

## VOORWOORD

Sinds de ingrijpende herziening van het aanmerkelijkbelangregime per 1 januari 1997 en de aanpassingen die zijn doorgevoerd bij de invoering van de Wet IB 2001 per 1 januari 2001 is (r)emigratie en immigratie van de aanmerkelijkbelanghouder, al dan niet gecombineerd met verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap, zonder overdrijving een van de meest ingewikkelde fiscale onderwerpen geworden. Zeker als men niet dagelijks met deze problematiek te maken heeft, is het steeds weer een hele puzzel om uit te zoeken welke regels er in een concrete casus gelden. De zoektocht door de wet laat zien dat de regels op dit punt buitengewoon gedetailleerd en complex zijn. Het is schier onmogelijk alle ter zake geldende regels steeds paraat te hebben.

Met ingang van 1 januari 2010 zijn deze regels verder aangevuld in verband met de sindsdien aangescherpte verervingsfaciliteit en de nieuwe schenkingsfaciliteit in het aanmerkelijk belang. Die nieuwe regels hebben ook hun doorwerking gehad naar de regels voor (r)emigratie en immigratie van de aanmerkelijkbelanghouder, waardoor die regels nog ingewikkelder zijn geworden dan ze al waren.

Al deze regels zijn opnieuw aangepast in verband met de wijzigingen in de conserverende-(belasting)aanslagregeling in het Belastingplan 2016 met ingang van 15 september 2015, 15:15 uur.

In dit boek zet ik alle regels zoals die per 1 januari 2016 gelden, op een rij, gelardeerd met, waar dat zinnig is, concrete (cijfer)voorbeelden. Voor opmerkingen, aanvullingen, verbeteringen e.d. houd ik mij aanbevolen. De kopij is afgesloten per 1 april 2017.

Prof.dr.mr. E.J.W. Heithuis

Leiden

# INHOUDSOPGAVE

## **Voorwoord** / V

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleiding** / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Conserverende aanslag sinds 1 januari 1997 / 1
- 1.3 Strijd met EU-recht of belastingverdragen? / 3
  - 1.3.1 Strijd met EU-recht? / 3
  - 1.3.2 Strijd met belastingverdrag? / 4
- 1.4 Samenloop met andere conserverende aanslagen / 10
  - 1.4.1 Conserverende aanslagen ten name van de dga in privé / 10
  - 1.4.2 Conserverende aanslag ten name van de bv / 10
- 1.5 Afsluiting / 11

### HOOFDSTUK 2

#### **Emigratie** / 13

- 2.1 Inleiding / 13
- 2.2 Emigratie aanmerkelijkbelanghouder / 14
  - 2.2.1 Fictieve vervreemding met conserverende (belasting)aanslag / 14
  - 2.2.2 Beëindiging uitstel van betaling, kwijtschelding en voortzetting / 17
  - 2.2.3 Buitenlandse belastingplicht / 23
- 2.3 Verplaatsing werkelijke leiding vennootschap naar buitenland / 26
  - 2.3.1 In Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder / 26
  - 2.3.2 In buitenland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder / 26
  - 2.3.3 Voortzetting buitenlandse belastingplicht / 29
- 2.4 Afsluiting / 32

### HOOFDSTUK 3

#### **Immigratie en remigratie** / 33

- 3.1 Inleiding / 33
- 3.2 Immigratie aanmerkelijkbelanghouder (geen remigratie) / 33
  - 3.2.1 Geen remigratie en nooit voorafgaande buitenlandse belastingplicht / 33
  - 3.2.2 Voorafgaande buitenlandse belastingplicht / 34
- 3.3 Remigratie aanmerkelijkbelanghouder / 38

- 3.3.1 Hoofddregels / 38
- 3.3.2 Samenloop met eerdere conserverende (belasting)aanslag / 38
- 3.3.3 Samenloop met verlies uit aanmerkelijk belang / 39
- 3.3.4 Samenloop met passantenregeling / 40
- 3.3.5 Immigratie rechtsopvolger onder algemene titel / 40
- 3.4 'Immigrerende' en 'remigrerende' vennootschap / 40
- 3.4.1 'Im-' en 'remigrerende' vennootschap met in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder / 41
- 3.4.2 'Im-' en 'remigrerende' vennootschap met in buitenland woonachtige aanmerkelijkbelanghouder / 41
- 3.5 Antimisbruikregeling / 44
- 3.5.1 Algemeen / 44
- 3.5.2 Hoofdfiguur: aandelenruil / 44
- 3.5.3 Overdracht aandelen tegen schuldigerkenning / 47
- 3.5.4 Liquidatie vennootschap of juridische fusie / 48
- 3.6 Afsluiting / 49

#### HOOFDSTUK 4

#### **Erven en schenken / 51**

- 4.1 Inleiding / 51
- 4.2 Erven en schenken vanuit Nederland naar buitenland / 52
- 4.2.1 Conserverende (belasting)aanslag / 52
- 4.2.2 Samenhang met buitenlandse belastingplicht / 54
- 4.2.3 Samenhang met regeling overlijdensdividend / 55
- 4.3 Erven en schenken vanuit buitenland naar Nederland / 55
- 4.3.1 Conserverende aanslag; voortzetting betalingsuitstel / 56
- 4.3.2 Samenhang met buitenlandse belastingplicht / 58
- 4.3.3 Verkrijgingsprijs bij verkrijger krachtens erfrecht respectievelijk schenking / 59
- 4.4 Immigratie buitenlandse verkrijger krachtens erfrecht of schenking / 65
- 4.5 Aansprakelijkheid buitenlandse verkrijger krachtens schenking / 68
- 4.6 Afsluiting / 69

