

2009/00606  
Hof Den Bosch

AWR 4, 47 en 27e  
Verdrag België 4 en 13

**Ab-winst niet h.t.l. belast bij inwoner van België en niet tevens van Nederland**

*Intrekking cassatieberoep staatssecretaris van 19 september 2011 in lopende procedure Hoge Raad nr. 2011/03760 n.a.v. uitspraak Hof Den Bosch van 7 juli 2011, nr. 2009/00606*

A is in 1992 verhuisd naar België. Op grond van het belastingverdrag met België is hij inwoner van dat land. A houdt zijn woning in Nederland aan en beschikt in België over twee andere woningen, waarvan er één verhuurd is. In april 2000 verkrijgt A de Belgische nationaliteit en verliest de Nederlandse. In 2001 verkoopt hij zijn 100% aandelenbelang in een in Nederland gevestigde bv en realiseert daarbij ab-winst. Kort daarna schrijft B zich weer in Nederland in. De heffing over de in 2001 gerealiseerde ab-winst is niet aan Nederland toegewezen.

*Rechtbank*

A is op grond van art. 4 AWR inwoner van Nederland. De rechtbank verwerpt de stelling van de inspecteur dat het Verdrag met België toepassing mist omdat A daar niet was onderworpen. Na toepassing van de tie-breakerbepalingen in het (oude) Verdrag (art. 4) is de slotconclusie dat A wordt geacht inwoner te zijn van het land waarvan hij onderdaan was. Gelet op het feit dat A louter de Belgische nationaliteit had, is de heffing over de ab-winst op grond van art. 13 § 4 van het Verdrag aan de woonstaat (België) toegewezen.

*Hof*

In hoger beroep oordeelt het hof in gelijke zin. Het hof concludeert namelijk dat A's persoonlijke en economische banden met België nauwer waren dan de overeenkomstige banden met Nederland. A moet dan als inwoner van België (en niet ook van Nederland) worden aangemerkt (Verdrag België art. 4, § 2, onderdeel a). Op grond van art. 13, § 4 van dat Verdrag wordt de heffingsbevoegdheid t.z.v. de vervreemdingsvoordelen van aandelen dan toegewezen aan België. A kan hier te lande dan ook niet in de IB-heffing worden betrokken voor de voordelen behaald bij de vervreemding van de aandelen in de bv.

*De staatssecretaris heeft zijn cassatieberoep ingetrokken. In een toelichting merkt hij het volgende op.*

Zowel de rechtbank als het hof heeft ten aanzien van omkering van de bewijslast, bij het niet doen van de vereiste aangifte geoordeeld, dat voor omkering eerst ruimte bestaat indien de fout in de aangifte opzettelijk is gemaakt. Die benadering is naar mijn opvatting niet in overeenstemming met de door de Hoge Raad aangegeven lijn. Voldoende is dat de belastingplichtige zich bewust moest zijn geweest dat door het doen van de onjuiste aangifte een aanzienlijk belastingbedrag niet zou worden geheven (zie o.a. HR 7 mei 2010, nr. 09/01775, V-N 2010/22.10). In zoverre heeft het hof een onjuiste maatstaf aangelegd. Verder acht ik het oordeel van het hof dat belanghebbende in Nederland niet over een duurzaam tehuis zou hebben beschikt niet overtuigend. Zowel de 'voormalige' eigen woning, waarin een neef woonde op basis van gedogen als de aangebouwde nieuwe woning (voormalige paardenstal) stonden feitelijk ter beschikking.

Toch zie ik af van cassatie omdat ik van de verwijzingsprocedure geen succes verwacht. Het oordeel van het hof inzake het vervreemdingsmoment van de aandelen, acht ik ook bij omkering van de bewijslast, niet aantastbaar. Op het dan vaststaande vervreemdingstijdstip kan ik mij aansluiten bij het oordeel van de rechtbank inhoudende dat belanghebbende op basis van nationaal recht zowel van Nederland als van België inwoner was. Ook met omkering van de bewijslast acht ik belanghebbende er in geslaagd om te bewijzen dat in beide landen een duurzaam tehuis ter beschikking stond en dat niet bepaalbaar is in welke staat het middelpunt van belanghebbendes levensbelangen ligt. Op basis

van art. 4 van het Verdrag met België komt dan uiteindelijk o.g.v. de nationaliteit van belanghebbende het heffingsrecht inzake de aanmerkelijkbelangwinst aan België toe.