bepaling was gebaseerd op artikel 13, lid 5, OESO-Modelverdrag, de 'saldobepaling' voor vermogenswinsten die het heffingsrecht exclusief aan de woonstaat toekent. De Hoge Raad leidde uit het commentaar op artikel 13, lid 5, OESO-Modelverdrag af dat de term 'gains from the alienation of any property' niet uitsluit dat een staat voor de heffing over vermogenswinst aanknoopt bij een geconstateerde vermogensaanwas die niet door een vervreemding tot uitdrukking is gekomen. De afwaardering van de vordering was daarom een 'vervreemding' in de zin van artikel 13, paragraaf 4, voormalige Verdrag Nederland-België. De Hoge Raad concludeerde dat het heffingsrecht over de afwaardering van de tbs-vordering in kwestie op grond van deze bepaling aan België was toegewezen, waardoor Nederland geen rekening hoefde te houden met het afwaarderingsverlies. In dit verband refereerde de Hoge Raad aan het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2009³ (over de fictieve vervreemding bij emigratie van ab-houders in box 2). Anders dan in dit arrest, betrof de afwaardering in het eerdergenoemde arrest van 1 maart 2013 echter geen fictieve vervreemding op basis van de toepasselijke Nederlandse wetgeving (resultaat uit overige werkzaamheden in box 1). Niettemin beschouwde de Hoge Raad de afwaardering als een vervreemding in verdragszin.

Hoge Raad kent zeer brede werking toe aan begrip vervreemding voor toepassing verdrag

De classificatie van een afwaardering van een vordering onder artikel 13 van een OESO-conform verdrag lijkt misschien op het eerste gezicht logisch, maar ligt niet zonder meer voor de hand. Het begrip 'gains from the alienation of any property' is niet gedefinieerd in het verdrag, en dient daarom uitgelegd te worden aan de hand van het nationale recht van de staat die het verdrag toepast, tenzij de context anders vereist (op grond van artikel 3, lid 2, van het verdrag). In geval van toepassing van artikel 13 door Nederland als bronstaat, verwijst artikel 3, lid 2, dus in beginsel naar het Nederlandse nationaalrechtelijke vervreemdingsbegrip. Het OESO-commentaar geeft diverse voorbeelden van 'alienations' die onder artikel 13 vallen, zoals verkoop, ruil, onteigening, inbreng tegen aandelen, schenking en erfrechtelijke verkrijging. Uit deze voorbeelden blijkt dat het begrip vervreemding voor verdragstoepassing volgens het OESO-commentaar ruim moet worden opgevat. Ook een fictieve vervreemding kan wat mij betreft onder artikel 13 OESO-Modelverdrag vallen, mits de verdragsrechtelijke goede trouw bij deze karakterisering gerespecteerd wordt. Enige steun voor de classificatie van fictieve vervreemdingen onder artikel 13 is bijvoorbeeld te vinden in paragraaf 10 van het commentaar op artikel 13 OESO-Modelverdrag (over de mogelijke heffing ter zake van het overbrengen van vermogensbestanddelen van een vaste inrichting naar het hoofdhuys van de onderneming). In het eerdergenoemde arrest van 20 februari 2009 en twee andere arresten van dezelfde datum⁴ heeft de Hoge Raad, zoals hierboven al aangegeven, fictieve vervreemdingen op basis van de toepasselijke nationale wetgeving onder artikel 13 geschaard. In het arrest van 1 maart 2013 heeft de Hoge Raad de scope van artikel 13 nog breder – en mijns inziens te breed – getrokken door ook een waardemutatie zonder een daadwerkelijke dan wel fictieve vervreemding naar nationaal recht onder artikel 13 voormalige Verdrag Nederland-België te brengen. In mijn optiek had de waardemutatie van een vordering – bij gebrek aan een echte of fictieve vervreemding – niet onder artikel 13, maar onder het restartikel van het toepasselijke verdrag geclassificeerd moeten worden, dan wel onder artikel 7 in geval van ondernemingswinst.⁵ De Hoge Raad koos echter voor een andere benadering, die logischerwijs ook geldt voor positieve waardemutaties, bijvoorbeeld in de vorm van een ongerealiseerde waardestijging

3 HR 20 februari 2009, 42.701, ECLI:NL:HR:2009:AZ2232.

4 HR 20 februari 2009, 43.760, ECLI:NL:HR:2009:BD5481 en 07/12314, ECLI:NL:HR:2009:BD5468.

5 Zie mijn proefschrift *Other Income under Tax Treaties*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, Deventer 2015, par. 11.4.3.5, p. 390 e.v.

van een vordering. Andere staten zouden echter een andere zienswijze kunnen hebben, met eventuele afwijkende gevolgen voor de verdeling van heffingsbevoegdheid (en daarmee potentiële dubbele heffing of niet-heffing). In beginsel wijzen de diverse mogelijke toepasselijke bepalingen – namelijk artikel 7, 13 of 21 OESO-Modelverdrag – het heffingsrecht toe aan de woonstaat, zodat de kans op een verschillende uitkomst beperkt lijkt. Dit kan echter anders liggen bij verdragen met afwijkende bepalingen, zoals artikel 13, paragraaf 5 (zie hierna) en 21 huidige Verdrag Nederland-België (het restartikel in dit verdrag bevat een onderworpenheidseis).

Ab-voorbehoud in Verdrag Nederland-België volgens A-G niet van toepassing: Nederland hoeft geen aftrek toe te staan

In de onderhavige procedure staat de vraag centraal hoe de afwaardering van een tbs-vordering uitpakt onder het huidige Verdrag Nederland-België (2001), in het bijzonder het ab-voorbehoud van artikel 13, paragraaf 5, van dat verdrag. Deze bepaling vormt een uitzondering op de ‘saldobepaling’ voor vermogenswinsten die is opgenomen in artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België (gemodelleerd naar artikel 13, lid 5, OESO-Modelverdrag). Indien artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België niet van toepassing zou zijn, dan zou het heffingsrecht, conform het arrest van 1 maart 2013, exclusief aan België zijn toegewezen op basis van artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België en hoeft Nederland geen rekening te houden met de afwaardering. Belanghebbende beroept zich in deze procedure echter op het ab-voorbehoud, hetgeen voor deze buitenlandse belastingplichtige zou leiden tot een aftrekbaar verlies in box 1. Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België wijst het heffingsrecht onder bepaalde voorwaarden toe aan Nederland als bronstaat. Deze bepaling ziet niet alleen op de vervreemding van aandelen door geëmigreerde ab-houders, maar ook op de vervreemding van schuldvorderingen. Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België is alleen van toepassing indien de betreffende ab-houder in de tien jaar voorafgaand aan het jaar van de vervreemding, inwoner van Nederland is geweest en aan hem/haar bovendien een conserverende aanslag is opgelegd ter zake van de emigratie naar België die op het moment van de vervreemding nog (deels) openstaat. A-G Niessen leidt uit onder andere de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting op het verdrag af dat artikel 13, paragraaf 5 slechts een heffingsrecht aan Nederland beoogt te verlenen ten aanzien van vorderingen die zijn ontstaan vóór emigratie. In casu zijn de tbs-vorderingen echter ontstaan ná emigratie van de belanghebbende naar België. Daarmee bestaat volgens de A-G onvoldoende nexus tussen Nederland en de vorderingen om Nederland het heffingsrecht te gunnen onder artikel 13, paragraaf 5, van het verdrag. Het sluitstuk van de redenering zou dan moeten zijn dat artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België het exclusieve heffingsrecht aan België toekent. De A-G noemt deze bepaling echter niet expliciet. Een en ander brengt overigens mee dat Nederland ook geen heffingsrecht heeft over een eventuele latere waardestijging van een dergelijke, na emigratie ontstane, vordering.

Geen toepassing restartikel

Interessant is dat artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België verwijst naar het heffingsrecht van de staten over onder andere de vervreemding van schuldvorderingen op basis van hun nationale wetgeving, waaronder begrepen de betekenis van de uitdrukking ‘vervreemding’. Deze formulering beoogt uitdrukkelijk fictieve vervreemdingen bij emigratie onder het ab-voorbehoud te brengen. De grondslag van de Nederlandse heffing, de regeling voor resultaat uit overige werkzaamheden in box 1, beschouwt een afwaardering echter (zoals hierboven ook al aangegeven) niet als fictieve vervreemding. Bij gebrek aan een daadwerkelijke of fictieve vervreemding en gelet op artikel 3, paragraaf 2, Verdrag Nederland-België, lijkt het classificeren van de afwaardering onder het restartikel van het verdrag mij daarom nog steeds de juiste benadering. Partijen lijken het er echter over eens te zijn dat de afwaardering als vervreemding in verdragszin moet worden aangemerkt, conform het arrest van 1 maart

2013. Indien de Hoge Raad de A-G volgt, ligt het daarom voor de hand dat het heffingsrecht onder artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België aan België wordt toegewezen.

Alexander Bosman

Loyens & Loeff/Vrije Universiteit

BRON

Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

mr. R.E.C.M. Niessen

Advocaat-Generaal

Conclusie van 26 april 2018 inzake:

Nr. Hoge Raad: 17/04329 [X]

Nr. Rechtbank: BRE 16/4458

Derde Kamer A tegen

Inkomstenbelasting/premie volksverz. 1 januari 2011 - 31 december 2011 Staatssecretaris van Financiën

1. Inleiding

1.1. Aan [X], wonende te Thailand (hierna: belanghebbende) is voor het jaar 2011 een aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen opgelegd, berekend naar een belastbaar inkomen uit werk en woning van € 97.685.

1.2. De Inspecteur⁶ heeft bij uitspraak op bezwaar het door belanghebbende ingediende bezwaar ongegrond verklaard.

1.3. Tegen de uitspraak op bezwaar heeft belanghebbende beroep ingesteld bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant (hierna: de Rechtbank). De Rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.⁷

1.4. Belanghebbende heeft tijdig en ook overigens op regelmatige wijze sprongcassatie ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank. De staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) heeft ingestemd met sprongcassatie. De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend. Belanghebbende heeft daarop gerepliceerd, de Staatssecretaris heeft niet gedupliceerd.

1.5. Het geschil in cassatie betreft de vraag of artikel 13, paragraaf 5 van het tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk der Nederlanden gesloten verdrag tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen uit 2001 (hierna: het Verdrag of het Verdrag Nederland-België) kan worden toegepast op de situatie van belanghebbende. In dat geval heeft Nederland het heffingsrecht ter zake van het door belanghebbende behaalde vermogensverlies op zijn 'tbs-vorderingen' (ook wel 'tbs-schuldvorderingen' genoemd).