#### BIJLAGE 1 LEIDRAAD INVORDERING 2008

#### BIJLAGE 2 NOTITIE FISCAAL VERDRAGSBELEID 2011

#### **Trefwoordenregister / 79**

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

### 1.1 Inleiding

In dit boek staat de (r)emigratie en immigratie van de aanmerkelijkbelanghouder centraal. Zonder overdrijving is dit een van de meest gedetailleerde en daardoor ingewikkeldste stukjes wetgeving in de Wet IB 2001. Een van de lastige elementen voor de praktijk is de enorme versnippering van de regelgeving. Van de Wet IB 2001 bladert men al snel naar de Invorderingswet en dan weer terug naar de Wet IB 2001, zowel in de wet zelf als in de lagere regelgeving zoals uitvoeringsbesluiten en –regelingen. En dan moet men ook nog bedacht zijn op de doorwerking van het belastingverdrag, want wat nationaalrechtelijk is toegestaan, is dat regelmatig niet onder het verdrag. Daardoor is het lastig inzicht (en overzicht) te krijgen in (van) de materie. Dit boek poogt daarbij de helpende hand te bieden en deze ingewikkelde regelgeving inzichtelijk te maken.

### 1.2 Conserverende aanslag sinds 1 januari 1997

De problematiek van de conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen en -winstbewijzen is begonnen met de wijziging van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 per 1 januari 1997, als onderdeel van de algehele herziening van het aanmerkelijkbelangregime per die datum. In de jaren 90 van de vorige eeuw emigreerden op grote schaal directeuren-aandeelhouders (dga's) naar het buitenland om onder de bescherming van een belastingverdrag hun aanmerkelijkbelangclaim af te schudden. Tot 1997 was dat ook kinderlijk eenvoudig. De dga emigreerde naar een verdragsland, hij wachtte vijf jaren en kon zijn aanmerkelijkbelangaandelen in de vennootschap daarna belastingvrij, althans voor Nederland, vervreemden. Aangezien er nogal wat landen waren die geen equivalent kenden van onze aanmerkelijkbelangregeling, vond ook geen belastingheffing in het nieuwe woonland plaats. Daar was het nieuwe woonland veelal ook wel op uitgezocht.<sup>1</sup> 'Emigreerde' de vennootschap met de dga mee, dan hoefde hij zelfs niet vijf jaren te wachten maar kon hij zijn aanmerkelijkbelangaandelen min of meer onmiddellijk belastingvrij (voor Nederland) vervreemden. Uiteraard was de woon- respectievelijk vestigingsplaats van de aanmerkelijkbelanghouder respectievelijk de vennootschap een belangrijke kwestie, want als die onverhoopt toch in Nederland was (achter)gebleven, dan viel de hele fiscale planning in duigen. In die tijd was dit ook zo ongeveer het belangrijkste issue dat bij de emigratie van dga's speelde.

---

1 België, of beter gezegd Vlaanderen, was om die reden uiterst populair onder emigrerende dga's.

Gelet hierop was het niet verrassend dat toenmalig Staatssecretaris Vermeend van Financiën overging tot wetsreparatie. De koninklijke weg, te weten aanpassing van de vele belastingverdragen die Nederland heeft gesloten, zou veel te lang duren, reden waarom Vermeend met een novum kwam dat sinds 1992 al was beproefd met betrekking tot de lijfrenteverzekeringen, de zogenoemde conserverende aanslag.<sup>2</sup> Voortaan moest de aanmerkelijkbelanghouder bij emigratie uit Nederland de meerwaarde in zijn aanmerkelijkbelangaandelen afrekenen, op dezelfde wijze als al sinds mensenheugenis in de VPB gebruikelijk is met de meerwaarde in de activa van een bv, indien de bv haar werkelijke leiding uit Nederland verplaatst.<sup>3</sup> Desondanks sloeg dit nieuwe fenomeen, waarvan binnen de EU geen equivalent aanwezig was, in als een bom, wat voor Vermeend reden was om deze eindafrekening niet te zeer op de spits te drijven. Hij introduceerde daarom een bevrijdende termijn van tien jaar, waarmee de gebruikelijke verdragstermijn van vijf jaar in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud werd verdubbeld, alsmede een fatale grens van 90% of meer van de winstreserves van de vennootschap in geval van dividenduitkeringen. Verder was geen invorderingsrente verschuldigd maar moest wel zekerheid worden gesteld, destijds ook bij emigraties naar een EU/EER-lidstaat.<sup>4</sup> Inmiddels, zo'n twintig jaar later, steekt de conserverende-aanslagregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen gunstig af bij andere conserverende-aanslagregelingen, maar dat wisten we toen uiteraard nog niet.

Al vrij snel na introductie van deze conserverende-aanslagregeling doken de eerste ontgaansmogelijkheden op. Een bekende en veel beproefde mogelijkheid was de 90%-grens voor dividenduitkeringen. De aanmerkelijkbelanghouder emigreerde naar een verdragsland, de vennootschap 'emigreerde' met hem mee en vervolgens keerde de vennootschap haar winstreserves uit aan de aanmerkelijkbelanghouder tot de grens van 90%, zeg maar zo'n 85%. Bij een goede fiscale planning kon dit alles belastingvrij, zowel voor de Nederlandse (inkomsten- en dividend)belastingheffing als ook voor de buitenlandse belastingheffing. Per 1 januari 2001, met de inwerkingtreding van de huidige Wet inkomstenbelasting 2001, kwam daar een andere methode bij, namelijk die van de uitgifte van winstbonusaandelen gevolgd door een teruggaaf van aandelenkapitaal. Onvoldoende onderkend was namelijk dat sinds 2001 de uitgifte van winstbonusaandelen belastingvrij kon geschieden<sup>5</sup> en het effect dat dit kon hebben op de conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen. Aangezien de verkrijgingsprijs door de emigratie namelijk (feitelijk belastingvrij) was verhoogd tot de werkelijke waarde van de aanmerkelijkbelangaandelen<sup>6</sup>, kon de teruggaaf van aandelenkapitaal belastingvrij geschieden.<sup>7</sup> Deze zogenoemde 'winstbonusroute' was overigens al vrij snel per 1 januari 2004 gerepareerd met een wijziging van de conserverende-aanslagregeling.<sup>8</sup> De 'dividendroute' daarentegen heeft het tot ieders verrassing lang volgehouden, want deze is pas per 15 september 2015, 15:15 uur gerepareerd. Tevens is toen, ook tot ieders verrassing, de tienjaarstermijn komen te vervallen, zodat

