

# Afwaardering van een grensoverschrijdende TBS-vordering



**T. van der Heijden**

Eindhoven, 12 juni 2017



Belastingdienst

# Afwaardering van een grensoverschrijdende TBS-vordering

Auteur:	Tom van der Heijden
Studentnummer:	2354209
Stageplaats:	Belastingdienst Eindhoven
Afdeling:	Inkomensheffing MKB
Stagebegeleider:	J. de Wind - Elizabeth
Instantie:	Fontys Hogeschool te Eindhoven
Studierichting:	Fiscaal Recht & Economie
Module:	Afstudeerstage semester 8.1 & 8.2
Klas:	EF82
Stagedocent:	L. Clignett - van Bakel
Datum:	12 juni 2017

## Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie genaamd "Afwaardering van een grensoverschrijdende TBS-vordering". Het onderzoek naar dit onderwerp is uitgevoerd tijdens mijn stage bij de Belastingdienst te Eindhoven. Deze stage is tevens mijn afstudeerstage van het laatste leerjaar van de studie Fiscaal Recht & Economie aan de Fontys Hogescholen te Eindhoven. Van februari 2017 tot en met juni 2017 heb ik gewerkt aan dit onderzoek en ben ik tevens werkzaam geweest op de afdeling Inkomensheffing van Midden en Kleinbedrijf (MKB).

Gedurende deze periode heb ik vooral veel aangiftes Inkomstenbelasting van startende ondernemers gecontroleerd. Daarnaast heb ik kunnen zien hoe de processen binnen de Belastingdienst werken en wat de werkzaamheden zijn van andere afdelingen. Door deze veelzijdigheid, ben ik met diverse vraagstukken in aanraking gekomen. Deze vraagstukken heb ik op grond van verschillende bronnen zo goed mogelijk proberen op te lossen.

Doordat ik met vele collega's heb mogen samenwerken, ben ik verschillende potentiële onderwerpen tegenkomen voor het schrijven van mijn scriptie. Bij de vraag of een afwaardering van een TBS-vordering door een inwoner van België, die na emigratie was verstrekt, kan en mag worden afgewaardeerd van het belastbaar inkomen uit werk en woning van de Wet Inkomstenbelasting 2001, kwamen de adviseur en de inspecteur niet tot eenzelfde standpunt. Dit onderwerp vond ik ontzettend interessant, doordat ik een aantal kennissen heb die net over de grens naar België zijn geëmigreerd, maar alsnog een bedrijf in Nederland bezitten. Ook zal deze vraag hoogstwaarschijnlijk bij de Hoge Raad terechtkomen. Ik ben dan ook erg benieuwd naar het uiteindelijke antwoord daarvan. Om deze redenen heb ik gekozen voor het schrijven van mijn scriptie over dit onderwerp.

Deze afstudeerstage heb ik ervaren als een gezellige en leerzame periode. In deze periode heb ik niet alleen fiscale kennis inhoudelijk opgebouwd, maar ben ik ook veel te weten gekomen over de doelstellingen van de Belastingdienst en hoe ze deze proberen te bereiken. Door nu zowel stage gelopen te hebben bij een belastingadvieskantoor als bij de Belastingdienst, ben ik tot een beter beeld gekomen hoe de fiscale wereld in elkaar zit.

Ik bedank mijn stagebegeleidster Jenifer de Wind voor de persoonlijke begeleiding tijdens mijn afstudeerstage. Ook een bijzonder woord van dank aan Linda Clignett voor het klaarstaan tijdens deze stageperiode en de snelle reacties op mijn vragen.

Tevens wil ik alle collega's van de Belastingdienst bedanken voor de gezellige, maar ook zeker leerzame periode. In het bijzonder een woord van dank aan Henk van Eck en Theo van Gerwen voor de begeleiding tijdens het schrijven van mijn scriptie op inhoudelijk vlak. Verder bedank ik Richard Daris en Ron van Zon, docenten van de Fontys, voor de hulp die ze me gegeven hebben om deze scriptie tot een mooi eindresultaat te brengen.

Tot slot wens ik u veel leesplezier toe en wil ik ook u alvast bedanken voor het lezen van mijn scriptie.

Tom van der Heijden

Eindhoven, 12 juni 2017

## Samenvatting

De heer X (hierna: "X") emigreert in 2006 van Nederland naar België. Hierdoor wordt aan hem een conserverende aanslag opgelegd over de zogenoemde meerwaarde van zijn aandelen. In 2009 verstrekt X aan een in Nederland gevestigde vennootschap, waarin hij een aanmerkelijk belang houdt, een lening van € 150.000. De vennootschap raakt in 2011 in financiële problemen, waardoor X in zijn aangifte inkomstenbelasting 2011 een afwaarderingsverlies van de vordering op de vennootschap claimt.

De belastingadviseur is van mening is dat X deze vordering kan en mag afwaarderen van zijn Nederlandse belastbaar inkomen uit werk en woning. De belastinginspecteur is echter van mening dat het afwaarderen van de vordering in strijd is met de goede verdragstrouw die Nederland, ten aanzien van het Belastingverdrag met België, in acht dient te nemen. Om dit geschil te onderzoeken zal de volgende probleemstelling worden gehanteerd:

*In hoeverre kan en mag Nederland een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering ten laste brengen van het Nederlands belastbaar inkomen uit werk en woning, waarbij de geldlening door een inwoner van België na emigratie is verstrekt aan een in Nederland gevestigde vennootschap?*

De rechter oordeelde eerder al dat de TBS-regeling ook van toepassing is op buitenlandse belastingplichtigen die een vordering hebben op een in Nederland gevestigde vennootschap. Voor de bepaling van het resultaat hiervan, dient te worden aangesloten bij de regels van de binnenlandse belastingplichtigen. Hierdoor kan de buitenlandse belastingplichtige op basis van het voorzichtigheidsbeginsel de vordering afwaarderen, indien de kans aannemelijk is dat de schuldenaar de schuld niet kan voldoen.

Nederland mag echter het afwaarderingsverlies alleen ten laste van het belastbaar inkomen uit werk en woning brengen, indien Nederland verdragsrechtelijk de heffingsbevoegdheid over dat verlies heeft. In artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag is bepaald dat voordelen die zijn verkregen uit een vervreemding van een goed, slechts in de woonstaat belastbaar zijn. De Hoge Raad oordeelde dat het afwaarderen van een schuldvordering als vervreemding dient aangemerkt te worden, omdat dit het voorportaal is van een vervreemding en dit anders tot een ongerijmd gevolg zou leiden. Over het afwaarderingsverlies is daardoor slechts de woonstaat heffingsbevoegd, tenzij de claimbehoud-bepaling voor aanmerkelijk belanghouders van artikel 13 paragraaf 5 van toepassing is.

Indien de claimbehoud-bepaling van toepassing is, mag over het afwaarderingsverlies mede de voormalige woonstaat heffen. Wanneer de verdragstekst grammaticaal geïnterpreteerd zou worden, en dus letterlijk wordt gelezen, zou de bepaling over het afwaarderingsverlies van de TBS-vordering van toepassing zijn, indien een conserverende aanslag over de aandelen in de vennootschap is opgelegd en daarvan nog een bedrag openstaat. Echter, deze verdragsbepaling heeft slechts tot doel om belastingontwijking van emigrerende aanmerkelijk belanghouders te voorkomen en de waardeangroei over de aandelen, winstbewijzen en schuldvorderingen, die in de binnenlandse periode zijn ontstaan, veilig te stellen. Uit jurisprudentie blijkt dat om een verdrag te goeder trouw ten uitvoer te leggen, de intentie van de partijen bij een verdragsbepaling doorslaggevend is. Met België blijkt expliciet in de parlementaire behandeling afgesproken te zijn dat Nederland alleen de waardeangroei in de binnenlandse periode zal effectueren, en de waardestijging na emigratie volledig toekent aan België. Hierdoor is de claimbehoud-bepaling niet van toepassing bij een vordering die na emigratie is verstrekt, waardoor over een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering slechts de woonstaat, in casu België, heffingsbevoegd is.

## Inhoud

<b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b> .....	<b>6</b>
1.1    Aanleiding scriptieonderwerp.....	6
1.2    Korte casusbeschrijving.....	6
1.3    Probleemstelling en deelvragen.....	6
1.4    Afbakening onderzoek.....	7
1.5    Methode van onderzoek.....	7
1.6    Opzet Scriptie.....	7
<b>Hoofdstuk 2 Uitgebreide casusbeschrijving</b> .....	<b>8</b>
<b>Hoofdstuk 3 Afwaardering TBS-vordering buitenlandse belastingplichtige</b> .....	<b>10</b>
3.1    Inleiding.....	10
3.2    Aanleiding TBS-regeling.....	10
3.3    TBS-regeling buitenlandse belastingplichtigen .....	10
3.4    Belastbaar inkomen uit werk en woning.....	12
3.4.1    Resultaatbepaling werkzaamheid .....	12
3.4.2    (Af)waardering TBS-vordering.....	13
3.5    Deelconclusie .....	13
<b>Hoofdstuk 4 Vermogensverlies onder het Verdrag Nederland-België 2001</b> .....	<b>14</b>
4.1    Inleiding.....	14
4.2    Reikwijdte van het Verdrag.....	14
4.2.1    Personen.....	14
4.2.2    Belastingen .....	15
4.3    Interpreteren van verdragen.....	15
4.3.1    Het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht .....	15
4.3.2    OESO-Modelverdrag.....	16
4.4    Vermogenswinsten .....	17
4.5    Ongedefinieerde begrippen in het Verdrag .....	18
4.6    Nationale ficties in verdragssituaties .....	20
4.6.1    Gebruikelijk loon arrest.....	20
4.6.2    Emigratie AB-houder arrest.....	21
4.6.3    Afwaardering TBS-vordering arrest.....	22
4.7    Deelconclusie .....	23
<b>Hoofdstuk 5 Claimbehoud van vermogenswinst bij emigratie AB-houder</b> .....	<b>24</b>
5.1    Inleiding.....	24
5.2    Doel van de bepaling.....	24
5.3    Voorwaarden van de bepaling .....	25

5.3.1	Vervreemding.....	26
5.3.2	Vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die inwoner is van Nederland	26
5.3.3	Aanmerkelijk belang.....	27
5.3.4	10-jaars eis .....	27
5.3.5	(Conserverende) aanslag openstaat .....	27
5.4	Wetswijziging conserverende aanslag .....	28
5.5	Toevoeging schuldvordering .....	29
5.6	Doel en strekking versus de grammaticale interpretatie.....	31
5.7	Deelconclusie .....	31
<b>Hoofdstuk 6 Uitwerking casus .....</b>		<b>33</b>
6.1	Inleiding.....	33
6.2	Afwaarderen schuldvordering.....	33
6.3	Verdragsartikel afwaarderingsverlies .....	33
6.4	Claimbehoud schuldvordering bij emigratie AB-houder.....	33
<b>Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen.....</b>		<b>34</b>
<b>Literatuurlijst .....</b>		<b>36</b>
<b>Bijlage I: Verklaring van authenticiteit.....</b>		<b>38</b>

## Hoofdstuk 1 Inleiding

*In dit hoofdstuk wordt ten eerste de aanleiding van de scriptie beschreven. Daarna is er sprake van een korte casusbeschrijving. Vervolgens is er een probleemstelling met deelvragen opgesteld die in de scriptie beantwoord zullen worden. Hierna wordt het onderzoek afgebakend. Dan komt de methode van het onderzoek aanbod. Tot slot wordt de opzet van de scriptie beschreven.*

### 1.1 Aanleiding scriptieonderwerp

Sinds de invoering in nieuwe verdragen van diverse claimbehoud-bepalingen met betrekking tot de emigratie van aanmerkelijk belanghouders, is veel onenigheid ontstaan over hoe deze bepalingen in verhouding met de nationale wetgeving toegepast dienen te worden. Of een afwaardering van een TBS-vordering op een in Nederland gevestigde vennootschap, waarbij de onderliggende lening door een inwoner van België na emigratie is verstrekt, onder deze bepaling valt, kwamen de belastingadviseur en belastinginspecteur niet tot eenzelfde standpunt. Het geschil is ontstaan, omdat de belastingadviseur van mening is dat de belastingplichtige het afwaarderingsverlies van zijn Nederlands inkomen kan aftrekken, en de belastinginspecteur van mening is dat dit in strijd zou zijn met de goede verdragstrouw jegens de verdragspartner. Dit geschil is inmiddels aan de rechter voorgelegd en daarom is het van belang om hier onderzoek naar te doen.

### 1.2 Korte casusbeschrijving

De heer X (hierna: "X") is woonachtig in Nederland en heeft een indirect aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap (hierna: "C-BV"). In 2006 emigreert X naar België. De inspecteur legt over een bedrag van € 650.000 een conserverende aanslag op over de zogenoemde meerwaarde van de aandelen. In 2009 verstrekt X, die op dat moment dus in België woont, een lening voor een bedrag van € 150.000 aan C-BV. Twee jaar later, in het jaar 2011, komt C-BV in financiële problemen en claimt X in zijn aangifte inkomstenbelasting 2011 een afwaarderingsverlies van de vordering op C-BV.

### 1.3 Probleemstelling en deelvragen

Om te onderzoeken of een inwoner van België een vordering, die na emigratie is verstrekt, op een in Nederland gevestigde vennootschap, waarin hij een aanmerkelijk belang houdt, kan en mag afwaarderen van het belastbaar inkomen uit werk en woning (box 1), heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

In hoeverre kan en mag Nederland een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering ten laste brengen van het Nederlands belastbaar inkomen uit werk en woning, waarbij de geldlening door een inwoner van België na emigratie is verstrekt aan een in Nederland gevestigde vennootschap?

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden, heb ik de volgende drie deelvragen opgesteld:

- In hoeverre is de TBS-regeling voor een buitenlandse belastingplichtige identiek aan die van een binnenlandse belastingplichtige?
- In hoeverre mag Nederland heffen over een afwaarderingsverlies op een TBS-vordering bij een buitenlandse belastingplichtige?
- In hoeverre is het voor het toewijzen van het heffingsrecht over vermogenswinsten essentieel of een (TBS) lening voor of na emigratie wordt verstrekt?

