

Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I).

Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen

Mr. J.H.C. Hellebrekers en mr. J. van der Wal¹

Het thans geldende belastingverdrag² met het Verenigd Koninkrijk ('VK') van 7 november 1980 trad in werking in 1981. Door middel van twee protocollen, van 1983 en 1989, is het verdrag uitgebreid met een bepaling voor werkzaamheden buitengaats. Op 26 september 2008 werd in Londen een nieuw belastingverdrag tussen Nederland en het VK getekend, met bijbehorend protocol, dat het thans geldende verdrag zal vervangen. Deze bijdrage bevat commentaar op de belangrijkste technische aspecten van dit verdrag. Wegens de omvang van deze bijdrage is besloten deze in twee delen te splitsen. Dit artikel omvat deel I. Tenzij anders vermeld hebben referenties naar een bepaald artikel of 'het Verdrag' betrekking op het verdrag van 26 september 2008. Het verdrag uit 1980 wordt aangeduid als 'Verdrag 1980'.

1. Inleiding

Het goedkeuringswetsvoorstel³ en de memorie van toelichting (MvT) werden in september 2009 ingediend bij de Tweede Kamer, die op 17 juni 2010 de nota naar aanleiding van het verslag (NnavV) ontving van de destijds demissionaire staatssecretaris⁴ De Jager, waarin wordt geantwoord op vragen van Kamerleden en van de Nederlandse Orde

¹ Beide auteurs zijn verbonden aan Otterspeer Haasnoot & Partners te Rotterdam. Van der Wal is tevens freelance docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

² Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen en ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen en naar vermogenswinsten d.d. 7 november 1980, gewijzigd bij Protocollen van 12 juli 1983 en 24 augustus 1989.

³ Nr. 32 145.

⁴ Door de val van Balkenende-IV heeft De Jager tijdens de evolutie van de goedkeuringswet verschillende hoedanigheden gekend. Wij hebben in deze bijdrage gemeend op juiste wijze te moeten verwijzen naar zijn uitlatingen als minister dan wel als staatssecretaris van Financiën, maar wij kunnen ons voorstellen dat dit op de lezer enigszins verwarrend kan overkomen. Daar komt nog bij dat de brief van 4 november 2010 op naam staat van de nieuwe staatssecretaris van Financiën Weekers, die ook als zodanig optreedt tijdens de behandeling van de goedkeuringswet in de Tweede Kamer op 9 november 2010.

van Belastingadviseurs (januari 2010). Op 9 november 2010 werd de goedkeuringswet aangenomen door de Tweede Kamer. Op het moment van indienen van dit artikel was de goedkeuringswet naar de Eerste Kamer gestuurd en op 11 november 2010 stuurde de nieuwe staatssecretaris van Financiën, Weekers, een brief naar de Eerste Kamer met daarin het verzoek aan de Eerste Kamer om de goedkeuringswet nog voor het einde van het jaar te behandelen. Indien de Eerste Kamer gehoor geeft aan de oproep van de staatssecretaris, treedt het Verdrag voor Nederland op 1 januari 2011 in werking. Voor het VK betekent dit een inwerkingtreding op 6 april 2011.

Wat er zij van de technische analyse van het verdrag, met name de economische invalshoek is boeiend. De inleidingen van de MvT en NnavV bij het goedkeuringswetsvoorstel beperken zich op dit punt helaas tot verwijzen naar de van oudsher bestaande sterke politieke, financiële en economische betrekkingen tussen Nederland en het VK. Meer recent wordt gewezen op nog steeds toenemende grensoverschrijdende investeringen door het bedrijfsleven en toenemende mobiliteit van werknemers. Ook met betrekking tot de inbreng van belanghebbenden die is meegenomen in de onderhandelingen blijft de MvT summier. Onzes inziens zou het de indieners gesierd hebben indien meer aandacht was besteed aan met name het belang van het Verdrag voor financieel dienstencentrum Nederland, aan innovatie, aan de bepaling voor werkzaamheden buitengaats en aan enkele voorspelbare kwalificatieverschillen die kunnen optreden in de sfeer van de grensoverschrijdende arbeid.

Belemmeringen voor het vrije kapitaalverkeer en de vrije vestiging hebben een nadelige invloed op de relatie tussen het belangrijkste financiële dienstencentrum van Europa, Londen, enerzijds en anderzijds Nederland, dat de ambitie heeft zijn rol als financieel dienstencentrum te handhaven en zelfs uit te breiden. Het Verdrag neemt bestaande belemmeringen gedeeltelijk weg – waarvoor wij onze waardering uitspreken – maar handhaaft andere belemmeringen, of introduceert zelfs nieuwe.

Bij de bepalingen in het Verdrag die belemmeringen weg nemen kan worden gewezen op de regelingen voor *dual listed arrangements*, investeringsfondsen en samenwerkingsverbanden, en partnerships.

Daar staat tegenover dat het Verdrag nieuwe en soms verstrekkende antimisbruikbepalingen bevat. In de praktijk blijkt dat fiscalisten in het VK veelal niet eens overwegen om investeringen, financieringen of intellectuele eigendom in of vanuit Nederland te structureren, omdat het belastingverdrag VK-Luxemburg uit 1967 geen antimis-

bruikbepalingen bevat. Het spreekt vanzelf dat Britse fiscale adviseurs risico's mijden en dan liever het Luxemburgse belastingverdrag toepassen. Het VK onderhandelt momenteel met Luxemburg over een modernisering van het verdrag uit 1967. De Nederlandse regering zou Nederland als financieel dienstencentrum een goede dienst bewijzen indien zij bij de Britse regering erop aandringt om de onderhandeling van het Verdrag met Luxemburg te gebruiken om binnen een redelijke termijn een *level playing field* te creëren.

De Britse en Nederlandse economische belangen bij olie- en gaswinning op het continentale plat zijn groot en leidden al eerder tot wijzigingen van het Verdrag 1980. In 2009 waren op het continentale plat circa 80.000 personen werkzaam.⁵ In het artikelsgewijze deel van de MvT wordt opgemerkt dat de wijzigingen in het artikel over werkzaamheden buitengaats ten opzichte van het Verdrag 1980 van redactionele aard – ter verduidelijking en niet inhoudelijk – zijn. In de paragrafen 5.3 en 13.4 hierna menen wij te hebben aangetoond dat het hier op zijn minst om een *understatement* gaat.

Uit het Verdrag voortvloeiende belemmeringen voor grensoverschrijdende arbeid van werknemers en zzp'ers hebben nadelige effecten voor de Nederlandse economie. De verdragsartikelen voor inkomsten van werknemers en bestuurders zijn gebaseerd op het OESO-Modelverdrag en als zodanig valt op de verdragstekst niet veel aan te merken. Het zou echter onzes inziens voor de hand hebben gelegen om een aantal situaties die in de praktijk tot kwalificatieverschillen zullen leiden – deels als gevolg van criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd – met de Britse onderhandelingsdelegatie te bespreken en te trachten nadere criteria te formuleren in het Protocol (zie paragraaf 13.1). Ook een bevestiging van de behandeling van Britse socialezekerheidspremies bij de bepaling van het belastbare loon naar Nederlandse maatstaven zou zeer welkom zijn (zie paragraaf 13.5).

Deze bijdrage is bijgewerkt tot 19 november 2010. De in 2009 aangekondigde herziene Notitie Internationaal Fiscaal Verdragsbeleid was toen nog niet gepubliceerd en is derhalve niet in aanmerking genomen. Gelet op de omvang van deze bijdrage volgt eerst een inhoudsopgave, die selectief lezen vergemakkelijkt.