2 Die om mij onduidelijke redenen sinds 15 september 2015, 15:15 uur opeens conserverende *belasting-aanslag* moest heten.

3 Zie art. 15c Wet VPB 1969.

4 Inmiddels hoeft dit niet meer; zie par. 2.2.1.1.

5 Zie art. 4.13 lid 2 Wet IB 2001.

6 Zie art. 7.6 lid 1 Wet IB 2001 (zie par. 2.2.3.1).

7 Zie art. 4.13 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

8 Door de toevoeging van onderdeel c aan art. 25 lid 8 IW 1990.

voor aanmerkelijkbelanghouders die op of na deze datum en dit tijdstip emigreren geen bevrijdende termijn meer geldt. Voor 'oude' emigranten van vóór 15 september 2015, 15:15 uur gelden nog de oude regels.<sup>9</sup> Thans kunnen we constateren dat de regeling van de conserverende aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen redelijk 'dicht' zit, althans nieuwe ontwikkelingsstructuren zijn mij tot op heden nog niet bekend.

### 1.3 Strijd met EU-recht of belastingverdragen?

#### 1.3.1 Strijd met EU-recht?

Inmiddels is duidelijk geworden dat de conserverende (belasting)aanslag, zoals aangepast naar aanleiding van de Franse zaak-*Hughes de Lasteyrie du Saillant*<sup>10</sup> en geldend tot 15 september 2015, 15:15 uur in overeenstemming is met het EU-recht. Dit heeft het Hof van Justitie EU expliciet beslist in het arrest-*N*.<sup>11</sup> Aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor de huidige regeling van de conserverende (belasting)aanslag sinds 15 september 2015, 15:15 uur. Met die aanpassing is het territorialiteitsbeginsel dat een erkende rechtvaardigingsgrond is in het EU-recht en ook in de zaak-*N* werd gehanteerd, immers verder geaccentueerd.<sup>12</sup>

De vraag is zelfs gerechtvaardigd of de huidige regeling van de conserverende (belasting)aanslag ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen niet te generuus is. In het arrest-*National Grid Indus* dat de eindafrekening van art. 16 Wet IB 1964 (thans art. 15c en art. 15d Wet VPB 1969) betrof, heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat acute invordering van de emigratie-aanslag in strijd is met het EU-recht.<sup>13</sup> Het EU-recht dwingt tot een vorm van uitstel van betaling. Maar, zo besliste het Hof expliciet, hierbij mag (invorderings)rente in rekening worden gebracht en mag zekerheid worden verlangd. Evenmin hoeft met waardedalingen na emigratie rekening te worden gehouden.<sup>14</sup> De conserverende (belasting)aanslag ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen doet dit allemaal wel: geen invorderingsrente, bij emigraties binnen de EU/EER geen zekerheid en wel rekening houden met waardedalingen na emigratie. Nu kan men nog zeggen dat het arrest-*National Grid Indus* een VPB-zaak betrof en niet een IB-zaak. In het arrest-*Commissie/Portugal* echter oordeelde het hof in een IB-zaak in soortgelijke zin als in de *National Grid Indus*-zaak.<sup>15</sup> Het heeft er derhalve alle schijn van dat het Hof met dit laatste arrest het onderscheid tussen de VPB

9 Zie art. 70ea IW 1990.

10 HvJ EG 11 maart 2004, nr. C-9/02, *BNB* 2004/258.

11 HvJ EG 7 september 2006, nr. C-470/04 (*N*), *BNB* 2007/134.

12 Dit kan men ook concluderen uit de hierna te bespreken EU-jurisprudentie.

13 HvJ EU 29 november 2011, nr. C-371/10 (*National Grid Indus*), *BNB* 2012/40. Zie ook HvJ EU 23 januari 2014, nr. C-164/12 (*DMC*), *V-N* 2014/7.23.2.

14 Dit arrest van het Hof van Justitie EU heeft geleid tot een nieuwe uitstel-van-betalingsregeling voor de VPB-eindafrekening ex art. 15c en 15d Wet VPB 1969 in art. 25a IW 1990. Deze regeling is echter aanzienlijk minder generuus dan die voor aanmerkelijkbelangaandelen; zie par. 1.4.2.

15 HvJ EU 21 december 2016, nr. C-503/14 (*Commissie/Portugal*), *V-N* 2017/4.9.

en de IB heeft willen opheffen.<sup>16</sup> Derhalve rijst de vraag in hoeverre de huidige ‘genereuze’ conserverende (belasting)aanslagregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen zal blijven bestaan en mogelijk verder zal worden aangescherpt.<sup>17</sup> Uit deze EU-jurisprudentie kan men overigens concluderen dat het laten vervallen van de tienjaarstermijn per 15 september 2015, 15:15 uur niet in strijd is met het EU-recht.