2. De feiten en het geding in feitelijke instantie

Feiten

2.1. De Rechtbank heeft de feiten als volgt vastgesteld:

2.1. Belanghebbende heeft een aanmerkelijk belang in [A] B.V. (hierna: [A] BV). [A] BV heeft een meerderheidsbelang in [B] B.V. (hierna: [B] BV). Beide vennootschappen zijn in Nederland gevestigd.

⁶ De inspecteur van de Belastingdienst/[P].

⁷ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27 juli 2017, nr. BRE 16/4458, ECLI:NL:RBZWB:2017:4805,

2.2. Belanghebbende is in 2006 naar België geëmigreerd. In verband hiermee is aan hem, op grond van artikel 4.16, eerste lid aanhef en onderdeel h, van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: de Wet IB 2001), inzake zijn aandelen in [A] BV een conserverende aanslag opgelegd waarbij een fictief vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking is genomen.

2.3. Belanghebbende heeft in 2009 twee leningen aan [B] BV verstrekt van in totaal € 140.000 (hierna: de leningen).

2.4. Eind 2011 stond het volledige bedrag van de in 2.2 vermelde conserverende aanslag nog open.

2.5. Belanghebbende heeft voor het jaar 2011 de aangifte IB/PVV ingediend als buitenlandse belastingplichtige. In deze aangifte heeft belanghebbende een belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden aangegeven van negatief € 118.077. In dat resultaat was onder meer een afwaardering van de leningen begrepen ter grootte van € 140.000 en een afwaardering van rentevorderingen in verband met de leningen van € 5.156.

2.6. De inspecteur is bij het opleggen van de aanslag IB/PVV 2011 afgeweken van de ingediende aangifte. Daarbij heeft de inspecteur de in 2.5 vermelde afwaarderingen van in totaal € 145.156 niet geaccepteerd.

Rechtbank

2.2. Voor de Rechtbank was in geschil:

3.1. Tussen partijen is niet in geschil dat beoordeeld naar nationaal recht (de Wet IB 2001) de afwaardering van € 145.156 volledig bij belanghebbende ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. In geschil is uitsluitend het antwoord op de vraag of de slotzin van artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag Nederland-België tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna: het Verdrag) daaraan in de weg staat.

2.3. De Rechtbank heeft geoordeeld dat belanghebbende de afwaardering van zijn tbs-vorderingen niet ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden kan brengen omdat artikel 13, paragraaf 5 Verdrag – om meerdere redenen – niet van toepassing is op de situatie van belanghebbende:

4.8.1. Uit de parlementaire geschiedenis (zie 4.4) leidt de rechtbank het volgende af. Nederland en België hebben een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting opgesteld. Deze toelichting behoort tot de context voor de uitlegging van het Verdrag (artikel 31 van het Verdrag van Wenen). Uit de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting met betrekking tot artikel 13 paragraaf 5 volgt dat die paragraaf gericht is op het (fiscale) claimbehoud door Nederland over de waardeaanwinst van aandelen in en winstbewijzen van en schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap die zijn ontstaan in de binnenlandse periode en dus vóór de emigratie van de natuurlijk persoon. Uit de toelichting blijkt dat een verband wordt gelegd tussen de conserverende aanslag en toewijzing van het heffingsrecht. Dit verband komt ook naar voren in het einde van de slotzin van artikel 13, paragraaf 5 van het Verdrag 'zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat'. Gelet op het voorgaande en op de achtergrond (het kunnen effectueren van de conserverende aanslag na emigratie onder het Verdrag), is de rechtbank van oordeel dat de meergenoemde slotzin zo uitgelegd dient te worden dat Nederland alleen het heffingsrecht heeft ter zake van de vervreemding van een schuldvordering indien een aanslag ter zake van die schuldvordering is opgelegd en van die aanslag ten tijde van de vervreemding nog een bedrag openstaat. Nederland heeft bedoeld heffingsrecht niet indien slechts een conserverende aanslag is opgelegd ter zake van een ander vermogensbestanddeel dan de schuldvordering.

Hoewel een strikte lezing van de tekst wellicht ook een andere uitleg toelaat, volgt uit de context bovendien dat het heffingsrecht naar de bedoeling van verdragspartijen beperkt is tot vermogensmutaties die zijn opgetreden tot het moment van emigratie. Dit vindt steun in het verband dat in de tekst ('zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat') wordt gelegd met de conserverende aanslag, die per definitie ziet op waardemutaties tot het moment van emigratie. Ook vindt dit steun in het cijfermatige voorbeeld opgenomen in de 'Bijlage gezamenlijke artikelsgewijze toelichting'(zie 4.4 slot).

4.8.2. Vast staat dat ter zake van de leningen bij emigratie geen conserverende aanslag is opgelegd omdat belanghebbende de leningen eerst na zijn emigratie heeft verstrekt, en dat (dus) de

waardemutaties op de vorderingen ná emigratie zijn ontstaan. Gelet op het in 4.8.1 overwogene is artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag dan om meerdere redenen niet van toepassing.

4.8.3. Belanghebbende heeft nog aangevoerd dat indien de door de inspecteur gegeven uitleg wordt gevolgd de slotzin van paragraaf 5 van artikel 13 van het Verdrag met betrekking tot schuldvorderingen volledig zinledig zou zijn voor nieuwe gevallen onder de Wet IB 2001, omdat na 2000 ter zake van vorderingen geen conserverende aanslagen meer worden opgelegd ter zake van (schuld)vorderingen. Dat betoog geeft geen aanleiding voor een ander oordeel, reeds omdat voor de jaren 1997 tot en met 2000 bij emigratie wel conserverende aanslagen ter zake van vorderingen konden worden opgelegd en de verdragsbepaling daarom ook na 2000 van betekenis kan zijn – en dus in elk geval in zoverre niet zinledig is – met betrekking tot conserverende aanslagen die voordien zijn opgelegd (Nederland heeft immers tot 10 jaren na emigratie een fiscaal claimbehoud).

4.9. Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag niet van toepassing is. Voor dat geval is tussen partijen niet in geschil dat paragraaf 4 van toepassing is en dat nu het heffingsrecht betreffende de afwaardering aan België is toegewezen, het afwaarderingsverlies niet ten laste van het Nederlandse inkomen kan komen. Het beroep dient ongegrond te worden verklaard.

3. Het geding in cassatie

3.1. Het cassatiemiddel van belanghebbende luidt: “Schending althans verkeerde toepassing van het recht en/of schending van artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht dan wel verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming met nietigheid is bedreigd, doordat de Rechtbank Zeeland-West-Brabant ten onrechte althans op gronden die de beslissing niet kunnen dragen, heeft beslist dat artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag Nederland - België tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna: het Verdrag of het Verdrag Nederland - België) niet van toepassing is.”

3.2. Belanghebbende licht toe dat het heffingsrecht over vermogenswinsten en -verliezen van tbs-schuldvorderingen is toegewezen aan Nederland omdat aan hem (ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen) bij emigratie uit Nederland een conserverende aanslag is opgelegd waarvan nog een bedrag openstaat. Volgens belanghebbende is daarbij niet relevant dat de opgelegde conserverende aanslag slechts ziet op de door hem gehouden aandelen in [A] BV (en niet mede op de schuldvorderingen die belanghebbende heeft op [B] BV, de meerderheidsdeelneming van [A] BV). Belanghebbende voert daarbij aan dat Nederland sinds 2001 geen conserverende aanslag meer oplegt ter zake van een tbs-vordering. Daardoor zou de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag volgens belanghebbende zinledig zijn geworden. Voorts meent belanghebbende dat zijn interpretatie in lijn is met de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid uit 2011. Ter verdere onderbouwing van zijn standpunt verwijst belanghebbende naar de noot van Heithuis in BNB 2013/147⁸.

3.3. Tussen partijen is niet in geschil dat naar nationaal recht de afwaardering van de schuldvorderingen volledig bij belanghebbende ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht.

4. Verdrag Nederland – België

Het Verdrag, de parlementaire behandeling en de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting

4.1. Artikel 13 Verdrag luidt voor zover relevant in cassatie:

Vermogenswinst

(...)

4. Voordelen verkregen uit de vervreemding van alle andere goederen dan die vermeld in de paragrafen 1, 2 en 3 zijn slechts belastbaar in de verdragsluitende Staat waarvan de vervreemder inwoner is.

5. Niettegenstaande de bepalingen van paragraaf 4, mag een verdragsluitende Staat overeenkomstig zijn eigen wetgeving, de betekenis van de uitdrukking "vervreemding" daaronder begrepen, belasting heffen over voordelen door een natuurlijke persoon die inwoner is van de andere verdragsluitende

8 Zie voor de noot van Heithuis bij HR

Staat verkregen uit de vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op, een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, die volgens de wetgeving van de eerstbedoelde verdragsluitende Staat inwoner is van die Staat, alsmede uit de vervreemding van een gedeelte van de in die aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen besloten liggende rechten, indien die natuurlijke persoon – al dan niet tezamen met zijn echtgenoot – dan wel een van hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn onmiddellijk of middellijk ten minste vijf percent bezit van het geplaatste kapitaal van een soort van aandelen van die vennootschap. Deze bepaling vindt alleen toepassing wanneer de natuurlijke persoon die de voordelen verkrijgt in de loop van de laatste tien jaren voorafgaande aan het jaar waarin die voordelen worden verkregen inwoner van de eerstbedoelde Staat is geweest en mits op het tijdstip waarop hij inwoner werd van de andere verdragsluitende Staat werd voldaan aan eerdergenoemde voorwaarden ten aanzien van het aandelenbezit in eerdergenoemde vennootschap.

Deze bepaling geldt alleen in situaties waarin aan de natuurlijke persoon een aanslag is opgelegd ter zake van de bij diens emigratie uit die verdragsluitende Staat aangenomen vervreemding van de in de vorige alinea bedoelde aandelen, winstbewijzen, schuldvorderingen of rechten en zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat.

4.2. Nederland en België hebben ter zake van het Verdrag Nederland-België een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting opgesteld teneinde twijfel te voorkomen ter zake van de bedoeling die partijen voor ogen stond met bepaalde regelingen die zijn opgenomen in het Verdrag:⁹

Bij de toepassing van het belastingverdrag van 19 oktober 1970 is regelmatig gebleken dat de bedoeling die verdragspartijen met een bepaalde regeling voor ogen stond, niet helder voor het voetlicht gebracht kon worden. Teneinde daarover bij de bepalingen van het nieuwe Verdrag twijfel te voorkomen, hebben Nederland en België een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting opgesteld. Deze toelichting is als bijlage bij de memorie van toelichting gevoegd.