Deel I

2. Reikwijdte
3. Algemene begripsbepalingen (art. 3)
 - 3.1. Onderdaan
 - 3.2. Pensioenregeling
 - 3.3. Niet-omschreven uitdrukkingen
 - 3.4. Kwalificatieverschillen
4. Woonplaats (art. 4)
 - 4.1. Pensioenfondsen en anbi's
 - 4.2. REIT en FBI
 - 4.3. De tie-breaker
 - 4.4. Dual listed arrangements
5. Ondernemingswinst (art. 5, 7, 8 en 23)
 - 5.1. Vaste inrichting
 - 5.2. Internationaal vervoer
 - 5.3. Werkzaamheden buitengaats als vaste inrichting (art. 23)
6. Onroerende zaken (art. 6)
7. Samenloop artikel 5 en artikel 6: pijpleidingen en kabels
8. Gelieerde ondernemingen
9. Antimisbruikbepalingen voor dividenden, rente, royalty's en overige inkomsten
 - 9.1. Vervanging bona fide provisions door (main) purpose provisions
 - 9.2. Verenigbaarheid purpose provisions met EU-recht
 - 9.3. Onnodige belemmering voor financieel dienstencentrum Nederland?
 - 9.4. Bepaling voor meegekocht dividend vervalt
 - 9.5. Specifieke antimisbruikbepalingen voor rente en royalty's

Deel II

10. Dividenden (art. 10)
 - 10.1. Nationale wetgevingen
 - 10.2. Verdeling heffingsbevoegdheid.
 - 10.3. Uitkeringen door REIT en FBI
 - 10.4. Interactie met EG recht
 - 10.5. Begrip dividend
 - 10.6. Verplaatsing feitelijke leiding bv naar VK
11. Rente en royalty's (art. 11 en 12)
12. Vermogenswinsten (art. 13)
 - 12.1. Vervreemding van onroerende zaken (art. 13, lid 1)
 - 12.2. Belangen in lichamen met bronstaatvastgoed (art. 13, lid 4)
 - 12.3. Aanmerkelijkbelangaandelen (art. 13, lid 6)
 - 12.4. Temporary non-residents (art. 13, lid 7)
13. Inkomsten uit dienstbetrekking (art. 14)
 - 13.1. De hoofdregel van art. 14 lid 1 – voorspelbare kwalificatieverschillen
 - 13.2. De 183-dagenregel
 - 13.3. Dienstbetrekking in internationaal vervoer (art. 14, lid 3)

⁵ Deze raming is afgeleid uit cijfers opgenomen in *OGP Safety performance indicators – 2009 data*, Report no. 438, May 2010.

- 13.4. Dienstbetrekking buitengaats, niet aan boord van schip of luchtvaartuig
- 13.5. Verwerking Britse sociale zekerheidspremies in de Nederlandse aangifte
14. Directeursbeloningen (art. 15)
15. Pensioenen, lijfrenten en sociale zekerheidsuitkeringen (art. 17 en 30 lid 4 en art. IX. Protocol)
16. Overige inkomsten (art. 20)
17. Investeringsfondsen (art. V Protocol)
18. Voorkoming dubbele belasting (art. 21)
19. Remittance base (art. 22, lid 1)
20. Samenwerkingsverbanden (art. 22, lid 2)
21. Partnerships (art. 22, lid 3)
22. Hybride entiteiten (art. 22, lid 2 t/m 4)
23. Non-discriminatie (art. 24)
24. Onderling overleg en arbitrage (art. 25)

2. Reikwijdte van het Verdrag (art. 2 en 3)

Aan de lijst van Britse belastingen waarop het Verdrag 1980 van toepassing is – inclusief de *petroleum revenue tax* – wordt toegevoegd de *supplementary charge in respect of ring fence trades*. Volgens art. I Protocol 2008 zijn deze belastingen uitsluitend opgenomen om Nederland 'in de gelegenheid te stellen' voor deze belastingen vrijstelling te verlenen ingevolge art. 21. Wellicht wordt met deze formulering bedoeld om uit te sluiten dat het Verdrag de heffingsrechten van het VK zou kunnen beperken.

Een verwijzing naar belastingen geheven ten behoeve van staatkundige onderdelen of plaatselijke publiekrechtelijke lichamen is niet opgenomen in art. 2, omdat gemeend werd dat in Nederland noch in het VK de lagere overheden belastingen naar het inkomen of het vermogen heffen en dat dergelijke heffingen bovendien zelden van toepassing zijn in grensoverschrijdende situaties. Dit beperkt echter niet de mogelijkheden tot uitwisseling van inlichtingen (art. 26) of bijstand bij de invordering van belasting (art. 27).⁶

De verdragsluitende partijen hebben beoogd dat het Verdrag slechts geldt tussen het VK en het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk der Nederlanden.⁷ Mogelijk wordt het Verdrag later op grond van art. 29 uitgebreid. Ten aanzien van het VK is het Verdrag van toepassing op Engeland, Schotland, Wales en Noord-Ierland, maar niet op de *crown dependencies* (Guernsey, Jersey en Isle of Man) en *overseas territories* (o.a. *British Virgin Islands*, *Cayman Islands*, *Bermuda* en *Gibraltar*).⁸ Uit de beantwoording door de

staatssecretaris op laatste Kamervragen mogen we afleiden dat Nederland inmiddels informatieuitwisselingsovereenkomsten (*Tax Information Exchange Agreements*, of TIEA's) heeft gesloten met alle Britse *overseas territories* en *crown dependencies* die in verhouding met Nederland 'een rol van enige economische betekenis' spelen.⁹

3. Algemene begripsbepalingen (art. 3)

3.1. Onderdaan

De uitdrukking 'onderdaan' is van belang voor het non-discriminatieartikel (art. 24). Zowel in het Verdrag 1980 als in het Verdrag (2008) is de definitie van de uitdrukking 'onderdaan' niet beperkt tot natuurlijke personen, maar omvat ze ook rechtspersonen, vennootschappen of verenigingen die hun rechtspositie als zodanig ontleen aan de wetgeving die in Nederland of het VK van toepassing is.¹⁰

3.2. Pensioenregeling

Art. 3 lid 1, onderdeel l bevat een definitie van de uitdrukking pensioenregeling (*pension scheme*), die van belang is voor:

- het inwonersbegrip (art. 4, lid 2, onderdeel a);
- toewijzing van het heffingsrecht over dividenden (art. 10, lid 2, onderdeel b, onder ii);
- toewijzing van het heffingsrecht over belangen in vennootschappen met vastgoed in de bronstaat (art. 13, lid 4);
- toewijzing van het heffingsrecht over pensioenuitkeringen (art. 17, lid 4).¹¹

De definitie wordt verduidelijkt in art. III Protocol 2008. Door te verwijzen naar zijn Nederlandse wetgeving heeft Nederland verzekerd dat Nederlandse fondsen die voorzien in invaliditeits-, weduwen- en wezenpensioenen onder de reikwijdte van de definitie kunnen vallen.

3.3. Niet-omschreven uitdrukkingen

Conform het OESO-Modelverdrag verwijst art. 3, lid 2 voor de interpretatie van niet-omschreven uitdrukkingen naar de nationale wetgeving van de bronstaat (dynamische interpretatie), tenzij de context anders vereist. Onder de context valt o.a. het OESO-commentaar. De MvT verwijst veelvuldig naar het OESO-Modelverdrag uit 2005. Latere wijzigingen van het officiële commentaar in 2008 en 2010 behoren

6 NnavV, toelichting bij art. 2.

7 In Kamerstukken II, 2009-2010, 32 189 (Vaststelling van de Wet Belastingwet BES) nr. 7, p. 39 geeft de staatssecretaris van Financiën aan dat de insteek van Nederland in het algemeen zal zijn dat door Nederland af te sluiten verdragen ook zullen gelden voor de BES-eilanden, tenzij de verdragspartner daarmee niet akkoord gaat.

8 NnavV, toelichting bij art. 1.

9 Kamerstukken II, 2010-2011, 32 145, nr. 7, brief van de staatssecretaris van Financiën, p. 4.

10 Art. 3, lid 1, onderdeel d, Verdrag 1980 en art. 3 lid 1, onderdeel j, Verdrag.

11 Art. 17, lid 6 en 7 hanteren een eigen pensioenregelingbegrip (in het Engels eveneens *pension scheme*), dat is gedefinieerd in art. 17, lid 8; zie paragraaf 14 van deze bijdrage.

eveneens tot de context, voor zover deze niet voortvloeien uit de opname in het OESO-Modelverdrag van bepalingen die niet in het Verdrag zijn opgenomen.¹²

3.4. Kwalificatieverschillen

Wanneer in een bepaalde situatie de woonstaat en de bronstaat niet-omschreven uitdrukkingen verschillend interpreteren, kan het voorkomen dat beide staten zichzelf heffingsbevoegd achten, zodat dubbele belastingheffing optreedt. Dubbele heffing kan ook optreden indien de woonstaat effectief geen voorkoming van dubbele belasting verleent, omdat de persoon die voorkoming claimt niet de persoon is die voor hetzelfde inkomen in de bronstaat aan belasting onderworpen werd.