### 1.3.2 *Strijd met belastingverdrag?*

Met betrekking tot de vraag of de regeling van de conserverende (belasting)aanslag in overeenstemming is met het belastingverdrag, moet men onderscheid maken tussen oude belastingverdragen van vóór 1997, nieuwe belastingverdragen vanaf 1997 en de nieuwste belastingverdragen vanaf 2016<sup>18</sup>:

1. De oude belastingverdragen van vóór 1997 bevatten in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud van het verdrag veelal een vijfjaarstermijn. Op grond van deze belastingverdragen is Nederland dan als voormalige woonstaat gerechtigd om te heffen over vermogenswinsten van aanmerkelijkbelangaandelen als die aandelen binnen vijf jaren na emigratie uit Nederland worden vervreemd.<sup>19</sup> Deze Nederlandse heffing is daarbij niet beperkt tot de waardeinstijgingen tot emigratie. Na ommekomst van die vijfjaarstermijn is Nederland niet meer gerechtigd om te heffen over de vervreemdingsopbrengst van de aanmerkelijkbelangaandelen. Het zal duidelijk zijn dat deze oude belastingverdragen op geen enkele wijze zijn toegesneden op de sinds 1997 geldende regeling van de conserverende (belasting)aanslag.
2. De belastingverdragen die sinds 1997 zijn afgesloten – het verdrag met Portugal uit 1999 is de eerste geweest – zijn wel geënt op de sinds 1997 geldende regeling van de conserverende (belasting)aanslag. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze belastingverdragen loopt qua tekst echter nogal sterk uiteen.<sup>20</sup> Belangrijk is dat er verdragen zijn die in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud expliciet een tienjaarstermijn noemen<sup>21</sup>, maar er zijn er ook die dit niet doen.<sup>22</sup> Ook belangrijk is dat de heffing

16 Overigens kan men zich afvragen of er wel een strijdigheid is tussen de arresten-*N* en –*National Grid Indus*. In de zaak-*N* lag immers de toen geldende conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen voor. Die was niet in strijd met het EU-recht volgens het Hof van Justitie EU. Men kan nu hooguit concluderen dat die conserverende (belasting)aanslag strenger had mogen zijn dan die is, zonder in strijd te komen met het EU-recht. Maar dat wil natuurlijk niet zeggen dat de meer genereuze conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen van destijds in strijd is met het EU-recht. Uiteraard niet, zou ik zeggen.

17 Bijvoorbeeld in de richting van het voor de VPB-eindafrekening geldende art. 25a IW 1990 (zie par. 1.4.2).

18 Eigenlijk vanaf 15 september 2015, 15:15 uur, maar er is geen (nieuw) belastingverdrag in werking getreden in de periode tussen 15 september 2015, 15:15 uur en 1 januari 2016. Daarom schrijf ik gemakshalve (1 januari) 2016.

19 Zie bijvoorbeeld art. 14 lid 5 verdrag Nederland-Spanje (1971), art. 13 lid 5 verdrag Nederland-Frankrijk (1973), art. 13 lid 5 verdrag Nederland-Italië (1990) en art. 14 lid 9 verdrag Nederland-Verenigde Staten (1992).

20 Uit de uiteenlopende tekst van deze verdragen blijkt dat Nederland nogal heeft geworsteld om een goede verdragstekst te vinden.

21 Zie bijvoorbeeld art. 13 lid 5 verdrag Nederland-Portugal (1999), art. 13 par. 5 verdrag Nederland-België (2001), art. 13 lid 6 verdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk (2008) en art. 13 lid 7 verdrag Nederland-Japan (2010).

22 Zie bijvoorbeeld art. 13 lid 6 verdrag Nederland-Zwitserland (2010) en art. 13 lid 6 verdrag Nederland-Duitsland (2012).

door voormalige woonstaat Nederland onder deze belastingverdragen is beperkt tot de invordering van de conserverende (belasting)aanslag. Waardestijgingen van de aanmerkelijkbelangaandelen na emigratie zullen door Nederland niet worden belast<sup>23</sup>, zelfs als de tekst van het belastingverdrag zich hier niet tegen verzet.<sup>24</sup>

3. Van de belastingverdragen die sinds 2016 zijn afgesloten, bestaan op dit moment nog geen voorbeelden. Hoe de tekst van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze verdragen zal luiden, is thans dus onbekend. Aangenomen mag worden dat het aanmerkelijkbelangvoorbehoud van deze verdragen, gelet op de sinds 15 september 2015, 15:15 uur gewijzigde conserverende (belasting)aanslagregeling, in elk geval geen tienjaarstermijn meer zal bevatten.

### 1.3.2.1 *Belastingverdragen tot 1997*

Met betrekking tot de eerste groep belastingverdragen van vóór 1997 is inmiddels gebleken dat de regeling van de conserverende (belasting)aanslag, zoals die luidde tot 15 september 2015, 15:15 uur, in overeenstemming is met het belastingverdrag.<sup>25</sup> Nederland is/was derhalve gerechtigd om ter zake van de emigratie uit Nederland een conserverende (belasting)-aanslag op te leggen. De conserverende (belasting)aanslagregeling tot 15 september 2015, 15:15 uur is in overeenstemming met de nieuwe belastingverdragen die vanaf 1997 zijn gesloten, aangezien die zijn afgestemd op de regeling van de conserverende (belasting)-aanslag. Aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor de huidige vanaf 15 september 2015, 15:15 uur geldende regeling van de conserverende (belasting)aanslag.