#### **1.4 Afbakening onderzoek**

In dit onderzoek wordt onderzocht of een buitenlandse belastingplichtige een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering in mindering kan en mag brengen op het Nederlands belastbaar inkomen uit werk en woning. Hierdoor zal niet worden uitgelegd wanneer een vordering onder de TBS-regeling van artikel 3.92 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 valt, maar beperkt het onderzoek zich tot in hoeverre de TBS-regeling ook voor buitenlandse belastingplichtigen van toepassing is. Daarnaast zal het onderzoek ook worden afgebakend tot leningen die uit zakelijke overwegingen, en niet uit het motief als aandeelhouder, zijn verstrekt.

#### **1.5 Methode van onderzoek**

Om mijn deelvragen te kunnen beantwoorden heb ik tweeledig onderzoek gedaan, namelijk literatuuronderzoek en gesprekken gevoerd met een aantal deskundigen. Het literatuuronderzoek heb ik gedaan door de relevante informatie in de jurisprudentie, in de parlementaire geschiedenis, in de verdragsonderhandelingen en in de vakliteratuur te lezen. De deskundigen waarmee ik gesprekken heb gevoerd, zijn mijn docenten op de Fontys en mijn collega's bij de Belastingdienst. Met deze informatie heb ik mijn deelvragen beantwoord en het probleem proberen op te lossen.

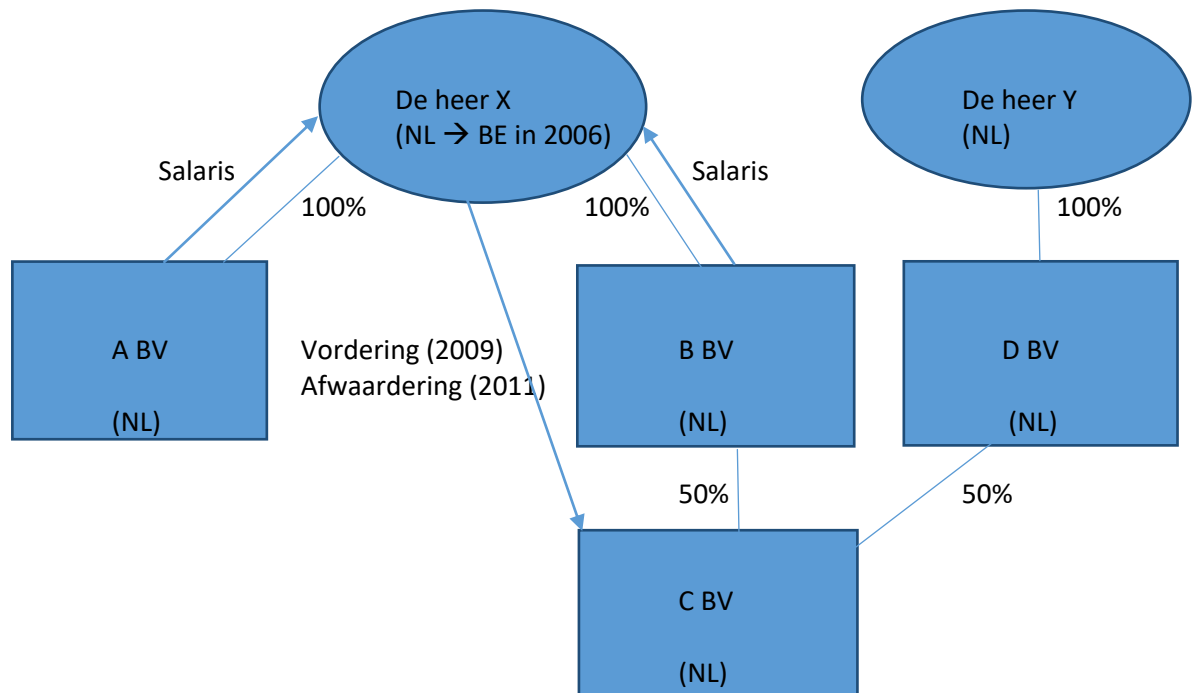
#### **1.6 Opzet Scriptie**

De scriptie is opgebouwd uit zeven verschillende hoofdstukken. Hoofdstuk 1 is een inleidend deel van deze scriptie. In hoofdstuk 2 wordt de casus uitgebreid beschreven. Daarna zal in hoofdstuk 3 de theorie worden besproken of Nederland bij buitenlandse belastingplichtigen over een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering kan heffen. Hierna wordt in hoofdstuk 4 toegelicht onder welk verdragsartikel met België het afwaarderingsverlies van een TBS-vordering valt en wie op grond daarvan heffingsbevoegd is. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 beschreven of de bepaling van artikel 13 paragraaf 5 van het Belastingverdrag met België, de lex specialis van paragraaf 4, van toepassing is. Na het bespreken van alle theorie zal in hoofdstuk 6 de casus, die in hoofdstuk 2 is beschreven, worden uitgewerkt. Tot slot worden in hoofdstuk 7 mijn conclusies en aanbevelingen gegeven.



## Hoofdstuk 2 Uitgebreide casusbeschrijving

In figuur 1 is de casus schematisch weergegeven.



Figuur 1: Schematisch overzicht van de casus

De heer X (hierna: X) woont in Nederland en heeft 100% van de aandelen in A-BV en in B-BV waardoor X een direct aanmerkelijk belang in zowel A-BV als B-BV heeft. B-BV heeft 50% van de aandelen van C-BV en X heeft hierdoor een indirect aanmerkelijk belang in C-BV. De andere aandelen van C-BV worden gehouden door een derde (D-BV). De BV's zijn allemaal gevestigd in Nederland. In het jaar 2006 emigreert X naar België en wordt hem een conserverende aanslag voor € 650.000 opgelegd over de zogenoemde meerwaarde van de aandelen in A-BV en B-BV. Jaarlijks wordt door A-BV en B-BV een salaris van € 50.000 aan X uitgekeerd waar Nederland het heffingsrecht over heeft op grond van artikel 15 dan wel artikel 16 van het Belastingverdrag met België. In het jaar 2009 stelt X vermogen ter beschikking in de vorm van een geldlening aan C-BV ten bedrage van € 150.000. Op de vordering is C-BV in het jaar 2011 aan X een rente van € 9.000 verschuldigd. Hierover is Nederland heffingsbevoegd op grond van artikel 11 paragraaf 8 van het Belastingverdrag met België. Van verdere inkomsten bij X, dan het hiervoor genoemde loon en interest, is geen sprake. Vervolgens komt C-BV twee jaar na het verstrekken van de lening in financiële problemen en waardeert X de vordering die hij heeft op C-BV af voor een bedrag van € 140.000. De aangifte inkomstenbelasting 2011 van X ziet er als volgt uit:

Belastbaar loon uit dienstbetrekking (2 * 50.000)	€ 100.000 +
Rente lening C-BV	€ 9.000 +
Afwaardering lening C-BV	€ 140.000 -/-
TBS-vrijstelling	€ 15.720 +
	=====
<b>Belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland</b>	<b>€ 15.280 -/-</b>

Op grond van de voorwaarden zoals opgenomen in de overeenkomst van geldlening is het niet in geschil dat de lening die verstrekt is door X aan C-BV zakelijk is. Echter, de belastinginspecteur is van mening dat het bij het toepassen van de Wet Inkomstenbelasting in aanmerking nemen van de afwaardering van de vordering in strijd is met het Belastingverdrag. Hij is namelijk van mening dat niet artikel 13 paragraaf 5, maar artikel 13 paragraaf 4, van het Belastingverdrag met België van toepassing is. Hierdoor zou volgens de inspecteur het heffingsrecht slechts aan België zijn toegewezen.

De inspecteur heeft de aangifte inkomstenbelasting 2011 dan ook als volgt vastgesteld:

Belastbaar loon uit dienstbetrekking (2 * 50.000)	€ 100.000 +
Rente lening C-BV	€ 9.000 +
TBS-vrijstelling	€ 1.080 -/-
	=====
<b>Belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland</b>	<b>€ 107.920 +</b>

## Hoofdstuk 3 Afwaardering TBS-vordering buitenlandse belastingplichtige

### 3.1 Inleiding

Wanneer een aanmerkelijk belanghouder (hierna: AB-houder), die inwoner is van België, een geldlening aan zijn in Nederland gevestigde vennootschap verstrekt, is er sprake van een grensoverschrijdende ter beschikking stelling. Indien na enige tijd de vennootschap in een slechte financiële situatie terechtkomt en de kans reëel is dat de geldlening niet meer terugbetaald kan worden, trekt de belastingplichtige in zijn Nederlandse aangifte inkomstenbelasting een afwaarderingsverlies af. De vraag die hiermee opkomt is: indien Nederland verdragsrechtelijk mag heffen, kan Nederland dan ook heffen? Heffingen van belastingen van het Rijk kunnen namelijk alleen worden geheven uit kracht van een wet en niet uit kracht van een belastingverdrag.<sup>1</sup> In dit hoofdstuk zal worden besproken of een inwoner van België een afwaarderingsverlies van een schuldvordering op een in Nederland gevestigde vennootschap, waarin hij een aanmerkelijk belang houdt, in mindering kan brengen op zijn belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland en meer in het bijzonder in de zin van de terbeschikkingstellingsregeling (hierna: TBS-regeling) van artikel 7.2 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB).

Ten eerste zal in paragraaf 3.2 de aanleiding van de TBS-regeling worden besproken. Daarna wordt in paragraaf 3.3 toegelicht of de TBS-regeling ook op buitenlandse belastingplichtige van toepassing is. Vervolgens wordt in paragraaf 3.4 toegelicht of een schuldvordering onder de TBS-regeling kan worden afgewaardeerd. Tot slot wordt in paragraaf 3.5 een deelconclusie gegeven.

### 3.2 Aanleiding TBS-regeling

In de Wet IB 1964 waren te weinig mogelijkheden om inkomsten uit particulier vermogen te belasten. Dit was een van de redenen om tot een nieuwe Wet IB te komen, de huidige Wet IB 2001. In de huidige Wet IB wordt het inkomen uit particulier vermogen belast volgens de regels van box 3 (sparen & beleggen). De bedoeling van de TBS-regeling is zaken die in het vermogen niet primair de rol als belegging hebben, maar dienstig zijn aan een onderneming, transparant in het ondernemingsregime te behandelen.<sup>2</sup> Vanwege de desbetreffende regels van box 3, waarbij vermogensbestanddelen op een forfaitaire wijze worden belast, was het in veel gevallen voordeliger om de heffing via box 3 te laten verlopen. Indien een AB-houder een vermogensbestanddeel, dat dienstbaar is aan zijn vennootschap, als privévermogen etiketteert, wordt de heffingsgrondslag van box 2 en de vennootschapsbelasting uitgehold. Hiertegen richt zich de TBS-regeling van artikel 3.92 van de Wet IB.

### 3.3 TBS-regeling buitenlandse belastingplichtigen

Voor de Wet IB zijn alleen natuurlijke personen belastingplichtig.<sup>3</sup> Er zijn twee soorten belastingplichtigen, genaamd binnenlandse belastingplichtigen en buitenlandse belastingplichtigen. Binnenlandse belastingplichtigen zijn natuurlijke personen die in Nederland wonen en buitenlandse belastingplichtigen zijn natuurlijke personen die niet in Nederland wonen, maar wel Nederlands inkomen genieten. Onder Nederlands inkomen wordt verstaan, het inkomen dat is genoemd in hoofdstuk 7 van de Wet IB.<sup>4</sup>

Bij buitenlandse belastingplichtigen wordt inkomstenbelasting geheven over drie verschillende belastbare inkomens. Een daarvan is het belastbare inkomen uit werk en woning in Nederland.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 104 GW.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 163.

<sup>3</sup> Art. 1.1 Wet IB 2001.

<sup>4</sup> Art. 2.1 Wet IB 2001.

<sup>5</sup> Art. 7.1 Wet IB 2001.

Wat onder het belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland dient te worden verstaan, staat beschreven in artikel 7.2 eerste lid van de Wet IB. Dit artikel luidt als volgt:

*“Het belastbare inkomen uit werk en woning in Nederland is het inkomen uit werk en woning in Nederland verminderd met de verliezen uit werk en woning, berekend overeenkomstig de regels van hoofdstuk 3 (...).”*

Tot het inkomen uit werk en woning in Nederland behoort mede het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (hierna: ROW) in Nederland.<sup>6</sup> De rechter heeft zich over de wettekst zoals die tot 2003 van toepassing was gebogen en geoordeeld dat onder het belastbaar ROW in Nederland, als bedoeld in artikel 7.2 tweede lid onderdeel c, tevens het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen in de zin van de artikelen 3.91 en 3.92 omvat.<sup>7</sup> Dit leidde de rechter af uit de structuur van de Wet IB 2001, de parlementaire behandeling daarvan en de vergelijking met de Wet IB 1964. De drie rechtsoverwegingen van de rechter worden hieronder verder toegelicht.

#### 1) *Structuur van de Wet IB 2001*

Doordat in hoofdstuk 7 van de Wet IB geen definitie is opgenomen van het begrip “ROW in Nederland”, dient volgens de rechter voor het begrip “ROW” aangesloten te worden bij de definitie die voor binnenlandse belastingplichtigen is vastgelegd in afdeling 3.4 van de Wet IB. In de aanhef van de artikelen 3.91 en 3.92 van de Wet IB blijkt dat ook de TBS-regeling als werkzaamheid moet worden verstaan.