Omdat een adequate bespreking van het Nederlandse verdragsbeleid op dit punt het bestek van deze bijdrage te buiten gaat, verwijzen wij hiervoor naar een recente publicatie van Pötgens en De Heer.¹³

Indien Nederland als bronstaat belasting heft over bepaalde inkomsten, maar het VK als woonstaat een andere persoon als genietter van de inkomsten beschouwt, heeft dit niet noodzakelijk nadelige gevolgen voor de in het VK te verlenen verrekening van de Nederlandse belasting, omdat in het VK het recht op verrekening van de Nederlandse belasting is verknocht aan het inkomen¹⁴ en niet aan de persoon van de genietter.

In dit Verdrag zijn voor samenwerkingsverbanden, partnerships en hybride entiteiten specifieke regelingen getroffen (art. 22, lid 2 t/m 4).

4. Woonplaats (art. 4)

4.1. Pensioenfondsen en anbi's

Het valt op dat pensioenfondsen en organisaties die zich uitsluitend bezighouden met religieuze, charitatieve, wetenschappelijke, culturele en educatieve activiteiten expliciet worden aangemerkt als inwoner voor het Verdrag. De reden is gelegen in het feit dat kwalificerende pensioenfondsen, en kwalificerende algemeen nut beogende instellingen ('anbi's') – waar de laatstgenoemde organisaties onder kunnen vallen – vrijgesteld zijn van vennootschapsbelasting. Als zodanig ontbreekt de *full liability to tax* die onder alle dubbelebelastingverdragen een constitutief vereiste is voor verdragsinwonerschap. Hoewel de OESO in haar commen-

taar bij het woonplaatsartikel opmerkt dat pensioenfondsen en anbi-achtige organisaties in veel staten als inwoner worden aangemerkt, omdat zij in beginsel onderworpen zijn aan de winstbelasting en pas bij het voldoen aan bepaalde vereisten een vrijstelling genieten, noemt zij ook de mogelijkheid voor verdragsluitende staten om inwonerschap voor toepassing van het verdrag te expliciteren, ter voorkoming van enig misverstand. Voor dat laatste is gekozen door Nederland en het VK.

4.2. REIT en FBI

Onder de Britse wetgeving kunnen in het VK gevestigde vennootschappen met in aandelen verdeeld kapitaal kwalificeren als een Real Estate Investment Trust ('REIT'), mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. De REIT en de FBI hebben gemeenschappelijk dat zij in beginsel subjectief aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen doch effectief niet worden belast (voor de FBI geldt een 0%-tarief) indien zij o.a. voldoen aan een uitdelingsverplichting. Onzes inziens stelt Vermeulen terecht dat de REIT en de FBI als verdragsinwoners kwalificeren.¹⁵

4.3. De tie-breaker

Waarschijnlijk nu al het meest besproken artikel van het Verdrag is de *corporate tie-breaker*. Wat is de achtergrond van deze wijziging, en wat kunnen we er van verwachten?

De *corporate tie-breaker* in het Verdrag 1980 kent het verdragsinwonerschap van lichamen waarvan beide verdragsluitende staten op grond van hun nationale wet het inwonerschap claimen (zogenoemde *dual residents*) toe aan de verdragsstaat waar de plaats van de werkelijke leiding is gelegen. Deze regel geldt voor de meeste door Nederland gesloten belastingverdragen die een *corporate tie-breaker* kennen.¹⁶ In de praktijk wordt de term 'plaats van de werkelijke leiding' door Nederland op grond van jurisprudentie¹⁷ en beleid¹⁸ uitgelegd als de plaats waar het bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Onder werkelijke of feitelijke leiding wordt over het algemeen de dagelijkse leiding verstaan. Indien de feitelijke leiding wordt uitgeoefend door een ander dan het bestuur, dan kan de plaats van leiding daar zijn gelegen waar die ander de leiding uitoefent.

12 NnavV, toelichting op art. 5.

13 F.P.G. Pötgens en L.J. de Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010/1024.

14 Zie UK HRMC International Manual (INTM 161040) en J. Schwarz: *Schwarz on Tax Treaties*, (2009), p. 248.

15 H. Vermeulen, 'REITS in het Verdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk 2008', *NTRF* 2010/2202, 30 september 2010, p. 2, rechterkolom.

16 Nederland heeft (slechts) met de volgende landen een belastingverdrag afgesloten dat een *corporate tie-breaker* op basis van onderling overleg kent: VS, Canada, Barbados, Belarus, China, Estland, Filippijnen, Indonesië, Japan, Letland, Litouwen, Nigeria, Thailand en Turkije.

17 Zie onder andere: HR 23 september 1993, nr. 27.293, *BNB* 1993/193.

18 Besluit van 6 maart 2001, nr. CPP2000/3020, *NTRF* 2001/436, *BNB* 2001/230.

De nieuwe *corporate tie-breaker* in art. 4, lid 4 bepaalt dat dubbel inwonerschap in alle gevallen wordt beslecht in een onderlinge overlegprocedure tussen de bevoegde instanties van de verdragsstaten. Bij het ontbreken van onderlinge overeenstemming is het lichaam, voor de toepassing van het verdrag, van geen van beide staten inwoner en bestaat geen aanspraak op de voordelen van het verdrag, met uitzondering van voorkoming dubbele belasting, non-discriminatie en onderling overleg. Let wel, het onderling overleg over de woonplaats kan niet worden afgesloten met arbitrage. De in de NnavV aangedragen redenen daarvoor, te weten het feit dat arbitrage tijdens de verdragsonderhandelingen internationaalrechtelijk nog niet gebruikelijk was en het feit dat slechts bij kunstmatige en op misbruik gerichte gevallen geen overeenstemming bereikt zal worden, kunnen ons toch niet helemaal overtuigen. Hoe in deze gevallen voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven, wordt eveneens in gezamenlijk overleg tussen de bevoegde autoriteiten bepaald. De bevoegde autoriteiten beoordelen op basis van de feiten en omstandigheden welke inkomsten redelijkerwijze toekomen aan Nederland, en welke aan het VK. Voorkoming wordt daarbij slechts gegeven ten aanzien van die inkomensbronnen waar geen sprake is van misbruik.¹⁹

Volgens de MvT en NnavV bleek de oude *corporate-tie-breaker* bepaling een aantal bekende misbruiksituaties niet te kunnen voorkomen. Genoemd worden situaties waarbij een Nederlandse lichaam naar het VK wordt verplaatst om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan, een Engels lichaam naar Nederland wordt verplaatst om vermogenswinstbelasting (op bijvoorbeeld de verkoop van een deelneming) te ontgaan, en een verliesvennootschap naar het VK wordt verplaatst om gebruik te kunnen maken van de mogelijkheid om verliezen binnen concern over te dragen.²⁰ De nieuwe *tie-breaker* zou Nederland en het VK meer handvatten moeten geven om manipulatie van de verdragswoonplaats te voorkomen, doordat verdragsluitende staten het accent – al naar gelang de omstandigheden – kunnen verplaatsen.²¹

Volgens de MvT zullen de bevoegde instanties bij de bepaling van de verdragswoonplaats in een onderlinge overlegprocedure de volgende niet uitputtende lijst van in willekeurige volgorde vermelde factoren in overweging nemen:

1. de plaats waar het senior management wordt uitgeoefend;

2. de plaats waar de bestuursvergaderingen plaatsvinden;
3. de plaats waar het hoofdkantoor is gevestigd;
4. de mate en aard van economische verbondenheid van het lichaam met elk van beide staten; en
5. de vraag of het feit dat het lichaam wordt geacht inwoner te zijn van één van de verdragsstaten en niet van de andere verdragsstaat het risico met zich brengt dat misbruik wordt gemaakt van het Verdrag dan wel dat de nationale wet van één van beide verdragsstaten onjuist wordt toegepast.