### 1.3.2.2 *Belastingverdragen vanaf 1997*

Met betrekking tot de tweede groep belastingverdragen zal duidelijk zijn dat de conserverende (belasting)aanslag, zoals die tot 15 september 2015, 15:15 uur heeft gegolden, daarmee in overeenstemming is. Dit zal zeker het geval zijn met betrekking tot die verdragen die in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud van het desbetreffende belastingverdrag expliciet een tienjaarstermijn bevatten. De vraag is of dit ook geldt voor de sinds 15 september 2015, 15:15 uur opgelegde conserverende (belasting)aanslagen). Met name is de vraag in hoeverre het vervallen van de tienjaarstermijn in de conserverende (belasting)aanslag betekenis heeft voor die belastingverdragen die in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud expliciet een tienjaarstermijn bevatten. Hierover kan men twijfelen. Maar zelfs als het nieuwe belastingverdrag geen tienjaarstermijn noemt in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud, zodat het belastingverdrag niet in strijd lijkt te zijn met de huidige regeling van de conserverende (belasting)aanslag, rijst de vraag of dit juist is. Uit het arrest HR 18 november 2016, nr. 15/04977, *BNB* 2017/34 betreffende het gebruikelijk loon ex art. 12a Wet LB 1964 in relatie tot het belastingverdrag Nederland-Portugal (1999) blijkt namelijk

23 Waardedalingen van de aanmerkelijkbelangaandelen worden verwerkt in de conserverende (belasting)-aanslag; zie par. 2.2.2.2.

24 Van dit laatste is art. 13 par. 5 verdrag Nederland-België (2001) een voorbeeld.

25 Zie HR 20 februari 2000, nr. 42 699, 42 701 en 42 702, *BNB* 2009/260-262 en HR 16 januari 2015, nr. 13/05247, *BNB* 2015/64. Deze procedures betroffen oude belastingverdragen die nog niet waren toegesneden op de sinds 1997 geldende systematiek van de conserverende (belasting)aanslag. Zie ook HR 24 oktober 2003, nr. 37 565, *BNB* 2004/257 inzake de (oude) Belastingregeling voor het Koninkrijk (BRK).



dat een nationale regeling alleen werking heeft onder het verdrag als "(...) uit de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag of uit andere bronnen kenbaar is dat de andere verdragsluitende partij heeft aanvaard dat het wijzigen of invoeren van het nationale voorschrift een andere verdeling van de heffingsbevoegdheid oplevert dan uit dat verdrag voortvloeit." De enkele omstandigheid dat de andere verdragsluitende staat op de hoogte is van het bestaan van de Nederlandse fictiebepaling, is volgens de Hoge Raad onvoldoende om te kunnen aannemen dat die staat doorwerking van deze fictie bij de toepassing van het verdrag heeft aanvaard. Het feit dat de Nederlandse wet ten tijde van het afsluiten van het verdrag reeds zo luidde, is dus onvoldoende voor ongeclausuleerde doorwerking naar het belastingverdrag.<sup>26</sup> Dus, zelfs als het belastingverdrag in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud geen tienjaarstermijn noemt en er dus geen strijd lijkt te zijn met de huidige regeling van de conserverende (belasting)aanslag, is twijfelachtig of dit zo is, nu die belastingverdragen wel zijn afgesloten in een periode waarin de regeling van de conserverende (belasting)aanslag wel een tienjaarstermijn bevatte. Het andere land mocht er toen dus op vertrouwen dat het heffingsrecht van Nederland na ommekomst van die tien jaar zou eindigen. Als dit juist is, dan zal dus uit de context van het verdrag – totstandkomingsgeschiedenis of andere bronnen – moeten blijken dat de huidige conserverende (belasting)aanslag in overeenstemming is met het (eerder afgesloten) verdrag. Voor zover ik weet, is dit in relatie tot geen enkel belastingverdrag het geval. Wel zou het naar mijn mening merkwaardig zijn als de uitkomst met betrekking tot deze tweede groep nieuwe belastingverdragen (vanaf 1997) anders is dan met betrekking tot de eerste groep oude belastingverdragen (van vóór 1997). Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze oude belastingverdragen (van vóór 1997) is immers helemaal niet toegesneden op de Nederlandse regeling van de conserverende (belasting)aanslag; toch wordt Nederland geen strobreed in de weg gelegd om die conserverende (belasting)aanslag op te leggen. De nieuwe belastingverdragen (vanaf 1997) zijn wel toegesneden op de regeling van de conserverende (belasting)aanslag, maar alleen niet meer geheel adequaat. Dan zou het mijns inziens merkwaardig zijn dat onder de nieuwere belastingverdragen (vanaf 1997) Nederland de conserverende (belasting)aanslag niet zou kunnen opleggen. Dus vooralsnog houd ik het erop dat Nederland ook onder deze nieuwe belastingverdragen (vanaf 1997) de conserverende (belasting)aanslag kan opleggen. Maar twijfel is er.<sup>27</sup>

Met betrekking tot de nieuwste belastingverdragen valt op dit moment nog niet veel te zeggen, aangezien zo'n verdrag er nog niet is. Onbekend is dus hoe de tekst van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in die verdragen zal luiden. Aangenomen mag worden dat, zoals gezegd, in het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze verdragen in elk geval geen tienjaarstermijn meer zal worden opgenomen. Evenzeer mag worden aangenomen

26 De kwestie betrof de doorwerking van het gebruikelijk loon van art. 12a Wet LB 1964 naar het belastingverdrag met Portugal. De gebruikelijkloonregeling was op 1 januari 1997 in de Nederlandse wet ingevoerd en het belastingverdrag met Portugal is daarna, op 20 september 1999, afgesloten. Zie ook HR 9 november 2012, nr. 11/02127, *BNB* 2013/72 dat dezelfde kwestie betrof, maar dan in relatie tot het huidige belastingverdrag met België (2001). Toen oordeelde de Hoge Raad dat het gebruikelijk loon wel doorwerkte naar het verdrag met België, omdat in de wetsgeschiedenis ter uitdrukkelijke goedkeuring van dit verdrag expliciet is ingegaan op het gebruikelijk loon en de doorwerking ervan naar het verdrag met België.