4.3. In de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuring van het Verdrag Nederland-België is de aanleiding voor de introductie van artikel 13, paragraaf 5 toegelicht:¹⁰

Uitgaande van de exclusieve woonstaathetfeffing voor vermogenswinsten die onder het belastingverdrag van 20 februari 1933 gold, betekende dit voor een (voormalig) inwoner van Nederland met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap dat hij de vervreemdingswinst belastingvrij kon incasseren indien hij op het moment van vervreemding van de aandelen of winstbewijzen inwoner van België was. Om dit gevolg tegen te gaan, werd in het belastingverdrag van 19 oktober 1970 artikel 13, paragraaf 5, opgenomen. Dit unilateraal geformuleerde artikel voorziet – geparafraseerd weergegeven – voor Nederland in de bevoegdheid om overeenkomstig zijn wetgeving ten hoogste 20 percent belasting te heffen over de voordelen uit de vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen in een in Nederland gevestigde vennootschap, mits die voordelen worden verkregen door een natuurlijke persoon die inwoner is van België, de Nederlandse nationaliteit bezit en in de loop van de vijf jaren voorafgaande aan de vervreemding inwoner van Nederland is geweest. In de loop der jaren bleek dit artikel echter niet voldoende mogelijkheden te bieden om de – al dan niet tijdelijke – fiscale emigratie van Nederlandse aanmerkelijkbelanghouders naar België te voorkomen. Met de opkomst van constructies waarmee de grondslag waarover de Nederlandse aanmerkelijkbelangheffing plaatsvindt, werd uitgehold (zoals holding- en kasgeldconstructies, agio(oppomp)constructies, turboconstructies en de zogenoemde zetelverplaatsing van vennootschappen), nam zij eerder toe. Door te emigreren naar België had men immers de relatieve zekerheid dat men zich gevrijwaard zou weten van bestrijding van dergelijke constructies door de Belastingdienst. Om deze problematiek op te lossen, heeft Nederland zijn nationale wetgeving gewijzigd. In dit verband wordt verwezen naar afdeling 2A van de Wet van 13 december 1996, Stb. 1996, 652 tot wijziging van enige belastingwetten (herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang, consumptieve rente en vermogensbelasting) en thans naar hoofdstuk 4 en, voor wat betreft het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen van de aanmerkelijkbelanghouder aan zijn vennootschap, hoofdstuk 7 in samenhang met afdeling 3.4 van de Wet van 11 mei 2000, Stb. 2000, 215, tot vaststelling van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001). Bezien in het licht van het in paragraaf 4.3.3 van de notitie «Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht» (kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4) neergelegde beleid met betrekking tot winsten uit aanmerkelijk belang geldt thans

9

10

als hoofdregel dat de emigratie van een houder van een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap wordt aangemerkt als een fictieve vervreemding van de aandelen en winstbewijzen waarvoor een conserverende aanslag wordt opgelegd voor de belasting over de aanmerkelijkbelangwinst ter grootte van – kort gezegd – de tot het moment van emigratie in de desbetreffende vennootschap aanwezige winstreserves. Indien vervolgens binnen een periode van tien jaar de aandelen en/of winstbewijzen daadwerkelijk worden vervreemd, wordt de conserverende aanslag ingevorderd. Na tien jaar wordt een eventueel openstaand bedrag op de conserverende aanslag kwijtgescholden. Voor vermogensbestanddelen die door de aanmerkelijkbelanghouder vanuit het buitenland aan zijn in Nederland gevestigde vennootschap ter beschikking worden gesteld, geldt als hoofdregel dat de daarmee behaalde (vervreemdings)voordelen in aanmerking worden genomen als belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden in Nederland (onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 werd bij emigratie van een aanmerkelijkbelanghouder tevens in de conserverende aanslag begrepen de belasting over vermogenswinst die hij geacht werd te behalen op schuldvorderingen op zijn vennootschap). Onder het nieuwe belastingverdrag kan Nederland zijn nationale wetgeving op dit punt effectueren. Verwezen wordt naar de gezamenlijke toelichting op de bepalingen van artikel 6, artikel 11, paragraaf 8, artikel 13, paragraaf 5, en artikel 21, paragraaf 1, van het nieuwe Verdrag alsmede op de bepalingen van punt 14 van protocol I.

4.4. In de Memorie van Toelichting is een nadere toelichting gegeven op de achtergrond van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag.¹¹

Evenals de bepalingen van paragraaf 8 van artikel 11 zijn de bepalingen van paragraaf 5 wederkerig geformuleerd, hoewel zij primair terug zijn te voeren op de problematiek inzake de fiscale emigratie van Nederlandse aanmerkelijkbelanghouders naar België.

Vanuit Nederlands perspectief gaat het daarbij om het volgende. Ingevolge het eerste lid, onderdeel h, van artikel 4.16 van de Nederlandse Wet inkomstenbelasting 2001 wordt bij emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder naar België een fictieve vervreemding van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen en winstbewijzen aangenomen. Deze fictieve vervreemding leidt tot het opleggen van een zogenoemde conserverende aanslag waarvoor ingevolge het achtste lid van artikel 25 van de Nederlandse Invorderingswet 1990 uitstel van betaling wordt verleend. Bij een daadwerkelijke vervreemding van de aandelen en/of winstbewijzen binnen tien jaar na emigratie wordt de conserverende aanslag ingevorderd.

De bepalingen van paragraaf 5 strekken ertoe dat ter zake van de in de conserverende aanslag belichaamde fiscale claim geen dubbele belasting ontstaat. In dat verband is in paragraaf 5 bepaald dat een verdragsluitende Staat, niettegenstaande de bepalingen van paragraaf 4, overeenkomstig zijn eigen wetgeving, de betekenis van de uitdrukking «vervreemding» daaronder begrepen, belasting mag heffen over de voordelen die een natuurlijke persoon die inwoner is van de andere verdragsluitende Staat heeft verkregen uit de vervreemding van aandelen en winstbewijzen van en schuldvorderingen op een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die volgens de wetgeving van eerstbedoelde Staat inwoner daarvan is, dan wel uit de vervreemding van een gedeelte van de in die aandelen, winstbewijzen van of schuldvorderingen besloten liggende rechten, indien die natuurlijke persoon een zogenoemd aanmerkelijk belang in die vennootschap heeft.

(...)

Voorts geldt dat de bepalingen van paragraaf 5 alleen toepassing vinden in situaties waarin bij de emigratie van de desbetreffende natuurlijke persoon ter zake van de daarbij aangenomen vervreemding van de aandelen, winstbewijzen, schuldvorderingen of rechten een aanslag is opgelegd en zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat.

4.5. Voorts is in de Memorie van Toelichting vermeld dat artikel 13, paragraaf 5 Verdrag ziet op het veiligstellen van de Nederlandse fiscale claim op niet uitgedeelde winsten van een in Nederland gevestigde vennootschap welke winsten zijn gevormd in de periode waarin de natuurlijke persoon als inwoner van Nederland een aanmerkelijk belang had in die vennootschap.¹²

Met de bepalingen van paragraaf 5 wordt derhalve – met voorkoming van dubbele belasting – gedurende een periode van tien jaar de fiscale claim veilig gesteld die een verdragsluitende Staat heeft

¹¹

¹²

op de niet uitgedeelde winsten van een in die Staat gevestigde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal welke winsten zijn gevormd in de periode waarin de natuurlijke persoon als inwoner van die Staat een aanmerkelijk belang had in die vennootschap en die hun weerslag vinden in de waarde van de aandelen c.a. Emigratie van die natuurlijke persoon naar de andere verdragsluitende Staat, al dan niet gevolgd door een «emigratie» van de vennootschap naar die andere Staat, maken deze claim ingevolge de bepalingen van punt 14 van Protocol I niet illusoir.

4.6. In de Nota naar aanleiding van het verslag is de staatssecretaris van Financiën ingegaan op verschillende manieren waarop artikel 13, paragraaf 5 Verdrag geïnterpreteerd kan worden. De staatssecretaris van Financiën heeft toegelicht dat de waardeaan groei na emigratie naar België ter heffing aan België is toegewezen:¹³

Hoewel op grond van de tekst van de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag 2001 anders kan worden geconcludeerd, merk ik in reactie op deze vragen op dat het, overeenkomstig het gestelde in paragraaf 4.3.3 van de notitie «Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht» (Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr.4), niet de bedoeling is van Nederland om meer heffingsrechten te claimen dan tot het bedrag waarnaar de conserverende aanslag is opgelegd. De waardeaan groei na emigratie naar België is derhalve ter heffing aan België toegewezen. Het voorbeeld in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting illustreert dit. In dat voorbeeld emigreert een natuurlijke persoon op 1 juli 2003 naar België. Hij heeft aanmerkelijkbelangaandelen met een verkrijgingsprijs van 40. De waarde in het economische verkeer van de aandelen bedraagt op 1 juli 2003 140. Er wordt een conserverende aanslag opgelegd van 25 (25% van (140-/-40)). In 2004 vindt een dividenduitkering van 60 plaats, waarover op grond van artikel 10 in Nederland 9 dividendbelasting is verschuldigd (15% van 60). De conserverende aanslag wordt daardoor verminderd tot 16 (25 -/ -9). Vervolgens worden de aandelen in 2005 verkocht voor 200. Op dat moment wordt het uitstel van betaling ingetrokken en moet de belastingplichtige het restant van de aanslag, 16, betalen. Er vindt in Nederland dus geen heffing plaats over het verschil tussen de vervreemdingsprijs van 200 in 2005 en de waarde in het economische verkeer van 140 op 1 juli 2003. Het heffingsrecht over de waardeaan groei die zich na de emigratie voordoet, is aan België toegewezen. Indien de conserverende aanslag vóór de verkoop van de aandelen zou zijn betaald, zou evenveel belasting in Nederland verschuldigd zijn geweest. Op deze wijze komt de bepaling van artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag 2001 overeen met de artikel 13, paragraaf 5, van het Nederlands-Portugese belastingverdrag van 20 september 1999 (Trb. 1999,180). Het vorenstaande komt overeen met de interpretatie die Hellebrekers in paragraaf 4.2, onder punt c, van zijn artikel beschrijft.¹⁴

4.7. In de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de staatssecretaris van Financiën toegelicht dat Nederland heeft afgezien van het heffingsrecht dat Nederland op grond van het oude verdrag met België had ter zake van een aanmerkelijk belang dat na het tijdstip van emigratie is ontstaan.¹⁵

De leden van de VVD-fractie vragen waarom Nederland heeft afgezien van het heffingsrecht dat Nederland op grond van het verdrag 1970 had met betrekking tot een aanmerkelijk belang dat na het tijdstip van emigratie is ontstaan.

De wijziging op dit punt past in het huidige Nederlandse verdragsbeleid zoals dit is verwoord in de notitie «Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen) recht» (Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr.4). Doel en strekking van 13, paragraaf 5, van het Verdrag 2001 in samenhang met artikel 4.16, eerste lid, onderdeel h, van de Wet inkomstenbelasting 2001, is het behouden van de aanmerkelijkbelangclaim over de winstreserves die zijn ontstaan in de binnenlandse periode en wel op een wijze dat dubbele belastingheffing terzake wordt voorkomen. Dit betekent dat het verdragsbeleid ten opzichte van het beleid zoals dat gold ten tijde van het sluiten van het Verdrag 1970 is gewijzigd.

4.8. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag heeft de staatssecretaris van Financiën toegelicht dat met het Nederlandse verdragsbeleid niet is beoogd dat de vroegere woonstaat het heffingsrecht heeft over de volledige waardeaan groei van een aanmerkelijkbelangpakket.¹⁶

13

14 Zie onderdeel 4.16 van deze conclusie.

15

16

In de tweede plaats merken de leden van de VVD-fractie op dat het feit dat België het heffingsrecht heeft over de waarde-aangroei na emigratie strijdig lijkt te zijn met de notitie «Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht» (Kamerstukken II 1997/98, 25 078, nr. 4).¹⁷ Daarin is vermeld dat het verdragsbeleid erop is gericht om het heffingsrecht over vermogenswinsten die worden gerealiseerd bij vervreemding van een aanmerkelijkbelangpakket, binnen een bepaalde periode na de emigratie toe te wijzen aan de vroegere woonstaat. De door deze leden bedoelde passage kan inderdaad de suggestie wekken dat het verdragsbeleid er thans op is gericht dat de vroegere woonstaat het heffingsrecht over de volledige waarde-aangroei krijgt. Dit wordt echter niet beoogd. Omdat Nederland sinds 1 januari 1997 een conserverende aanslag bij emigratie oplegt, is de aanmerkelijkbelangbepaling in de Nederlandse belastingverdragen die op dit nieuwe regime zijn gebaseerd, meer gericht op het voorkomen van dubbele belasting dan op het creëren van heffingsrechten. De aanmerkelijkbelangbepaling voorkomt dan dat over dezelfde vermogenswinst ook in het woonland belasting is verschuldigd. Artikel 7.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt met betrekking tot de vermogenswinst die na emigratie ontstaat in de praktijk alleen geëffectueerd indien de buitenlandse belastingplichtige inwoner is van een land waarmee geen verdrag is gesloten of vanuit Nederland naar een land is geëmigreerd waarmee Nederland een verdrag heeft met een aanmerkelijkbelangbepaling die is gebaseerd op het regime van voor 1 januari 1997.

4.9. In de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting is de werking van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd.¹⁸

Volgend voorbeeld illustreert paragraaf 5 van artikel 13. Een natuurlijke persoon, inwoner van Nederland, is enig aandeelhouder van een in Nederland gevestigde BV. Op 1 juli 2003 emigreert deze natuurlijke persoon naar België. De verkrijgingsprijs van zijn aandelen in de BV bedraagt 40. De waarde in het economische verkeer van deze aandelen op het moment van emigratie bedraagt 140. Naar aanleiding van zijn emigratie wordt aan de natuurlijke persoon een conserverende aanslag opgelegd van 25 (25% van (140 - 40)). Voor deze aanslag wordt ingevolge artikel 25, achtste lid, van de Invorderingswet 1990 uitstel van betaling verleend. In 2004 keert de BV een dividend uit van 60. Ingevolge de bepalingen van artikel 10, paragraaf 2, subparagraaf b, van het verdrag bedraagt de Nederlandse dividendbelasting daarover 9 (15% van 60). Naar aanleiding van de dividenduitkering wordt vervolgens ingevolge artikel 26, derde lid, van de Invorderingswet 1990 van het op de conserverende aanslag openstaande bedrag van 25 een bedrag van 9 kwijtgescholden. Wanneer vervolgens in 2005 de aandelen worden verkocht voor een bedrag van 200, dan wordt het uitstel van betaling dat voor het op dat moment op de conserverende aanslag openstaande bedrag van 16 (25 - 9) is verleend, ingetrokken. Aan de andere kant mag België als woonplaatsstaat van de vervreemder van de aandelen overeenkomstig paragraaf 4 van artikel 13 van het verdrag, de vermogenswinst die op de vervreemde aandelen betrekking heeft aan belasting onderwerpen, weliswaar met inachtneming van de bepalingen van artikel 23 van het verdrag betreffende de wijze waarop dubbele belasting wordt vermeden.

Internationaal fiscaal (verdrags)beleid

4.10. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris van Financiën de algemene uitgangspunten van zijn internationale fiscale verdragsbeleid ten aanzien van vermogenswinsten opgenomen.¹⁹²⁰

Voorts kent het Nederlandse verdragsbeleid voor natuurlijke personen een uitzondering op de hoofdregel dat voor vermogenswinsten een woonstaatheffing geldt en wel voor vermogenswinsten behaald bij de vervreemding van aanmerkelijkbelangpakketten in een in Nederland gevestigd lichaam. Ofschoon deze uitzondering enige spanning oproept met het algemene uitgangspunt van een woonstaatheffing voor vermogenswinsten, is de opname van een dergelijke verdragsbepaling door Nederland altijd wenselijk bevonden uit een oogpunt van het bestrijden van misbruik en oneigenlijk gebruik. Het anti-misbruikarakter van de verdragsbepaling blijkt onder meer uit het feit dat zij alleen toepassing vindt voor een beperkte periode na emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder uit Nederland.

¹⁷ Zie onderdeel 4.10 van deze conclusie.

¹⁸ De gezamenlijke artikelsgewijze toelichting is als bijlage bij de Memorie van Toelichting opgenomen.

¹⁹

²⁰ Originale voetnoten van auteurs zijn in deze conclusie niet opgenomen, tenzij anders aangegeven.

(...)

De oorspronkelijke achtergrond van de Nederlandse aanmerkelijkbelangbepaling is dat een emigrant pas na verloop van een aantal jaren na datum van emigratie uit Nederland een «echte» inwoner is van het andere land; eerst na verloop van die termijn zou duidelijk zijn dat emigratie niet is ingegeven met het doel zijn aanmerkelijkbelangclaim relatief snel af te schudden. Echter, wanneer de Nederlandse nationale heffingsrechten onder het nieuwe wettelijke aanmerkelijkbelangregime reeds op het moment van emigratie worden veiliggesteld, kan het gevreesde oneigenlijke gebruik zich in wezen niet meer voordoen. Desondanks blijft opname in de door Nederland te sluiten belastingverdragen van een aanmerkelijkbelangbepaling van belang. Deze bepaling bevestigt nog eens dat ook in verdragsrelaties het heffingsrecht over de vermogenswinsten, gerealiseerd bij vervreemding van een aanmerkelijkbelangpakket, binnen een bepaalde periode na emigratie zijn toegewezen aan de vroegere woonstaat.

(...)

Bovendien voorkomt een aanmerkelijk belang bepaling dat belastingplichtige bij vervreemding van zijn aanmerkelijkbelangpakket binnen 10 jaar na emigratie wordt geconfronteerd met een situatie van dubbele belasting. Belastingplichtige is immers reeds bij emigratie uit Nederland geconfronteerd met een afrekening over zijn aanmerkelijk belang. Zonder nadere regelgeving is het niet uitgesloten dat een belastingplichtige daarnaast, op het moment van de daadwerkelijke vervreemding van zijn aanmerkelijk belang, ook in zijn nieuwe woonstaat wordt geconfronteerd met een heffing over de door hem met betrekking tot dat aanmerkelijkbelangpakket gerealiseerde vermogenswinsten. Wanneer hij ingevolge de fiscale wetgeving van zijn nieuwe woonstaat aldaar geen opstap krijgt voor de waardeangroei van zijn aanmerkelijkbelangpakket die is toe te rekenen aan de periode dat hij in Nederland woonachtig was, wordt hij voor dat deel van de door hem gerealiseerde vermogenswinsten geconfronteerd met een situatie van dubbele belasting. Opname van een aanmerkelijkbelangbepaling die de heffingsrechten over de vermogenswinsten gerealiseerd bij de vervreemding van een aanmerkelijkbelangpakket gedurende een bepaalde periode na emigratie toewijst aan de vroegere woonstaat voorkomt een dergelijke situatie van dubbele belastingheffing.

4.11. De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 vermeldt over het aanmerkelijkbelangvoorbehoud:²¹

Momenteel stelt Nederland in onderhandelingen een aanmerkelijkbelangvoorbehoud voor dat nog meer dan in het verleden is toegesneden op de emigratieheffing. Deze sluit rechtstreeks aan bij de emigratieheffing, bevat geen gedetailleerde beschrijving meer van de aanmerkelijkbelangvereisten en ziet ook op - eveneens tot het aanmerkelijk belang behorende - winstbewijzen, koopopties en vruchtgebruik. De aanmerkelijkbelangbepaling wordt daarmee aanzienlijk vereenvoudigd. Schuldvorderingen worden overigens nog steeds onder het aanmerkelijkbelangvoorbehoud gebracht. Ook over schuldvorderingen die onder de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 Wet IB 2001 vallen, moet immers bij emigratie worden afgerekend, tenzij buitenlandse belastingplicht ontstaat.

Met het aanmerkelijkbelangvoorbehoud beoogt Nederland ter verduidelijking neer te leggen dat aan de voormalige woonstaat het heffingsrecht wordt toegewezen met betrekking tot de in de binnenlandse periode aangegroeide waarde van de hiervoor benoemde vermogensbestanddelen. Hierop wordt echter een uitzondering gemaakt, indien vaststaat dat de andere verdragsstaat de waardeangroei van dergelijke vermogensbestanddelen effectief niet in de belastingheffing betreft. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de situatie dat de andere verdragsstaat een zogenoemd territoriaal belastingstelsel heeft. In een dergelijke situatie streeft Nederland naar het opnemen van een onbeperkt heffingsrecht voor de bronstaat, zodat Nederland zijn heffingsmogelijkheden die de buitenlandse belastingplicht biedt ten aanzien van de waardeangroei van deze vermogensbestanddelen volledig kan effectueren.

4.12. De redactie van Vakstudie-Nieuws vraagt zich af hoe de bovenstaande passage uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2010 zich verhoudt met de parlementaire geschiedenis over het Verdrag Nederland - België:²²

Op grond van deze bepaling is Nederland dan gerechtigd in elk geval belasting te heffen over de waardeangroei van de aandelen en -winstbewijzen die vóór de emigratie tijdens de binnenlandse periode is opgetreden. Maar Nederland maakt hierop een uitzondering, zo blijkt uit bovenstaande

²¹

²²

passage, indien vaststaat dat de andere verdragsstaat de waardeangroei van dergelijke vermogensbestanddelen effectief niet in de belastingheffing betreft, hetgeen bijvoorbeeld het geval is als de andere verdragsstaat een zogenoemd 'territoriaal belastingstelsel' heeft. In een dergelijke situatie streeft Nederland er dan naar om een onbeperkt heffingsrecht voor de bronstaat op te nemen, zodat Nederland zijn heffingsmogelijkheden die de buitenlandse belastingplicht biedt ten aanzien van de waardeangroei van deze vermogensbestanddelen, volledig kan effectueren. Eerlijk gezegd, begrijpen wij deze passage niet zo goed. Betekent dit nu dat Nederland zich in situaties waarin de andere staat niet heft, ook het recht voorbehoudt de waardeangroei die zich na de emigratie in de buitenlandse periode heeft voorgedaan, te belasten? Dat is dan in strijd met de wetsgeschiedenis met betrekking tot een aantal reeds in werking zijnde (nieuwe) belastingverdragen, onder andere het huidige verdrag met België, waarin Nederland tijdens de parlementaire behandeling van dit verdrag uitdrukkelijk in de nota naar aanleiding van het verslag te kennen heeft gegeven deze waardestijging niet te zullen belasten, zelfs als het belastingverdrag Nederland hiertoe wel het recht verschaft (zoals in het huidige belastingverdrag met België het geval is). Zie Kamerstukken II 2001/02, 28259, nr. 6, V-N 2020/40.1. Bij latere verdragen is dit herhaald. Dus vermoeden wij dat dit niet met litigieuze passage is bedoeld, tenzij de staatssecretaris met deze passage beoogt terug te komen op hetgeen zijn voorgangers tijdens de parlementaire behandeling van onder andere het huidige verdrag met België hebben gezegd. Op de waardeangroei van de aanmerkelijkbelangaandelen vóór de emigratie tijdens de binnenlandse periode kan naar onze mening die passage in elk geval niet zien, want dat is geen uitzondering, maar 'gewoon' de hoofdregel. Dus vooralsnog tasten wij in het duister welke uitzondering hier wordt bedoeld. Hier wreekt zich dat de notitie niet een voorbeeld noemt van een belastingverdrag, waarin een dergelijke uitzondering is opgenomen. Zulks had veel verhelderd.

Jurisprudentie

4.13. In HR BNB 2013/147 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de afwaardering van een schuldvordering voor de toepassing van het belastingverdrag tussen Nederland en België van 19 oktober 1970 kan worden beschouwd als een 'vervreemding' in de zin van artikel 13, paragraaf 4 van dat belastingverdrag.²³

3.3.2. (...) Ingevolge artikel 13, § 4, van het Verdrag zijn voordelen verkregen uit de vervreemding van alle andere goederen dan die bedoeld in artikel 13, § 1, § 2, en § 3, van het Verdrag slechts belastbaar in de Staat waarvan de vervreemder inwoner is. De vraag rijst of de afwaardering van een schuldvordering kan worden beschouwd als een 'vervreemding' voor de toepassing van artikel 13, § 4, van het Verdrag. Artikel 13, § 4, is in het Verdrag opgenomen naar het model van artikel 13, § 5, (tot 2003: § 4) van het OESO-modelverdrag en uit het officiële commentaar bij artikel 13 van het OESO-modelverdrag moet worden afgeleid dat niet beoogd is om door het bezigen van de term 'gains from the alienation of any property' uit te sluiten dat een staat - met een soortgelijk gevolg voor de verdeling van de heffingsrechten tussen de verdragsstaten - voor de heffing van vermogenswinst aanknoopt bij een geconstateerde vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen (Hoge Raad 20 februari 2009, nr. 42701, LJN AZ2232, BNB 2009/260). Voornoemde vraag moet derhalve in bevestigende zin worden beantwoord, hetgeen tot gevolg heeft dat het heffingsrecht over de afwaardering van de vordering op grond van het Verdrag aan België is toegewezen.

4.14. Heithuis heeft in zijn noot bij HR BNB 2013/147 geschreven over het Verdrag uit 2001:²⁴

5. Interessante vraag is wat de uitkomst van onderhavige procedure zou zijn onder het huidige belastingverdrag met België (2001) zoals dat vanaf 1 januari 2003 geldt. Indachtig onderhavig arrest moet mijns inziens de conclusie zijn dat het afwaarderingsverlies onder het zogenoemde aanmerkelijkbelangvoorbehoud van art. 13 par. 5 van dit verdrag valt dat, anders dan het oude belastingverdrag met België (1970), naast de aandelen en winstbewijzen, ook ziet op de schuldvorderingen. Art. 13 par. 5 van het nieuwe verdrag met België wijst het heffingsrecht toe aan bronstaat Nederland in geval van vervreemding van aandelen, winstbewijzen en schuldvorderingen (1) binnen tien jaren na de emigratie uit Nederland en (2) mits ter zake van de eerdere emigratie uit Nederland een conserverende aanslag is opgelegd en (3) zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat. Is aan de genoemde voorwaarden voldaan, dan heeft Nederland het afwaarderingsverlies

²³ Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/02952, na conclusie A-G Niessen, ECLI:NL:HR:2013:BX4018,

²⁴

op de schuldvordering binnen tien jaren na de emigratie te accepteren. Dat dit art. 13 par. 5 van het nieuwe verdrag met België (2001), net als art. 13 par. 4 van het oude verdrag met België (1970), expliciet spreekt over een “vervreemding” is blijkens onderhavig arrest dus geen beletsel. Hoewel het huidige belastingverdrag met België (2001) destijds een uitgebreide parlementaire behandeling ten deel is gevallen en er – voor zover mij bekend een unicum in verdragssituaties – zelfs een gezamenlijke toelichting door België en Nederland is gegeven op dit nieuwe belastingverdrag, is aan onderhavige situatie van een afwaarderingsverlies op een tbs-vordering jammer genoeg geen aandacht besteed. Zelfs het feit dat de schuldvorderingen, in afwijking van het toenmalige art. 13 par. 5 van het oude verdrag met België (1970), aan art. 13 par. 5 van het nieuwe verdrag met België (2001) zijn toegevoegd, was kennelijk de moeite van het nader toelichten niet waard. Dit is uiterst spijtig, want juist het verschillende nationaalrechtelijke regime voor aanmerkelijkbelangaandelen en -winstbewijzen enerzijds en terbeschikkingstellingsschuldvorderingen anderzijds had een uitgebreide toelichting naar mijn mening zeer wenselijk gemaakt. De tekst van art. 13 par. 5 van het verdrag met België (2001) is namelijk veel meer geschreven, en laat zich ook beter begrijpen, vanuit de aanmerkelijkbelangregeling dan vanuit de terbeschikkingstellingsregeling.

Literatuur

4.15. Voorafgaand aan de publicatie van de toelichting op het Verdrag was voor Bellingwout onduidelijk hoe met de tekst van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag zou worden bewerkstelligd dat Nederland afziet van heffing over de waardeaan groei van de aanmerkelijk belang aandelen na emigratie, terwijl het België niet zou zijn toegestaan te heffen.²⁵

Hierin²⁶ valt te lezen dat ingeval van toepassing van art. 13, vijfde lid, Nederland afziet van heffing over de waardeaan groei van de aandelen na emigratie (conform de eerder aangehaalde notitie inzake het verdragsbeleid) en volstaat met de inning van de conserverende aanslag, terwijl het België op de voet van art. 13, vijfde lid, niet zou zijn toegestaan belasting te heffen. Mij is echter niet duidelijk hoe dit resultaat met de nieuwe tekst van art. 13, vijfdelid, kan worden bewerkstelligd. Immers, indien ten tijde van de vervreemding (na emigratie) nog een deel van de conserverende aanslag openstaat, dan omvat de toewijzing van heffingsbevoegdheid aan Nederland op de voet van art. 13, vijfde lid, zowel het bedrag van de conserverende aanslag, als de belasting over de na emigratie gerealiseerde waarde stijging, terwijl België de vervreemdingswinst niet mag belasten. Daarmee is weliswaar dubbele heffing over het bedrag van de conserverende aanslag voorkomen, maar ik zie niet in op welke grond Nederland zou (moeten) afzien van belastingheffing over de waardeaan groei die is opgetreden na emigratie. Het in de toelichtende nota bij het verdrag met Portugal beschreven resultaat wordt evenmin bereikt indien reeds bij emigratie, of wellicht pas vlak voor de voorgenomen feitelijke vervreemding van de aandelen, het bedrag van de conserverende aanslag vrijwillig is voldaan. Art. 13, vijfde lid, is dan immers geheel niet van toepassing. Het ongerijmde gevolg daarvan zou zijn dat Nederland, naar mag worden aangenomen, wel de conserverende aanslag int, maar niet bevoegd is de vervreemdingswinst ter zake van de na emigratie aangegroeide meerwaarden te belasten, terwijl België in dat geval bevoegd is om, zonder een step-up in aanmerking te nemen, de gehele vervreemdingswinst te belasten. Dubbele heffing over het bedrag van de waardeaan groei tot aan emigratie kan zo niet worden voorkomen.

De tekst van art. 13, vijfde lid, roept derhalve de nodige vragen op. Het wachten is op de toelichtende nota, waarin hopelijk enige helderheid op dit punt zal worden verschaft.

4.16. Voorafgaand aan de publicatie van de toelichting op het Verdrag heeft Hellebrekens een opsomming gemaakt van mogelijke interpretaties van de voorwaarde dat van de conserverende aanslag nog een bedrag open moet staan:²⁷

25 J.W. Bellingwout, ‘Dividend, rente en vermogenswinst in het nieuwe belastingverdrag met België’,

26 De auteur verwijst naar de toelichtende nota bij het belastingverdrag Nederland-Portugal waarin een soortgelijke laatste volzin is opgenomen als in artikel 13, paragraaf 5 Verdrag: “In de gevallen waarin ingevolge de nationale wetgeving van eerstbedoelde Verdragsluitende Staat aan de natuurlijke persoon een aanslag is opgelegd terzake van de bij diens emigratie uit eerstbedoelde Verdragsluitende Staat aangenomen vervreemding van vorenbedoelde aandelen, geldt het vorenstaande alleen voor zover er van deze aanslag nog een bedrag openstaat.” In die toelichtende nota wordt weer verwezen naar het Nederlandse verdragsbeleid. De auteur analyseert de gevolgen indien voor het Verdrag NL-BE eenzelfde toelichtende nota zou worden gepubliceerd.

27 J.H.C. Hellebrekers, ‘Dividenden, interest en vermogenswinsten op tot een aanmerkelijk belang behorende zaken in het nieuwe belastingverdrag met België’,

Ten tijde van de afronding van dit stuk zijn bij mijn weten aan Nederlandse zijde de verdragstekst en een toelichtende nota in behandeling bij de Raad van State. Nadat dit advies zal zijn uitgebracht en een nader rapport zal zijn opgesteld zullen de desbetreffende teksten openbaar worden. Of dat nog in 2001 zal plaatsvinden is nog niet bekend.

(...)

4.2. Volgtermijn en (conserverende aanslag)

(...)

Art. 11, par. 8, en art. 13, par. 5, Verdrag 2001 gelden alleen in "situaties waarin aan de natuurlijke persoon een aanslag is opgelegd ter zake van de bij diens emigratie ... aangenomen vervreemding van (...) aandelen, winstbewijzen, schuldvorderingen of rechten en zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat". De laatste twee voorwaarden bevatten een essentiële beperking: (a) er moet een conserverende aanslag wegens emigratie zijn opgelegd en (b) van deze aanslag moet nog een bedrag openstaan.

(...)

Voorwaarde (b) roept echter essentiële vragen op. De belangrijkste vraag - zowel in theorie als voor de praktijk - is welke conclusies moeten worden verbonden aan de aanhef van art. 13, par. 5, Verdrag 2001 - die de relatie ten opzichte van par. 4 vastlegt - en de slotzin van par. 5, met name de uitdrukking 'situaties waarin'. Een multiple choice tentamen zou de volgende antwoorden kunnen bevatten:

- a. de verdeling van het heffingsrecht bij vervreemding van AB-aandelen zoals bedoeld in de eerste volzin wordt uitsluitend geregeld in art. 13, par. 5. Staat de conserverende aanslag wegens emigratie (fictieve vervreemding) niet langer open, dan heeft Nederland geen heffingsrecht met betrekking tot waarde-aangroei na emigratie, maar België ook niet! Het heffingsrecht betreft uitsluitend het voordeel uit de fictieve vervreemding bij emigratie;
- b. zoals a, doch zolang de conserverende aanslag nog (gedeeltelijk) openstaat, mag Nederland ook van zijn heffingsrecht gebruik maken om de waarde-aangroei na emigratie te belasten door oplegging van separate aanslagen;
- c. de vervreemding van AB-aandelen zoals bedoeld in de eerste volzin is geregeld in (1) art. 13, par. 5, indien de conserverende aanslag wegens emigratie nog (gedeeltelijk) openstaat en (2) in art. 13, par. 4, Verdrag 2001 in alle overige situaties. In het laatste geval heeft de woonstaat (België) voor die situaties het heffingsrecht;
- d. de vervreemding van AB-aandelen zoals bedoeld in de eerste volzin is geregeld in (1) art. 13, par. 5, indien de conserverende aanslag wegens emigratie nog (gedeeltelijk) openstaat en (2) in art. 21, par. 1, Verdrag 2001 in de overige situaties van de eerste volzin. In het laatste geval heeft de woonstaat (België) voor die situaties het heffingsrecht, mits de desbetreffende voordelen 'in die Staat zijn belast'.

(...)

Multiple choice vragen veronderstellen dat er één juiste oplossing is. Zolang we mogen hopen op een (gemeenschappelijke) uitleg van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen beperk ik mij tot bovenstaande opsomming. Mijn voorkeur gaat uit naar oplossing c, omdat het resultaat, in ieder geval voor vermogenswinst, het meest logisch lijkt. Oplossing d, indien beoogd, zou onjuist geredigeerd zijn.

4.17. Peeters is in zijn artikelsgewijze bespreking van het Verdrag ingegaan op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen Nederland en België ter zake van de waardeestijging van een aanmerkelijk belang.²⁸

Bij emigratie uit Nederland van een houder van een aanmerkelijk belang in een vennootschap die inwoner is van Nederland, wordt er een "bewarende" aanslag gevestigd over de latente meerwaarden van de geciteerde vennootschapsrechten. De grondslag voor de aanslag zijn de vervreemdingsvoordelen, zijnde de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs. Aangezien er bij de emigratie enkel een fictieve vervreemding optreedt en er bijgevolg geen overdrachtprijs wordt betaald, wordt de waarde in het economische verkeer (d.i. de marktwaarde), op het tijdstip van de emigratie, als verkoopopbrengst aangemerkt. Dit impliceert dat de evenredige waardeestijging na emigratie niet meer

aan belastingheffing (in het land van oorsprong) wordt onderworpen. Men kan dit ook afleiden uit het voorbeeld dat in de gezamenlijke toelichting bij de overeenkomst is gegeven.²⁹ Bovendien blijkt uit de toelichting bij de overeenkomst met Nederland (cf. vermogenswinst, in fine) dat de belastingheffing in Nederland niet verhindert dat België als woonstaat van de persoon die de effecten heeft vervreemd, de vermogenswinst eveneens aan belasting zou mogen onderwerpen. De belastingheffing is dan op artikel 13 paragraaf 4 gesteund. Uiteraard moet België in dat geval voorkoming voor dubbele belasting verlenen, over het gedeelte van de meerwaarde waarvoor de heffingsbevoegdheid aan Nederland is toegewezen. M.a.w. men dient een opsplitsing te maken tussen de latente meerwaarden die vóór emigratie zijn ontstaan en de evenredige effectieve meerwaarden die na de emigratie worden gerealiseerd.

4.18. Peeters is voorts ook ingegaan op de voorwaarde van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag dat Nederland alleen heffingsbevoegdheid heeft indien een conserverende aanslag is opgelegd.³⁰

De koppeling van de meerwaardebelasting aan een bewarende aanslag voorkomt dat houders van een aanmerkelijk belang die Nederland vóór 1 januari 1997 hebben verlaten en niet meer aan de meerwaardebelasting konden worden onderworpen (wegens het verstrijken van de termijn van vijf jaar), door de huidige verdragsregeling opnieuw belastingplichtige zou worden.

4.19. Peeters merkt op dat artikel 13, paragraaf 5 Verdrag ertoe strekt belastingontwijking door emigratie tegen te gaan.³¹

Er geldt een bijzondere regeling voor aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen van een natuurlijk persoon die een zogenaamd “aanmerkelijk belang” in een kapitaalvennootschap aanhoudt. De toepassings sfeer van de emigratiebepaling is sterk uitgebreid. Dergelijke bepaling strekt ertoe belastingontwijking door emigratie tegen te gaan. In de OECD-commentaar³² wordt – onder de titel “Improper use of the convention” – hieromtrent gesteld: “Another case would be an individual who has in a Contracting State both his permanent home and all his economic interests, including a substantial shareholding in a company of that State, and who, essentially in order to sell the shares and escape taxation in that State on the capital gains from the alienation (...) transfers his permanent home to the other Contracting State where such gains are subject to little or no tax”.

4.20. Heithuis heeft geschreven ter zake van de vraag of de conserverende (belasting)aanslag in strijd is met het belastingverdrag.³³

Lange tijd heeft de conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen, zoals die per 1 januari 1997 als onderdeel van de algehele herziening van het aanmerkelijkbelangregime is ingevoerd, onder het juk van de mogelijke strijdigheid ervan met het EU-recht. Inmiddels, ruim twintig jaar later, weten we dat dit niet zo is.

(...)

Dat doet het speelveld vervolgens verplaatsen naar de vraag of de conserverende (belasting)aanslag in strijd is met het belastingverdrag. Daarbij moet men onderscheiden tussen oude belastingverdragen van vóór 1997, nieuwe belastingverdragen vanaf 1997 en de nieuwste belastingverdragen vanaf 2016:

(...)

De belastingverdragen die sinds 1997 zijn afgesloten, zijn wel geënt op de sinds 1997 geldende regeling van de conserverende (belasting)aanslag. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze belastingverdragen loopt qua tekst echter nogal sterk uiteen. Belangrijk is dat er verdragen zijn die in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud expliciet een tienjaarstermijn noemen, maar er zijn er ook die dit niet doen. Ook belangrijk is dat de heffing door voormalige woonstaat Nederland onder deze belastingverdragen is beperkt tot de invordering van de conserverende (belasting)aanslag. Waardestijgingen van de aanmerkelijkbelangaandelen na emigratie zullen door Nederland niet worden belast, zelfs als de tekst van het belastingverdrag zich hier niet tegen verzet.³⁴

29 Zie onderdeel 4.9 van deze conclusie.

30 B. Peeters,

31 B. Peeters,

32 Bedoeld zal zijn het OECD-commentaar.

33 E.J.W. Heithuis, ‘Conserverende aanslag voor ab-aandelen in strijd met belastingverdrag?’

34 Voetnoot in origineel: “Van dit laatste is art. 13 par. 5 Verdrag Nederland-België (2001) een (bekend) voorbeeld.”

4.21. Ook Hellebrekers meent dat artikel 13, paragraaf 5 Verdrag Nederland heffingsbevoegdheid geeft ten aanzien van winsten die zijn gevormd in de periode waarin de natuurlijke persoon als inwoner van Nederland een aanmerkelijk belang had:³⁵

Met art. 13, lid 5 wordt – met voorkoming van dubbele belasting – gedurende een periode van tien jaar de fiscale claim veilig gesteld die Nederland heeft op de niet-uitgedeelde winsten van een in Nederland gevestigde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, welke winsten zijn gevormd in de periode waarin de natuurlijke persoon als inwoner van Nederland een aanmerkelijk belang had in die vennootschap en die hun weerslag vinden in de waarde van de aandelen, aldus de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting (Kamerstukken II, 2001-2002, 28 259, nr. 3, p. 38).

(...)

De waardeangroei na emigratie naar België is aan België ter heffing toegewezen. Het was niet de bedoeling van Nederland om meer heffingsrechten te claimen dan tot het bedrag, waarnaar de conserverende aanslag is opgelegd. Indien België volgens zijn nationale wetgeving de vervreemdingswinst berekent op basis van de historische kostprijs van de aandelen (voor emigratie) – 40 in bovenstaand voorbeeld³⁶ – moet verdragstoepassing ertoe leiden dat België niet het heffingsrecht heeft over de waardeangroei tot emigratie (140 in het voorbeeld). Voor het verschil ten belope van 100 dient dan aftrek ter voorkoming van dubbele belasting te worden verleend op grond van art. 23, lid 1.

(...)

De bepaling is blijkens de laatste volzin alleen van toepassing indien aan de natuurlijke persoon een (conserverende) aanslag is opgelegd ter zake van de fictieve vervreemding bij emigratie en voor zover er van deze aanslag nog een bedrag openstaat. Zulks impliceert dat Nederland uiteindelijk slechts heft over de waardeangroei van de aandelen tot aan de emigratie en niet ook over de waardeangroei na de emigratie.

4.22. In de Fiscale Encyclopedie de Vakstudie is over de context van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag geschreven:³⁷

De bepaling van artikel 13, par. 5 moet, tezamen met de bepaling van artikel 11, par. 8 worden gezien in het licht van de bestrijding van de fiscale emigratieproblematiek zoals die zich onder het Nederlands-Belgisch belastingverdrag van 19 oktober 1970 heeft gemanifesteerd (zie de preambule aant. 1.4.11 t/m 1.4.16). In dat kader strekt artikel 13, par. 5 er in de eerste plaats toe om met voorkoming van dubbele belasting gedurende een (maximale) periode van tien jaar de fiscale claim veilig te stellen die een verdragsluitende staat heeft op niet-uitgedeelde winsten van een vennootschap die zijn gevormd in de periode waarin een naar de andere verdragsluitende staat geëmigreerde natuurlijke persoon als inwoner van eerstgenoemde staat een aanmerkelijk belang had in die vennootschap en die hun weerslag vinden in de waarde van de aandelen en winstbewijzen. Dit impliceert derhalve dat niet-uitgedeelde winstreserves die sinds de emigratie van de natuurlijke persoon/aanmerkelijkbelanghouder zijn gevormd, niet onder de werking van par. 5, maar onder de werking van artikel 13, par. 4 vallen.

De fiscale claim die van artikel 13, par. 5 met voorkoming van dubbele belasting beoogt veilig te stellen, moet zijn belichaamd in een conserverende aanslag die bij gelegenheid van de emigratie van de natuurlijke persoon/aanmerkelijkbelanghouder wordt opgelegd. De omstandigheid dat een dergelijke conserverende aanslag in juridische zin vóór het moment van emigratie van de natuurlijke persoon/aanmerkelijk belanghouder wordt opgelegd (dat wil zeggen naar het tijdstip waarop hij binnenlands belastingplichtig was van de verdragsluitende staat van waaruit hij is geëmigreerd) impliceert de facto dat artikel 13, par. 5 eerder het karakter heeft van een 'voorkomingsbepaling' dan van een bepaling die heffingsbevoegdheden verdeelt. Immers, de veilig te stellen fiscale claim is door middel van de conserverende aanslag reeds gevestigd en behoeft in voorkomend geval nog slechts geïncasseerd te worden. Bezien vanuit de verdragsluitende staat waarnaar de natuurlijke persoon/

35 J.H.C. Hellebrekers in NDFR, artikel 13 NL-België Vermogenswinst, 3.6.2. Fictieve vervreemding bij emigratie, a) Emigratie voor 15 september 2015. Het commentaar is bijgewerkt tot en met 28 december 2017. Online geraadpleegd op 28 maart 2018.

36 De auteur verwijst hier naar het voorbeeld opgenomen in onderdeel 4.9 van deze conclusie.

37 Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 13 Vermogenswinst Belastingverdrag Nederland – België, aantekening 6 'Vervreemdingswinst aanmerkelijk belang'. Het commentaar is bijgewerkt tot en met 2 maart 2018. Online geraadpleegd op 15 maart 2018.

aanmerkelijkbelanghouder is geëmigreerd, betekent dit dan dat art. 13, par. 5 die staat de facto verplicht tot het bedrag van de niet-uitgedeelde winstreserves waarover de in de conserverende aanslag begrepen belasting is berekend een step-up in de verkrijgingsprijs van de aandelen en winstbewijzen te verlenen.

4.23. In de Fiscale Encyclopedie de Vakstudie is geschreven over vermogenswinsten die worden behaald met de vervreemding van schuldvorderingen in de zin van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag:³⁸

Anders dan met betrekking tot vermogenswinst die wordt behaald met de vervreemding van aandelen en winstbewijzen, heeft artikel 13, par. 5 met betrekking tot vermogenswinsten die worden behaald met de vervreemding van schuldvorderingen (in ieder geval) vanuit Nederlands perspectief wel het karakter van een bepaling die heffingsbevoegdheid verdeelt. De reden hiervan is terug te voeren tot de omstandigheid dat par. 5 is gebaseerd op de bepalingen van afd. 2A Wet IB 1964. Onder vigeur van de bepalingen van die afdeling van de Wet I 1964 werd, geparafraseerd weergegeven, bij emigratie van een natuurlijke persoon/aanmerkelijk belanghouder tevens naar de tot moment aangegroeide waarde van de schuldvorderingen op zijn vennootschap een conserverende aanslag opgelegd. Onder vigeur van de Wet IB 2001 is dat echter niet langer het geval. Dergelijke schuldvorderingen vallen immers onder de werking van de terbeschikkingstellingsregeling van artikel 3.92 Wet IB 2001. Gelet op de tekst van artikel 13, par. 5 van het belastingverdrag brengt deze wijziging met zich mee dat Nederland in voorkomend geval de gehele waardeaan groei van de schuldvordering in de periode van 'verrijping' van de schuldvordering tot de 'vervreemding' kan realiseren (derhalve ook de waardeaan groei na emigratie van de natuurlijke persoon/aanmerkelijk belanghouder). De tekst van artikel 13, par. 5 vereist immers slechts dat bij emigratie van de natuurlijke persoon/aanmerkelijkbelanghouder een conserverende aanslag wordt opgelegd ter zake van een veronderstelde vervreemding van de aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen.

4.24. Gooijer meent dat de Rechtbank in onderhavige zaak terecht tot het oordeel is gekomen dat Nederland niet bevoegd is het afwaarderingsverlies in aanmerking te nemen.³⁹

Toepassing aanmerkelijkbelangvoorbehoud Verdrag Nederland-België (2001) bij tbs-vordering

Het draait in deze zaak om de uitleg van de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België (2001), het zogenoemde aanmerkelijkbelangvoorbehoud. De bepaling geeft Nederland het recht belasting te heffen over voordelen die zijn verkregen door een natuurlijke persoon woonachtig in België 'uit de vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op, een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, die (...) inwoner is van (Nederland) (...) indien die natuurlijke persoon (...) onmiddellijk of middellijk ten minste vijf percent bezit van het geplaatste kapitaal van een soort van aandelen van die vennootschap. (...) Deze bepaling geldt alleen in situaties waarin aan de natuurlijke persoon een aanslag is opgelegd ter zake van de bij diens emigratie uit (Nederland) aangenomen vervreemding van de in de vorige alinea bedoelde aandelen, winstbewijzen, schuldvorderingen of rechten en zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat.'

Belanghebbende stelt op grond van de tekst van de bepaling dat het heffingsrecht over de voordelen uit de tbs-vordering toekomt aan Nederland. Er is een conserverende aanslag opgelegd ten tijde van zijn emigratie en deze aanslag staat nog geheel open, zodat aan de voorwaarden is voldaan. Dat de aanslag niet ziet op de vordering maar op de aandelen doet daaraan niet af, aldus belanghebbende. Daartegenover stelt de Inspecteur dat uit de laatste volzin volgt dat de conserverende aanslag moet zien op de vordering. Alleen dan heeft Nederland het heffingsrecht en kan het afwaarderingsverlies ten laste van het Nederlands inkomen worden gebracht.

Rechtbank oordeelt terecht dat Nederland niet bevoegd is afwaarderingsverlies in aanmerking te nemen

De Rechtbank komt op grond van de tekst en de context (de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting) van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België tot de conclusie dat het heffingsrecht niet toekomt aan Nederland; één en ander in samenhang met de toepassing van de vierde paragraaf. Uit de toelichting bij de vijfde paragraaf blijkt dat een verband wordt gelegd tussen de conserverende aanslag en toewijzing van het heffingsrecht. De Rechtbank wijst erop dat dit verband ook naar voren komt in het einde van de slotzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België ('zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat'). Nederland heeft, volgens de Rechtbank, alleen het heffingsrecht ter

³⁸ Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 13 Vermogenswinst Belastingverdrag Nederland – België, aantekening 6 'Vervreemdingswinst aanmerkelijk belang'. Het commentaar is bijgewerkt tot en met 2 maart 2018. Online geraadpleegd op 15 maart 2018.

zake van de vervreemding van de vordering als de conserverende aanslag is opgelegd ter zake van de (fictieve) vervreemding van die vordering ten tijde van de emigratie en die conserverende aanslag nog (gedeeltelijk) openstaat.

De uitspraak is naar mijn mening juist en ook overtuigend gemotiveerd. Uit de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting blijkt nergens dat Nederland en België hebben beoogd het heffingsrecht over een vordering die is ontstaan na emigratie, onder het aanmerkelijkbelangvoorbehoud te willen brengen. Ik meen overigens dat dit ook kan worden verdedigd op grond van een onderdeel van de bepaling waar de Rechtbank niet naar verwijst. Artikel 13, paragraaf 5, eerste volzin, Verdrag Nederland-België spreekt over 'de vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op (...)'. Uit het woord 'of' volgt dat de genoemde vermogensbestanddelen separaat in aanmerking moeten worden genomen. Het gaat in dit geval over voordelen uit de vervreemding van schuldvorderingen. Het heffingsrecht over die voordelen is volgens de slotzin van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België toegewezen aan Nederland indien er een conserverende aanslag is opgelegd ter zake van de aangenomen vervreemding van de in de vorige alinea bedoelde 'aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen'. Gesteld kan worden dat uit de tekst van de eerste volzin volgt dat die vorige alinea doelt op de (vervreemde) schuldvorderingen. En ter zake van die schuldvorderingen is geen conserverende aanslag opgelegd (de vorderingen bestonden niet eens), zodat de heffing niet is toegewezen aan Nederland.