#### 2) *Parlementaire behandeling van de Wet IB 2001*

Dat onder het begrip “ROW” tevens de TBS-regeling dient te worden verstaan, leidde de rechter ook af uit de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001. Blijkens de wetsgeschiedenis was het de bedoeling om ook mensen die niet in Nederland wonen onder de TBS-regeling te kunnen brengen. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer merkte de Staatssecretaris van Financiën het volgende op:

*“Anders dan de Orde stelt, valt bij de ter beschikking stelling van vermogensbestanddelen aan een vennootschap waarin de belastingplichtige zelf of met hem verbonden personen een aanmerkelijk belang heeft, in vrijwel alle gevallen vast te stellen waar die vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld. Het duidelijkste is dit uiteraard met de ter beschikking stelling van onroerende zaken, (...). Met betrekking tot de ter beschikking stelling van bepaalde vermogensrechten zou een en ander in beginsel gecompliceerder kunnen liggen. (...). Het feit dat geen feitelijke werkzaamheden zijn verricht, doet aan een eventuele toepassing van artikel 7.2.1, tweede lid, onderdeel c, niet af.”<sup>8</sup>*

#### 3) *Vergelijking met de Wet IB 1964*

Onder de Wet IB 1964 werden inkomsten uit een schuldvordering op een in Nederland gevestigde vennootschap, waarin een aanmerkelijk belang werd gehouden, eveneens tot het Nederlands inkomen gerekend.<sup>9</sup> Indien de wetgever met de invoering van de Wet IB 2001 de belastinggrondslag voor buitenlandse belastingplichtigen, ten opzichte van de Wet IB 1964, zou willen beperken, zou dit volgens de rechter in de parlementaire behandeling naar voren zijn gebracht. Dit was niet het geval.

<sup>6</sup> Art. 7.2 lid 2 sub c Wet IB 2001.

<sup>7</sup> Rb. Breda 22 november 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ4967.

<sup>8</sup> Kamerstukken I, 1999/00, 26 727 en 26 728, nr. 202a, p. 125.

<sup>9</sup> Art. 49 lid 1 sub c ten 4<sup>e</sup> Wet IB 1964.

Nu volgens de rechter het ROW voor buitenlandse belastingplichtigen ook de TBS-regeling omvat, is de vraag wanneer sprake is van ROW "in Nederland". Volgens de rechter vindt de TBS in Nederland plaats wanneer de vennootschap, die de beschikking over het vermogen heeft gekregen, in Nederland is gevestigd. Het is volgens de rechter niet van belang van welke lidstaat degene die het geld ter beschikking stelt inwoner is.

Met ingang van 1 januari 2003 is de wet dan ook ter verduidelijking gewijzigd en is in artikel 7.2 derde lid van de Wet IB toegevoegd dat onder werkzaamheid in Nederland mede wordt verstaan het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen als bedoeld in de artikelen 3.91 en 3.92 aan het in Nederland gevestigde deel van een onderneming, werkzaamheid of vennootschap. Daarnaast is tevens in het derde lid beschreven dat artikel 1.2 vierde lid onderdeel b van de Wet IB, een beperking van het partnerbegrip voor buitenlandse belastingplichtige, voor het belastbaar ROW in Nederland, niet van toepassing is. Indien deze beperking niet zou zijn opgenomen, zou de partner van de buitenlandse belastingplichtige niet kunnen kwalificeren als verbonden persoon. Hierdoor zou een buitenlandse belastingplichtige de TBS-regeling makkelijker kunnen omzeilen.

### **3.4 Belastbaar inkomen uit werk en woning**

Voor buitenlandse belastingplichtigen wordt het belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland overeenkomstig de regels van hoofdstuk 3 van de Wet IB bepaald, de zogenoemde regels van de binnenlandse belastingplichtigen.<sup>10</sup> Het belastbaar inkomen uit werk en woning is het inkomen uit werk en woning verminderd met de te verrekenen verliezen uit werk en woning.<sup>11</sup> Onder het inkomen uit werk en woning behoort tevens het belastbare ROW.<sup>12</sup> In voorgaande paragraaf is toegelicht dat voor buitenlandse belastingplichtigen, net als voor binnenlandse belastingplichtigen, de TBS-regeling ook van toepassing is.

In deze paragraaf wordt de resultaatbepaling van een werkzaamheid besproken en meer in het bijzonder de afwaardering van een TBS-vordering.

#### **3.4.1 Resultaatbepaling werkzaamheid**

Het belastbare ROW is het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden verminderd met de TBS-vrijstelling.<sup>13</sup> De wetgever heeft bij de bepaling van het resultaat uit een werkzaamheid, zoveel mogelijk willen aansluiten bij de regels van het winstregime uit afdeling 3.2 van de Wet IB. Het wordt echter niet op geheel dezelfde wijze belast, omdat een werkzaamheid, anders dan een onderneming, niet voortvloeit uit een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid.<sup>14</sup> De jaarwinst van een onderneming die wordt bepaald volgens het goed koopmansgebruik, is ook van toepassing bij het bepalen van het resultaat van een werkzaamheid.<sup>15</sup> Het begrip goed koopmansgebruik is verder niet in de wet gedefinieerd, maar is vormgegeven op basis van jurisprudentie. Uit jurisprudentie blijkt dat een goed koopman, op basis van het voorzichtigheidsbeginsel, zijn baten pas zal verantwoorden als deze daadwerkelijk zijn gerealiseerd en anderzijds verliezen al zal nemen wanneer aannemelijk is dat deze zich zullen gaan realiseren.

---

<sup>10</sup> Art. 7.2 lid 1 Wet IB 2001.

<sup>11</sup> Art. 3.1 lid 1 Wet IB 2001.

<sup>12</sup> Art. 3.1 lid 2 sub c Wet IB 2001.

<sup>13</sup> Art. 3.90 Wet IB 2001.

<sup>14</sup> Kamerstukken II, 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 162.

<sup>15</sup> Art. 3.95 en art. 3.25 Wet IB 2001.

### **3.4.2 (Af)waardering TBS-vordering**

Het voordelig gevolg van een vordering onder de TBS-regeling is, indien de schuldenaar insolvabel is en de kans bestaat de vordering niet geheel zal worden voldaan, dat de vordering op grond van het voorzichtigheidsbeginsel (gedeeltelijk) kan worden afgewaardeerd.<sup>16</sup> Dit verlies kan dus worden genomen voordat het daadwerkelijk is gerealiseerd. Het hoeft immers nog niet zeker te zijn of ook werkelijk minder zal worden ontvangen. De afwaardering van een vordering dient vanwege het realiteitsbeginsel te gebeuren in het jaar waarin zich de waardeverminderende omstandigheid voordoet.<sup>17</sup> Als de betalingskans van een afgewaardeerde vordering toeneemt, dient de vordering weer te worden geherwaardeerd.<sup>18</sup>

### **3.5 Deelconclusie**

De TBS-regeling van artikel 3.92 is sinds de nieuwe Wet IB opgenomen om vermogensbestanddelen van een AB-houder die primair niet de rol als belegging vervullen, maar dienstig zijn aan de vennootschap, volgens het ondernemingsregime te behandelen. Hiermee wordt voorkomen dat de heffingsgrondslag van box 2 en de vennootschapsbelasting wordt uitgehold. Het resultaat van de TBS-vordering wordt, net als een onderneming, bepaald volgens het goed koopmansgebruik. Indien de kans bestaat dat de schuldenaar de schuld niet kan voldoen, kan de schuldeiser op basis van het voorzichtigheidsbeginsel de vordering afwaarderen. De rechter leidde uit de structuur van de Wet IB 2001, de parlementaire behandeling daarvan en de vergelijking met de Wet IB 1964 af dat voor buitenlandse belastingplichtigen, indien de vennootschap in Nederland is gevestigd, de TBS-regeling ook van toepassing is. Voor het bepalen van het belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland voor buitenlandse belastingplichtigen dient bij de regels van de binnenlandse belastingplichtigen te worden aangesloten. Hierdoor kan een TBS-vordering van een buitenlandse belastingplichtige, net als van een binnenlands belastingplichtige, worden afgewaardeerd.

---

<sup>16</sup> Rb. Haarlem 20 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD9720.

<sup>17</sup> HR 18 december 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1089.

<sup>18</sup> HR 21 januari 1931, B. 4920.

## Hoofdstuk 4 Vermogensverlies onder het Verdrag Nederland-België 2001

### 4.1 Inleiding

Wanneer een inwoner van België een geldlening verstrekt aan een in Nederland gevestigde vennootschap, is er sprake van een grensoverschrijdende situatie. Doordat de woonstaat het wereldinkomen van het subject zal belasten (woonplaatsbeginsel) en de bronstaat de inkomsten uit het object zal belasten (oorsprongbeginsel), zal in dat geval veelvoorkomend sprake zijn van dubbele belastingheffing. Om dubbele belasting en anderzijds het ontgaan van belasting te voorkomen, is in het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk 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 dat op 5 juni 2001 in Luxemburg tot stand is gekomen (hierna: het Verdrag), overeengekomen welke lidstaat over welke inkomsten mag heffen. In de Grondwet is geregeld dat indien het ander land over bepaalde inkomsten heffingsbevoegd is, op grond van het Verdrag, de nationaal wettelijke regels niet van toepassing zijn.<sup>19</sup> In dit hoofdstuk wordt besproken in hoeverre Nederland over een afwaardering op een TBS-vordering bij een buitenlandse belastingplichtige (woonachtig in België) mag heffen.

Ten eerste zal in paragraaf 4.2 besproken worden wanneer het Verdrag van toepassing is. Daarna wordt in paragraaf 4.3 toegelicht hoe een verdrag geïnterpreteerd moet worden. Hierna wordt in paragraaf 4.4 uiteengezet wanneer er sprake is van een vermogensverlies volgens artikel 13 van het Verdrag. Vervolgens zal in paragraaf 4.5 worden toegelicht hoe ongedefinieerde begrippen in het Verdrag moeten worden uitgelegd. Aansluitend wordt in paragraaf 4.6 de relevante jurisprudentie besproken met betrekking tot de nationale ficties in verdragssituaties. Tot slot wordt in paragraaf 4.7 een deelconclusie gegeven.

### 4.2 Reikwijdte van het Verdrag

In het eerste hoofdstuk van het Verdrag (werkingssfeer van het Verdrag) wordt de reikwijdte van het Verdrag bepaald. Waar het Verdrag toepassing op heeft, is opgedeeld in twee categorieën: personen en belastingen. In deze paragraaf wordt besproken op welke personen en op welke belastingen het Verdrag van toepassing is.

#### 4.2.1 Personen

In artikel 1 van het Verdrag is uiteengezet op welke personen het Verdrag van toepassing is. Dit artikel luidt als volgt:

*“Dit Verdrag is van toepassing op personen die inwoner zijn van een of van beide verdragsluitende Staten.”*

De term “personen” is gedefinieerd in artikel 3 van het Verdrag. Het doel van dit artikel is het opnemen van algemene begripsbepalingen, om daarmee een definitie te geven van begrippen die in het Verdrag veelvuldig voorkomen.<sup>20</sup> Voor de toepassing van het Verdrag, tenzij de context anders vereist, omvat de uitdrukking “persoon” een natuurlijke persoon, een vennootschap en elke andere vereniging van personen.<sup>21</sup> De term “inwoner van een verdragsluitende staat” moet op grond van de nationale wetgeving van de Staten worden uitgelegd.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Art. 94 GW.

<sup>20</sup> Par. 1 van het OESO-commentaar op art. 3 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>21</sup> Art. 3 par. 1 sub b van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>22</sup> Art. 4 par. 1 van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

Of en wanneer een natuurlijk persoon inwoner is van Nederland, dient te worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden.<sup>23</sup> Indien een natuurlijk persoon, op basis van de nationale wetgeving van de lidstaten, in beide lidstaten inwoner is, wordt op basis van de tiebreaker rules beoordeeld van welke verdragsluitende Staat de belastingplichtige inwoner is voor de toepassing van het Verdrag.<sup>24</sup>

#### **4.2.2 Belastingen**

Nu is beoordeeld voor welke personen het Verdrag van toepassing is, is de vraag voor welke belastingen het Verdrag toepassing heeft. In artikel 2 paragraaf 1 van het Verdrag is beschreven op welke belastingen het Verdrag van toepassing is. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Dit Verdrag is van toepassing op belastingen naar het inkomen en naar het vermogen die, ongeacht de wijze van heffing, worden geheven ten behoeve van een verdragsluitende Staat, van de staatkundige onderdelen of plaatselijke publiekrechtelijke lichamen daarvan.”*

Wat wordt verstaan onder “belastingen naar het inkomen en naar het vermogen” is in artikel 2 paragraaf 2 van het Verdrag verder gedefinieerd. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Als belastingen naar het inkomen en vermogen worden beschouwd alle belastingen die worden geheven naar het gehele inkomen, naar het gehele vermogen, of naar bestanddelen van het inkomen of van het vermogen, daaronder begrepen belastingen naar voordelen verkregen uit de vervreemding van roerende goederen (...), alsmede belastingen naar waardevermeerdering.”*

Over het algemeen wordt er vanuit gegaan dat de verdragsluitende Staten op het moment van ondertekening van het Verdrag de bestaande belastingen, waar het Verdrag toepassing op heeft, hebben opgenomen. De bestaande belastingen van Nederland waarop het Verdrag van toepassing is, zijn met name: de inkomstenbelasting; (...).<sup>25</sup> Door het opnemen van de woorden “met name” blijkt dat andere belastingen ook onder het Verdrag van toepassing kunnen zijn. Dit zullen voornamelijk belastingen zijn, die na het ondertekenen van het Verdrag zijn ontstaan.

#### **4.3 Interpreten van verdragen**

Een verdrag is anders van aard dan een nationale wetgeving. Er is immers sprake van een overeenkomst tussen twee verschillende lidstaten die beide hun eigen nationale wetgeving hebben. Hierdoor kan het gecompliceerd liggen hoe bepaalde termen in een verdrag moeten worden uitgelegd. Om te zorgen dat de verplichtingen, ten opzichte van de andere partij, worden nagekomen, is in het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht beschreven hoe een verdrag moet worden geïnterpreteerd. In deze paragraaf wordt dit onderwerp en de relevantie van het OESO-Modelverdrag hierop toegelicht.

##### **4.3.1 Het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht**

Het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht (hierna: het WVV) vormt de basis hoe een verdrag moet worden geïnterpreteerd. De hoofdregel van een verdragsuitlegging staat beschreven in artikel 31 eerste lid van het WVV. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag.”*

---

<sup>23</sup> Art. 4 lid 1 AWR.

<sup>24</sup> Art. 4 par. 2 van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>25</sup> Art. 2 par. 3 sub b van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.



Hieruit blijkt dat het voorop staat dat de verdragstoepassende Staat het Verdrag te goeder trouw ten uitvoer legt.<sup>26</sup> Om het Verdrag te goeder trouw uit te leggen, komt veel betekenis toe aan de volgende interpretatiemethoden:

- Grammaticale interpretatiemethode (“de gewone betekenis van de termen van het verdrag”)
- Systematische interpretatiemethode (“in hun context van het verdrag”)
- Teologische interpretatiemethode (“in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag”)

Niet de gewone betekenis, maar een bijzondere betekenis moet aan een term worden toegekend als vaststaat dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.<sup>27</sup>

Tot de context behoren de tekst met inbegrip van de preambule en bijlagen, en voorts:

- a) iedere overeenstemming die betrekking heeft op de het Verdrag en die bij het sluiten van het Verdrag tussen alle partijen is bereikt;
- b) iedere akte die is opgesteld door één of meer partijen bij het sluiten van het Verdrag en door de andere partijen erkend als betrekking hebbend op het Verdrag.<sup>28</sup>

Naast de context wordt ook rekening gehouden met:

- a) een later tot stand gekomen overeenstemming met betrekking tot de interpretatie van het Verdrag;
- b) een later gebruik in de verdragstoepassing dat als een overeenstemming van partijen kan gelden;
- c) alle desbetreffende voorschriften van het internationaal recht die betrekking hebben op het Verdrag.<sup>29</sup>

Het WVV biedt in twee situaties de mogelijkheid om een beroep te doen op overige interpretatiemiddelen, namelijk ter bevestiging van de hierboven genoemde interpretatie of, indien de hierboven genoemde interpretatie tot duidelijk ongerijmde of onredelijke resultaten leidt, ter bepaling van de interpretatie.<sup>30</sup>

#### **4.3.2 OESO-Modelverdrag**

Het OESO-Modelverdrag (hierna: OMV), opgesteld door de organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling, kan als leidraad worden genomen bij het opstellen van een belastingverdrag tussen twee lidstaten. Indien een belastingverdrag tussen twee lidstaten is gebaseerd op het OMV, kan een inwoner zich slechts beroepen op het Belastingverdrag. Het OMV heeft namelijk geen rechtskracht. Bij de OESO wordt echter wel commentaar gegeven bij de artikelen, waarbij bijvoorbeeld het bereik van een artikel wordt aangegeven. De Hoge Raad heeft in het verleden al geoordeeld dat een verdragsbepaling die is ontleend aan het OMV, of daar sterk op lijkt, van grote betekenis kan zijn voor de uitleg van een verdragsbepaling. Dit bleek uit de onderstaande rechtsoverweging van de Hoge Raad:

---

<sup>26</sup> Zie ook art. 26 WVV.

<sup>27</sup> Art. 31 lid 4 WVV.

<sup>28</sup> Art. 31 lid 2 WVV.

<sup>29</sup> Art. 31 lid 3 WVV.

<sup>30</sup> Art. 32 WVV.

*“Bij de beoordeling van het middel dient te worden vooropgesteld dat in de Overeenkomst zowel blijkens haar tekst als blijkens de door de Nederlandse regering aan de Eerste en Tweede kamer der Staten-Generaal verstrekte toelichtende nota zoveel mogelijk aansluiting is gezocht bij het OESO-Modelverdrag van 1963 (...) het commentaar op laatstbedoelde bepaling voor de uitleg van artikel 8, lid 9, van de Overeenkomst van grote betekenis is en niet slechts, zoals het Hof dat uitdrukt, daarbij ‘enig houvast kan bieden’.”<sup>31</sup>*

Wanneer een lidstaat het niet eens is met de verdragstekst van een bepaling van het OMV, dan kan de lidstaat een voorbehoud bij de bepaling maken. Indien een lidstaat het wel eens is met de verdragstekst van het OMV, maar niet met de interpretatie ervan, kan een lidstaat hiervoor een observatie maken. Het voorbehoud en de observatie worden opgenomen in het OESO-commentaar bij het desbetreffende artikel. Door het gevolg van de toenemende invloed van het OMV in internationaal verband, is besloten om niet-lidstaten van de OESO de mogelijkheid te bieden hun standpunten inzake het OMV en het bijbehorende commentaar kenbaar te maken.

#### **4.4 Vermogenswinsten**

In artikel 13 van het Verdrag, dat grotendeels is ontleend aan artikel 13 van het OMV, wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheden ten aanzien van vermogenswinsten verdeeld. Wat onder de term “vermogenswinst” moet worden verstaan, is in het Verdrag niet verder toegelicht. Uit het OESO-commentaar blijkt dat deze term ruim moet worden opgevat, vanwege de nogal verschillende regelingen inzake de belastingheffing van vermogenswinsten. Sommige lidstaten heffen geen belasting over vermogenswinsten, andere lidstaten heffen alleen over vermogenswinsten bij een onderneming, en in weer andere lidstaten worden vermogenswinsten ook bij particulieren belast.<sup>32</sup> Daarnaast bestaan er grote verschillen in de wijze waarop vermogenswinsten in de belastingheffing worden betrokken. De ene lidstaat belast vermogenswinsten als gewone inkomsten, waarbij de andere lidstaat de vermogenswinsten weer belast met bijzondere belastingen, zoals een vermogenswinstbelasting of een belasting op het vervreemden van onroerende goederen.<sup>33</sup> Of en hoe een vermogenswinst wordt belast, wordt aan de lidstaten overgelaten. Aan Nederland toegewezen vermogenswinsten kunnen dus ook worden geheven als inkomsten uit een werkzaamheid, waaronder zich de TBS-regeling vindt.<sup>34</sup>

Ten aanzien van de verdeling van de heffingsrechten met betrekking tot de vermogenswinsten, heeft het OMV zo veel mogelijk willen aansluiten op de lopende inkomsten die afgeleid zijn uit het vervreemde goed.<sup>35</sup> De bepalingen van paragraaf 1 tot en met 3 van artikel 13 van het Verdrag, die een heffingsrecht van een specifiek vermogensobject verdelen, zijn op een afwaardering van een TBS-vordering niet van toepassing. Dit omdat een TBS-vordering geen onroerend goed is, niet deel uitmaakt van het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting of vaste basis en geen schip, binnenschip of luchtvaartuig omvat. Het OMV heeft in paragraaf 4 nog een bepaling opgenomen voor vermogenswinsten bij vervreemding van onroerendgoedlichamen. Deze is logischerwijs niet opgenomen in het Verdrag, omdat zowel Nederland als België een voorbehoud over deze paragraaf heeft opgenomen.<sup>36</sup> Echter, ten aanzien van vermogenswinsten op aandelen, winstbewijzen of schuldvorderingen van een geëmigreerde AB-houder, is in het Verdrag een bijzondere bepaling in paragraaf 5 opgenomen. Deze bepaling vormt de *lex specialis* van paragraaf 4, die uitvoerig in het volgende hoofdstuk wordt besproken.

<sup>31</sup> HR 2 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045.

<sup>32</sup> Par. 1 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>33</sup> Par. 2 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>34</sup> Par. 3 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>35</sup> Par. 4 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>36</sup> Par. 51 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

De bepaling van artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag, die ontleend is aan artikel 13 paragraaf 5 van het OMV ten tijde van het sluiten van het Verdrag, luidt als volgt:

*“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.”*

Hieruit blijkt dat voordelen, dit zijn zowel vermogenswinsten als vermogensverliezen<sup>37</sup>, die zijn verkregen uit een vervreemding van een goed, met uitzondering van de paragrafen 1 tot en met 3, zijn toegewezen aan de Staat waarvan de vervreemder inwoner is. Afgezien van de overeengekomen bepaling dat onder een vervreemding niet het inkopen van aandelen wordt verstaan,<sup>38</sup> is verder niets in het Verdrag over de term “vervreemding” opgenomen. Naast het begrip “vermogenswinst” blijkt uit het OESO-commentaar dat de term “vervreemding” ook ruim moet worden opgevat. Ten eerste vallen allerlei vormen van eigendomsovergang van vermogensbestanddelen onder de term vervreemding, zoals een overgang door bedrijfsfusie of krachtens erfrecht.<sup>39</sup> Daarnaast vallen ook ongerealiseerde vermogenswinsten onder de term vervreemding. Aangezien het OESO-commentaar zich niet uitlaat over de vraag wanneer de voordelen van een vervreemding in de belastingheffing moet worden betrokken, staat het niet in de weg dat over een vrijval van de herinvesteringsreserve, in een jaar later dan de werkelijke vervreemding, belasting wordt geheven over die desbetreffende vermogenswinst.<sup>40</sup> Er zijn echter ook lidstaten die dergelijke ongerealiseerde waardeinstijgingen, zoals een herwaardering van het ondernemingsvermogen, belasten.<sup>41</sup> Voor de heffing over deze vermogenswinsten gelden echter dezelfde regels als tot de gerealiseerde vermogenswinsten.<sup>42</sup> Dit wil zeggen dat wanneer een herinvesteringsreserve vrijvalt of activa wordt geherwaardeerd, moet worden gekeken naar welke lidstaat heffingsbevoegd zou zijn, indien het goed vervreemd zou worden.

Hoewel het OESO-commentaar de term “vervreemding” ruim interpreteert, is er geen expliciete definitie van de term gegeven. Hierdoor blijft het voor sommige specifieke gevallen, bijvoorbeeld bij een fictieve vervreemding onder de nationale wetgeving, onduidelijk of dit als een vervreemding onder artikel 13 van het Verdrag kan worden gezien. Deze specifieke gevallen zullen in latere paragrafen worden besproken.

#### **4.5 Ongedefinieerde begrippen in het Verdrag**

Indien begrippen die in het Verdrag worden gebruikt niet expliciet zijn gedefinieerd, bevat artikel 3 paragraaf 2 van het Verdrag een algemene interpretatieregel. Deze bepaling vormt de *lex specialis* ten opzichte van de in paragraaf 4.3.1 beschreven interpretatieregels van het WVV en luidt als volgt:

*“Voor de toepassing van het Verdrag op enig ogenblik door een verdragsluitende Staat heeft, tenzij de context anders vereist, elke daarin niet omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking op dat ogenblik heeft volgens de wetgeving van die Staat met betrekking tot de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is; elke betekenis onder de toepasselijke belastingwetgeving van die Staat heeft voorrang op de betekenis welke die uitdrukking heeft onder de andere wetten van die Staat.”*

<sup>37</sup> HR 17 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5259.

<sup>38</sup> Punt 15 van prot. I van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>39</sup> Par. 5 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>40</sup> Par. 6 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992 en zie ook HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6710.

<sup>41</sup> Par. 7 en 8 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>42</sup> Par. 9 van het OESO-commentaar op art. 13 van het OESO-Modelverdrag 1992.

De algemene interpretatieregel houdt in dat ongedefinieerde begrippen in het Verdrag in beginsel worden uitgelegd volgens het recht van de verdragsluitende Staat die het Verdrag toepast. Als eerste dient naar de nationale belastingwetgeving te worden gekeken waarop het Verdrag van toepassing is.<sup>43</sup> Indien de definitie van die term daarin ontbreekt, moet worden gekeken in een andere nationale wet. Daarnaast kan een begrip op zowel een statische als dynamische methode worden uitgelegd. Uit de samenhang van de woorden, ("welke die uitdrukking op dat ogenblik heeft"), blijkt dat termen volgens het Verdrag dynamisch moeten worden uitgelegd. Daarnaast concludeert ook het OESO-commentaar dat de dynamische methode voorrang moet krijgen op de statische methode.<sup>44</sup> Voor het uitleggen van een term zal dus worden gekeken naar de betekenis van de verdragsterm ten tijde van de verdragstoepassing en niet naar de betekenis op moment van het sluiten van het Verdrag. De dynamische interpretatiemethode wordt niet in strijd met het WVV geacht, omdat een later tot stand gekomen overeenstemming meegenomen kan worden als interpretatiemiddel. Echter, de statische interpretatiemethode zal meer recht doen aan de bedoelingen van de verdragsluitende partijen. Hierdoor zal de dynamische methode in bepaalde omstandigheden wel in strijd komen met de goede trouw van het Verdrag.

De verwijzing naar het nationale recht vindt haar beperking in de context van de verdragsterm ("tenzij de context anders vereist"). Met deze bepaling wordt nagestreefd een evenwicht te bereiken tussen enerzijds het belang dat de verdragsluitende Staten hun verplichtingen nakomen, en anderzijds het belang om het Verdrag praktisch toepasbaar te houden.<sup>45</sup> Indien de context anders vereist, bijvoorbeeld omdat deze uitleg tot een ongerijmd resultaat leidt, geldt deze interpretatieregel niet. Echter, een andere interpretatieregel is in het Verdrag niet opgenomen. De term "context" zal dan moeten worden uitgelegd volgens de algemene interpretatieregel van het WVV. Dit betekent dat die term moet worden uitgelegd in overeenstemming met de gewone betekenis van die term, rekening houdend met de context en in het licht van het voorwerp en doel van het Verdrag. De context wordt vooral bepaald door de intentie van de verdragsluitende partijen tijdens het ondertekenen van het Verdrag, alsmede de betekenis van de term volgens het recht van de andere Staat<sup>46</sup>. Dit draagt mee aan het beginsel van wederkerigheid, waarop het Verdrag is gebaseerd. Met betrekking tot de intentie van de partijen, kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad worden opgemerkt, dat de intentie moet kunnen worden ontleend aan de tekst van het Verdrag en de gezamenlijke toelichtingen van de verdragsluitende partijen. Dit bleek uit de onderstaande uitspraak waar het volgende werd opgemerkt:

*"Noch uit de tekst van het Verdrag, noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen blijkt dat zij de gemeenschappelijke bedoeling hebben gehad (...)."*<sup>47</sup>

Engelen betoogd in zijn proefschrift dat onder bepaalde omstandigheden ook een gewijzigd OESO-commentaar tot de context van het WVV moet worden gerekend.<sup>48</sup> De omstandigheden zijn in het kort gezegd dat beide partijen lid van de OESO moeten zijn en:

- a) partijen hebben ingestemd met de aanbeveling tot vaststelling of wijziging van het OESO-commentaar;
- b) geen van beide partijen een voorbehoud of opmerking heeft gemaakt;

<sup>43</sup> Zie par. 4.2.2 voor welke belastingen op het Verdrag van toepassing zijn.

<sup>44</sup> Par. 11 van het OESO-commentaar op art. 3 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>45</sup> Par. 13 van het OESO-commentaar op art. 3 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>46</sup> Par. 12 van het OESO-commentaar op art. 3 van het OESO-Modelverdrag 1992.

<sup>47</sup> HR 15 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5543. Zie ook HR 29 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5700, HR 15 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA3094 en HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8510.

<sup>48</sup> Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law* 2004, p. 465 en verder.

- c) het verdrag OESO-conform is;
- d) partijen niet hebben aangegeven een afwijkende interpretatie voor te staan.

Een andere visie in de literatuur is dat een gewijzigd OESO-commentaar na het sluiten van het Verdrag slechts als aanvullend interpretatiemiddel in de zin van artikel 32 WVV geldt.<sup>49</sup> Dit standpunt lijkt te worden bevestigd in jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>50</sup> Dat neemt echter niet weg dat rechters snel geneigd zullen zijn het OESO-commentaar te raadplegen bij interpretatiegeschillen. Dit omdat het OMV in de praktijk grote betekenis toekomt.

#### **4.6 Nationale ficties in verdragssituaties**

In de voorgaande paragraaf is toegelicht dat een term die niet in het Verdrag expliciet is gedefinieerd, in beginsel moet worden uitgelegd naar de nationale wetgeving van de Staat die het Verdrag toepast. Het toepassen van nationale ficties in verdragssituaties kan leiden tot complexe situaties, zoals het veroorzaken dat de verdeling van de heffingsbevoegdheid gewijzigd wordt. Hierdoor zal het toepassen van een fictie in strijd met het Verdrag kunnen komen. Een verdrag moet namelijk te goeder trouw worden uitgelegd. Uit de jurisprudentie van de laatste jaren blijkt dat er situaties zijn dat ficties toch in verdragssituaties kunnen worden toegepast. In deze paragraaf wordt een aantal arresten, met de relevante rechtsoverwegingen van de Hoge Raad, uiteengezet en meer in het bijzonder met betrekking tot vermogensmutaties die niet door middel van een feitelijke vervreemding tot uiting zijn gekomen.

##### **4.6.1 Gebruikelijk loon arrest<sup>51</sup>**

In dit arrest was in geschil of, voor een inwoner van België met een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap, het toepassen van het gebruikelijk loon voor AB-houders van artikel 12a van de Wet Loonbelasting, in strijd is met het Belastingverdrag met België, dat gesloten is op 19 oktober 1970.

De Hoge Raad oordeelde dat de dynamische interpretatieregel van artikel 3 paragraaf 2 van het Verdrag in beginsel ruimte laat voor de toepassing van wettelijke ficties, maar dat dit anders wordt indien door het gebruik van ficties inkomen onder een artikel zou vallen, waardoor Nederland zich een extra heffingsrecht zou kunnen toe-eigenen. Nederland zou met de invoering van het gebruikelijk loon een potentieel toekomstig dividend of vermogenswinst een andere betekenis geven, genaamd loon, waardoor niet naar artikel 10 of 13, maar naar artikel 15 van het Verdrag wordt gekeken. Door met een wetswijziging een extra heffingsrecht toe te eigenen zou de wederkerigheid, waarop verdragen zijn gebaseerd, geweld worden aangedaan. Indien echter de andere staat diezelfde fictie hanteert, wordt de wederkerigheid in acht genomen.<sup>52</sup>

Uit latere jurisprudentie blijkt dat wanneer de fictie al bestaat ten tijde van de verdragssluiting, indien de fictie bij de verdragstoepassing wordt gebruikt, de context alsnog in de weg staat.<sup>53</sup> Dit is echter niet het geval indien de fictie, die een andere verdeling van heffingsbevoegdheid oplevert, expliciet door de andere Staat wordt ervaart.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Marres & Wattel, *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties* 2003, p. 227-229 en Marres, *Statische of dynamische interpretatie van belastingverdragen?* 2003, p. 261-262.

<sup>50</sup> HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2699.

<sup>51</sup> HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8398. Zie ook HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8404.

<sup>52</sup> Zie ook HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1896 en HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8403.

<sup>53</sup> HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2497.

<sup>54</sup> HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4756.

#### 4.6.2 Emigratie AB-houder arrest<sup>55</sup>

In dit arrest was in geschil of, voor een binnenlandse belastingplichtige die naar België emigreert, de conserverende aanslag op de aandelen vanwege de fictieve vervreemding op grond van artikel 20a zesde lid onderdeel i in combinatie met artikel 20h derde lid van de Wet Inkomstenbelasting 1964, in strijd is met het Belastingverdrag met België, dat gesloten is op 19 oktober 1970.

Vanwege artikel 20a zesde lid onderdeel i is er een vervreemding van de aandelen, indien er sprake is van een emigratie van de AB-houder. De vervreemdingsvoordelen worden vanwege artikel 20h derde lid beschouwd te zijn genoten op het tijdstip dat onmiddellijk voorafgaat aan het ophouden van de binnenlandse belastingplicht. Hierdoor kan in beginsel geen beroep worden gedaan op de goede trouw van het Verdrag, tenzij het voordeel dat wordt belast, naar zijn werkelijke aard bezien, ter heffing is toegewezen aan de immigratiestaat.

In het oude Belastingverdrag met België had Nederland vijf jaar het heffingsrecht over de vermogenswinsten die na emigratie werden gerealiseerd.<sup>56</sup> De conserverende aanslag die de belastingplichtige werd opgelegd, werd echter pas 10 jaar na emigratie kwijtgescholden. Het Hof oordeelde, dat in het Verdrag is overeengekomen dat Nederland na emigratie van een AB-houder nog slechts vijf jaar het heffingsrecht heeft over de vermogenswinsten, en dat Nederland met de conserverende aanslag zich eenzijdig een heffingsrecht over potentiële dividenduitkeringen toe-eigent.

De Hoge Raad oordeelde echter als volgt:

*“Ingevolge artikel 13, § 4, van het Verdrag zijn – tenzij § 5 van dat artikel van toepassing is – de voordelen uit de vervreemding van aandelen slechts belastbaar in de Staat waarvan de vervreemder inwoner is. Artikel 13, § 4, is in het Verdrag opgenomen naar het model van artikel 13, § 5, (tot 2003: § 4) van het OESO-modelverdrag. 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.”*

De Nederlandse regeling van de heffing over de winst uit aanmerkelijk belang beoogt voornamelijk de waardestijging van de aandelen, die zijn ontstaan gedurende de binnenlandse periode, te belasten. Dit blijkt uit de step-up regeling waarbij de verkrijgingsprijs van de aandelen worden gesteld op de waarde economisch verkeer ten tijde van immigratie.<sup>57</sup> Zoals in paragraaf 4.4 is uitgelegd, dient het vermogenswinstartikel en het vervreemdingsbegrip ruim te worden opgevat. Volgens de Hoge Raad is het een Staat toegestaan om voor de heffing van een vermogenswinst aan te knopen bij een vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen.

De Hoge Raad oordeelde dat de Nederlandse regeling een vermogenswinst, en niet een potentieel dividend, belast. Nederland probeert zich met de fictie onder het Verdrag dus geen extra heffingsrecht toe te eigenen.

---

<sup>55</sup> HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:AZ2232.

<sup>56</sup> Art. 13 par. 5 van het Belastingverdrag met België gesloten te Brussel op 19 oktober 1970, Trb. 1970, 192.

<sup>57</sup> Art. 20c lid 7 Wet IB 1964 en art. 4.25 Wet IB 2001.

Vanwege de vrijheden die zijn vastgelegd in het Europees Verdrag, dient voor een conserverende aanslag echter wel uitstel van betaling te worden verleend. Daarnaast moet de voormalige woonstaat ook rekening houden met de eventuele toekomstige waardedalingen van de aandelen.<sup>58</sup>

#### **4.6.3 Afwaardering TBS-vordering arrest<sup>59</sup>**

In dit arrest is de belastingplichtige in het jaar 1995 geëmigreerd naar België. Eind 1998 heeft de belastingplichtige een geldlening verstrekt aan een vennootschap, gevestigd in Nederland, waarvan hij enig aandeelhouder is. In 2001 waardeert de belastingplichtige de vordering af en brengt deze afwaardering ten laste van het belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland.

In geschil was welke lidstaat over de afwaardering van een TBS-vordering mocht heffen op basis van het Belastingverdrag met België dat gesloten is op 19 oktober 1970.

De Hoge Raad oordeelde, met gelijkkluidende bewoordingen als bij de uitspraak over de conserverende aanslag in verband met de emigratie van een AB-houder naar België,<sup>60</sup> dat een afwaardering van een schuldvordering als vervreemding moet worden gezien voor toepassing van artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag.

Dit is echter een bijzondere uitspraak, omdat zowel artikel 20a zesde lid van de Wet Inkomstenbelasting 1964 als artikel 4.16 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 een afwaardering van een schuldvordering niet als fictieve vervreemding aanmerkt. Weliswaar bepaalde artikel 20a zesde lid onderdeel e van de Wet Inkomstenbelasting 1964 dat een aflossing van een schuldvordering wel als fictieve vervreemding moest worden aangemerkt. Deze bepaling is indertijd opgenomen om de aflossingen op de zogenoemde turbovorderingen als vervreemdingsvoordeel te kunnen belasten.<sup>61</sup> In de nieuwe Wet Inkomstenbelasting is deze bepaling logischerwijs niet opgenomen, omdat de schuldvordering sindsdien onder het TBS-regime, waar de winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, en niet meer onder het AB-regime valt.

Het afwaarderen van een schuldvordering is echter niet hetzelfde als het aflossen van een schuldvordering. Daarentegen dient een afwaardering en een opwaardering van een schuldvordering wel te worden gezien als het voorportaal van een vervreemding of een aflossing van de schuldvordering. Indien de afwaardering van een schuldvordering niet onder het begrip vervreemding van artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag zou vallen, maar onder een ander artikel, zou dit tot een ongerijmd gevolg leiden.

Logischerwijs kwam niet ter sprake of artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag van toepassing was. Indertijd waren namelijk de schuldvorderingen niet onder deze bepaling ondergebracht. Hoe dit uitwerkt onder het nieuwe Verdrag, wordt uitvoerig behandeld in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>58</sup> HvJ EG/EU 7 september 2006, nr. C-470/04, NTFR 2006/1288.

<sup>59</sup> HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4018.

<sup>60</sup> Zie par. 4.6.2 voor de rechtsoverweging van de Hoge Raad.

<sup>61</sup> Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 48.

#### 4.7 Deelconclusie

Indien Nederland over een afwaardering van een TBS-vordering van een buitenlandse belastingplichtige (woonachtig in België) kan heffen, is de vraag of Nederland verdragsrechtelijk ook mag heffen. In de Grondwet is namelijk vastgelegd, dat een verdragsrechtelijke regel boven de nationale wetgeving gaat. Het Verdrag vindt toepassing, indien een persoon inwoner is van één of beide lidstaten en het gaat om een belastingheffing naar het inkomen en vermogen ten behoeve van één van de lidstaten. In het WVV is vastgelegd dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. Uit jurisprudentie blijkt dat voor het uitleggen van een verdragsbepaling, het OMV van essentieel belang kan zijn. In artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag, dat is ontleend aan het OMV, is bepaald dat voordelen die zijn verkregen uit een vervreemding van een goed, slechts belastbaar zijn in de Staat waarvan de vervreemder inwoner is. Uit het OESO-commentaar blijkt dat de term vervreemding ruim moet worden opgevat, maar een expliciete definitie wordt daarentegen niet gegeven.

Voor termen die niet expliciet in het Verdrag zijn gedefinieerd, bevat het Verdrag een algemene interpretatieregel, die een *lex specialis* vormt ten opzichte van de interpretatieregels van het WVV. Deze regel houdt in, dat de term op een dynamische methode moet worden uitgelegd, volgens het recht van de Staat die het Verdrag toepast, tenzij de context anders vereist. De term context, die niet volgens de algemene interpretatieregel kan worden uitgelegd, dient volgens het WVV te worden uitgelegd. Uit jurisprudentie blijkt dat voor de context van de term, de intentie van de partijen tijdens het sluiten van het Verdrag en de betekenis van de term volgens het recht van de andere Staat van groot belang zijn.

Het toepassen van een nationale fictie in het Verdrag, die een extra heffingsrecht toe-eigent, is in strijd met de goede trouw van het Verdrag, tenzij de fictie door de andere Staat expliciet is aanvaard of de andere Staat diezelfde fictie hanteert. Een conserverende aanslag ter zake van een nationale fictie is in strijd met de goede trouw van het Verdrag, indien de toekomstige voordelen ter heffing zijn toegewezen aan de immigratiestaat. De Hoge Raad oordeelde, ten aanzien van een fictieve vervreemding van de aandelen bij emigratie, dat het vermogenswinstartikel ruim moet worden geïnterpreteerd. Hierdoor wordt het een lidstaat niet uitgesloten om voor de belastingheffing van een vermogenswinst aan te knopen bij een geconstateerde vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen. Een afwaardering van een TBS-vordering wordt echter niet gezien als een fictieve vervreemding in de nationale wetgeving. Dit is daarentegen wel het voorportaal van een aflossing, dat als fictieve vervreemding onder de Wet Inkomstenbelasting 1964 werd gezien, of het vervreemden van een vordering. Indien het afwaarderen van een schuldvordering niet onder het vermogenswinstartikel zou vallen, zou dit tot een ongerijmd gevolg leiden. De afwaardering van een TBS-vordering mag hierdoor slechts door de woonstaat van de belastingplichtige worden belast.



## Hoofdstuk 5 Claimbehoud van vermogenswinst bij emigratie AB-houder

### 5.1 Inleiding

Zoals in het voorgaande hoofdstuk is toegelicht, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een afwaardering van een TBS-vordering onder het vermogenswinstartikel valt. Met betrekking tot vermogenswinsten op schuldvorderingen, heeft het OMV geen specifieke bepaling opgenomen. Hierdoor zouden vervreemdingsvoordelen op een schuldvordering slechts in de woonstaat worden belast. Echter, in het Verdrag is met betrekking tot schuldvorderingen een speciale bepaling in artikel 13 paragraaf 5 opgenomen, waardoor vervreemdingsvoordelen op een schuldvordering in bepaalde situaties mede door de voormalige woonstaat kunnen worden belast. In dit hoofdstuk wordt besproken in hoeverre het essentieel is, voor het toewijzen van het heffingsrecht over vermogenswinsten, of een lening vóór of na emigratie wordt verstrekt.

Ten eerste wordt in paragraaf 5.2 het doel van deze bepaling besproken. Daarna wordt in paragraaf 5.3 de voorwaarden hiervan toegelicht. Aansluitend wordt in paragraaf 5.4 de nieuwe wetwijziging met betrekking tot de conserverende aanslag beschreven en wat voor invloed dit heeft op de verdragsbepaling. Hierna zal in paragraaf 5.5 worden uiteengezet wat de partijen beoogd hebben om de schuldvorderingen, ten opzichte van het oude verdrag, ook in deze bepaling op te nemen. Nadien wordt toegelicht in paragraaf 5.6 welke interpretatiemethode bij een verdragsbepaling voorrang heeft. Tot slot wordt in paragraaf 5.7 een deelconclusie gegeven.

### 5.2 Doel van de bepaling

Zowel in Nederland als in België wordt een vervreemding van aandelen in en winstbewijzen van een vennootschap, waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang in houdt, belast. Echter, België belast niet de vervreemdingsvoordelen van de aandelen en winstbewijzen in een vennootschap, indien die vennootschap niet in België is gevestigd.<sup>62</sup> Hierdoor konden Nederlandse AB-houders gemakkelijk de belastingclaim ontwijken door naar België te emigreren. De bepaling van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag met België dat gesloten is op 19 oktober 1970, was opgenomen om de belastingontwijking inzake de fiscale emigratie van Nederlandse AB-houders te voorkomen.<sup>63</sup> Dit blijkt ook uit de verdragsbepaling die eenzijdig was geformuleerd:

*“De bepaling van paragraaf 4 tast niet aan het recht van Nederland (...)”*

Nederland had met deze bepaling nog 5 jaar na emigratie het heffingsrecht over de vermogenswinsten van de desbetreffende aandelen en winstbewijzen. Dit besloeg het gehele AB-inkomen, zoals waardestijgingen tot het moment van emigratie als waardestijgingen na het moment van emigratie.<sup>64</sup> Echter, de belastingclaim werd eenvoudig ontweken door de vervreemding van de aandelen met minstens vijf jaar uit te stellen. Doorgaans was de hoofdregel geen uitstel, maar afstel van de belastingclaim.<sup>65</sup>

Doordat de belastingclaim zo eenvoudig te ontwijken was, is in 1997 de fictieve vervreemding van aandelen bij emigratie ingevoerd.<sup>66</sup> Over deze vervreemdingsvoordelen van de aandelen wordt een conserverende aanslag opgelegd.<sup>67</sup> Het opleggen van een conserverende aanslag in de aanmerkelijkbelang sfeer ter zake van een emigratie dient een tweeledig doel, namelijk:

<sup>62</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 9.

<sup>63</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 10.

<sup>64</sup> Heithuis, *TFO* 2007/147, par. 2.2.2.

<sup>65</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 10.

<sup>66</sup> Art. 20a lid 6 sub i Wet IB 1964 en art. 4.16 lid 1 sub h Wet IB 2001.

<sup>67</sup> Art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001.

- het in Nederland belastingen van de waardeaanwinst van het aanmerkelijk belang over de periode dat de AB-houder in Nederland woonde (claimbehoud); en
- het tegengaan van fiscaal gedreven emigratie waarbij de aanmerkelijk belangheffing wordt ontgaan (antimisbruikarakter).<sup>68</sup>

In het Verdrag met België dat gesloten is op 5 juni 2001 is de bepaling, ten opzichte van het oude Verdrag, wederkerig geformuleerd:

*“Niettegenstaande de bepalingen van paragraaf 4, mag een verdragsluitende Staat (...)”*

De bepaling in het nieuwe Verdrag is wederkerig geformuleerd, omdat het, naast het voorkomen van dubbele belasting, het ontgaan van belastingen wil voorkomen. Met deze bepaling wordt voor gedurende tien jaar de fiscale claim veilig gesteld die een Staat heeft op de winsten, van een in die Staat gevestigde vennootschap, die niet zijn uitgedeeld en zijn gegenereerd 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.<sup>69</sup> Hieruit blijkt dat de conserverende aanslag en de verdragsbepaling dezelfde bedoelingen hebben en dat Nederland voortaan een territoriale benadering hanteert. Met de termijnverlenging van vijf jaar dient de fiscaal gedreven emigratie te worden tegengegaan.

Voor buitenlandse belastingplichtigen, die niet geëmigreerd zijn, met een Nederlands aanmerkelijk belang, is geen bijzondere verdragsbepaling opgenomen. Hierdoor is over deze vervreemdingsvoordelen slechts de woonstaat heffingsbevoegd. De achterliggende gedachte hiervan is, dat buitenlandse investeerders niet anders worden behandeld dan wanneer ze in hun eigen staat zouden investeren.<sup>70</sup> Daarnaast wordt voor een binnenlandse belastingplichtige, die door bijvoorbeeld een uitzending kort inwoner van Nederland is geweest, geen fictieve vervreemding in aanmerking genomen, ten aanzien van zijn aanmerkelijk belang in de buitenlandse vennootschap.<sup>71</sup> Hierdoor vallen alleen de voorheen “echte” inwoners onder deze bepaling.

### **5.3 Voorwaarden van de bepaling**

De voormalige woonstaat van een natuurlijke persoon mag over de voordelen verkregen uit een vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op een vennootschap, naast de huidige woonstaat ook heffen, mits aan de voorwaarden van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag wordt voldaan. Indien de voormalige woonstaat daadwerkelijk heft, zal de huidige woonstaat een voorkoming moeten geven om dubbele belasting te vermijden.<sup>72</sup> Deze bepaling wordt hierdoor ook wel de *lex specialis* van paragraaf 4 genoemd en luidt als volgt:

*“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 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-*

<sup>68</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 20 en 21 en kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 18 en 19.

<sup>69</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 3, p. 38.

<sup>70</sup> Kamerstukken II, 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 48.

<sup>71</sup> Art. 4.18 Wet IB 2001.

<sup>72</sup> Art. 23 van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

*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.”*

In paragraaf 5.3.1 tot en met paragraaf 5.3.3 worden de criteria van de eerste volzin behandeld. Daarna wordt in paragraaf 5.3.4 de criteria van de tweede volzin behandeld. Tot slot wordt in paragraaf 5.3.5 de criteria van de laatste volzin behandeld.

### **5.3.1 Vervreemding**

De bepaling benadrukt expliciet dat de uitdrukking “vervreemding” overeenkomstig de eigen wetgeving, van de Staat die het Verdrag toepast, moet worden uitgelegd. De term zou op grond van artikel 3 paragraaf 2 van het Verdrag ook overeenkomstig de eigen wetgeving moeten worden uitgelegd.<sup>73</sup> Mijns inziens is de meerwaarde van het opnemen van deze bepaling dat een fictieve vervreemding, die ten tijde van het sluiten van het Verdrag al bestond, niet in strijd wordt geacht met de goede trouw van het Verdrag.<sup>74</sup> De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het afwaarderen van een schuldvordering, die niet als fictieve vervreemding onder de nationale wetgeving is opgenomen, als vervreemding onder het Verdrag moet worden aangemerkt, omdat dit anders tot een ongerijmd gevolg zou leiden.<sup>75</sup>

### **5.3.2 Vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die inwoner is van Nederland**

De bepaling is alleen van toepassing, indien het een vervreemding van aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal betreft en de vennootschap inwoner is van Nederland.

Een vennootschap is elke rechtspersoon of eenheid. Deze termen dienen te worden uitgelegd volgens de nationale wetgeving van de Staat waarvan de rechtspersoon inwoner is.<sup>76</sup> Daarnaast dient de vennootschap een in aandelen verdeeld kapitaal te hebben. Hierdoor zal een coöperatie en de vereniging op coöperatieve grondslag niet onder deze bepaling vallen.<sup>77</sup>

Tot slot dient de vennootschap inwoner van Nederland te zijn, die volgens de nationale wetgeving dient te worden uitgelegd. Echter, de partijen zijn in punt 14 van protocol I overeengekomen dat, voor toepassing van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag, onder de uitdrukking “een vennootschap die volgens de wetgeving van een verdragsluitende Staat inwoner is van die Staat” het volgende moet worden verstaan:

---

<sup>73</sup> Zie par. 4.5 voor de interpretatieregels van artikel 3 paragraaf 2 van het Verdrag.

<sup>74</sup> Zie par. 4.6.1 voor toelichting op nationale ficties in verdragssituaties.

<sup>75</sup> Zie par. 4.6.3 voor de rechtsoverweging van de Hoge Raad.

<sup>76</sup> Art. 3 par. 1 sub c van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>77</sup> Bellingwout, *WFR* 2001/1434, par. 2.6.

- a. *een vennootschap waarvan de plaats van werkelijke leiding in die verdragsluitende Staat gelegen is;*<sup>78</sup> en
- b. *een vennootschap waarvan de plaats van werkelijke leiding uit die verdragsluitende Staat is verplaatst, mits de plaats van werkelijke leiding van die vennootschap, voorafgaande aan vorenbedoelde verplaatsing van zijn werkelijke leiding, voor een periode van ten minste 5 jaren in die verdragsluitende Staat was gelegen. In dit geval wordt die vennootschap slechts voor een periode van 10 jaar na verplaatsing van zijn werkelijke leiding uit die verdragsluitende Staat als inwoner van die Staat aangemerkt.*<sup>79</sup>

De vestigingsplaatsfictie van onderdeel b is in het Verdrag opgenomen om de belastingclaim op de AB-heffing alsnog veilig te stellen, indien een natuurlijk persoon met zijn gehele vennootschap naar het buitenland vertrekt. Hierdoor zou namelijk de vennootschap, evenals de natuurlijke persoon, geen inwoner meer zijn, waardoor Nederland verdragsrechtelijk niet meer zou mogen heffen.

### **5.3.3 Aanmerkelijk belang**

Het huidige Verdrag bevat, ten opzichte van het oude Verdrag, een zelfstandig bezitscriterium dat gebaseerd is op de regeling van artikel 20a derde lid van de Wet Inkomstenbelasting 1964. Hiermee wordt echter niet volledig aangesloten bij het aanmerkelijk belang criterium van hoofdstuk 4 van de Wet Inkomstenbelasting 2001.<sup>80</sup> Dit heeft onder andere het gevolg dat een aanmerkelijk belang als gevolg van opties, winstbewijzen, stemrechten alsmede een fictief aanmerkelijk belang niet onder de reikwijdte van deze bepaling valt. Echter, indien er wordt voldaan aan het bezitscriterium van het Verdrag, worden de voordelen uit de vervreemding van winstbewijzen van en schuldvorderingen op de vennootschap wel meegesleept.

### **5.3.4 10-jaars eis**

Uit de tweede volzin blijkt dat de bepaling alleen van toepassing is, indien de natuurlijke persoon in de loop van de 10 jaren voorafgaand aan het jaar waarin de voordelen worden verkregen, inwoner was van Nederland. Bovendien behoorde de natuurlijke persoon, op het moment van emigratie, een aanmerkelijk belang in de vennootschap te bezitten zoals in de voorgaande subparagraaf is beschreven.

### **5.3.5 (Conserverende) aanslag openstaat**

Uit de derde en tevens de laatste volzin blijkt dat de bepaling alleen van toepassing is, indien aan een natuurlijk persoon een (conserverende) aanslag is opgelegd ter zake van een fictieve vervreemding bij emigratie van de aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op een vennootschap en voor zover er van deze aanslag nog een bedrag openstaat. Wanneer de AB-houder emigreert, is er sprake van een fictieve vervreemding van de aandelen in en winstbewijzen van de vennootschap en wordt over het vervreemdingsvoordeel een conserverende aanslag opgelegd.<sup>81</sup>

Wanneer de feitelijke leiding van de vennootschap zich naar het buitenland verplaatst, is er ook sprake van een fictieve vervreemding van de aandelen in en winstbewijzen van de vennootschap.<sup>82</sup> Indien deze verplaatsing na emigratie van de AB-houder zal plaatsvinden, zal over de waardevermindering die is ontstaan na emigratie van de AB-houder, een tweede conserverende aanslag kunnen worden

<sup>78</sup> Zie ook art. 4 par. 3 van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>79</sup> Zie ook de tot 2016 geldende wettekst van art. 7.5 lid 6 Wet IB 2001.

<sup>80</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 6, p. 33.

<sup>81</sup> Art. 4.16 lid 1 sub h Wet IB 2001 en art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>82</sup> Art. 7.5 lid 7 Wet IB 2001.

opgelegd.<sup>83</sup> Dit komt doordat bij emigratie van de AB-houder, de verkrijgingsprijs van de aandelen en winstbewijzen op de waarde in het economisch verkeer wordt gesteld.<sup>84</sup>

Volgens de fracties van het CDA en de VVD lijkt Nederland, op grond van artikel 13 paragraaf 5, een groter heffingsrecht te hebben dan over het bedrag van de conserverende aanslag. De vraag wordt gesteld waarom geen "indien en voorzover" zinsnede is opgenomen om te voorkomen dat Nederland het heffingsrecht behoudt, indien van de conserverende aanslag € 1 openstaat. Hierdoor zou de bepaling veel ruimer dan het doel kunnen worden uitgelegd, namelijk het claimbehoud over de waardevermindering die in de binnenlandse periode is ontstaan.<sup>85</sup>

Uit de parlementaire behandeling blijkt echter expliciet dat Nederland het heffingsrecht over de waardevermindering na emigratie niet zal effectueren. Dit blijkt uit de volgende passage:

*"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 waardeaanwinst na emigratie naar België is derhalve ter heffing aan België toegewezen. Het voorbeeld in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting illustreert dit."*<sup>86</sup>

Nederland zal hierbij dus eenzijdig terugtreden.<sup>87</sup> Over de verplaatsing van de werkelijke leiding zal hierdoor geen conserverende aanslag worden opgelegd, tenzij er bijzondere omstandigheden plaatsvinden. Een voorbeeld hiervan is de aandelenfusie in internationale situaties, omdat de belastingclaim anders verloren zou gaan.

#### **5.4 Wetswijziging conserverende aanslag**

In het Belastingplan 2016 is naar aanleiding van de motie van de leden de Groot en Bashir<sup>88</sup> een tweetal maatregelen opgenomen met betrekking tot de inning en kwijtschelding van de conserverende aanslag.<sup>89</sup> Deze maatregelen zijn geïntroduceerd om de belastingontwijking ter zake van de emigrerende AB-houders tegen te gaan. In de praktijk is echter gebleken dat bij AB-houders die naar het buitenland verhuizen, kwijtschelding van de conserverende aanslag de regel is geworden, en betaling van de conserverende aanslag de uitzondering.<sup>90</sup>

Op 1 januari 2016, met terugwerkende kracht tot 15 september 2015, zijn de volgende twee maatregelen ingevoerd:<sup>91</sup>

- de 10-jaars termijn voor het uitstel van betaling en kwijtschelding van de conserverende aanslag zijn vervallen; en
- winstuitdelingen na emigratie leiden tot beëindiging van het uitstel van betaling voor een bedrag van 25% van de winstuitdeling, verminderd met de daarover verschuldigde dividendbelasting of inkomstenbelasting en de feitelijk geheven belasting in het buitenland.

<sup>83</sup> Artikel 2.8 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>84</sup> Artikel 7.6 lid 1 Wet IB 2001 en Heithuis, *TFO* 2007/147, par. 3.2.

<sup>85</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 6, p. 31.

<sup>86</sup> Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 6, p. 32.

<sup>87</sup> Heithuis, *TFO* 2007/147, par. 2.2.2.

<sup>88</sup> Kamerstukken II, 2014/15, 34 002, nr. 62.

<sup>89</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 22 en 23.

<sup>90</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 21.

<sup>91</sup> Art. 70ea Inv. 1990.

De 10-jaars termijn was destijds opgenomen uit praktische redenen.<sup>92</sup> Als gevolg van de afschaffing van de 10-jaars termijn, is er een onbeperkte invorderingstermijn. Hierdoor zal het uitstellen van een vervreemding van de aandelen tot uitstel van belastingheffing, en niet meer tot afstel, leiden. Daarnaast zal bij elke winstuitdeling het uitstel van betaling evenredig worden ingetrokken, zodat de conserverende aanslag makkelijker geïnd kan worden. Deze intrekking levert de Nederlandse overheid een tariefsvoordeel van 10% op, tenzij over de winstuitdeling ook in het buitenland belasting wordt geheven. Hierdoor zal de emigrerende AB-houder in een buitenlandse situatie evenveel en op hetzelfde moment moeten afrekenen als in een binnenlandse situatie.

In de literatuur is inmiddels discussie of deze wetswijzigingen niet in strijd met de verdragen zouden zijn. Volgens van Brummen en Nieuwenhuizen lijkt de invorderingsmaatregel door intrekking van het uitstel van betaling bij winstuitdelingen, ook al houdt Nederland rekening met de in buitenland feitelijk geheven belasting, in strijd komt met de goede verdragstrouw.<sup>93</sup> Volgens hen zou Nederland zich namelijk een extra heffingsrecht toe-eigenen, omdat de dividenduitkeringen verdragsrechtelijk zijn toegewezen aan het woonland.<sup>94</sup> Daarnaast is verdragsrechtelijk uitdrukkelijk een termijn van 10 jaar genoemd, die door afschaffing van de 10-jaars termijn inhoudsloos dreigt te worden. Een verschuiving van het heffingsrecht lijkt dan op te treden, indien de andere verdragsstaat zowel de winstuitdeling als de gerealiseerde vermogenswinst na 10 jaar niet belast.

Echter, in de memorie van toelichting wordt opgemerkt,<sup>95</sup> dat de Hoge Raad heeft geoordeeld, dat het een Staat is toegestaan om voor de heffing van een vermogenswinst aan te knopen bij een vermogensaanwas die niet door vervreemding tot uitdrukking is gekomen en dat de Nederlandse regeling met de fictieve vervreemding bij emigratie een vermogenswinst, en niet een potentieel dividend, belast.<sup>96</sup> Het tariefsvoordeel van 10%, dat ontstaat als de andere Staat niet heft over de dividenduitkering, zou de manier van innen van de conserverende aanslag uitbreiden en daarmee los staan van de toewijzing van het heffingsrecht. Indien België wel over deze voordelen zal heffen, waardoor dit leidt tot dubbele belastingheffing, zal Nederland eenzijdig voor de voorkoming van dubbele belasting zorgen. Hierdoor wordt de verdragsbescherming in stand gehouden.

### **5.5 Toevoeging schuldvordering**

Zoals in paragraaf 5.3 is beschreven, blijkt dat het heffingsrecht over de vervreemdingsvoordelen van een schuldvordering mede aan de voormalige woonstaat zijn toegewezen, indien een (conserverende) aanslag is opgelegd ter zake van een fictieve vervreemding bij emigratie en voor zover er van deze aanslag nog een bedrag openstaat. In het oude Verdrag met België vielen schuldvorderingen niet onder de bepaling van artikel 13 paragraaf 5, en was over de vervreemdingsvoordelen van een schuldvordering slechts de woonstaat heffingsbevoegd. Gelet op de wijziging van het huidige Verdrag, ten opzichte van het oude Verdrag, is het woord "schuldvordering" bewust aan de bepaling toegevoegd. De resterende vraag is nu of over de voordelen van een schuldvordering de voormalige woonstaat verdragsrechtelijk mag heffen, indien slechts een conserverende aanslag over de aandelen is opgelegd.

Volgens prof. dr. mr. E.J.W. Heithuis valt een vervreemdingsvoordeel op een schuldvordering ook onder de bepaling, indien er slechts een conserverende aanslag over de aandelen is opgelegd.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 21.

<sup>93</sup> Brummen & Nieuwenhuizen, *WFR* 2015/1488.

<sup>94</sup> Art. 10 par. 1 van het Belastingverdrag met België gesloten te Canberra op 5 juni 2001, Trb. 2001, 136.

<sup>95</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3, p. 22-23.

<sup>96</sup> Zie par. 4.6.2 voor de rechtsoverweging van de Hoge Raad.

<sup>97</sup> HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4018, m. nt. van E.J.W. Heithuis.

De schuldvordering is namelijk sinds de nieuwe Wet IB, overgeheveld van het AB-regime naar het TBS-regime van artikel 3.92 van de Wet IB. Hierdoor zal bij emigratie van de AB-houder geen conserverende aanslag meer over de schuldvordering kunnen worden opgelegd. Zowel de ondertekening van het Verdrag op 5 juni 2001 als de inwerkingtreding van het Verdrag op 1 januari 2003, waren nakomend van de inwerkingtreding van de nieuwe Wet IB. Hierdoor zal het woord "schuldvordering" bewust zijn opgenomen met betrekking tot de huidige regels van de Wet IB. Daarnaast heeft de Staatssecretaris in het Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 het volgende opgenomen:

*"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."*<sup>98</sup>

Indien de verdragstekst op een grammaticale wijze zou worden geïnterpreteerd, is, indien er een conserverende aanslag met betrekking tot de aandelen openstaat, Nederland mijns inziens tevens heffingsbevoegd over de afwaardering van een schuldvordering. Echter, zoals in paragraaf 5.2 is toegelicht, is de bedoeling van de bepaling om belastingontwijking te voorkomen en de belastingclaim op de waardeaanegroei die over de binnenlandse periode is ontstaan veilig te stellen. Hieruit blijkt dat Nederland niet over de voordelen van een schuldvordering wil heffen, indien geen aanslag over de schuldvordering ter zake van een emigratie is opgelegd.

Ingeval de AB-houder emigreert, vindt eindafrekening over de schuldvordering plaats, tenzij buitenlandse belastingplicht ontstaat.<sup>99</sup> Zoals in paragraaf 3.3 is toegelicht, valt een TBS-vordering op een Nederlandse vennootschap onder het Nederlands inkomen. Hierdoor zal buitenlandse belastingplicht bij emigratie van de AB-houder niet, of ophouden te, ontstaan, indien de zetel van zijn vennootschap is gevestigd in, of zal worden verplaatst naar, het buitenland. Wanneer alleen de AB-houder emigreert, zal dus niet worden afgerekend en zal geen aanslag over de schuldvordering kunnen worden opgelegd.

Er kan geconcludeerd worden dat volgens de bedoeling van de partijen, een waardemutatie van een schuldvordering die continu op marktwaarde wordt gewaardeerd, nooit onder de verdragsbepaling kan vallen. Bij een vordering die continu op marktwaarde wordt gewaardeerd, zullen de waardemutaties tot het tijdstip van emigratie, op basis van het voorzichtigheidsbeginsel namelijk al in de Nederlandse belastingheffing betrokken zijn.<sup>100</sup> Hierdoor zal daarover nooit een aanslag, ter zake van een emigratie, kunnen worden opgelegd. De waardemutaties na het tijdstip van emigratie, die dus zijn opgekomen in het buitenland, zullen dan slechts in de woonstaat belastbaar zijn op grond van artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag.

Over een aangekochte vordering daarentegen, zal, indien eindafrekening plaatsvindt, wel een aanslag met uitstel van betaling kunnen worden opgelegd.<sup>101</sup> Winstneming over een aangekochte vordering vindt namelijk pas plaats, indien er sprake is van een daadwerkelijke realisatie.<sup>102</sup> Naar mijn mening zijn de schuldvorderingen in de verdragsbepaling opgenomen, om de waardemutaties van een aangekochte vordering, die over de binnenlandse periode is ontstaan, bij een vervreemding toe te kunnen wijzen aan de voormalige woonstaat.

<sup>98</sup> Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, par. 2.9.3.

<sup>99</sup> Art. 3.95 en art. 3.61 Wet IB 2001.

<sup>100</sup> Kamerstukken II, 2001/02, nr. 28 259, nr. 6, p. 35.

<sup>101</sup> Art. 25a Inv. 1990.

<sup>102</sup> Hof Arnhem 26 augustus 1982, ECLI:NL:GHARN:1982:AW8734.

Echter, indien alleen de AB-houder emigreert, zal er geen eindafrekening plaatsvinden en dus geen aanslag kunnen worden opgelegd. Hierdoor zal bij een vervreemding van een schuldvordering de woonstaat slechts heffingsbevoegd zijn, terwijl de waardeangroei (gedeeltelijk) over de binnenlandse periode voor emigratie is ontstaan. Mij lijkt dat bij de verdragsonderhandelingen over het opnemen van de schuldvorderingen onder deze verdragsbepaling, niet volledig over de gevolgen zijn nagedacht.

De resterende vraag is nu aan welke interpretatiemethode het meeste waarde wordt gehecht bij een verdragsbepaling. Dit zal in de volgende paragraaf uitgebreid worden toegelicht.

### **5.6 Doel en strekking versus de grammaticale interpretatie**

Bij een grammaticale interpretatie wordt de tekst zo letterlijk mogelijk gelezen. Het is namelijk van belang, dat inwoners er op moeten kunnen vertrouwen dat wat met een wettekst wordt bedoeld, ook wordt beschreven. Dit uit zich in het rechtszekerheidsbeginsel. Ook bij een verdrag moet een belanghebbenden op de tekst kunnen vertrouwen, maar dient ook rekening met de andere Staat te worden gehouden.

Uit diverse arresten, toegelicht in paragraaf 4.5, blijkt dat de gezamenlijke bedoeling die de verdragsluitende Staten voor ogen hebben, doorslaggevend is om een verdrag te goeder trouw ten uitvoer te leggen. Aan de gezamenlijke toelichtingen kan de intentie van de partijen over een verdragsbepaling worden ontleend.<sup>103</sup> Zoals in de artikelsgewijze toelichting, die geciteerd is in paragraaf 5.3.5, blijkt dat afgesproken is dat Nederland alleen zal heffen over de waardeangroei die in de binnenlandse periode is ontstaan. Indien Nederland zich hier niet aan houdt, zal de wederkerigheid van het Verdrag geweld worden aangedaan en zal het in strijd met de goede verdragstrouw handelen. Hieruit concludeer ik dat de doel en strekking van het Verdrag, indien dit expliciet is afgesproken, voorgaat op de grammaticale interpretatie. Uit de fictief loon arresten, die toegelicht zijn in paragraaf 4.6.3, blijkt tevens dat de doel en strekking van een verdragsbepaling voorgaat, mits dit expliciet door de andere Staat is ervaren.

### **5.7 Deelconclusie**

Over een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering is, op grond van artikel 13 paragraaf 4, in beginsel slechts de woonstaat heffingsbevoegd. Daarnaast mag, op grond van artikel 13 paragraaf 5, over een afwaarderingsverlies van de TBS-vordering mede de voormalige woonstaat heffen, indien de AB-houder in de afgelopen 10 jaar inwoner was van de voormalige woonstaat en ter zake van die emigratie een (conserverende) aanslag is opgelegd waarvan er nog een bedrag openstaat.

Deze bepaling is in het Verdrag opgenomen om belastingontwijking van emigrerende AB-houders tegen te gaan en de belastingclaim over de waardeangroei, die in de binnenlandse periode is ontstaan, veilig te stellen. Op 1 januari 2016 heeft een wetswijziging met betrekking tot de conserverende aanslag plaatsgevonden, waarbij de 10-jaarstermijn voor uitstel van betaling en kwijtschelding van de aanslag is vervallen. Doordat België niet over vermogenswinsten op buitenlandse vennootschappen heft, dreigt de 10-jaarstermijn in de verdragsbepaling hierdoor inhoudsloos te raken, omdat Nederland dan alsnog op grond van artikel 13 paragraaf 4 zou kunnen heffen.

Volgens prof. dr. mr. E.J.W. Heithuis valt een vervreemdingsvoordeel op een schuldvordering ook onder de bepaling, indien er slechts een conserverende aanslag over de aandelen is opgelegd. Op schuldvorderingen kunnen namelijk sinds de huidige Wet IB geen conserverende aanslagen meer opgelegd worden.

---

<sup>103</sup> Zie ook r.o. 6.2 conclusie A-G Niessen 2 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:374.



Uit het Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 blijkt dat de Staatssecretaris de schuldvorderingen onder de bepaling heeft opgenomen, omdat immers ook over de TBS-vordering een eindafrekening kan plaatsvinden. Bij vorderingen die worden verstrekt, en dus marktconform worden gewaardeerd, kan er geen aanslag ontstaan, omdat de waardemutaties al in de binnenlandse periode in de belastingheffing worden betrokken. Over aangekochte vorderingen daarentegen, die niet hoger dan de kostprijs behoeven te worden gesteld, zal bij eindafrekening wel een aanslag kunnen worden opgelegd. Echter, eindafrekening vindt alleen plaats, indien de AB-houder emigreert en er geen buitenlandse belastingplicht ontstaat. Hierdoor lijkt er niet goed over nagedacht te zijn dat niet over de waardeangroei op de schuldvordering die in de binnenlandse periode is ontstaan geheven kan worden, indien alleen de AB-houder emigreert.

De resterende vraag is nu aan welke interpretatiemethode het meeste waarde wordt gehecht bij een verdragsbepaling. Uit de jurisprudentie blijkt dat de intentie die de partijen bij een verdragsbepaling voor ogen hebben, het meest doorslaggevend is om een verdrag te goeder trouw ten uitvoer te leggen. In de parlementaire behandeling blijkt expliciet afgesproken te zijn dat Nederland alleen de waardeangroei in de binnenlandse periode zal effectueren, en de waardestijging na emigratie volledig toekent aan België.

Wanneer een schuldvordering wordt verstrekt, is voor het toewijzen van het heffingsrecht over vermogenswinsten hierdoor niet van belang, omdat de waardeangroei tot emigratie al in de Nederlandse belastingheffing is betrokken en de waardeangroei na emigratie aan België is toegekend.

## Hoofdstuk 6 Uitwerking casus

### 6.1 Inleiding

Nu in de voorgaande hoofdstukken de theorie is besproken, zal aan de hand daarvan de casus worden uitgewerkt. In paragraaf 6.2 wordt besproken of de geldlening, die X aan C-BV heeft verstrekt, kan worden afgewaardeerd. Daarna wordt in paragraaf 6.3 besproken onder welk verdragsartikel het afwaarderingsverlies van de vordering van X op C-BV valt en welke lidstaat hierover heffingsbevoegd is. Tot slot wordt in paragraaf 6.4 besproken of de bepaling voor het claimbehoud, van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag, van toepassing is op de schuldvordering die X op C-BV heeft.

### 6.2 Afwaarderen schuldvordering

Tot het jaar 2006 was X inwoner van Nederland, waardoor X binnenlands belastingplichtig was voor de Wet IB. In het jaar 2006 emigreerde X naar België en werd X buitenlands belastingplichtig voor de Wet IB, omdat X inkomen genoot uit A-BV en B-BV, die in Nederland zijn gevestigd. In 2009 verstrekt X een lening aan C-BV. Voor het begrip ROW voor buitenlandse belastingplichtigen, wordt bij de definitie van het begrip ROW voor binnenlandse belastingplichtigen aangesloten, waardoor de TBS-regeling ook op de schuldvordering van X van toepassing is, doordat hij een indirect aanmerkelijk belang heeft in C-BV. De vennootschap C-BV, die de beschikking over het vermogen heeft gekregen, is in Nederland gevestigd, waardoor er sprake is van ROW in Nederland en de inkomsten uit de schuldvordering Nederlands inkomen betreft. Doordat C-BV in het jaar 2011 in financiële problemen geraakt, is de kans redelijk aanwezig dat C-BV de schuld aan X niet kan terugbetalen. Hierdoor kan X op basis van het voorzichtigheidsbeginsel de schuldvordering op C-BV afwaarderen.

### 6.3 Verdragsartikel afwaarderingsverlies

Aangezien X in het jaar 2011 inwoner is van België, en de Wet IB een belastingheffing is naar het inkomen en vermogen van X, is het Verdrag van toepassing. Het afwaarderingsverlies op de schuldvordering van X op C-BV, is een vermogensverlies dat echter nog niet tot uitdrukking is gekomen. De afwaardering van de schuldvordering dient te worden aangemerkt als een vervreemding van de schuldvordering, omdat het anders tot een ongerijmd gevolg zou leiden. Hierdoor is over het aannemelijk toekomstig vermogensverlies van X, ter zake van het afwaarderen van de schuldvordering, artikel 13 paragraaf 4 van het Verdrag van toepassing, waardoor slechts België heffingsbevoegd is.

### 6.4 Claimbehoud schuldvordering bij emigratie AB-houder

Ten tijde van het afwaarderingsverlies, in 2011, heeft X een indirect aanmerkelijk belang in C-BV. C-BV is een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die is gevestigd in Nederland. Doordat X vijf jaar daarvoor, in het jaar 2006, slechts een (conserverende) aanslag over de aandelen in B-BV, ter zake van de emigratie, is opgelegd, is de claimbehoud-bepaling van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag niet op de afwaardering van de schuldvordering van X van toepassing. Hierdoor mag de voormalige woonstaat, Nederland, niet heffen, waardoor de huidige woonstaat, België, slechts heffingsbevoegd is. Om die reden zou de aanslag door de belastinginspecteur correct zijn opgelegd, waardoor het belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland van X, € 107.920 positief zou bedragen.

## Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de resultaten uit voorgaande hoofdstukken, die de deelvragen hebben beantwoord, antwoord gegeven op de probleemstelling. Tot slot worden in dit hoofdstuk mijn aanbevelingen gegeven om onduidelijkheden in de toekomst te voorkomen.

*“In hoeverre kan en mag Nederland een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering ten laste brengen van het Nederlands belastbaar inkomen uit werk en woning, waarbij de geldlening door een inwoner van België na emigratie is verstrekt aan een in Nederland gevestigde vennootschap?”*

### Conclusie

Een inwoner van België, die Nederlands inkomen geniet, is buitenlands belastingplichtig voor de Wet IB. Indien een buitenlandse AB-houder, een lening verstrekt aan zijn in Nederland gevestigde vennootschap, is er sprake van Nederlands inkomen uit werk en woning. Voor buitenlandse belastingplichtigen wordt het Nederlands inkomen uit werk en woning berekend overeenkomstig de regels van de binnenlandse belastingplichtigen. Een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering kan daardoor op basis van het voorzichtigheidsbeginsel ten laste worden gebracht van het Nederlands belastbaar inkomen uit werk en woning.

Bij een buitenlandse belastingplichtige die woonachtig is in België en in aanraking komt met een Nederlandse belastingheffing naar het inkomen en vermogen zoals de Wet IB, is het Verdrag van toepassing. Nederland kan echter alleen heffen, indien het Verdrag dit toelaat. Een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering is een vermogensverlies dat nog niet tot uitdrukking is gekomen. Echter, bij het vermogenswinstartikel dient sprake te zijn van een vervreemding van een goed. Doordat de term “vervreemding” niet expliciet in het Verdrag is gedefinieerd, dient de term, door de algemene interpretatieregel, te worden uitgelegd volgens het nationale recht van de Staat die het Verdrag toepast, tenzij de context anders vereist. Een afwaardering van een TBS-vordering is echter niet een vervreemding in de Nederlandse nationale wet. De Hoge Raad overwoog dat een afwaarderingsverlies toch als vervreemding dient te worden aangemerkt, omdat een afwaardering van een vordering het voorportaal is van een vervreemding van een vordering, en indien dit niet onder dit artikel zou vallen, tot een ongerijmd gevolg zou leiden. Hierdoor is over het afwaarderingsverlies slechts de woonstaat heffingsbevoegd, tenzij de bepaling van het claimbehoud, van artikel 13 paragraaf 5 van het Verdrag, van toepassing is.

Als de tekst van de claimbehoud-bepaling letterlijk gelezen wordt, zou een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering mede door de voormalige woonstaat geheven kunnen worden, indien aan de AB-houder, ter zake van een emigratie, in de afgelopen 10 jaar een (conserverende) aanslag over de aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op de vennootschap is opgelegd. Mijns inziens is de bepaling van het claimbehoud, over een afwaarderingsverlies van een TBS-vordering, slechts van toepassing, indien aan de AB-houder in de afgelopen 10 jaar een aanslag over de schuldvordering is opgelegd. Het Verdrag moet namelijk te goeder trouw worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de term, in de context en in het licht van het voorwerp en doel van het Verdrag. Uit meerdere rechtsoverwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de toelichtingen van de verdragsluitende Staten, waaruit de bedoeling kan worden ontleend, doorslaggevend is. In de artikelsgewijze toelichting blijkt dat de bedoeling van de partijen is om de belastingclaim, die is ontstaan in de binnenlandse periode, veilig te stellen. De bepaling van het claimbehoud zal daardoor op een TBS-vordering niet van toepassing kunnen zijn, indien de lening na emigratie is verstrekt. Hierdoor is slechts de woonstaat heffingsbevoegd, waardoor Nederland niet over het afwaarderingsverlies mag heffen, dus de aftrek niet mag toestaan.

### Aanbevelingen

Om het doel van de verdragsbepaling te waarborgen en duidelijkheid te geven waarom de schuldvorderingen aan de bepaling zijn toegevoegd, dient vooral de nationale wetgeving te worden gewijzigd. Om de belastingclaim, die in de binnenlandse periode is ontstaan, over de TBS-vordering veilig te stellen, zal over de TBS-vordering behoren te worden afgerekend, indien de AB-houder emigreert en niet pas op het ogenblik dat de AB-houder ook ophoudt Nederlands inkomen te genieten. Hierdoor worden de constructies met betrekking tot de turbovorderingen om belastingheffing te ontwijken ook in internationale situaties voorkomen. Tot slot dienen de partijen de verdragstekst nauwkeuriger uit te werken en uitgebreider in een overeenstemming op te nemen waarom een bepaalde term aan een verdragsbepaling is toegevoegd.

## Literatuurlijst

### Artikelen:

- Bellingwout J.W., 'Dividend, rente en vermogenswinst in het nieuwe belastingverdrag met België', *WFR* 2001/1434.
- Brummen M.F. van & Nieuwenhuizen J.H.M., 'Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders', *WFR* 2015/1488.
- Heithuis E.J.W., annotatie bij: Hoge Raad 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4018.
- Heithuis E.J.W., '(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders', *TFO* 2007/147.
- Marres O.C.R. & Wattel P.J., 'The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties', *European Taxation* 2003, afl. 43.
- Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', *V-N* 2011/12.1.

### Boeken:

- Albrechtse D.A. e.a., *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Engelen F.A., *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, Amsterdam: IBFD 2004.
- Marres O.C.R., *Statische of dynamische interpretatie van belastingverdragen?. WB der Nederlanden; 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Amsterdam: WLP 2003.
- Raad C. van e.a., *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Niessen-Cobben R.M.P.G. & Perdaems A.J.C., *Wegwijs in de Invordering*, Den Haag: SDU 2014.

### Jurisprudentie:

- Hof van Justitie EG/EU 7 september 2006, nr. C-470/04, NTFR 2006/1288
- Hoge Raad 21 januari 1931, B. 4920
- Hoge Raad 18 december 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1089
- Hoge Raad 2 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5045
- Hoge Raad 17 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5259
- Hoge Raad 15 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5543
- Hoge Raad 29 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5700
- Hoge Raad 15 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA3094
- Hoge Raad 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8510
- Hoge Raad 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2699
- Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8398
- Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8403
- Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8404
- Hoge Raad 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1896
- Hoge Raad 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:AZ2232
- Hoge Raad 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4756
- Hoge Raad 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4018
- Hoge Raad 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6710
- Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2497

- Parket bij de Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:374.
- Gerechtshof Arnhem 26 augustus 1982, ECLI:NL:GHARN:1982:AW8734
- Rechtbank Breda 22 november 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AZ4967
- Rechtbank Haarlem 20 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD9720

**Kamerstukken:**

- Kamerstukken I, 1999/00, 26 727 en 26 728, nr. 202a
- Kamerstukken II, 1995/96, 24 761, nr. 3
- Kamerstukken II, 1997/98, 25 087, nr. 4
- Kamerstukken II, 1999/00, 26 727, nr. 7
- Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 3
- Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr. 6
- Kamerstukken II, 2014/15, 34 002, nr. 62
- Kamerstukken II, 2015/16, 34 302, nr. 3

## **Bijlage I: Verklaring van authenticiteit**

### **Verklaring van authenticiteit**

Ik heb deze scriptie zelf geschreven en ik heb daarbij geen teksten overgenomen uit andere scripties, literatuur en overige geschriften zonder de bron op juiste wijze te hebben vermeld. Ik verklaar derhalve dat ik geen plagiaat heb gepleegd en niet ongeoorloofd met anderen heb samengewerkt of gebruik heb gemaakt van het gedachtegoed van anderen.

Datum: 12 juni 2017

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Tom', with a stylized flourish extending from the end.

Tom van der Heijden