27 Zie M.F. van Brummen en J.H.M. Nieuwenhuizen, 'Verdragsrechtelijke twijfels bij voorgestelde emigratieregeling voor aanmerkelijkbelanghouders', *WFR* 2015/1488.

dat de huidige conserverende (belasting)aanslag wel in overeenstemming zal zijn met de nieuwe tekst van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in deze categorie belastingverdragen.

### 1.3.2.3 Vermogenswinst op aandelen in onroerendezaakvennootschappen

Sinds enige jaren is aan deze problematiek een nieuwe dimensie toegevoegd. Enkele relatief nieuwe belastingverdragen bevatten bijzondere regelingen voor vermogenswinsten op aandelen in zogenoemde onroerendezaakvennootschappen.<sup>28</sup> Dit zijn vennootschappen wier bezittingen voor een bepaald omvangrijk belang, bijvoorbeeld voor ten minste 50% of 75%, bestaan uit onroerende zaken. Voorts moet het gaan om beleggingsvastgoed; onroerende zaken die in het kader van een onderneming worden gebruikt, kwalificeren niet voor deze bijzondere verdragsbepaling. Ingevolge deze nieuwe verdragsbepaling is het heffingsrecht over de vermogenswinsten op aandelen in deze onroerendezaakvennootschappen (altijd) integraal toegewezen aan de bronstaat waar de onroerende zaken zijn gelegen.<sup>29</sup>

In relatie tot de conserverende (belasting)aanslag voor aanmerkelijkbelangaandelen rijst nu de vraag of Nederland onder die belastingverdragen wel gerechtigd is een dergelijke conserverende (belasting)aanslag in geval van emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder uit Nederland op te leggen, als het dus een onroerendezaakvennootschap betreft die voor het in desbetreffende belastingverdrag geldende percentage belegt in vastgoed in het desbetreffende verdragsland. Het heffingsrecht over de meerwaarde van de aanmerkelijkbelangaandelen is dan immers altijd toegewezen aan het andere verdragsland en nimmer (meer) aan Nederland. Verdedigd kan mijns inziens worden dat in die situaties de conserverende (belasting)aanslag, mede gelet op de arresten HR 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/380 en HR 19 juni 2009, nr. 43 978, *BNB* 2009/263, in strijd is met het belastingverdrag. In *BNB* 2009/263, dat overigens ging over de conserverende (belasting)aanslag ter zake van pensioenaanspraken, oordeelde Hoge Raad namelijk: "Ten aanzien van de werking van artikel 18 van het Verdrag (i.e. het pensioenartikel uit het verdrag Nederland-Frankrijk, *EJWH*) moet verder worden vastgesteld dat de emigratie van belanghebbende zonder de genoemde fictie tot gevolg heeft dat alle inkomsten die uit pensioenaanspraken voortvloeien, zowel pensioenen als soortgelijke beloningen, op grond van dit artikel uitsluitend belastbaar zullen zijn in zijn woonland, Frankrijk. Een fictie op grond waarvan de waarde van de opgebouwde pensioenrechten als loon in de Nederlandse heffing wordt betrokken op een ondeelbaar moment voorafgaand aan de emigratie, komt onder die omstandigheden in strijd met de goede trouw die bij de uitleg en toepassing van het Verdrag in acht dient te worden genomen (vgl. HR 5 september 2003, nr. 37 657, *BNB* 2003/280). Daaraan kan niet afdoen dat belanghebbende op het moment waarop de Wet het belastbare feit fingeerde nog in Nederland woonde. Nu de toewijzing

28 Voorbeelden van dergelijke verdragen zijn de belastingverdragen met het Verenigd Koninkrijk (2008), met Zwitserland (2010) en met Duitsland (2012). Het kwantitatieve percentage wijkt in al deze verdragen behoorlijk af. Men dient dus steeds het desbetreffende belastingverdrag te raadplegen.

29 Zie over deze relatief nieuwe verdragsbepaling uitgebreider P.G.H. Albert, 'Verdragstoepassing van vervreemdingswinst op aandelen in een onroerendezaakvennootschap', *WFR* 2013/296, R.P.C.W.M. Brandsma, 'Toewijzing van heffingsrechten inzake vermogenswinsten volgens het nieuwe verdragsbeleid', *MBB* 2011/164 en P.L.J.A. van Rosmalen, 'Belastingverdragen bekeken en vergeleken: vervreemdingswinsten op belangen in onroerendezaakentiteiten', *MBB* 2016/12.