4.25. Kuypers heeft opgemerkt in de noot bij de uitspraak van de Rechtbank dat weer een opzetje om claimbehoud te frustreren is afgeweerd:⁴⁰

De belanghebbende heeft een aanmerkelijk belang in A bv en een meerderheidsbelang in B bv. Hij emigreert in 2006 naar België. Aan hem wordt een conserverende aanslag opgelegd voor de aanmerkelijkbelangwinst ontstaan voor de emigratie. Na de emigratie verstrekt belanghebbende in 2009 aan B bv twee leningen. In 2011 waardeert hij die vorderingen af en brengt het verlies ten laste van zijn inkomen in Nederland als negatief resultaat uit overige werkzaamheden. Tussen de inspecteur en belanghebbende bestaat geen geschil over de zakelijkheid van de leningen (HR 25 november 2011, nr. 10/04588, NTFR 2011/2834 met commentaar van Ganzeveld). Ook zijn de inspecteur en belanghebbende het er over eens dat in beginsel het heffingsrecht over de waardeveranderingen van de leningen (het resultaat uit overige werkzaamheden) volgens art. 13, lid 4, Verdrag Nederland-België ter heffing is toegewezen aan België als het woonland (HR 1 maart 2013, nr. 11/02952, NTFR 2013/522 met commentaar van Van Dun). Maar belanghebbende doet een beroep op de uitzondering op die laatste regel in art. 13, lid 5, Verdrag Nederland-België (zie voor de tekst de uitspraak van de rechtbank). De rechtbank bevestigt wel dat in beginsel voldaan zou kunnen zijn aan de elementen van art. 13 lid 5, maar is van mening dat dat niet kan leiden tot een negatief inkomen dat ten laste kan worden gebracht van de potentiële aanmerkelijkbelangwinst waarvoor de conserverende aanslag is opgelegd. Art. 13, lid 5 beoogt het claimbehoud te beschermen en dat verdraagt zich niet met toepassing van de uitzondering voor de afwaardering van vorderingen die nog niet bestonden ten tijde van de emigratie en waarvoor dus geen conserverende aanslag werd opgelegd. De uitspraak zou dus anders zijn geweest als de vorderingen zelf al aanwezig waren bij emigratie en de waardeaan groei was begrepen in de conserverende aanslag. Of dat dan ook zou gelden voor de conserverende aanslag voor het aanmerkelijk belang betwijfel ik omdat de redenering van de rechtbank ook compensatie tussen twee bronnen van inkomen uitsluit. Kortom: weer een opzetje om claimbehoud te frustreren afgeweerd.

4.26. Hellebrekers heeft opgemerkt ter zake van de conserverende aanslag en artikel 13, paragraaf 5 Verdrag dat Nederland slechts heft over de waardeaan groei van de aandelen tot aan de emigratie.⁴¹

De bepaling is blijkens de laatste volzin alleen van toepassing indien aan de natuurlijke persoon een (conserverende) aanslag is opgelegd ter zake van de fictieve vervreemding bij emigratie en voor zover er van deze aanslag nog een bedrag openstaat. Zulks impliceert dat Nederland uiteindelijk slechts heft over de waardeaan groei van de aandelen tot aan de emigratie en niet ook over de waardeaan groei na de emigratie.

5. Behandeling van het middel

⁴⁰

⁴¹ J.C.H. Hellebrekers in NDFR Internationaal en EU-belastingrecht, commentaar bij artikel 13 NL-België Vermogenswinst. Het commentaar is bijgewerkt tot 28 december 2017. Online geraadpleegd op 26 april 2018.

- 5.1. Belanghebbende heeft een aanmerkelijk belang in [A] B.V. Deze B.V. heeft een meerderheidsbelang in [B] B.V. Beide vennootschappen zijn in Nederland gevestigd.
- 5.2. Belanghebbende is in 2006 naar België geëmigreerd. In verband hiermee is aan hem inzake zijn aandelen in [A] B.V. een conserverende aanslag opgelegd waarbij een fictief vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking is genomen.
- 5.3. Belanghebbende heeft in 2009 twee leningen aan [B] B.V. verstrekt van in totaal € 140.000. In 2011 heeft belanghebbende zijn tbs-vorderingen (incl. de daarmee verband houdende rentevorderingen) afgewaardeerd en dit verlies ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden gebracht. De Inspecteur heeft dit niet toegestaan.⁴²
- 5.4. In (sprong)cassatie is de vraag aan de orde of artikel 13, paragraaf 5 Verdrag Nederland - België het heffingsrecht ter zake van de afwaardering van de tbs-vorderingen van belanghebbende aan Nederland dan wel aan België toewijst.
- 5.5. Het geschil spitst zich toe op de interpretatie van de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag. Belanghebbende betoogt in cassatie dat artikel 13, paragraaf 5 Verdrag⁴³ op zijn situatie kan worden toegepast zodat Nederland het heffingsrecht heeft over de afwaardering⁴⁴ van zijn tbs-vorderingen.⁴⁵⁴⁶ Voor toewijzing van het heffingsrecht over de afwaardering van zijn tbs-vorderingen aan Nederland is volgens belanghebbende slechts vereist dat aan belanghebbende bij zijn emigratie een aanslag is opgelegd ter zake van aanmerkelijk belang (i) aandelen, (ii) winstbewijzen, (iii) schuldvorderingen of (iv) rechten én daarvan moet nog een bedrag openstaan. Omdat aan belanghebbende voorafgaand aan zijn emigratie een conserverende aanslag ter zake van zijn aanmerkelijk belang aandelen is opgelegd én daarvan nog een bedrag open staat, dient artikel 13, paragraaf 5 Verdrag volgens hem op zijn situatie te worden toegepast.⁴⁷
- 5.6. De tbs-vorderingen die belanghebbende in 2011 heeft afgewaardeerd zijns ontstaan ná de emigratie van belanghebbende naar België.⁴⁸ Ik begrijp het middel van belanghebbende zo dat hij meent dat, ondanks dat zijn tbs-vorderingen ná emigratie zijn ontstaan, het Verdrag het heffingsrecht over de afwaardering van zijn tbs-vorderingen aan Nederland toewijst.
- 5.7. De Rechtbank heeft geoordeeld dat de uitleg die belanghebbende voorstaat weliswaar toelaatbaar is, maar dat de context van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag een andere richting op wijst: "Nederland heeft bedoeld heffingsrecht niet indien slechts een conserverende aanslag is opgelegd ter zake van een ander vermogensbestanddeel dan de schuldvordering. Hoewel een strikte lezing van de tekst wellicht ook een andere uitleg toelaat (...)"⁴⁹.
- 5.8 Nederland en België hebben ter zake van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting opgesteld.⁵⁰ Artikel 13, paragraaf 5 Verdrag is aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd.⁵¹ Uit dat voorbeeld maak ik op dat het Verdrag (slechts) beoogt dat Nederland het heffingsrecht heeft ter zake van vermogenswinsten die zijn ontstaan in de periode voorafgaand aan de emigratie.

42 Zie over de feiten nader onderdeel 2.1 van deze conclusie.

43 Zie onderdeel 4.1 van deze conclusie.

44 Zie onderdelen 4.13 en 4.14 van deze conclusie.

45 Zie onderdelen 3.1 en 3.2 van deze conclusie.

46 In de literatuur is deze interpretatie ook wel genoemd, zie onderdelen 4.16 en 4.23 van deze conclusie.

47 Volledigheidshalve merk ik op dat tussen partijen niet in geschil is dat naar nationaal recht de afwaardering van de schuldvorderingen volledig bij belanghebbende ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Zie onderdeel 3.3 van deze conclusie.

48 Zie onderdeel 2.1 van deze conclusie.

49 Zie r.o. 4.8.1. in onderdeel 2.3 van deze conclusie.

50 Zie onderdeel 4.2 van deze conclusie.

51 Zie onderdeel 4.9 van deze conclusie.

5.9. Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag is verschillende keren toegelicht dat het Verdrag beoogt dat Nederland (slechts) het heffingsrecht heeft ter zake van vermogenswinsten die ontstaan zijn in de periode voorafgaand aan de emigratie.⁵²⁵³

met betrekking tot winsten uit aanmerkelijk belang geldt thans als hoofdregel dat (...) een conserverende aanslag wordt opgelegd voor de belasting over de aanmerkelijkbelangwinst ter grootte van (...) de tot het moment van emigratie in de desbetreffende vennootschap aanwezige winstreserves.⁵⁴

zijn de bepalingen van paragraaf 5 (...) primair terug (...) te voeren op de problematiek inzake de fiscale emigratie van Nederlandse aanmerkelijkbelanghouders naar België. (...) De bepalingen van paragraaf 5 strekken ertoe dat ter zake van de in de conserverende aanslag belichaamde fiscale claim geen dubbele belasting ontstaat.⁵⁵

Met de bepalingen van paragraaf 5 wordt (...) de fiscale claim veilig gesteld die een verdragsluitende Staat heeft op de niet uitgedeelde winsten van een in die Staat gevestigde vennootschap (...) welke winsten zijn gevormd in de periode waarin de natuurlijke persoon als inwoner van die Staat een aanmerkelijk belang had in die vennootschap en die hun weerslag vinden in de waarde van de aandelen c.a.⁵⁶

De waardeaan groei na emigratie naar België is derhalve ter heffing aan België toegewezen. (...) Het heffingsrecht over de waardeaan groei die zich na de emigratie voordoet, is aan België toegewezen.⁵⁷

Doel en strekking van 13, paragraaf 5, van het Verdrag (...) is het behouden van de aanmerkelijkbelangclaim over de winstreserves die zijn ontstaan in de binnenlandse periode (...).⁵⁸

(...) merken de leden van de VVD-fractie op dat het feit dat België het heffingsrecht heeft over de waardeaan groei na emigratie strijdig lijkt te zijn met de notitie «Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht» (...) De (...) passage kan inderdaad de suggestie wekken dat het verdragsbeleid er thans op is gericht dat de vroegere woonstaat het heffingsrecht over de volledige waarde-aan groei krijgt. Dit wordt echter niet beoogd.⁵⁹

5.10. De tbs-vorderingen van belanghebbende zijn pas ontstaan ná zijn emigratie naar België. Daardoor bestaat onvoldoende band tussen de tbs-vorderingen en Nederland om het heffingsrecht ter zake aan Nederland toe te wijzen. Deze interpretatie is in overeenstemming met de tekst van de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag. Uit het verband tussen de laatste volzin van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag en de overige tekst van het artikel volgt tevens dat deze interpretatie – die ook in de gezamenlijke toelichting is gegeven – de juiste is.

5.11. Het cassatiemiddel van belanghebbende faalt.

6. Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van belanghebbende ongegrond dient te worden verklaard.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden
Advocaat-Generaal

52 Voorafgaand aan de (parlementaire) toelichtingen op het Verdrag hebben verschillende auteurs aandacht besteed aan de mogelijke toepassingen van artikel 13, paragraaf 5 Verdrag, zie onderdelen 4.15 en 4.16 van deze conclusie.

53 In de literatuur onderschrijven bijna alle auteurs deze interpretatie, zie onderdelen 4.16 tot en met 4.26 van deze conclusie.

54 Zie onderdeel 4.3 van deze conclusie.

55 Zie onderdeel 4.4 van deze conclusie.

56 Zie onderdeel 4.5 van deze conclusie.

57 Zie onderdeel 4.6 van deze conclusie.

58 Zie onderdeel 4.7 van deze conclusie.

59 Zie onderdeel 4.8 van deze conclusie. Volledigheidshalve merk ik op dat in onderdeel 4.10 van deze conclusie is opgenomen het internationaal fiscaal verdragsbeleid waar de leden van de VVD-fractie en de staatssecretaris van Financiën naar verwijzen.