

NLF 2019/0726

## Verdrag met België verhindert afwaardering vordering als verlies uit row

HR 15 maart 2019, 17/04329, ECLI:NL:HR:2019:358  
Belastingtjdvak 2011

Wetsartikel(en) 3.92 lid 1 Wet IB 2001, 13 Verdrag NL-België 2001

Formele relaties

Rechtbank Zeeland-West-Brabant: ECLI:NL:RBZWB:2017:4805

A-G: 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 aanmerkelijk belang 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. Vast staat dat het afwaarderingsverlies als een vervreemding dient te worden aangemerkt zoals bedoeld in voornoemd artikel. Vast staat 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, maar de Hoge Raad verklaart dit ongegrond. Nederland heeft (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 onvoldoende verband 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.

Conform Conclusie A-G Niessen [NLF 2018/1208, met noot van Bosman].

### NOOT

Volgens de Hoge Raad heeft Nederland onder artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België (2001) geen heffingsrecht over de afwaardering van een tbs-vordering in de zin van artikel 3.92, lid 2, onderdeel a, onder 1°, Wet IB 2001, voor zover deze vordering na emigratie van de ab-houder naar België is ontstaan. Nederland hoeft de waardevermindering van de vordering dus niet in aanmerking te nemen. De Hoge Raad volgt hiermee in grote lijnen de conclusie van A-G Niessen.<sup>1</sup> Het arrest bevestigt dat de Hoge Raad het begrip ‘vervreemding’ onder belastingverdragen zeer ruim uitlegt.

<sup>1</sup> Conclusie van 26 april 2018, 17/04329, NLF 2018/1208, met noot van ondergetekende.

### Afwaardering tbs-vordering niet toegewezen aan Nederland onder ab-voorbehoud in vermogenswinstartikel van Verdrag Nederland-België

Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België bevat het zogenoemde ab-voorbehoud. De belanghebbende in deze zaak, een buitenlandse belastingplichtige, beriep zich op deze bepaling, hetgeen voor hem zou leiden tot een aftrekbaar verlies in box 1.<sup>2</sup> Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België ziet niet alleen op de vervreemding van aandelen door geëmigreerde ab-houders, maar ook op de vervreemding van schuldvorderingen. Deze bepaling 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. De Hoge Raad wijst, onder verwijzing naar de conclusie van de A-G, voor de uitleg van deze bepaling op een voorbeeld uit de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting op het verdrag. Uit dit voorbeeld leidt de Hoge Raad af dat een waardeaan groei van aandelen slechts ter heffing aan Nederland is toegewezen voor zover deze aangroei zich heeft voorgedaan voorafgaand aan de emigratie van de ab-houder naar België, en er bovendien een conserverende aanslag bij emigratie is opgelegd. Dit voorbeeld ziet alleen op vervreemdingsvoordelen met betrekking tot aandelen. Nu artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België aandelen en vorderingen op dezelfde manier behandelt, meent de Hoge Raad dat de aan het voorbeeld ontleende systematiek ook van toepassing is op waardeveranderingen van schuldvorderingen. Dit betekent dat Nederland volgens de Hoge Raad slechts een heffingsrecht heeft ten aanzien van waardemutaties van tbs-vorderingen indien deze voorafgaand aan emigratie naar België zijn ontstaan, en deze bovendien zijn begrepen in een conserverende aanslag die ter zake van de emigratie is opgelegd in verband met een veronderstelde vervreemding van de schuldvorderingen. Een tbs-vordering die ná emigratie is ontstaan is op grond van het verdrag dus niet aan Nederland toegewezen, zo concludeert de Hoge Raad. Daarmee komt de afwaardering van de vordering

in kwestie niet in aftrek in box 1. De keerzijde hiervan is overigens dat Nederland ook geen heffingsrecht heeft over de (al dan niet gerealiseerde) waardeverhoging van een na emigratie ontstane tbs-vordering.

### Relatie tot hoofdregel voor vervreemdingswinsten onduidelijk

De Hoge Raad lijkt zijn oordeel dat Nederland niet mag heffen rechtstreeks te baseren op artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België, al is dit niet helemaal duidelijk. Dit is enigszins problematisch, omdat artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België geen 'complete' toewijzingsbepaling is, maar slechts aangeeft in welke gevallen de bronstaat mag heffen. De woonstaat (in dit geval België) mag ook heffen, maar moet voorkoming geven.<sup>3</sup> Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België is 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 slechts ziet op vorderingen die zijn ontstaan vóór emigratie, zoals de Hoge Raad in navolging van de A-G oordeelt, dan zou deze bepaling niet van toepassing zijn op vorderingen die zijn ontstaan ná emigratie, zoals in de onderhavige zaak. Het sluitstuk van de redenering zou dan mijns inziens moeten zijn dat artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België het exclusieve heffingsrecht aan België toekent (en dat Nederland op die grond dus geen rekening hoeft te houden met de afwaardering). De Hoge Raad noemt deze bepaling echter niet. Wellicht dat de Hoge Raad toch op artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België doelt met zijn conclusie dat 'het Verdrag' aan het Nederlandse heffingsrecht in de weg staat, maar dat zou een zeer omfloerste verwijzing zijn. Vanuit het oogpunt van een heldere verdragsuitlegging en -toepassing is het spijtig dat de Hoge Raad een vermelding van artikel 13, paragraaf 4, Verdrag Nederland-België achterwege laat.

### Ruim vervreemdingsbegrip

De Hoge Raad hanteert in dit arrest impliciet een ruim begrip 'vervreemding', door een afwaardering van een vordering (zonder daadwerkelijke of fictieve vervreem-

<sup>2</sup> Artikel 3.92, lid 2, onderdeel a, onder 1°, Wet IB 2001, welke bepaling via artikel 7.2, lid 2, onderdeel c, en lid 3, Wet IB 2001 ook geldt voor buitenlandse belastingplichtigen.

<sup>3</sup> Dit wordt overigens onderkend in het voorbeeld van de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting waarnaar de Hoge Raad verwijst.

ding van de vordering) onder artikel 13 Verdrag Nederland-België te scharen. Deze ruime interpretatie is in lijn met eerdere arresten van de Hoge Raad, waarnaar de Hoge Raad echter niet verwijst. In de arresten van 20 februari 2009<sup>4</sup> heeft de Hoge Raad fictieve vervreemdingen op basis van de toepasselijke nationale wetgeving onder artikel 13 geschaard. In het arrest van 1 maart 2013<sup>5</sup> heeft de Hoge Raad de reikwijdte van artikel 13 nog breder getrokken door ook een afwaardering van een tbs-vordering door een inwoner van België onder artikel 13, paragraaf 4, van het voormalige Verdrag Nederland-België (1970) te brengen. De Hoge Raad komt nu in het arrest van 15 maart 2019 tot een vergelijkbaar oordeel onder het ‘nieuwe’ verdrag met België, zij het op andere gronden (in het bijzonder de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting). Ook in dit geval was sprake van een waardevermindering zonder (daadwerkelijke of fictieve) vervreemding.<sup>6</sup>

Nu het begrip ‘vervreemding’ niet is gedefinieerd in het verdrag, verwijst artikel 3, paragraaf 2, Verdrag Nederland-België in beginsel naar het Nederlandse nationaal-rechtelijke vervreemdingsbegrip, tenzij de context anders vereist. Artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België refereert bovendien voor de betekenis van het begrip vervreemding uitdrukkelijk naar de wetgeving van de bronstaat (Nederland). De Hoge Raad besteedt echter geen enkele aandacht aan de kwalificatie van de afwaardering onder de Nederlandse belastingwetgeving. Het is denkbaar dat de Hoge Raad de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting als relevante context in de zin van artikel 3, paragraaf 2, beschouwt (of wellicht als basis voor een verdragsautonome interpretatie), maar de Hoge Raad geeft dit niet met zoveel woorden aan.

### Relatie met conserverende aanslag

Onder de huidige eindafrekeningsregels bij emigratie wordt een conserverende aanslag opgelegd ter zake van

ab-aandelen in relatie tot de vervreemdingsfictie van artikel 4.16, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001. De huidige systematiek kent ter zake van tbs-vorderingen, anders dan onder de Wet IB 1964,<sup>7</sup> echter geen fictieve vervreemding en geen conserverende aanslag bij emigratie. De toepassing van artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België is uitdrukkelijk gekoppeld aan een nog openstaande conserverende aanslag ter zake van de fictieve vervreemding van onder andere aandelen of schuldvorderingen. Deze verwijzing naar de conserverende aanslag kan onder de huidige systematiek in de ab-sfeer dus alleen zien op aandelen. Om die reden is het opmerkelijk dat de Hoge Raad als voorwaarde voor een Nederlands heffingsrecht ten aanzien van schuldvorderingen onder artikel 13, paragraaf 5, Verdrag Nederland-België een conserverende aanslag ter zake van de schuldvorderingen vereist; dit zou immers een wetswijziging behoeven. Tekstueel zou de bepaling wellicht nog zo gelezen kunnen worden dat Nederland een volledig heffingsrecht ter zake van tbs-vorderingen behoudt voor zover nog een conserverende aanslag ter zake van ab-aandelen openstaat (nu de bepaling verwijst naar een conserverende aanslag opgelegd ter zake van aandelen of schuldvorderingen). In casu stond de conserverende aanslag ter zake van de ab-aandelen van belanghebbende op het moment van afwaardering van de vordering nog volledig open. De Hoge Raad hecht echter geen betekenis aan deze omstandigheid.

**Alexander Bosman**

*Loyens & Loeff / Vrije Universiteit*

<sup>4</sup> HR 20 februari 2009, 42.701, ECLI:NL:HR:2009:AZ2232; HR 20 februari 2009, 43.760, ECLI:NL:HR:2009:BD5481 en HR 20 februari 2009, 07/12314, ECLI:NL:HR:2009:BD5468.

<sup>5</sup> HR 1 maart 2013, 11/02952, ECLI:NL:HR:2013:BX4018.

<sup>6</sup> 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. Ik verwijs naar mijn noot in NLF 2018/1208.

<sup>7</sup> Op grond van voormalig artikel 20a, lid 4, Wet IB 1964 werden schuldvorderingen tot het aanmerkelijk belang gerekend. Deze vorderingen liepen derhalve mee in de vervreemdingsfictie bij emigratie van de ab-houder (voormalig artikel 20a, lid 6, onderdeel i, Wet IB 1964).

**BRON** ECLI:NL:HR:2019:358

Arrest gewezen op het beroep in cassatie van X, wonende te Z, België (hierna: belanghebbende), tegen de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 27 juli 2017, nr. BRE16/4458, betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2011 opgelegde aanslag in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen. De uitspraak van de Rechtbank is aan dit arrest gehecht.

**1. Geding in cassatie**

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van repliek ingediend.

De Advocaat-Generaal R.E.C.M. Niessen heeft op 26 april 2018 geconcludeerd tot het ongegrond verklaren van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2018:467).

**2. Beoordeling van het middel**

2.1. Het middel stelt aan de orde de vraag of artikel 13, paragraaf 5, van het Belastingverdrag Nederland-België van 5 juni 2001 (hierna: het Verdrag) van toepassing is op een afwaarderingsverlies met betrekking tot een schuldvordering als bedoeld in artikel 3.92, lid 2, letter a, onder 1, Wet IB 2001, indien die vordering op een in Nederland gevestigde vennootschap is ontstaan nadat de aanmerkelijkbelanghouder is geëmigreerd van Nederland naar België.

2.2. De Rechtbank heeft de hiervoor bedoelde vraag ontkennend beantwoord en is daarom tot de slotsom gekomen dat belanghebbende een dergelijk afwaarderingsverlies niet in mindering kan brengen op zijn belastbare inkomen uit werk en woning.

2.3.1. Volgens artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag 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 Staat, verkregen uit de vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op een vennootschap waarin die persoon een aanmerkelijk belang houdt. Dit geldt onder de voorwaarde dat aan de natuurlijke persoon een aanslag is opgelegd ter zake van de bij diens emigratie uit die ver-

dragsluitende Staat aangenomen vervreemding van de in de vorige volzin bedoelde aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen en zolang er van deze aanslag nog een bedrag openstaat.

2.3.2. Uit de door Nederland en België gezamenlijk gegeven artikelsgewijze toelichting bij het Verdrag (weergegeven in onderdeel 4.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal) volgt dat artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag – voor vervreemdingsvoordelen met betrekking tot aandelen – ertoe strekt de waardeaan groei van de aandelen in een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden slechts ter heffing aan Nederland toe te wijzen voor zover die aangroei zich heeft voorgedaan voorafgaand aan de emigratie uit Nederland. Het ter illustratie gegeven voorbeeld en de daarin beschreven wijze van afwikkeling van de ter zake van de emigratie opgelegde conserverende aanslag laten geen ruimte voor twijfel aan deze bedoeling. Artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag dient overeenkomstig deze bedoeling te worden uitgelegd.

2.3.3. De toewijzing van heffingsrechten met betrekking tot aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren en schuldvorderingen op een vennootschap waarin zo een belang wordt gehouden, is in artikel 13, paragraaf 5, van het Verdrag op dezelfde wijze geregeld. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat de hiervoor in 2.3.2 beschreven systematiek zich mede uitstrekt tot waardeveranderingen van deze schuldvorderingen, voor zover die zijn ontstaan voorafgaande aan de emigratie uit Nederland en hebben geleid tot een aanslag waarin de belasting is begrepen die is verschuldigd wegens de bij die emigratie veronderstelde vervreemding van de desbetreffende schuldvordering(en). Indien een dergelijke schuldvordering is ontstaan na de emigratie uit Nederland is de heffing daarover op grond van het Verdrag dus niet toegevoegd aan Nederland.

2.3.4. Het middel, dat uitgaat van een andere opvatting, faalt.

**3. Proceskosten**

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

**4. Beslissing**

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.