van de heffingsbevoegdheid op basis van artikel 18 van het Verdrag onmiddellijk daarna van toepassing werd, wordt de werking van die toewijzing door de onderhavige fictie immers evenzeer op een onaanvaardbare wijze doorkruist als bij een soortgelijke fictie die aanknoopt bij gebeurtenissen op een moment waarop de belastingplichtige niet (meer) in Nederland woont.”<sup>30</sup> In *BNB* 2003/380 dat eveneens de conserverende (belasting)aanslag over pensioenaanspraken betrof, overwoog de Hoge Raad: “Aangezien een tussen twee staten gesloten overeenkomst, zoals ook in artikel 31 van het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969, *Trb.* 1977, 169, is neergelegd, te goeder trouw moet worden uitgelegd, kan een in een dergelijke overeenkomst opgenomen bepaling waarbij een staat aan de andere staat bij uitsluiting het recht verleent tot het belasten van een som die wordt toegekend ter afkoop van pensioenaanspraken, niet worden uitgehold of ontgaan door het opnemen in de wetgeving van die eerste staat van een bepaling die de heffing over een uitkering, toegekend voor of in verband met de afkoop van pensioenaanspraken, vervangt door een bepaling krachtens welke tot het te belasten inkomen of te belasten loon wordt gerekend de waarde van de pensioenaanspraken op het moment dat onmiddellijk voorafgaat aan het tijdstip waarop die aanspraken worden afgekocht. Dat geldt in het onderhavige geval ook ten aanzien van de heffing over het gedeelte van de pensioenaanspraken dat niet is afgekocht, omdat zowel pensioentermijnen als afkoopsommen ter heffing zijn toegewezen aan Singapore. De toepassing van artikel 11c van de Wet dient derhalve als strijdig met het bepaalde in artikel 18, lid 1, van het Verdrag achterwege te blijven.” Deze arresten lijken mij duidelijk: Als het heffingsrecht over het desbetreffende inkomensbestanddeel exclusief is toegewezen aan de andere verdragsstaat, zoals het geval is met vermogenswinsten van aandelen in genoemde onroerendezaakvennootschappen, komt een conserverende (belasting)aanslag die ter zake van de emigratie uit Nederland wordt opgelegd, hiermee in strijd.

#### 1.3.2.4 Invordering conserverende (belasting)aanslag

Naast de vraag of het bij emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder *opleggen* van de conserverende (belasting)aanslag in overeenstemming is met het vigerende belastingverdrag, is de tweede vraag of Nederland ook gerechtigd is die conserverende (belasting)aanslag *in te vorderen* als de aandelen na de vijf- of tienjaarstermijn van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud uit het belastingverdrag worden vervreemd.<sup>31</sup> Dan is immers overduidelijk dat Nederland feitelijk in strijd handelt met het belastingverdrag. In dit verband is het arrest HR 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160 belangrijk dat ging over de conserverende (belasting)aanslag ter zake van pensioen ex art. 25 lid 5 IW 1990 die werd opgelegd aan een naar België geëmigreerde natuurlijk persoon. De Hoge Raad merkt expliciet het volgende op: “Hierbij verdient opmerking dat de meerbedoelde goede trouw zich er wel tegen verzet dat een ontvanger, indien na emigratie een besmette handeling plaatsvindt, naar aanleiding daarvan overgaat tot invordering van de conserverende aanslag in gevallen waarin het Verdrag de bevoegdheid tot heffing ter zake van die handeling toewijst aan het woonland (België). In die gevallen ontstaat immers op grond van de Nederlandse voorschriften – ten onrechte – een verplichting tot het betalen van belasting met betrekking tot een aanspraak

<sup>30</sup> Zie ook HR 15 april 2011, nr. 10/00990, *BNB* 2011/160.

<sup>31</sup> Dit kan ook een fictieve vervreemding zijn, bijvoorbeeld overlijden.

op pensioen, ten gevolge van een handeling ten aanzien van dat pensioen ter zake waarvan Nederland niet tot heffing bevoegd is. Die belasting betreft weliswaar de waarde van de aanspraak ten tijde van de emigratie, en dus niet de waarde ten tijde van de besmette handeling, bijvoorbeeld afkoop, maar met het oog op de toepassing van het Verdrag is dat geen wezenlijk verschil (vgl. HR 19 juni 2009, nr. 44 050, *LJN BC4725*, *BNB 2009/264*).” De Hoge Raad voegt hier nog expliciet aan toe: “Aan de hier beschreven invloed van de goede trouw bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag kan niet afdoen dat België ten tijde van de totstandkoming daarvan op de hoogte was van de (destijds: voorgenomen) regeling in artikel 3.83, lid 1, van de Wet IB 2001. Evenmin kan daaraan afdoen dat het Verdrag van kracht is geworden na de inwerkingtreding van deze wettelijke regeling.” Kortom: in deze zaak mocht de conserverende (belasting)aanslag ter zake van de pensioenaanspraak wel worden opgelegd, maar invordering ervan kan in strijd komen met de goede verdragstrouw. Iets soortgelijks is mijns inziens ook het geval met de invordering van de conserverende (belasting)aanslag ter zake van de aanmerkelijkbelangaandelen na ommekomst van de verdragstermijn van vijf respectievelijk tien jaren.<sup>32</sup>

Een andere vraag is of de kwijtschelding van de conserverende (belasting)aanslag met dividend- of inkomstenbelasting die is verschuldigd over dividenduitkeringen (zie par. 2.2.2.2), in overeenstemming is met het belastingverdrag, met name met het dividendartikel. De kwijtschelding is namelijk beperkt tot slechts het verdragstarief, veelal 15%. Terwijl de dividenduitkering is verwerkt in de conserverende (belasting)aanslag voor het nominale aanmerkelijkbelangtarief van 25%. Met name is de vraag of er geen kwijtschelding zou moeten worden verleend met het nominale aanmerkelijkbelangtarief van 25% over de dividenduitkering. Anders gezegd, door dit niet te doen, handelt Nederland in strijd met het belastingverdrag, aangezien Nederland dan feitelijk in het recht treedt van de andere verdragsstaat om het meerdere boven het bronbelastingtarief van 15% te heffen, aldus leidend tot dubbele belastingheffing. Naar mijn mening zou dit inderdaad het geval moeten zijn.<sup>33</sup>