Onder senior management wordt volgens de NnavV verstaan het nemen van de belangrijkste besluiten op bestuurlijk en commercieel gebied die nodig zijn voor de bedrijfsvoering van het lichaam als geheel. Het vijfde element zal volgens de MvT met name in misbruiksituaties relevant zijn. 'Niet uitputtend' betekent overigens dat zowel belastingplichtigen als de bevoegde autoriteiten andere factoren kunnen aandragen.

Dual residents van wie het verdragsinwonerschap reeds onder het oude verdrag was bepaald, zullen na inwerkingtreding van het nieuwe verdrag niet een verzoek tot vaststelling van de verdragswoonplaats op grond van de onderlinge overlegprocedure hoeven in te dienen, tenzij de (relevante) feiten en omstandigheden veranderd zijn. De vraag is vervolgens welke feiten en omstandigheden voldoende relevant zijn om herbeoordeling te rechtvaardigen. Daarbij moet volgens de NnavV onder andere worden gedacht aan een herschikking van bepaalde belangrijke beslissingsbevoegdheden binnen het lichaam naar hooggeplaatste werknemers in het andere land, aan bestuursvergaderingen die voortaan (vaker) in het andere land plaatsvinden, aan bestuurders die verhuizen, aan het in aanzienlijke mate voortaan uitbesteden van beslissingsbevoegdheden aan extern ingehuurde bestuurders, aan een wezenlijke toename van zakelijke transacties met daarbij behorende beleidsbepalende besluiten vanuit het andere land en, tot slot, aan een wijziging van de mate van bedrijvigheid in één van beide landen.

Volgens de minister van Financiën is dit echter niet nieuw. Ook in de huidige praktijk doen zich regelmatig wijzigingen voor in de bestuurlijke situatie, als gevolg waarvan aan de verdragswoonplaats kan worden getwijfeld. Dit moge zo zijn, maar niettemin kan toch niet worden ontkend dat wijzigingen in de bestuurlijke situatie onder de nieuwe *tie-breaker* toch aanzienlijk meer onzekerheid met zich mee brengen dan onder de oude *tie-breaker*. De nieuwe *tie-breaker* knoopt immers aan bij een niet-limitatieve lijst van factoren waarbij, in elk geval theoretisch, in elke situatie het accent bij andere factoren gelegd kan worden. Uit de vragen en opmerkingen van de Kamerfracties en de NOB blijkt dat men bevreesd is voor jojo-effecten. Heeft een lichaam dat onder de nieuwe *tie-breaker* reeds als inwoner van een

19 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6, p. 9.

20 Deze mogelijkheid tot 'verliesimport' lijkt overigens uiterst beperkt, daar wij begrijpen dat verliesoverdracht in het VK slechts mogelijk is voor verliezen van het lopende jaar.

21 Hoewel het OESO-Modelverdrag zelf nog steeds de plaats van feitelijke leiding als doorslaggevend criterium hanteert, en het OESO-commentaar de plaats van feitelijke leiding als *preference criterion* aanmerkt, laat het OESO-commentaar duidelijk ook ruimte voor verdragsstaten om te bepalen dat zij in onderling overleg de woonplaats van geval tot geval bepalen en geeft zij daartoe zelfs een tekstvoorstel.

van de verdragsluitende staten werd aangemerkt en dat een bestuurlijke wijziging ondergaat gedurende een nieuwe onderlinge overlegprocedure ook geen recht op verdragsvoordelen?

Volgens de minister van Financiën heeft een wijziging van het verdragsinwonerschap na een herbeoordeling alleen gevolgen voor de heffingsrechten over inkomsten en vermogenswinsten die opkomen nadat de nieuwe woonplaats (of het ontbreken daarvan) is vastgesteld.²² Voor de vennootschapsbelasting kan de verplaatsing van de feitelijke vestigingsplaats leiden tot afrekening, voor de dividendbelasting heeft dit echter geen gevolgen. Derhalve wel compartimentering van winsten maar niet van dividenden gegenereerd uit winstreserves voor en na de zetelverplaatsing. Hoe wordt hier mee omgegaan indien een herbeoordeling plaatsvindt jaren nadat een wijziging in de feiten en omstandigheden heeft plaatsgevonden terwijl die wijziging achteraf gezien heeft geleid tot een verandering van verdragswoonplaats? Gesteld dat binnen de nationaalrechtelijke termijnen kan worden nagevorderd dan wel nageheven, is de vraag of aan de herbeoordeling terugwerkende kracht gegeven zal worden.

Doordat het Verdrag een andere methodiek voor woonplaatsbepaling hanteert, zou reeds de inwerkingtreding van het Verdrag tot verandering van de verdragswoonplaats kunnen leiden. Dit zal volgens de MvT slechts incidenteel plaats vinden, aangezien een herbeoordeling in beginsel alleen plaatsvindt bij veranderde feiten en omstandigheden.

De streeftijd om onderlinge overlegprocedures over de verdragswoonplaats af te wikkelen bedraagt volgens de NnavV zes maanden, gerekend vanaf het moment dat de belastingplichtige de bevoegde autoriteiten van alle relevante feiten en omstandigheden heeft voorzien. De minister van Financiën heeft er – gezien de beschikbare middelen en capaciteit – alle vertrouwen in dat deze zesmaandstermijn in de praktijk haalbaar zal blijken. Gedurende de onderlinge overlegprocedure bestaat geen recht op verdragsvoordelen. Echter: 'afhankelijk van het moment van de door het desbetreffende lichaam aangedragen feiten, zal er (...) een zeer beperkte terugwerkende kracht in een vaststelling van de verdragswoonplaats zitten', aldus de minister van Financiën in de NnavV. Deze mededeling is in de brief van de staatssecretaris van Financiën van 4 november 2010²³ verduidelijkt: na overeenstemming zal het Verdrag met terugwerkende kracht alsnog toegepast worden. Aangezien de intentie van Nederland en het VK is dat de overlegprocedures binnen zes maanden worden afgerond, zal de periode waarin in beginsel geen beroep kan worden gedaan

op het verdrag volgens de staatssecretaris tijdelijk en van relatief korte duur zijn. Dit neemt niet weg dat een periode van lange onzekerheid niet uitgesloten kan worden, en dat belastingplichtigen – ondanks de terugwerkende kracht – uit onzekerheid handelingen zullen nalaten. Wij nemen overigens aan dat de terugwerkende kracht aangrijpt bij het moment van aanvraag van de onderlinge overlegprocedure en niet bij het moment waarop alle relevant informatie is verstrekt indien dit laatste op een later moment gebeurt, mits belastingplichtige kan aantonen dat de relevante feiten en omstandigheden op het moment van aanvraag en het moment van informatieverstrekking gelijk zijn.

Volgens de minister van Financiën heeft de belastingplichtige vanaf het begin een grote invloed op de procedure: hij bepaalt immers de feiten en omstandigheden en bepaalt daarmee waar hij zich feitelijk vestigt en hij benoemt primair de relevante feitelijke situatie. Maar invloed op de feiten en omstandigheden en invloed op de procedure zijn volgens ons niet hetzelfde. De belastingplichtige heeft namelijk geen enkele invloed op de procedure. De procedure is een interstatelijke aangelegenheid. De belastingplichtige wordt niet betrokken bij de uitwisseling van standpunten tussen de bevoegde autoriteiten en ontvangt evenmin afschriften van correspondentie tussen de bevoegde autoriteiten. Maar de belastingplichtige wordt gedurende de procedure wel zo goed en volledig mogelijk geïnformeerd over de stand van zaken. Echter, de stand van zaken geeft nog geen inzicht in die zaken. De belastingplichtige heeft dus geen enkele mogelijkheid om 'bij te sturen'. Een goed voorbereid verzoek dat niets aan duidelijkheid te wensen overlaat is derhalve essentieel, doch geen enkele garantie op het gewenste eindresultaat. Tegen naheffingsaanslagen of navorderingsaanslagen staan bezwaar en beroep open binnen de daartoe gestelde termijnen, doch over de onderliggende beslissing van de bevoegde autoriteiten kan de rechter in beginsel geen oordeel vellen, aangezien deze is genomen overeenkomstig hetgeen art. 4, lid 4 voorschrijft, aldus de minister van Financiën. Wij nemen aan dat de minister hier bedoelt dat de rechter de beslissing van de bevoegde autoriteiten als zodanig niet kan aantasten, doch dat de rechter deze in voorkomende gevallen wel degelijk naast zich neer kan leggen wanneer hij meent dat de verdragswoonplaatsbepaling die voortvloeit uit die beslissing onjuist is.

De minister herhaalt in de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringwet keer op keer dat de nieuwe *corporate tie-breaker* niet ongunstiger zal uitpakken dan de oude, dat er in de relatie met andere landen waarmee Nederland een belastingverdrag met vergelijkbare *corporate tie-breaker* heeft gesloten geen probleemgevallen bekend zijn, dat hij er het volste vertrouwen in heeft dat de bevoegde autoriteiten binnen zes maanden zekerheid kunnen geven en dat dit

22 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6, p. 11.

23 Brief van de staatssecretaris van Financiën van 4 november 2010, nr. IFZ/2010/731M.

slechts in kunstmatige en op misbruik gerichte situaties niet het geval zal zijn. Niettemin zegt hij de bezorgde of op zijn minst kritische geluiden uit de fracties en de NOB zeer serieus te nemen en in de toekomst met gepaste terughoudendheid de nieuwe *corporate tie-breaker* als inzet bij toekomstige verdragsonderhandelingen te zullen kiezen. Tot slot doet hij de toezegging over drie jaar met een evaluatie van de nieuwe *tie-breaker* te komen op basis van opgedane ervaringen.²⁴

4.4. Dual listed company arrangements

Een Nederlands of Engels lichaam dat deelneemt aan een *dual listed company arrangement* kan op basis van art. 4, lid 1, Verdrag inwoner zijn van beide staten. De belastingwetten van de beide verdragsluitende staten kunnen onverkort van toepassing zijn, met dubbele belasting als mogelijk gevolg. Art. 4, lid 5 geeft een *tie-breaker* voor de woonplaatsbepaling: een lichaam dat deelneemt in een *dual listed company arrangement* wordt geacht slechts inwoner te zijn van de verdragsluitende staat waar het is opgericht, mits het zijn voornaamste beursnotering in die staat heeft.

Voorbeelden van dergelijke ondernemingen zijn Unilever en ReedElsevier. Indien deze vennootschappen elk een eigen, onafhankelijke onderneming zouden drijven, zou er naar verwachting geen onduidelijkheid zijn over de vestigingsplaats van deze vennootschappen. Maar de ondernemingen werken zodanig nauw samen dat twijfel kan ontstaan over de vraag of het Engelse lichaam wel in het VK is gevestigd dan wel of het Nederlandse lichaam wel in Nederland is gevestigd. Lid 5 en 6 van art. 4 beogen ongewenst effecten van de onderlinge verwevenheid te voorkomen. Hoewel het aantal ondernemingen dat in aanraking kan komen met deze bepaling beperkt is, zijn de ermee gemoeide belangen naar verwachting aanzienlijk.²⁵ Maar wat is nu precies een *dual listed company arrangement*, welke lichamen vallen onder de bepaling en wat is de achtergrond van deze bepaling?

Dual listed company arrangements zijn ondernemingsstructuren bestaande uit twee beursgenoteerde lichamen die hun strategische doelen en de economische belangen van hun aandeelhouders op elkaar afstemmen en waarbij de risico's en resultaten van de totale onderneming in bepaalde vaste verhoudingen gedeeld worden. Het afstemmen van strategische doelen en economische belangen geschiedt door:

- a. de benoeming van een identieke of nagenoeg identieke raad van beheer;

- b. bestuur van de bedrijfsactiviteiten van beide lichamen op een gemeenschappelijke basis;
- c. aan elkaar gelijkgestelde uitdelingen aan aandeelhouders op basis van een verdeelsleutel tussen beide lichamen, mede in het geval van liquidatie van een of beide lichamen;
- d. stemming door de aandeelhouders van beide lichamen gewoonlijk in de praktijk als een enkel besluitvormingsorgaan bij wezenlijke kwesties die hun gemeenschappelijke belangen betreffen; en
- e. het bestaan van regelingen voor wederzijdse borgstellingen ten aanzien van, of soortgelijke financiële ondersteuning van, elkaars materiële verplichtingen of werkzaamheden.

Ten aanzien van de benoeming van een identieke of nagenoeg identieke raad van beheer zal in de praktijk enige soepelheid worden betracht. Indien de besturen, die vaak uit meer dan tien personen bestaan, identiek zijn op een of twee bestuurders na, zal de *tie-breaker* van lid 5 afhankelijk van de omvang van het bestuur niet onmiddellijk toepassing missen. Ook het terugtreden van een bestuurder van een van de twee lichamen zal niet direct leiden tot het buiten toepassing laten van de *tie-breaker*, mits dit binnen een redelijke termijn wordt gerepareerd, waarbij het begrip redelijke termijn bewust niet nader is ingevuld.²⁶

De *tie-breaker* is eveneens van toepassing bij ongelijke dividenduitkeringen, indien dit zich incidenteel voordoet en er een regeling bestaat die een gelijkschakeling van dividenduitkeringen alsnog mogelijk maakt. Een regeling die altijd gelijke dividenduitkeringen mogelijk maakt is een overdracht van (liquide) middelen en activa (bijvoorbeeld deelnemingen), een zogenoemde *equalization agreement*.

5. Ondernemingswinst (art. 5, 7, 8 en 23)

5.1. Vaste inrichting

Art. 5, lid 1 en lid 2 zijn conform het OESO-Modelverdrag 2005²⁷ en zijn in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid zoals beschreven in paragraaf 4.3.1.2 van de Notitie internationaal fiscaal verdragsbeleid. Evenals onder het Verdrag 1980 wordt in het derde lid de minimumduur van bouwwerken of constructie- of installatiewerkzaamheden bepaald op twaalf maanden. Voor werkzaamheden buitengaats zie paragraaf 5.3.

24 Kamerstukken II, 2010-2011, 32 145, nr. 7, brief van de staatssecretaris van Financiën, p. 2.

25 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6, p. 12-13.

26 Wel is in de brief van de staatssecretaris van 4 november 2010, nr. IFZ2010/731M toegezegd dat de ongelijkheid tussen de twee raden van beheer niet binnen een week of een maand hoeft te zijn opgeheven.

27 Voor interpretatie volgens het OESO-commentaar 2008 zie de artikelsgewijze toelichting op art. 5 in de nota naar aanleiding van het verslag.

5.2. Internationaal vervoer

Op Brits verzoek breidt art. 8, lid 2, onderdeel b de toepassing van art. 8 uit tot voordelen uit het gebruik, het onderhoud of de verhuur van containers (daaronder begrepen opleggers en daarmee verband houdende uitrusting voor het vervoer van containers) gebezigd voor het vervoer van goederen of koopwaar.

Art. 8, lid 3 verklaart dit artikel eveneens van toepassing op voordelen uit de deelneming in een 'pool', een gezamenlijke onderneming of een internationaal opererend agentschap, ter zake van de voordelen die aan de deelnemer (*participant*) zijn toe te rekenen naar rato van het aandeel in de gezamenlijke onderneming. De Nederlandse verdragstekst spreekt hier per abuis over het aan de *deelneming* toe te rekenen voordeel.

5.3. Werkzaamheden buitengaats als vaste inrichting (art. 23)²⁸

Het spreekt voor zich dat de Britse en Nederlandse economische belangen bij olie- en gaswinning op het continentale plat groot zijn. In 2009 waren op het continentale plat circa 80.000 personen werkzaam.

Art. 7.4 Wet IB 2001 en art. 17, lid 1, onderdeel e, Wet VPB 1969 bepalen dat werkzaamheden, die in het kader van een onderneming worden verricht gedurende een aaneengesloten periode van ten minste 30 dagen in, op of boven het Noordzeewinningsgebied, een Nederlandse onderneming vormen. Volgens art. 23, lid 3, Verdrag 2008 vormen werkzaamheden buitengaats een vaste inrichting ('v.i.'), tenzij deze in een tijdvak van twaalf maanden maximaal 30 dagen beslaan.

Art. 23, lid 3, onderdeel a bepaalt dat werkzaamheden van gelieerde vennootschappen die gelijksoortige werkzaamheden buitengaats verrichten moeten worden meegeteld. Hier lijkt een materiële wijziging ten opzicht van het Verdrag 1980 op te treden indien bijvoorbeeld twee groepsmaatschappijen gelijktijdig 25 dagen aan hetzelfde project werken. Volgens art. 23, lid 3, onderdeel a is dan 50 dagen gewerkt en worden de groepsmaatschappijen geacht ieder meer dan 30 dagen werkzaam te zijn geweest, terwijl volgens art. 22A, lid 4, onderdeel a, Verdrag 1980 slechts sprake zou zijn van werkzaamheden die meer dan 30 dagen beslaan indien de werkzaamheden van de gelieerde vennootschappen niet tegelijkertijd (maar achtereenvolgens) worden verricht.

Een andere wijziging vloeit voort uit de omschrijving van *gelieerde ondernemingen*. Art. 22A lid 4, onderdeel b, Verdrag 1980 hanteert een ruim criterium: het middel- of onmiddellijk deelnemen aan de leiding van, aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van de andere onderneming of beide ondernemingen (de OESO-norm voor gelieerde ondernemingen). Art. 23, lid 3, onderdeel b, Verdrag 2008 vervangt dit door een louter kwantitatief criterium van een derde deel van het kapitaal van de onderneming(en). Aan Britse zijde wordt dit ervaren als de onwenselijke vervanging van minimumeis van 50% (*common control*) door een minimumeis van een derde deel van het kapitaal.

Verder valt toe te juichen dat in art. 23, lid 4, onderdeel a een expliciete uitzondering wordt opgenomen voor voorbereidende of hulpwerkzaamheden als bedoeld in art. 5, lid 4, ook al lijkt het moeilijk denkbaar dat dergelijke activiteiten wel een v.i. zouden opleveren.

Art. 22A, lid 6, Verdrag 1980 bepaalt dat voordelen uit de exploitatie van schepen of luchtvaartuigen, in verband met werkzaamheden buitengaats, die in hun huidige staat in de eerste plaats ontworpen zijn voor het vervoeren van voorraden of personeel naar of tussen plaatsen waar werkzaamheden buitengaats worden verricht, of voor sleep- of ankerwerkzaamheden, of voor een combinatie van deze werkzaamheden, slechts belastbaar zijn in de staat waar de werkelijke leiding van de onderneming is gelegen. Met betrekking tot vervoerswerkzaamheden is beoogd een gelijke behandeling te bewerkstelligen als in art. 8 (zeevaart of luchtvaart). In navolging van het Verdrag Nederland-Zweden zijn deze werkzaamheden in het Verdrag uitgezonderd van de werkzaamheden buitengaats in art. 23, lid 4, onderdelen b en c. Klaarblijkelijk zullen deze activiteiten dan onder art. 8 vallen.

Art. 23, lid 7 handhaaft de onderworpenheidseis van art. 22A, lid 10, Verdrag 1980 ten aanzien van inkomsten uit dienstbetrekking en breidt deze uit naar winst uit onderneming. Indien het verdrag het heffingsrecht aan het VK toewijst, verleent Nederland slechts vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting indien in het VK daadwerkelijk belasting is betaald. De expliciete eis dat de betaalde belasting met behulp van bewijsstukken kan worden aangetoond is geschrapt.

Art. 22A, lid 9, Verdrag 1980 verwijst voor de voorkoming van dubbele belasting naar de verrekeningsmethode van art. 22, lid 2, onderdeel c. Bij wijze van goedkeuring wordt de vrijstellingsmethode toegepast mits wordt aangetoond dat in het VK het gehele bedrag van de inkomsten aan een belasting is onderworpen zonder dat een begunstigend fis-

²⁸ De auteurs zijn erkentelijk voor de inbreng van Ph. Greatrex, M. Mellerna en S. Norman bij de totstandkoming van dit onderdeel van deze bijdrage.

caal regime van toepassing is.²⁹ Art. 23, lid 7 bevat een verwijzing naar de vrijstellingsmethode van art. 21, lid 2, zodat dit beleid wordt gecodificeerd.

Het geheel van wijzigingen overziend dunkt ons dat de stelling in de MvT dat slechts sprake is van niet-inhoudelijke, doch slechts redactionele aanpassingen om redenen van duidelijkheid, een *understatement* is.

6. Onroerende zaken (art. 6)

De toewijzing van het heffingsrecht over inkomsten uit onroerende zaken in art. 6 luidt conform het OESO-Modelverdrag en het Nederlandse verdragsbeleid zoals beschreven in de Notitie internationaal fiscaal verdragsbeleid. Art. 6, lid 1 bepaalt dat inkomsten die een inwoner van de woonstaat verkrijgt uit onroerende goederen die in de bronstaat zijn gelegen in die bronstaat mogen worden belast. Wijzigingen ten opzichte van art. 6 Verdrag 1980 doen zich niet voor. De regelingen voor onroerendgoedvennootschappen met bronstaatvastgoed behandelen wij bij de bespreking van de verdragsbepalingen voor dividenden en vermogenswinsten.

7. Samenloop art. 5 en art. 6 – Pijpleidingen en kabels

Pijpleidingen en kabels kunnen onroerende zaken vormen in de zin van art. 6, lid 2. Toepassing van art. 6, lid 4 impliceert dan dat de staat waar de kabels zijn gelegen heffingsbevoegd is, ook indien het inkomsten uit onroerende zaken van een onderneming betreft. Volgens aantekening 26.1 van het OESO-commentaar 2010 op art. 5, lid 4 kan bij pijpleidingen of kabels sprake kan zijn van voorbereidende of hulpwerkzaamheden, die als zodanig geen vaste inrichting opleveren, indien goederen of koopwaar van de onderneming zelf – en niet van derden – worden getransporteerd. Als voorbeeld kan worden genoemd een pijpleiding die het grondgebied van een staat doorkruist om de olie naar een raffinaderij in een andere staat te transporteren. Art. 5 staat dan de bronstaat niet toe om te heffen over ondernemingswinst die verband houdt met de pijpleiding, maar art. 6 staat diezelfde bronstaat in geval van kwalificatie als onroerende zaak wel toe om te heffen over het inkomen daaruit. Uit het OESO-commentaar blijkt niet hoe in dat geval het inkomen moet worden bepaald dat de bronstaat mag belasten (een zakelijke huur voor de pijpleiding?). Ook zou het kunnen zijn dat de ene staat de pijpleidingen of kabels beschouwt als onroerende zaken terwijl de andere staat deze als roerende zaken beschouwt.³⁰

In het algemene deel van de NnavV wordt gemeld dat derden verzocht hebben om duidelijkheid met betrekking tot de heffing over pijpleidingen. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in art. XII van het Protocol. Indien de inkomsten uit een pijpleiding op grond van het verdrag in het VK mogen worden belast, zal Nederland deze vrijstellen, doch alleen indien het VK deze inkomsten daadwerkelijk belast. Anders dan in het OESO-commentaar worden kabels hier niet genoemd, zodat voor inkomsten uit kabels geen onderworpenheidseis geldt.

8. Gelieerde ondernemingen

Het verdragsartikel over gelieerde ondernemingen bevat geen bijzonderheden.

9. Antimisbruikbepalingen voor dividenden, rente, royalty's en overige inkomsten

9.1 Vervanging van bona fide provisions door (main) purpose provisions

Het Verdrag 1980 bevat door het VK voorgestelde *bona fide provisions*.³¹ Het sluit de toepassing van de dividend-, rente- en royalty-artikelen uit in situaties waarin respectievelijk de aandelen, de schuldvordering of het recht uit hoofde waarvan de royalty's verschuldigd zijn, zijn verkregen, in het leven geroepen, of hun bestemming hebben gekregen teneinde de voordelen van het verdrag te genieten, en niet op grond van bona fide zakelijke overwegingen.³²

Conform het Britse verdragsbeleid³³ zijn in het Verdrag 2008 *purpose provisions* opgenomen in het dividendartikel, het renteartikel, het royaltyartikel.³⁴ Dit geldt ook voor het artikel voor overige inkomsten.³⁵ De reden hiervoor is volgens de staatssecretaris dat het VK in haar nationale wet een beperkter ondernemingswinst begrip hanteert dan Nederland.³⁶ Volgens het VK zullen inkomsten daarom vaker onder het overige inkomstenartikel vallen dan volgens de Nederlandse regels en het OESO-commentaar het geval zou zijn. Het VK drong daarom aan op opname van antimisbruikbepalingen in dit artikel.

Art. 10, lid 3 bepaalt dat geen tegemoetkoming beschikbaar is indien:

31 J. Schwarz, *Schwarz on tax treaties*, 2009, ch. 16, 25-550, p. 285 e.v.

32 Art. 10, lid 6, derde volzin, art. 11, lid 6 en art. 12, lid 5.

33 Schwarz, t.a.p., ch. 16, 25-600, p. 290 e.v.

34 Art. 10, lid 3, art. 11, lid 5 en art. 12, lid 5, Verdrag 2008.

35 Art. 20, lid 4, Verdrag 2008.

36 Mogelijk heeft het ook te maken met het feit dat derivaten, die dividenden en rente kunnen repliceren, normaal onder het overige-inkomstenartikel vallen, zie Schwarz, a.w. p. 292.

29 Onderdeel 3.5, besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664, *Stcr.* 2008,151, *NTR* 2008/1600.

30 Ph. Baker QC, *Double Taxation Conventions*, 2010, 6B.04, derde alinea.

- het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen van een persoon (*any person*),
- betrokken bij de toewijzing van de dividenden,
- of bij het creëren of toewijzen van de aandelen of andere rechten ter zake waarvan het dividend wordt betaald,
- of bij het oprichten, verwerven of in stand houden van het lichaam dat de uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden is en de uitvoering van zijn³⁷ werkzaamheden, is van de voordelen van dit artikel te profiteren.

Schwarz observeert drie verschillen tussen de *bona fide provisions* en de *purpose provisions*. Ten eerste dat de *bona fide* test is vervallen. Ten tweede, dat de werking van de bepaling is uitgebreid tot gevallen waarin profiteren van verdragsvoordelen niet het enige doel, maar wel één van de voornaamste doelen was. Ten derde is het voldoende indien dit het doel was van slechts één kwalificerende betrokkene.

Wij kunnen ons voorstellen dat het hanteren van het begrip 'een persoon' (*any person*) in de praktijk tot een te ruime reikwijdte kan leiden waarbij het bovendien voor belastingplichtigen niet te overzien kan zijn in welke situaties de *main purpose provision* mogelijk van toepassing is.

Met de slotzin van art. 10, lid 3 wordt wellicht beoogd dat de soep niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend; in elk geval waarin Nederland beoogt dit lid toe te passen, dient het Ministerie van Financiën vooraf te overleggen met de bevoegde autoriteit van het VK, en vice versa.

9.2. Verenigbaarheid *purpose provisions* met EU-recht

De vraag of en onder welke voorwaarden een antimisbruikclausule in een belastingverdrag in strijd kan zijn met primair EU-recht is besproken door o.a. Osterweil.³⁸ Daarbij rijst ook de vraag of de overlegvoorwaarden van art. 10, lid 3 en de afwezigheid van maatregelen als een tegenbewijsregeling of een 'afgeleide voordelenregeling' het antwoord op die vraag beïnvloeden.

Uiterekend onder het Verdrag 1980 is voor het eerst een antimisbruikclausule voorgelegd aan het HvJ EG in de *Test Claimants in Class IV ACT Cases*.³⁹ Eén van de voorgelegde vragen was of het VK in strijd met primair EU-recht handelde door een gedeeltelijk belastingkrediet toe te kennen

aan een bv met louter in Nederland gevestigde aandeelhouders, maar dit voordeel te weigeren aan eenzelfde bv in dezelfde positie maar met uitsluitend Duitse aandeelhouders. Nadat in punt 88 van het arrest de conclusie uit de *D*-zaak, dat 'meestbegunstiging' binnen de EU niet verplicht is, wordt herhaald, bepaalt het Hof in overweging 89 dat het niet strijdig is met EU-recht indien het VK verdragsbepalingen toepast, 'die het verlenen van een dergelijk belastingkrediet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de niet-ingezeten vennootschap niet rechtstreeks of indirect wordt beheerd door een vennootschap die is gevestigd in een lidstaat of in een derde land waarmee het VK een belastingverdrag heeft gesloten dat niet in een belastingkrediet voorziet.'

In overweging 90 wordt hieraan toegevoegd dat dergelijke bepalingen een integrerend deel uitmaken van de betrokken overeenkomsten omdat zij bijdragen aan het algehele evenwicht ervan.

Osterweil extrapoleert dit arrest en concludeert dat toepassing van een antimisbruikclausule toegestaan is indien de ontvangende vennootschap aandeelhouders in een derde lidstaat heeft.

Anderzijds valt niet uit te sluiten dat HvJ EG de doctrine van *Cadbury Schweppes*⁴⁰ hanteert indien op dit punt prejudiciële vragen worden gesteld. In deze zaak werd misbruik van de fundamentele vrijheden pas aanwezig geacht indien sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Pas dan wordt het motief van de belastingplichtige relevant. Een antimisbruikbepaling die ook in niet volstrekt kunstmatige constructies verdragsvoordelen onthoudt zou dan disproportioneel zijn.⁴¹ Tot dusver is het HvJ EG echter zeer terughoudend geweest bij de toetsing van belastingverdragen.

9.3. Onnodige belemmering voor Nederland als financieel dienstencentrum?

Londen is thans het belangrijkste financiële dienstencentrum van Europa. Ten tijde van de verdragsonderhandelingen, en ook thans, streeft Nederland naar groei als centrum van financiële diensten. Dat geldt ook voor 'concurrent' Luxemburg. Het belastingverdrag tussen het VK en Luxemburg dateert van 1967⁴² en de laatste inhoudelijke wijziging van 1983. Dat verdrag bevat *bona fide provisions* noch *purposes provisions* (en m.b.t. dividenden in dit opzicht ook geen beperkingen voor toepassing van de EG-moeder-dochterrichtlijn). Het verbaast dan niet wanneer men

37 Op grond van de Nederlandse tekst kan worden getwijfeld of 'zijn' werkzaamheden betrekking heeft op de persoon wiens motieven in twijfel worden getrokken, dan wel op het lichaam dat het dividend ontvangt. Gebaseerd op context en op het gebruik van het woord 'its' in de Engelse tekst ('and the conduct of its operations') ligt het voor de hand dat hier het ontvangende lichaam bedoeld is.

38 Eric Osterweil, 'Are LOB provisions in Double Tax Conventions Contrary to EC Treaty Freedoms', *EC Tax Review* 2009-5, p. 236-248.

39 HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Commissioners of Inland Revenue), *NTRF* 2007/124.

40 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), *NTRF* 2006/1406.

41 Vergelijk ook HvJ EG 21 januari 2010, zaak C-311/08 (SGI), *NTRF* 2010/959, r.o. 71.

42 Verdrag van 24 mei 1967, gewijzigd bij protocollen van 19 juli 1978 en van 19 maart 1984. In 2011 treedt een derde protocol van 2 juli 2009 in werking waarbij art. XXVIII wordt vervangen (uitwisseling van inlichtingen).

een Engelse belastingadviseur hoort melden dat Engelse structuren in de praktijk bijna altijd via Luxemburg worden opgezet, omdat aldus iedere onzekerheid die inherent is aan vage antimisbruikbepalingen wordt vermeden. Het VK heronderhandelt momenteel haar belastingverdrag met Luxemburg. De Nederlandse regering zou Nederland als financieel dienstencentrum een goede dienst bewijzen indien zij bij de Britse regering erop aandringt om de onderhandeling van het Verdrag met Luxemburg te gebruiken om binnen een redelijke termijn een *level playing field* te creëren.

9.4. Bepaling voor meegekocht dividend vervalt

Zoals vaker het geval was bij *bona fide provisions* in de Britse belastingverdragen, bevat art. 10, lid 6, Verdrag 1980 een antimisbruikbepaling voor 'meegekocht' dividend, namelijk dividend dat door een kwalificerende uiteindelijk gerechtigde werd genoten voor zover dit dividend slechts kon zijn betaald uit winst of andere inkomsten die het lichaam dat de dividenden betaalt behaalde of genoot in een tijdvak dat eindigde twaalf maanden of langer voor de verkrijging van het aandelenbelang. Deze bepaling vervalt.⁴³

9.5. Specifieke antimisbruikbepaling voor rente en royalty's

Art. VII van het Protocol is opgenomen in verband met de zogenoemde *triangular cases* waarin Nederlandse lichamen rente -en/of royaltyinkomsten genieten uit het VK die zijn toe te rekenen aan vaste inrichtingen van die Nederlandse lichamen in derde landen. Het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 ('BvdB 2001') gaat uit van een forfaitaire verrekening voor passieve winsten uit een vaste inrichting.⁴⁴ In verdragsituaties daarentegen wordt in beginsel een vrijstelling verleend voor vaste-inrichtingswinst. Om te voorkomen dat in verdragsituaties nagenoeg geen belasting wordt geheven over, in het vaste-inrichtingsland laagbelaste, passieve vaste-inrichtingswinst is het Nederlandse verdragsbeleid gericht op het opnemen van een zogenoemde 'zwartegatenbepaling'. Op grond van deze bepaling verleent Nederland in verdragsituaties slechts een forfaitaire verrekening, indien Nederland in een vergelijkbare situatie bij het ontbreken van een verdrag op grond van het BvdB 2001 ook slechts een forfaitaire verrekening zou hebben verleend. Echter, niet alle door Nederland gesloten belastingverdragen bevatten thans een dergelijke zwartegatenbepaling. Zonder nadere voorziening zouden in *triangular*-situaties tussen Nederland als hoofdhuisland, het VK als bronland, en een derde land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten zonder zwartegatenbepaling als vaste-inrich-

tingsland, de passieve vaste-inrichtingswinsten nagenoeg onbelast kunnen blijven, afhankelijk van het fiscale stelsel van dat derde land.⁴⁵

Om die reden is art. VII aan het Protocol toegevoegd, op grond waarvan verdragsvoordelen uit hoofde van art. 11 (rente) en art. 12 (royalty's) worden niet verleend indien:

- i. rente of royalty's worden betaald aan een *lichaam van Nederland* (deze uitdrukking wordt niet gedefinieerd in art. 3; aan te nemen valt dat bedoeld wordt op lichamen die hun fiscale woonplaats in Nederland hebben);
- ii. die rente of royalty's kunnen worden toegerekend aan een vaste inrichting van dat lichaam gelegen in een derde staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten;
- iii. Nederland ingevolge dat verdrag dubbele belasting vermijdt door de vrijstellingsmethode toe te passen ter zake van deze rente of royalty's in plaats van een verrekening toe te staan die anders zou worden verleend uit hoofde van zijn nationale wetgeving; en
- iv. de in de derde staat geheven belasting minder is dan 60% van de belasting die door Nederland zou zijn geheven indien die rente of royalty's niet aan die vaste inrichting zijn toe te rekenen.

Deze bepaling zal slechts betekenis hebben voor het VK, zolang Nederland geen bronbelasting op rente of royalty's invoert.

Deze antimisbruikbepaling beoogt te voorkomen dat Nederland wordt ingezet om een vrijstelling van bronheffing op rente (of royalty's) in het Verenigd Koninkrijk te bewerkstelligen, terwijl de rente (of royalty's) toerekenbaar is aan een laagbelaste vaste inrichting van Nederland in een derde staat waarmee Nederland een belastingverdrag⁴⁶ heeft, en derhalve in die staat feitelijk belastbaar is. Een zogenoemde *triangular case*. Hier zal vermoedelijk niet bedoeld worden op de in de praktijk gebruikelijke situaties waarin Nederland optreedt als 'doorstromer' van de rente (of royalty's), maar eerder op situaties waarin rente (of royalty's) laagbelast bij de buitenlandse vaste inrichting rendeert. Daarbij kan binnen EU-situaties met name worden gedacht aan (niet-verbonden⁴⁷) Nederlandse banken met een laagbelaste vaste inrichting binnen of buiten de EU, en aan banken gevestigd in EU-lidstaten die nog geen verdrag hebben met het VK of een verdrag dat een al dan niet gereduceerde bronheffing op rente kent, met een Nederlandse dochter die een laagbelaste vaste inrichting heeft binnen of buiten de EU. In niet EU-situaties kan

⁴³ De parlementaire behandeling van de goedkeuringswet geeft hier geen expliciete reden voor. Vermoedelijk is de gedachte dat de *purpose provisions* voldoende bescherming tegen misbruik vormen.

⁴⁴ Art. 39 BvdB 2001.

⁴⁵ Kamerstukken II, 2010-2011, 32 145, nr. 3, MvT, p. 19.

⁴⁶ Situaties met vaste inrichtingen in landen waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft worden blijkbaar, terecht, verondersteld te worden ondervangen door art. 32 lid 5 en art. 39 (verrekening voor passieve vaste-inrichtingswinst) BvdB 2001.

⁴⁷ In de zin van art. 3b van de EU-rente-royaltyrichtlijn.

gedacht worden aan zowel verbonden als niet verbonden financiers met een Nederlandse dochter die een laagbelaste vaste inrichting heeft binnen of buiten de EU. Blijkbaar waren de verdragsonderhandelaars toch nog niet geheel zeker van de waterdichtheid van de antimisbruikbepaling van lid 5 van art. 11, die situaties zoals deze reeds effectief zou moeten bestrijden.

Opmerkelijk is dat Nederland er niet voor heeft gekozen de problematiek van de triangular case, benaderd vanuit de 'woonstaat', in het Verdrag of Protocol nader uit te werken. Daarmee doelen wij op de problematiek van de voorkoming voor dubbele belasting die Nederland als woonstaat in een dergelijke triangular case moet verlenen: moet Nederland alleen voorkoming (vrijstelling) geven voor de v.i.-winst, of ook voor de (door de v.i.-staat eventueel niet verrekende) buitenlandse bronbelasting? Aangezien de positie van de bronstaat in deze triangular case nu uitdrukkelijk wordt beschreven, zou het niet vreemd zijn geweest als Nederland ervoor zou hebben gekozen de positie van de woonstaat ook te beschrijven. Hoewel deze kwestie door de Hoge Raad nu tweemaal is beslecht⁴⁸ en de uitkomst – Nederland verleent alleen verrekening voor de buitenlandse bronbelasting voor zover het inkomen feitelijk in de grondslag is begrepen – algemeen in overeenstemming met doel en strekking van de betreffende verdragen wordt geacht, is door meerdere auteurs gesignaleerd⁴⁹ dat de uitkomst niet in overeenstemming is met de tekst in de betreffende verdragen en zijn zelfs tekstvoorstellen voor verdragsaanpassing aangeleverd.⁵⁰ Wellicht vindt Nederland verdragsaanpassing te omslachtig, en onnodig gegeven de door de Hoge Raad gevonden oplossing.

48 HR 8 februari 2002, nr. 36.155, *NtFR* 2002/253, *BNB* 2002/184c en HR 11 mei 2007, nr. 42.385, *NtFR* 2007/944, *BNB* 2007/230.

49 Zie o.a. *WFR* 2002/1461, 'Hinken op twee gedachten in een driehoekssituatie', prof. mr. T. Bender en mr. F.A. Engelen, en *WFR* 2007/855, 'Over samenloop van verrekening en vrijstelling onder belastingverdragen'; de Hoge Raad oordeelt opnieuw in een triangular case (HR 11 mei 2007, nr. 42.385), mr. M.F. de Wilde.

50 Zie mr. M.F. de Wilde, t.a.p.