Ingaande 15 september 2015, 15:15 uur is deze dubbele belastingheffing nog pregnanter geworden, aangezien ter zake van dividenduitkeringen de 90%-grens is komen te vervallen (zie par. 2.2.2.2), zodat voortaan bij een dividenduitkering altijd de conserverende (belasting)aanslag geheel of gedeeltelijk zal worden ingevorderd.<sup>34</sup> Naar mijn mening belast Nederland ook onder de huidige regeling feitelijk te veel in geval van dividenduitkeringen door te weinig kwijtschelding te verlenen en is die derhalve eveneens in strijd met het belastingverdrag.<sup>35</sup>

32 En dus zelfs in relatie tot landen waar het aanmerkelijkbelangvoorbehoud in het verdrag niet expliciet een tienjaarstermijn bevat, mits het desbetreffende verdrag is gesloten vóór 15 september 2015, 15:15 uur, omdat in deze verdragen impliciet toch een tienjaarstermijn ligt besloten, nu de conserverende (belasting)aanslag op het moment van sluiten van het belastingverdrag een tienjaarstermijn bevatte (zie hiervóór).

33 In dezelfde zin R.P.C. Cornelisse, ‘Aanmerkelijk belang; conserverende aanslag en verkrijgingsprijs’, *NTRF 2011/378*.

34 Zoals de hierna in par. 2.2.2.2 opgenomen voorbeelden laten zien.

35 In dezelfde zin R.P.C. Cornelisse, ‘Aanmerkelijk belang in een niet in Nederland gevestigde vennootschap en emigratie’, *FED 2015/85*. Zie ook R.P.C. Cornelisse, ‘Conserverende aanslag bij emigratie en treaty override: acte claire?’, *FED 2017/8*.

## 1.4 Samenloop met andere conserverende aanslagen

### 1.4.1 Conserverende aanslagen ten name van de dga in privé

In dit boek beperk ik mij tot de conserverende (belasting)aanslag die ter zake van aanmerkelijkbelangaandelen en –winstbewijzen wordt opgelegd bij emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder. Bedacht moet echter worden dat, behalve deze conserverende (belasting)aanslag, emigratie van de dga ook kan, en veelal ook zal, leiden tot het opleggen van andere conserverende (belasting)aanslagen. De Invorderingswet 1990 kent er in art. 25 verschillende, zoals die ter zake van pensioen- en lijfrenteclaims. Aangezien de meeste dga's tevens pensioenaanspraken bezitten, betekent emigratie van hem dat ook ter zake van die pensioenaanspraak een conserverende (belasting)aanslag zal worden opgelegd.<sup>36</sup> Hierbij is irrelevant of het pensioen is verzekerd in (intern of extern) eigen beheer (bij een 'eigen' bv van de aanmerkelijkbelanghouder) of is ondergebracht bij een pensioenfonds of professionele verzekeringsmaatschappij. Ook kan een conserverende aanslag worden opgelegd ter zake van lijfrente-aanspraken, wat men wel tegenkomt als de onderneming ooit (in het prille begin) is gedreven als eenmanszaak (IB-onderneming) die ruisend of geruisloos is ingebracht in de bv en daarbij een FOR- en/of stakingslijfrente is bedongen. Voor die FOR- en stakingslijfrente wordt bij emigratie van de lijfrentegerechtigde ook een conserverende (belasting)aanslag opgelegd.<sup>37</sup> Voor deze beide conserverende (belasting)aanslagen geldt overigens nog steeds een tienjaarstermijn.<sup>38</sup> En tot slot kan de emigratie van de dga uit Nederland tot gevolg hebben dat een conserverende (belasting)aanslag wordt opgelegd ter zake van de kapitaalverzekering eigen woning (KEW), spaarregeling eigen woning (SEW) of beleggingsrecht eigen woning (BEW), indien de emigrerende dga beschikt over een eigen woning (met een eigenwoningschuld) en een daaraan gekoppelde KEW/SEW/BEW.<sup>39</sup> Men ziet dus dat de emigratie van de dga in de praktijk al snel tot meerdere conserverende (belasting)aanslagen leidt. Dit is op zich niet heel erg bezwarend, aangezien deze conserverende (belasting)aanslagen alleen tot invordering leiden als zich een zogenoemde 'besmette rechtshandeling' voordoet. Men moet dan vooral denken aan afkoop of voorwerp tot zekerheid worden van het pensioen, de lijfrente of de KEW/BEW/SEW. Blijft sprake van reguliere afwikkeling ervan, dan zullen deze conserverende (belasting)aanslagen niet worden ingevorderd.

### 1.4.2 Conserverende aanslag ten name van de bv

Emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder heeft in de praktijk vaak tot gevolg dat de bv mee-'emigreert', zeker als het een beleggings-bv betreft waarin geen materiële onderneming (meer) wordt gedreven.<sup>40</sup> Dit betekent dat de bv ter zake van de verplaatsing van haar werkelijke leiding moet afrekenen over stille reserves en goodwill die aanwezig zijn in haar

36 zie art. 3.83 lid 1 jo. art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 25 lid 5 IW 1990.

37 Zie art. 3.136 lid 1 jo. art. 2.8 lid 2 Wet IB 2001 jo. art. 25 lid 5 IW 1990.

38 Zie art. 25 lid 5 IW 1990.

39 Zie art. 3.116 lid 4 (oud) jo. art. 2.8 lid 2 (oud) Wet IB 2001 jo. art. 70b IW 1990. De KEW/SEW/BEW zijn per 1 januari 2013 voor nieuwe gevallen afgeschaft.

40 Ingevolge HR 23 september 1993, nr. 27 293, *BNB* 1993/193 is een bv, als uitgangspunt, immers daar gevestigd waar het bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent.