

Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel II)

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. Deel I (par. 2 t/m 9) verscheen in *MBB* van december 2010, deze bijdrage omvat deel II (par. 10 t/m 22). Voor de paragraafindeling wordt verwezen naar het eerste deel. Sinds de aanlevering van de kopij voor deel I is het goedkeuringswetsvoorstel inmiddels op 14 december 2010 aanvaard door de Eerste Kamer, zodat aangenomen mag worden dat het verdrag voor Nederland per 1 januari 2011 in werking zal treden. 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'. Voor overige inleidende opmerkingen wordt verwezen naar deel I van deze bijdrage.

10. Dividenden (art. 10)

10.1. Nationale wetgevingen

Het VK kent in beginsel geen bronbelasting op dividenden tenzij het uitkeringen door 'real estate investment trusts' (hierna REIT's) betreft. Het Britse tarief voor REIT's bedraagt in 2010, evenals in 2008 toen het verdrag getekend werd, 20%. Het tarief van de Nederlandse dividendbelasting bedraagt 15%. Ook zijn niet-inwoners van Nederland inkomsten- of vennootschapsbelasting verschuldigd over dividenden uitgekeerd op aandelen die deel uitmaken van een niet tot hun ondernemingsvermogen behorend aanmerkelijk belang, in welk geval de dividendbelasting verrekenbaar is. Voor zover het gaat om in buitenlandse, in de EU of EER gevestigde vennootschappen acht de Europese Commissie deze bepaling (art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969) in strijd met het EU-recht betreffende het vrije verkeer van kapitaal of het vrije verkeer van vestiging, maar ook met de Moeder-dochterrichtlijn.³

10.2. Verdeling heffingsbevoegdheid

Art. 10, lid 1 bepaalt dat dividenden, betaald door een lichaam dat inwoner is van de bronstaat aan een inwoner van de woonstaat, in de woonstaat mogen worden belast. Het tweede lid, onderdeel a (i) bepaalt dat het tarief voor portfoliodividenden 10% bedraagt, terwijl dit in de meeste Nederlandse verdragen thans nog 15% bedraagt. Voor uitkeringen door bepaalde vastgoedlichamen geldt echter een tarief van 15% (zie par. 10.3 hierna). Het tweede lid, onderdeel b, bepaalt of en in hoeverre de bronstaat dividenden mag belasten. Het tweede lid, onderdeel b, bepaalt dat een algehele vrijstelling van heffing in de bronstaat geldt in de gevallen waarin de *uiteindelijk gerechtigde* tot het dividend is:

- i. een lichaam dat inwoner is van de woonstaat en onmiddellijk of middellijk ten minste 10% van de stemmen beheerst in het lichaam dat de dividenden betaalt (niet zijnde een REIT);
- ii. een pensioenregeling;
- iii. een van belasting vrijgestelde organisatie die uitsluitend voor religieuze, liefdadige, wetenschappelijke, culturele (of voor meer dan een van deze doeleinden) is opgericht en wordt beheerd in en inwoner is van een verdragsluitende Staat (art. 4, lid 2, onderdeel b).

De term *uiteindelijk gerechtigde* wordt in het Verdrag niet gedefinieerd. Ook in de context is ons geen definitie of

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 Bericht Europese Commissie van 30 september 2010, nr. IP/10/1252, V-N 2010/50.16. In de nota naar aanleiding van het verslag, bij de artikelsgewijze behandeling van art. 13, gaf de staatssecretaris aan dat de bepaling zijn aandacht heeft, maar dat vanwege de demissionaire status van het kabinet het bestaansrecht en de toekomstige vormgeving van art. 17, lid 3, Wet VPB 1969 wordt overgelaten aan zijn opvolger.

omschrijving bekend. Derhalve moet op grond van art. 3, lid 2 worden aangenomen dat de term moet worden uitgelegd naar het nationale recht van de staat die het Verdrag toepast (lees: het gereduceerde brontarief toepast), waarbij de belastingwetgeving van de bronstaat voorrang heeft boven andere wetgeving van de bronstaat.

Ten slotte geldt het nultarief voor uitdelingen – al dan niet afkomstig uit onroerende zaken – waarbij de uiteindelijk gerechtigde een Nederlandse ‘pensioenregeling’ of vrijgestelde organisatie als bedoeld in art. 4, lid 2, onderdeel b is. Deze lichamen zijn derhalve niet meer aangewezen op de terugaafprocedure van art. 10 Wet DB.

Op de antimisbruikbepaling van het derde lid is in par. 9.1 (deel I) al ingegaan.

10.3. Uitkeringen door REIT en FBI

Het VK kent in beginsel geen bronbelasting op dividenden tenzij het uitkeringen door ‘real estate investment trusts’ (REIT’s) betreft. Onder de Britse wetgeving kunnen in het VK gevestigde vennootschappen met in aandelen verdeeld kapitaal kwalificeren als een REIT, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Zo mag een aandeelhouder maximaal 10% van de aandelen in de vennootschap bezitten en dient een minimumpercentage van het inkomen van de vennootschap uit inkomsten uit onroerend goed te bestaan (60 tot 75% van het inkomen, afhankelijk van het type vennootschap). Daarnaast is de vennootschap verplicht ten minste 90% – in sommige gevallen zelfs 100% – van deze inkomsten als dividenden uit te keren. Als aan alle voorwaarden wordt voldaan, zijn de onroerendgoedinkomsten van de REIT vrijgesteld van vennootschapsbelasting in het VK. Wel wordt op de uitgekeerde dividenden een bronbelasting van 20% ingehouden.

Het VK achtte het wenselijk om een zekere mate van bronheffing voor deze REIT’s in het Verdrag te handhaven, om te voorkomen dat door een REIT behaalde winsten in het VK geheel onbelast zouden blijven, nu in het Verdrag een tarief van 0% voor deelnemingsdividenden is geïntroduceerd (art. 10, lid 2, onderdeel b, onder i). Daarom is in art. 10, lid 2, onderdeel a, onder ii een bronheffingstarief van 15% opgenomen. Door de formulering van dit onderdeel is het 15%-tarief tevens van toepassing op Nederlandse fiscale beleggingsinstellingen (FBI’s) in de zin van art. 28 Wet VPB 1969, mits zij voldoen aan de voorwaarden van art. 10, lid 2, onderdeel a, onder ii. Hiermee worden FBI’s en REIT’s onder het Verdrag op gelijke wijze behandeld. Het 15%-tarief is gelijk aan het thans geldende Nederlandse tarief van de dividendbelasting.

Volgens art. 10, lid 2, onderdeel a, onder ii geldt het verdragstarief van 15% voor dividenden:

- a. die worden betaald uit (‘where those dividends are paid out of ...’) inkomsten of voordelen (‘income or gains’) die, onmiddellijk of middellijk, afkomstig zijn uit onroerende goederen in de zin van art. 6⁴,
- b. via een investeringsvehikel dat het merendeel van deze inkomsten jaarlijks uitdeelt, *en*
- c. waarvan de inkomsten uit deze onroerende goederen vrijgesteld zijn van belasting.

Hoewel uit de verwijzing in art. 10, lid 2, onderdeel a, onder ii, sub a naar de definitie van onroerende goederen in art. 6 zou kunnen worden afgeleid dat alleen onroerende goederen in Nederland of het VK als verdragsstaten meetellen, maakt de memorie van antwoord duidelijk dat alle onroerend goed waar ook gelegen meetelt.⁵

Vermeulen constateert dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen kleine en grote beleggers in een REIT.⁶ Een alternatieve benadering die dat onderscheid wel maakt, wordt beschreven in hoofdstuk IV van het OESO-commentaar op art. 10 (ingevoegd in 2008), waar de kleine belegger wordt geacht noch controle over, noch een band met het onderliggende onroerend goed te hebben en derhalve in feite slechts een portfoliodividend van de REIT te ontvangen, zodat een vermindering van de bronbelasting tot 15% gerechtvaardigd lijkt. Een grote belegger kan in deze benadering worden geacht genoemde controle over en band met het onderliggende onroerend goed wel te hebben en rechtstreeks in de onderliggende onroerende goederen te investeren, zodat een vermindering van de (bron)belasting ten aanzien van de grote belegger niet voor de hand ligt.⁷

De voorwaarden van art. 10, lid 2, onderdeel a, onder ii bevatten geen kwantitatief criterium op grond waarvan een bepaald percentage van de activa van de onroerendgoedvennootschap uit onroerende goederen moet bestaan. Indien een FBI investeert in onroerende goederen en andere vermogensbestanddelen is het 15%-tarief enkel van toepassing op de dividenden die deze FBI uitkeert en die voortvloeien uit de investeringen in deze onroerende goederen. De overige dividenden vallen dan onder het 10%-tarief van art. 10, lid 2, onderdeel a, onder i.⁸ Vermeulen geeft in overweging om een kwantitatief bezitscriterium (bijvoorbeeld

4 M.a.w. onroerend goed in de bronstaat. In haar commentaar (3.2) heeft de NOB verzocht dit te bevestigen. Het antwoord troffen wij niet aan in de nota n.a.v. het verslag (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6).

5 Kamerstukken I, 2010-2011, 32 145 nr. C, memorie van antwoord, p. 14.

6 Vermeulen, t.a.p. p. 1 en 2.

7 Lid 67.3 commentaar art. 10 OESO-Modelverdrag.

8 Kamerstukken I, 2010-2011, 32 145 nr. C, memorie van antwoord, p. 14.

'grotendeels') in te voeren.⁹ ¹⁰ Op REIT's en FBI's die onder de bezitgrens blijven is dan het 10%-tarief van toepassing op alle dividenden, op REIT's en FBI's die de bezitgrens overschrijden het 15%-tarief op dividenden uit inkomsten uit onroerende goederen en het 10%-tarief op inkomsten uit overige vermogensbestanddelen. Het probleem met een kwantitatief bezitscriterium is echter dat REIT's of FBI's die onder een dergelijk criterium niet als investeringsvehikel kwalificeren, het 0%-tarief deelachtig zouden kunnen worden, hetgeen niet in de bedoeling ligt van de verdragsluitende staten. Dit had volgens ons echter vrij eenvoudig kunnen worden opgelost door een tekstuele aanpassing van art. 10, lid 2, onderdeel b, onder i.

10.4. Interactie met EU-recht

Er kunnen zich situaties voordoen waarin het Verdrag heffing over dividenden – dan wel het niet verlenen van een teruggaaf van ingehouden dividendbelasting – door de bronstaat toestaat, terwijl dit een schending van het vrije verkeer van kapitaal, het vrije verkeer van vestiging of van de Moeder-dochterrichtlijn oplevert.¹¹ In dat geval prevaleert het EU-recht.

Indien een Nederlandse vennootschap dividend uitkeert aan haar Britse moedervenootschap, geldt (thans) op grond van de implementatie van de Moeder-dochterrichtlijn in art. 4, lid 2, Wet op de dividendbelasting 1965 ("Wet DB 1965") een vrijstelling van dividendbelasting indien het aandelenbezit zou kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening indien de moedermaatschappij in Nederland zou zijn gevestigd. In de regel is hiervoor vereist dat de moeder minimaal 5% van het nominaal gestorte kapitaal van de Nederlandse vennootschap houdt.¹² Omdat art. 10, lid 2, onderdeel b, onder i aanknoopt bij het stemrecht in de uitdelende vennootschap, zal ingevolge art. 4, lid 2, Wet DB 1965 jo. art. 13, lid 3, Wet VPB 1969 een minimumbelang van 5% van de stemmen in het uitdelende lichaam vereist zijn. Onder het Verdrag zou voor een vrijstelling van dividendbelasting een minimumstemrechtbezit van 10% ook volstaan. De (implementatie van de) Moeder-dochterrichtlijn is in dat geval gunstiger

en gaat in beginsel voor op het Verdrag. Voor de vraag of en in hoeverre de antimisbruikvoorwaarde van art. 10, lid 3 verenigbaar is met EU-recht zie par. 9.2 van deze bijdrage (deel I).

10.5. Begrip dividend

De definitie van dividenden in art. 10, lid 4, Verdrag 1980 luidt: 'voor de toepassing van de Nederlandse wetgeving al hetgeen ingevolge de Nederlandse wetgeving is onderworpen aan dividendbelasting'. In art. 10, lid 4 wordt de definitie van het OESO-Modelverdrag gehanteerd, dat aanknoopt bij de nationale wetgeving van de bronstaat.

Art. VI van het Protocol beoogt niet art. 13 maar art. 10 van toepassing te verklaren op inkomsten die worden ontvangen in verband met liquidatie van een lichaam of inkoop van eigen aandelen. De formulering in onderdeel VI, dat het wel te verstaan is dat deze inkomsten voor de Nederlandse belastingheffing worden behandeld als inkomsten uit aandelen en niet als vermogenswinsten is een inmiddels bekende 'reparatie' van het 'aandeleninkoop-arrest'¹³ en van het 'liquidatie-arrest'¹⁴, waarin de Hoge Raad deze inkomsten nog kwalificeerde als vervreemdingsvoordelen en het exclusieve heffingsrecht op grond van het vermogenswinstartikel in de betreffende verdragen werd toegewezen aan de woonstaat van de aandeelhouder.

10.6. Verplaatsing feitelijke leiding bv naar VK

Een naar Nederlands recht opgericht lichaam met in aandelen verdeeld kapitaal is op grond van de fictie van art. 1, lid 3, Wet DB 1965 altijd in Nederland gevestigd, ongeacht haar plaats van feitelijke leiding, met als gevolg dat dividendbelasting wordt geheven over winstuitkeringen door dit lichaam. De Hoge Raad heeft in *BNB 1992/379*¹⁵ geoordeeld dat een dergelijke heffing over een dividenduitkering door een Nederlandse bv, die vanaf de oprichtingsdatum al haar activiteiten in Ierland had, in strijd was met art. 8, lid 9, Verdrag Nederland-Ierland. Omdat deze bepaling nagenoeg identiek was aan art. 10, lid 5, OESO-Modelverdrag, werd geoordeeld dat het verbod op extraterritoriale heffing ook geldt voor heffing van dividendbelasting op winstuitkeringen door de bv.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde indien deze bv al haar activiteiten in het VK zou hebben gehad (art. 10, lid 7, Verdrag 1980). Omdat Nederland in de dividendbelasting geen

⁹ Vermeulen, t.a.p. 3.1.2.4, p. 4.

¹⁰ Ten aanzien van UK REIT's zou gezegd kunnen worden dat onder Brits nationaal recht al een soort kwantitatief criterium geldt, ten aanzien van het inkomen afkomstig uit onroerende zaken.

¹¹ O.a. *Denkavit France*, HvJ EG 14 december 2007, zaak C-170/05; *Amurta*, HvJ EG 8 november 2007, zaak C-379/05; *Hof Amsterdam* 2 maart 2009, nr. 04/01252, *NtFR* 2009/664 en brief van 13 december 2007, nr. AFP2007/934U, *NtFR* 2007/2296, *V-N* 2008/2.26; *Infractieprocedure tegen Nederland* HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-521/07; *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-303/87; *Infractieprocedure tegen Italië* HvJ EG 19 november 2009, zaak C-540/07; *Infractieprocedure tegen Spanje* HvJ EG 3 juni 2010, zaak C-487/08; *Rechtbank Breda* 3 maart 2010, nr. 08/04709, *NtFR* 2010/930, *V-N* 2010/25.2.2.

¹² Art. 4, lid 2, onder 2, Wet DB 1965 jo. art. 13, lid 2, onderdeel b, Wet VPB 1969.

¹³ HR 12 december 2003, nr. 38.461, *NtFR* 2003/2126, *BNB* 2004/123c.

¹⁴ HR 9 juni 2006, nr. 41.376, *NtFR* 2006/845, *BNB* 2007/41.

¹⁵ HR 2 september 1992, nr. 27.252, *BNB* 1992/379. ('Ierland I', verbod op 'extraterritoriale heffing').

exitheffing kent, is dit een route om bestaande dividendbelastingclaims te elimineren.¹⁶

De toepassing van art. 10, lid 6, Verdrag zou eveneens de heffing van dividendbelasting onmogelijk maken, mits de bv kwalificeert als lichaam dat inwoner is van het VK in de zin van art. 4. Omdat de bv op grond van haar plaats van oprichting echter tevens inwoner van Nederland is, bepaalt art. 4, lid 4 dat de autoriteiten in onderling overleg vaststellen of de bv verdragsinwoner van het VK of van Nederland is. Indien misbruik wordt gevreesd kunnen de autoriteiten bepalen dat de bv als verdragsinwoner van Nederland kwalificeert. Indien het VK dit niet wenst, kan Nederland hetzelfde bereiken door te concluderen dat er geen overeenstemming wordt bereikt, in welk geval de bv geacht wordt van geen van beide staten inwoner te zijn (art. 4, lid 4, tweede volzin).

11. Rente en royalty's (art. 11 en 12)

Art. 11, lid 1, Verdrag spreekt over: 'rente (...) die wordt verkregen door een inwoner van de andere verdragsluitende Staat die de uiteindelijke gerechtigde is (...)'. Art. 11, lid 1 van het oude verdrag sprak over: 'rente (...) die wordt verkregen door een inwoner van de andere Staat, die de uiteindelijke gerechtigde tot de rente is'. De vraag die opkomt is of deze gewijzigde redactie, 'de uiteindelijk gerechtigde' in plaats van 'de uiteindelijk gerechtigde tot de rente', bewust bedoeld is om een verdragstoepassing vergelijkbaar met die welke het onderwerp was van HR 6 april 1994¹⁷ te voorkomen.¹⁸ In dit arrest kocht een in het VK gevestigde Ltd. van een inwoner uit een derde land dividendbewijzen van Koninklijke Olie, zonder de onderliggende aandelen te kopen, nadat het dividend was gedeclareerd maar voor betaalbaarstelling. De vraag was of VK Ltd. gerechtigd was

tot teruggaaf van 10% Nederlandse dividendbelasting (de verkoper van de dividendbewijzen zou onderworpen zijn geweest aan 25% Nederlandse dividendbelasting). Dit was afhankelijk van het antwoord op de vraag of VK Ltd. kon worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. De Hoge Raad oordeelde dat VK Ltd. door aankoop van de winstbewijzen uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden was geworden, aangezien het verdrag niet eiste dat de dividendgerechtigde tevens uiteindelijk gerechtigde is van de onderliggende aandelen. Art. 11, lid 1, Verdrag laat in het midden of de genietter van de rente de uiteindelijk gerechtigde moet zijn tot de rente, tot de onderliggende schuldvorderingen, of tot beide. Het Explanatory Memorandum spreekt opmerkelijk genoeg (weer) over 'uiteindelijk gerechtigdheid tot de rente'. In de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringwet worden hier helaas geen woorden aangewijd. Overigens zal dit punt met name voor het VK van belang kunnen zijn, aangezien het VK wel en Nederland geen bronheffing kent op rente,¹⁹ en dan ook nog alleen in situaties waar de EU Rente-royaltyrichtlijn niet van toepassing is.

Lid 5 van art. 11 (renteartikel) en lid 5 van art. 12 (royaltyartikel) bevatten nu dezelfde antimisbruikbepaling die ook in het dividendartikel voorkomt, en die in par. 9.1 (deel I) reeds is toegelicht.

12. Vermogenswinsten (art. 13 en art. III en VI Protocol)

12.1. Vervreemding van onroerende zaken (art. 13, lid 1)

De toewijzing van het heffingsrecht over voordelen verkregen uit de vervreemding van onroerende zaken in art. 13, lid 1 luidt conform het OESO-Modelverdrag en het Nederlandse verdragsbeleid zoals beschreven in de Notitie internationaal fiscaal verdragsbeleid. Art. 13, lid 1 bepaalt dat voordelen, die een inwoner van de woonstaat verkrijgt uit de vervreemding van onroerende goederen die in de bronstaat zijn gelegen, in de bronstaat mogen worden belast. Wijzigingen ten opzichte van art. 13, lid 1, Verdrag 1980 doen zich niet voor.

12.2. Belangen in lichamen met bronstaatvastgoed (art. 13, lid 4)

In de regel zijn voordelen uit de vervreemding van aandelen (en andere roerende goederen) uitsluitend belastbaar

16 Omdat een vergelijking met het 'drielandpunt-arrest' (HR 28 februari 2001, nr. 35.557, *NtFR* 2001/372, *BNB* 2001/295) tot de verbeelding spreekt, merken wij nog het volgende op. In het drielandpunt-arrest ging het om een situatie waarin in naar Nederlands recht opgerichte vennootschap haar feitelijke leiding verplaatste naar de Nederlandse Antillen en aandelen inkocht van inmiddels in België woonachtige aandeelhouders. Een bepaling zoals art. 10, lid 5, OESO-Modelverdrag ontbreekt in de BRK. Niettemin bepaalde de Hoge Raad dat het *winner/loser*-resultaat op grond van de 'tiebreaker' in de BRK (het 'horizontale verdrag') doorwerkte naar het verdrag Nederland-België (het 'verticale verdrag'). Op grond van een dubieuze redenatie komt de Hoge Raad tot de conclusie dat het Nederland op grond van art. 10 Verdrag Nederland-België (1970) niet is 'toegestaan' te heffen omdat de uitkerende vennootschap voor de toepassing van dit verdrag niet als inwoner van Nederland kwalificeert. Aangenomen wordt dat de reikwijdte van dit arrest, gezien de zeer specifieke bepalingen waarop het is gebaseerd, beperkt blijft tot vergelijkbare situaties. De conclusie dat een tiebreaker in een horizontaal verdrag door interactie met het verticale verdrag in zijn algemeenheid tot hetzelfde resultaat leidt als een bepaling zoals art. 10, lid 5, OESO-Modelverdrag lijkt onjuist.

17 HR 6 april 1994, nr. 28.638, *BNB* 1994/217.

18 Bijvoorbeeld bij verkoop van rentecoupons aan derden die een betere verdragsbescherming genieten.

19 Behoudens de dividendbelasting op 'rentebetalingen' op hybride leningen, de vennootschapsbelastingheffing (ingevolge art. 17a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969) op rente op niet tot een ondernemingsvermogen behorende schuldvorderingen van een buitenlands lichaam op een Nederlands lichaam waarin het buitenlands lichaam een aanmerkelijk belang houdt, en de inkomstenbelasting op rente onder de zogenoemde terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001).

in de woonstaat van de vervreemder. Art. 13 Verdrag 1980 bevat geen bijzondere bepaling voor vervreemding van aandelen in lichamen met vastgoed in de bronstaat. Op verzoek van het VK is in het Verdrag een dergelijke bepaling opgenomen in art. 13, lid 4, op grond waarvan vermogenswinsten behaald met de verkoop van aandelen in deze vennootschappen door een inwoner van één van de verdragsluitende staten, ter heffing zijn toegewezen aan de staat waarin het onroerend goed is gelegen.

Opname van een dergelijke bepaling maakt geen deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid en een dergelijke bepaling wordt slechts in enkele gevallen en zo mogelijk onder stringenter voorwaarden dan de in het OESO-Modelverdrag opgenomen bepaling, door Nederland in een verdrag geaccepteerd, aldus de toelichting op art. 13, lid 4 in de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag.²⁰

Art. 13, lid 4 kent het heffingsrecht toe aan de bronstaat indien het gaat om vervreemding van aandelen of daarmee vergelijkbare belangen die meer dan 75% van hun waarde middellijk of onmiddellijk ontlenen aan bronstaatvastgoed.²¹ Echter, op dit beginsel zijn de volgende beperkingen aangebracht:

- onroerende zaken waarin het lichaam of de houders van de aandelen/belangen hun bedrijf uitoefenen tellen niet mee als bronstaatvastgoed;
- de woonstaat heeft het heffingsrecht indien de vervreemdende inwoner van de woonstaat vóór de eerste vervreemding minder dan 50% van de aandelen of belangen bezat;
- de woonstaat heeft het heffingsrecht indien de aandelen of belangen worden verhandeld aan een erkende effectenbeurs²²;
- de woonstaat heeft het heffingsrecht indien de voordelen voortvloeien uit een bedrijfsreorganisatie, -fusie, -splitting of soortgelijke transactie;
- de woonstaat heeft het heffingsrecht indien de vervreemdende inwoner van de woonstaat kwalificeert als pensioenregeling (pension scheme), mits de voordelen niet voortvloeien uit de, middellijke of onmiddellijke, uitoefening van een bedrijf door die pensioenregeling.

Kamerleden en NOB hebben gevraagd of in bestaande situaties, waarin Nederland thans geen heffingsrecht heeft,

maar onder het nieuwe Verdrag wel, op grond van de compartimenteringsgedachte het aandelenbelang, dat in geval van vervreemding leidt tot voordelen die ter heffing aan Nederland zijn toegewezen op grond van art. 13, lid 4, Verdrag, bij inwerkingtreding van het Verdrag tegen waarde in het economische verkeer gewaardeerd mag worden.²³ Vooral nog ziet de minister van Financiën geen reden voor compartimentering omdat het VK, evenals Nederland, 'slechts zeer beperkt heft over vermogenswinsten van niet-inwoners behaald met zogenoemde onroerend goedvennootschappen. Mocht er in de praktijk dubbele heffing ontstaan, dan zijn belastingplichtigen aangewezen op de in artikel 25 neergelegde mogelijkheid tot onderling overleg.²⁴

12.3. Aanmerkelijkbelangaandelen (art. 13, lid 6)

In art. 13, lid 6 is op verzoek van Nederland een bepaling voor aanmerkelijk belanghouders opgenomen. Op basis van deze bepaling kunnen voormalige inwoners van Nederland (natuurlijke personen) tot en met tien jaar na hun emigratie naar het VK in Nederland worden belast voor de winst door hen behaald met de vervreemding van aandelen in een lichaam dat in Nederland is gevestigd. Ten aanzien van de belastingplichtige aan wie bij gelegenheid van zijn emigratie uit Nederland een conserverende aanslag met betrekking tot inkomen uit aanmerkelijk belang is opgelegd, wordt deze heffing slechts geëffectueerd met betrekking tot dat deel van de conserverende aanslag dat op het moment van daadwerkelijke vervreemding van het aanmerkelijke belang nog openstaat. Op verzoek van het VK is de drempel voor toepassing van het zesde lid gesteld op 20% van het geplaatste kapitaal van een bepaalde soort aandelen.

12.4. Temporary non-residents (art. 13, lid 7)

Op verzoek van het VK is art. 13, lid 7 opgenomen betreffende vermogenswinsten behaald door personen die binnen een periode van zes jaar weer terugkeren naar de verdragsstaat waaruit zij waren geëmigreerd. Vermogenswinsten behaald gedurende deze zes jaar, mogen worden belast in de woonstaat (lid 7). Het VK heeft ingevolge art. 13, lid 5 reeds het heffingsrecht over vermogenswinsten behaald door een inwoner van het VK, met uitzondering van de vermogenswinsten die vallen onder het eerste tot en met het vierde lid.

Met deze bepaling beoogt het VK zijn nationale heffingsmogelijkheden ten aanzien van vermogenswinsten behaald door zogenoemde 'temporary non-residents' te zuiveren. Doel is te voorkomen dat personen uit het VK emigreren om een vermogensbestanddeel vrij van Britse vermogens-

20 Recent heeft Nederland vergelijkbare concessies gedaan jegens Zwitserland (art. 13, lid 4, Verdrag van 26 februari 2010, V-N 2010/61) en Japan (art. 13 lid 2, Verdrag van 25 augustus 2010, V-N 2010/44).

21 Het alternatieve art. 13 lid 4, OESO-Modelverdrag hanteert als kwantitatief criterium meer dan 50%. Nederland heeft in plaats hiervan kunnen bedingen dat meer dan 75% vereist is.

22 Opgenomen op Nederlands verzoek, aldus de memorie van toelichting.

23 HR 12 juli 2002, nr. 36954, BNB 2002/402.

24 Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6, toelichting op art. 13.

winstbelasting te vervreemden en vervolgens weer terugkeren naar het VK. Volgens het VK zijn dergelijke situaties met name denkbaar bij trusts, daar een trust volgens Brits recht inwoner is van het land waar de trustee van de trust zijn gevestigd. Een trust kan derhalve betrekkelijk eenvoudig emigreren. Indien een 'temporary non-resident' binnen zes jaar na emigratie terugkeert naar het VK, worden alle vermogenswinsten, die zijn behaald tijdens de Nederlandse periode, in het VK in aanmerking genomen in het jaar van terugkeer. Indien de vermogenswinsten in Nederland in die periode ook in de heffing zijn betrokken, zal het VK voorkoming van dubbele belasting geven voor deze Nederlandse belasting (art. 21, lid 7, onderdeel a). Dit om te voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag welke verdragsstaat voorkoming van dubbele belasting zou moeten geven. In art. 21, lid 7, onderdeel b wordt zekerheidshalve bevestigd dat voor de andere leden van art. 13 de reguliere methodiek ter voorkoming van dubbele belasting geldt.

13. Inkomsten uit dienstbetrekking (art. 14)

13.1. De hoofdregel van art. 14, lid 1

Art. 14, lid 1 bepaalt dat inkomsten uit een dienstbetrekking belast mogen worden in de woonstaat, tenzij de dienstbetrekking in de andere staat wordt uitgeoefend. Dit is conform het OESO-Modelverdrag en het Verdrag 1980 en op de verdragstekst als zodanig valt niets aan te merken. In de praktijk zullen eventuele kwalificatieverschillen zich voordoen bij de afbakening van het arbeidsartikel ten opzichte van de toepassing van de overige verdragsbepalingen door het VK en Nederland.

Zo is het bijvoorbeeld aan Nederlandse zijde vaste jurisprudentie dat de artikelen 14 t/m 19 een gesloten systeem vormen. Aldus werd het restartikel niet toegepast op een vergoeding wegens te derven inkomsten als gevolg van de niet-nakoming van een arbeidsovereenkomst door de werkgever.²⁵ Het is echter niet vanzelfsprekend dat een Verdragspartner hier ook zo over denkt. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij ontslagvergoedingen wegens beëindiging van een dienstbetrekking. Tenzij sprake is van een vergoeding voor immateriële schade zal Nederland art. 14 toepassen, waarbij de Hoge Raad de situatie in het jaar van ontslag en de daaraan voorafgaande vier jaren als referentieperiode hanteert en doorbelasting naar de lokale groepsmaatschappij doorslaggevend acht voor het claimen van aftrek ter voorkoming van dubbele belasting.²⁶ In het VK zijn enkele

uitspraken geweest die erop duiden dat het restartikel zou kunnen worden toegepast op ontslagvergoedingen.²⁷

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, wijkt de Nederlandse benadering van de belastbaarheid van voordelen uit de uitoefening van aandelenopties²⁸ niet wezenlijk af van de Britse benadering.²⁹

13.2. De 183-dagenregel

Evenals Nederland past het VK (sinds 1995) bij de toepassing van art. 14, lid 2, onderdeel b een benadering toe waarbij de materiële werkgever moet worden geïdentificeerd. Baker³⁰ meldt hierover: 'This led to a discussion in the Parliamentary Standing Committee of the issue of determining who was the employer, and further clarification by the Inland Revenue that employees who visit the UK for less than 60 days are not regarded as taxable in the UK on their employment income.'³¹ The UK position on short-term visits by employees is set out in Appendix 4 to the Employment Procedures Manual.³² De termijn van zestig dagen zien we aan Nederlandse zijde terug in het besluit van 12 januari 2010.³³

Indien de bronstaat onder zijn nationale wetgeving constateert dat sprake is van een materiële werkgever, door of namens wie de beloning wordt betaald, lijkt het uitgangspunt van het commentaar op art. 15 OESO-Modelverdrag te zijn, dat de woonstaat de kwalificatie van de bronstaat moet volgen en aftrek ter voorkoming van dubbele belasting moet toestaan.³⁴

13.3. Dienstbetrekking in internationaal vervoer (art. 14, lid 3)

Beloningen verkregen door een inwoner van een verdragsstaat ter zake van een dienstbetrekking als lid van de bemanning van een schip of luchtvaartuig dat in internationaal verkeer wordt geëxploiteerd, zijn slechts in de woonstaat belastbaar. Dit is conform het Nederlands Standaardverdrag, maar wijkt af van de 'OESO-norm' en het Verdrag

27 Aldus de Special Commissioner in *Resolute Management Services Ltd. Mrs. Kathleen Ann Haderlein v. Revenue & Customs* [2008] UKSPC. In een andere casus werd het arbeidsartikel toegepast, *Special Commissioner, Squirrel v. HMRC* [2005] STC (SCD) 717. Te raadplegen via www.bailii.org/uk.

28 Zie besluit van 11 februari 2002, nr. IFZ2002/40M.

29 Zie de onderdelen 12 t/m 12.15 van het OESO-commentaar op art. 15 OESO-Modelverdrag en Ph. Baker Q.C., *Double Tax Conventions*, 2010, onderdeel 15B.06.

30 Ph. Baker Q.C., *Double Tax Conventions*, 2010, onderdeel 15B.16.

31 'Inland Revenue', *Tax Bulletin*, oktober 1996, p. 358.

32 Zie <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/epmanual/EPAPP4.htm>.

33 Besluit van 12 januari 2010, nr. DGB2010/267M, *Stcrt.* 2010, 788, o.a. gepubliceerd in *NTFR* 2010/457 en *V-N* 2010/7.15.

34 Commentaar op art. 15, lid 2, punt 8.10. Zie ook Pötgens en De Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010/6870, p. 1028, rk.

25 HR 10 augustus 2001, nr. 35.761, *BNB* 2001/353, r.o. 3.5.

26 HR 11 juni 2004, nr. 37.714, *NTFR* 2004/941, *BNB* 2004/344 en nr. 38.112, *NTFR* 2004/942, *BNB* 2004/345, HR 19 november 2004, nr. 39.158, *NTFR* 2004/1749, *BNB* 2005/56 en nr. 39.695, *NTFR* 2004/1773, *BNB* 2005/57.

1980 die het heffingsrecht toewijzen aan de woonstaat van de onderneming. Deze wijziging, die op verzoek van het VK is opgenomen in het Verdrag, kan leiden tot een verschuiving van heffingsrechten. Om hier aan tegemoet te komen is in art. 30, lid 3 in een overgangsregeling van drie jaar voorzien.

13.4. Dienstbetrekking buitengaats, *niet* aan boord van schip of luchtvaartuig

De tekst van art 23, lid 6, onderdeel a is nagenoeg identiek aan die van art. 22A, lid 8, onderdeel a, Verdrag 1980: '...mogen salarissen, lonen en soortgelijke beloningen, verkregen door een inwoner van een van de Staten ter zake van een dienstbetrekking in verband met werkzaamheden buitengaats in de andere Staat, voor zover de dienstbetrekking in de andere Staat buitengaats wordt uitgeoefend, in de andere Staat worden belast.' (*cursivering JH/JW*). De gecursiveerde passage benadrukt dat de dienstbetrekking fysiek buitengaats moet worden uitgeoefend. Ook de artikelsgewijze memorie van toelichting lijkt hiervan uit te gaan: 'Deze regeling stemt overeen met de voor dienstbetrekkingen geldende hoofdregel, zoals neergelegd in artikel 14, eerste lid, van het Verdrag.' Conform punt 1 van het commentaar op art. 15 OESO-Modelverdrag wordt dan immers aangeknoopt bij de fysieke aanwezigheid ten tijde van de uitoefening van de dienstbetrekking. De memorie van toelichting vervolgt: 'De in artikel 14, tweede lid, van dit Verdrag neergelegde uitzonderingsbepaling (exclusieve woonstaathetfing bij tijdelijke uitzending) ontbreekt echter in artikel 23. Reden is dat met name het 183-dagencriterium dat gehanteerd wordt in artikel 14, tweede lid, onder a, in de praktijk zeer moeilijk te controleren is bij werkzaamheden op het continentale plat.'

Onder het Verdrag 1980 heeft de behandeling van personeel 'aan wal' de nodige deining veroorzaakt. Voor personeel 'aan wal' gold het aan art. 23, lid 6a, Verdrag nagenoeg identieke art. 22A, lid 8, onderdeel a, Verdrag 1980 *niet*, aldus de Hoge Raad in *BNB 2002/125*.³⁵ In deze casus had een Nederlandse bedrijfsjurist voor zijn werkgever fysiek 13 dagen in het VK (en 28 dagen in de VS) gewerkt. De werkgever had in het VK geen 'gewone' vaste inrichting in de zin van art. 5 Verdrag 1980, maar wel een 'fictieve' vaste inrichting op grond van art. 23 voor werkzaamheden buitengaats. Omdat fysiek in de bronstaten was gewerkt, kwam de vraag aan de orde of de 183-dagenuitzondering van toepassing was, of dat deze toepassing miste omdat het loon ten laste van een vaste inrichting in de zin van art. 15, lid 2, onderdeel c, Verdrag 1980 was gekomen. De Hoge Raad oordeelde dat inderdaad sprake was van een vaste inrich-

ting in het VK, dat het loon ter zake van de werkzaamheden in het VK ten laste kwam van die vaste inrichting, en dat het heffingsrecht over dat deel van het loon toekwam aan het VK. De essentie is dan, dat niet van belang is of de bedrijfsjurist in het VK belasting heeft betaald over dat inkomen; art. 22A, lid 10, Verdrag 1980 bevat wel deze voorwaarde, maar verwijst naar lid 8, onderdeel a, dat nu juist niet geldt voor personeel aan wal.

In het Verdrag wordt beoogd dit gat te dichten doordat art. 23, lid 7 de onderworpenheidseis uitbreidt tot bestanddelen van het inkomen die ingevolge de art. 7 en 14 jo. art. 23, lid 3, lid 5 en lid 6, onderdeel a in het VK mogen worden belast.³⁶

Ten slotte kan hier worden opgemerkt dat art. 23, lid 7 Verdrag voor de voorkoming van dubbele belasting van inkomsten uit dienstbetrekking buitengaats verwijst naar de vrijstellingsmethode van art. 21, lid 2. Art. 22A, lid 9, Verdrag 1980 verwijst naar de minder gunstige verrekeningsmethode van art. 22, lid 2, onderdeel c van dat verdrag. Echter, indien aan de hand van bewijsstukken kan worden aangetoond dat in het VK belasting is betaald over het betreffende inkomen verwijst art. 22A, lid 10, Verdrag 1980 naar de vrijstellingsmethode van art. 22, lid 2, onderdeel b van dat verdrag. Het 'bewijsvereiste' vervalt in het Verdrag omdat deze eis inmiddels reeds is opgenomen in de nationale uitvoeringsregels van Nederland³⁷ en het VK. Met deze aanpassing is geen materiële wijziging beoogd (afgezien van het onwaarschijnlijke geval dat de werknemer buitengaats in het VK belasting heeft betaald, maar dit niet kan aantonen, en dan onder het Verdrag in het geheel geen recht zou hebben op voorkoming).

13.5. Verwerking Britse socialezekerheidspremies in de Nederlandse aangifte

Gelet op de intensiteit van het verkeer van werknemers en zzp'ers tussen Nederland en het VK, wekt het verbazing dat inmiddels wel is uitgewerkt hoe Belgische, Duitse en Luxemburgse socialezekerheidspremies moeten worden verwerkt bij de bepaling van het fiscale loon in de Nederlandse aangifte inkomstenbelasting, maar dat dit niet geldt voor Britse socialezekerheidspremies. De praktijk lost dit op door deze aanspraken dan maar te negeren. Het zou de Belastingdienst sieren indien een analyse van de Britse soci-

³⁶ Wat ons betreft had dat beter in de memorie van toelichting toegelicht kunnen worden, zoals wel is geschied bij de aanbidding van het belastingverdrag met Azerbeidzjan van 22 september 2008; Kamerstukken, 2009-2010, 32 180, A/1 en B/2, opgenomen in *V-N 2009/63*, 11, p. 44.

³⁷ Onderdeel 3.5, besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664, *Stcrt.* 2008, 151, *NTRF* 2008/1600.

alezekerheidspremies wordt gemaakt en toegevoegd aan de opvolger van het besluit van 7 april 2009.³⁸

14. Directeursbeloningen (art. 15 jo. art. VIII Protocol)

Onder het Verdrag 1980 mogen bestuurders- en commissarissenbeloningen verkregen door inwoners van de ene staat worden belast in de andere staat, waar het lichaam zijn woonplaats heeft, tenzij de werkzaamheden redelijkerwijs in verband gebracht kunnen worden met een vaste inrichting in de eerste staat (art. 16 Verdrag 1980). In afwijking hiervan bepaalt art. 15 Verdrag nu dat de werkzaamheden mogen worden belast in de staat waar het lichaam zijn woonplaats heeft, voor zover die beloningen zijn toe te rekenen aan diensten verleend in de woonstaat. Beloningen voor bestuurdersactiviteiten verricht in de woonstaat of in een derde staat zijn belastbaar in de woonstaat. Deze bepaling is opgenomen op verzoek van het VK³⁹ maar wordt ook door Nederland als een technische verbetering beschouwd.⁴⁰

Voor directeursbeloningen als bedoeld in art. 15 wordt aan Nederlandse zijde aftrek ter voorkoming van dubbele belasting verleend volgens de verrekeningsmethode. Aan te nemen valt echter dat de vrijstellingsmethode kan worden toegepast indien wordt voldaan aan de voorwaarden van het besluit van 18 juli 2008.⁴¹

15. Pensioenen, lijfrenten en socialezekerheidsuitkeringen (art. 17, art. 30, lid 4 en art. IX en X Protocol)

Het Verdrag bevat, net als het Verdrag 1980, een artikel betreffende werkzaamheden verricht in overheidsdienst en een artikel betreffende pensioenen. Art. 19, lid 2, Verdrag 1980 betreffende werkzaamheden in overheidsdienst is tevens van toepassing op overheidspensioenen. Gevolg hiervan is dat wanneer een werknemer zowel in de private als publieke sector pensioen heeft opgebouwd, zijn pensioenuitkeringen onder het Verdrag 1980 dienen te worden gesplitst in een gedeelte waarop het reguliere pensioenartikel (woonstaatheffing) van toepassing is en een gedeelte dat onder de reikwijdte van art. 19 Verdrag 1980 valt (bronstaatheffing). Omdat dergelijke splitsingen in de praktijk vaak lastig te maken zijn en veel administratieve lasten met zich meebrengen, is in het Verdrag afgezien van een regeling voor overheidspensioenen. Alle pensioenuitkeringen

en soortgelijke uitkeringen⁴² vallen hierdoor voortaan onder het reguliere pensioenartikel (hoofregel: woonstaatheffing), art. 17, ongeacht of deze zijn opgebouwd in de private of de publieke sector. Het resultaat is een verschuiving van heffingsrechten over overheidspensioenen van de bronstaat naar de woonstaat. Daar de effectieve belastingdruk, inclusief socialezekerheidspremies, over pensioenuitkeringen in Nederland en het VK niet gelijk is, kan het voorgaande leiden tot een verandering van de effectieve lastendruk voor bepaalde groepen van belastingplichtigen. Om eventuele negatieve effecten in de effectieve lastendruk te mitigeren, zijn partijen overeengekomen dat de regeling van het Verdrag 1980 na inwerkingtreding van het nu voorliggende Verdrag nog van toepassing kan blijven voor die belastingplichtigen die daar prijs op stellen. In de inwerkingtredingsbepaling van het Verdrag is hiertoe een overgangsregeling opgenomen (art. 30, lid 4).

Voor pensioenen, lijfrenten en uitkeringen betaald krachtens de bepalingen van een sociaalzekerheidsstelsel van een verdragsluitende staat geldt in het Verdrag zoals gezegd in beginsel een woonstaatheffing (art. 17, lid 1).

Het VK kon instemmen met de door Nederland voorgestelde aanvulling in lid 2 op grond waarvan, conform Nederlands verdragsbeleid, deze inkomsten ook mogen worden belast in de staat waaruit zij afkomstig⁴³ zijn (de 'bronstaat'). De bronstaat heeft het heffingsrecht indien voldaan wordt aan drie cumulatieve voorwaarden:

- De aanspraak ('het recht tot vordering') was in de bronstaat vrijgesteld of de daarvoor betaalde premies in de opbouwfase waren fiscaal aftrekbaar ('fiscaal gefaciliteerd') bij de berekening van het belastbaar inkomen in de bronstaat; en
- In de woonstaat van de genietter of in een derde staat worden de pensioen- of lijfrentetermijnen of sociale zekerheidsuitkeringen niet belast tegen het normale tarief voor inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid, of minder dan 90% van het brutobedrag van de betalingen wordt belast. Bij toepassing van deze 90%-toets op verzoek van het VK worden reguliere tegemoetkomingen, zoals de belastingvrije som, buiten beschouwing worden gelaten.⁴⁴
- Het gezamenlijke bedrag van de in het belastingjaar genoten onder art. 17, lid 1 vallende inkomsten bedraagt meer dan € 25.000.⁴⁵

38 Nr. CPP2009/93M, *Stcrt.* 2009, 76, *NTR* 2009/41, *BNB* 2009/165.

39 Zie de artikelsgewijze toelichting op art. 15 in de memorie van toelichting.

40 Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 6, p. 2.

41 Onderdeel 3.4, besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664, *Stcrt.* 2008, 151, *NTR* 2008/1600.

42 Daaronder begrepen pensioenen betaald ingevolge socialezekerheidsuitkeringen en lijfrenten.

43 De uitdrukking 'afkomstig' wordt gedefinieerd in art. 17, lid 5, Verdrag.

44 Zie de artikelsgewijze memorie van toelichting. Volgens de nota n.a.v. het verslag zal toepassing van het tweede lid slechts zelden voorkomen omdat Nederland en het VK pensioenuitkeringen vrijwel altijd voor 90% of meer in de heffing betrekken.

45 De NOB vroeg met betrekking tot de grens van € 25.000 genoemd in art. 17, lid 2, laatste volzin, welke koers gehanteerd dient te worden indien het pensioen in Engelse

Art. 17, lid 5 bepaalt dat de bevoegde autoriteiten van het VK en Nederland in onderlinge overeenstemming de wijze van toepassing van het tweede lid kunnen regelen. Klaarblijkelijk hebben het VK en Nederland geen concrete voornemens op dit gebied. Immers, in de nota n.a.v. het verslag wordt op een vraag van het NOB geantwoord dat de bepaling van administratieve aard is en ervoor dient om – indien dat in de toekomst nodig blijkt – de toepassing van het tweede lid voor belastingplichtigen en de belastingadministraties te vergemakkelijken.

Afkoopsommen ontvangen bij de afkoop van nog niet ingegane pensioenen mogen worden belast in de bronstaat (derde lid), hetgeen in overeenstemming is met het Nederlandse verdragsbeleid. Vindt de afkoop echter plaats op of rond (*on or around*) het tijdstip van aanvang van een periodiek pensioen, dan is het heffingsrecht *exclusief* toegewezen aan de bronstaat. De achtergrond van deze exclusiviteitsbepaling is dat in het VK 25% van een pensioen, in geval van afkoop op of rond pensioendatum, belastingvrij kan worden afgekocht. Het VK beoogt – in de opbouwfase (JH/JW) – met deze faciliteit personen te stimuleren voor hun pensioen te sparen en hecht daarom veel waarde aan een exclusieve bronstaatheffing voor deze afkoopsommen. Volgens de artikelsgewijze memorie van toelichting betekent dit dat de woonstaat van de pensioengerechtigde voor deze inkomsten voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen door middel van een belastingvrijstelling, waarbij op verzoek van het VK de woonstaat deze inkomsten zelfs niet in aanmerking mag nemen om het progressievoorbehoud toe te passen bij bepaling van het vrij te stellen bedrag. Dit moet volgens de nota n.a.v. het verslag worden geconcludeerd uit de term *slechts* (*only*) in de slotzin van art. 17, lid 3 (onzes inziens bevatten art. 21, lid 1 en lid 3 eerder aanwijzingen voor het tegendeel). Omdat bij toepassing van de tweede volzin exclusieve bronstaatheffing plaatsvindt en Nederland de afkoopsom niet in de Nederlandse grondslag begrijpt, werkt volgens de nota n.a.v. het verslag de betaling van de afkoopsom niet door voor de doorschuifregeling van art. 11 Besluit voorkoming dubbele belasting.

Om echter te voorkomen dat deze inkomsten in het jaar waarin de afkoopsom wordt betaald niet meetellen voor het bepalen van een eventuele gerechtigdheid op persoonsgebonden aftrekposten en/of toeslagen op grond van de Nederlandse inkomensgerelateerde regelingen, is art. X van het Protocol opgenomen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht

ponden uitbetaald wordt. Hiervoor geldt in principe de gemiddelde koers over het belastingjaar, zijnde het kalenderjaar, indien Nederland de 'bronstaat' is. Tevens vroeg de NOB of de grens van € 25.000 per belastingjaar geldt dan wel per kalenderjaar, zoals de memorie van toelichting suggereert (Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 3, p. 23). De grens geldt per belastingjaar, hetgeen indien Nederland de 'bronstaat' is, gelijk is aan het kalenderjaar (nota n.a.v. het verslag, Algemeen deel, hoofdstuk Pensioenen).

worden aan de drempel voor de giftenaftrek en de uitgaven voor specifieke zorgkosten of de zorgtoeslag.

Volgens art. 17, lid 4 wordt een pensioen of lijfrente geacht afkomstig te zijn uit de staat waar de premies hiervoor voor belastingvermindering in aanmerking zijn genomen. Waardeoverdracht van een pensioen bij een pensioenregeling in Nederland aan een 'pensioenregeling in het VK' – of vice versa – beperkt de heffingsrechten van de staat waar de premies voor belastingvermindering in aanmerking zijn genomen dus niet. De NOB vroeg hoe moet worden omgegaan met waardeaan groei van pensioenen na overdracht aan een pensioenregeling in de andere Verdragsstaat bij tussentijdse overdracht. De hierbij gebruikte term 'compartimentering' wordt in de parlementaire stukken niet overgenomen. Bij de beantwoording veronderstelt de staatssecretaris dat de tussentijdse overdracht van pensioenaanspraken, die in Staat A fiscaal gefacilieerd zijn opgebouwd op grond van een aldaar uitgeoefende dienstbetrekking, naar een pensioenregeling (pensioenfonds of verzekeringsmaatschappij) in de andere Staat B, samenhangt met de aanvaarding van een dienstbetrekking in Staat B en dat de premies voor pensioenaanspraken op grond van die laatste dienstbetrekking in aanmerking zijn gekomen voor fiscale faciëring in Staat B. De waardeaan groei van de totale pensioenaanspraken heeft dan voor een deel betrekking op de dienstbetrekking uitgeoefend in Staat A en voor een deel op de dienstbetrekking uitgeoefend in Staat B. Zodra bij pensionering pensioenuitkeringen worden genoten, zal in beginsel, gelet op de eerste volzin van het vierde lid van art. 17, een splitsing van die uitkeringen dienen plaats te vinden: Staat A heeft, – indien deze niet de woonstaat is van de genietter van het pensioen en voldaan zou worden aan de voorwaarden van het tweede lid van art. 17 – het heffingsrecht over dat deel van het pensioen dat is gevormd met in Staat A fiscaal gefacilieerd pensioenkapitaal. Staat B (de woonstaat van de genietter) heeft het heffingsrecht over dat deel van het pensioen, dat is gevormd met in Staat B fiscaal gefacilieerd pensioenkapitaal. Wordt niet aan alle voorwaarden van art. 17, lid 2 voldaan, dan komt ook het heffingsrecht over het deel dat is gevormd met pensioenkapitaal fiscaal gefacilieerd in de Staat A (de bronstaat), toe aan de woonstaat.

In afwijking van het OESO-Modelverdrag 2005 maar in overeenstemming met het Nederlandse verdragsbeleid bevat art. 17 in het zesde en zevende lid een bepaling voor een non-discriminatoire aftrek in de werkstaat ('gastland') van pensioenpremies die natuurlijke personen betalen aan een fiscaal erkende pensioenregeling in de (oorspronkelijke) woonstaat.⁴⁶ Op voorstel van het VK is toegevoegd dat de werkstaat alleen een aftrek van pensioenpremies

⁴⁶ Bijvoorbeeld bij een na emigratie naar het 'gastland' voortgezette deelname aan een pensioenregeling in de oorspronkelijk woonstaat.

behoeft te verlenen voor zover deze aftrek niet reeds in de oorspronkelijke woonstaat is verleend. Ter verduidelijking is in het achtste lid bepaald wat voor de toepassing van het zesde en zevende lid wordt verstaan onder pensioenregelingen. Deze bepaling betreffende de non-discriminatoire aftrek van pensioenpremies wordt in de regel opgenomen in het non-discriminatieartikel. Hoewel de bepaling niet in het OESO-Modelverdrag 2005 is opgenomen, wijst het OESO-commentaar bij art. 18 (pensioenen) wel op de mogelijkheid om een dergelijke bepaling op te nemen. Qua leesbaarheid verdient het geen schoonheidsprijs dat in één verdragsbepaling twee verschillende definities van de uitdrukking 'pensioenregeling' met verschillende betekenissen worden gehanteerd.

Art. IX is in het Protocol opgenomen op verzoek van het VK om zeker te stellen dat oorlogs- en invaliditeitspensioenen uit het VK in beide verdragstaten onbelast blijven.

16. Overige inkomsten (art. 20)

Het vierde lid bevat de antimisbruikbepaling (*main purpose test*) die in par. 9.1 van deze bijdrage (deel I) besproken is. Schwarz meldt dat de reden voor opname van deze bepaling in een aantal sinds 1994 afgesloten Britse belastingverdragen niet is bevestigd. Hij veronderstelt dat de belangrijkste reden hiervoor is, dat inkomsten uit derivaten onder de verdragsbepaling voor overige inkomsten kunnen vallen.⁴⁷

Inkomsten uit trusts of uit afwikkelingen van een nalatenschap zijn uitgezonderd van art. 20. Als reden wordt in de memorie van toelichting aangedragen dat het onder Brits recht bijvoorbeeld mogelijk is de aard van opbrengsten uit onroerend goed gelegen in het VK, waarover het VK het heffingsrecht heeft op grond van art. 6, te veranderen door deze via trusts te leiden. Op grond van art. 20, lid 1 zou het VK dan niet mogen heffen.

Over de mogelijk gevolgen van het Verdrag voor afgezonderde particuliere vermogens, waarvan de bezittingen en schulden en inkomsten en uitgaven worden toegerekend aan de inbrenger van het vermogen, wordt slechts opgemerkt dat de wijzigingen van het (toen nog) wetsvoorstel inzake afgezonderde particuliere vermogens nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd en dat er 'een kleine kans bestaat dat zich in een specifiek geval dubbele heffing voordoet'. In die gevallen is de belastingplichtige op de onderlinge overlegprocedure aangewezen.⁴⁸

Op grond van het derde lid ziet art. 20 alleen op het deel van de overige inkomsten dat 'zakelijk' is. Enig deel dat het

zakelijke te boven gaat blijft belastbaar volgens de nationale wetgeving van het VK en Nederland.

17. Investeringsfondsen (art. V Protocol)

In art. V Protocol is een bepaling opgenomen op grond waarvan bevoegde vertegenwoordigers (fondsmanagers) van investeringsfondsen aanspraak kunnen maken op de voordelen van het verdrag. De bevoegde autoriteiten kunnen daartoe met elkaar in overleg treden.⁴⁹ De reden voor deze bepaling is gelegen in het feit dat de bedoelde investeringsfondsen in hun land van vestiging doorgaans niet zijn onderworpen aan een winstbelasting, zodat zij in beginsel niet kwalificeren als inwoner voor het Verdrag en derhalve geen aanspraak kunnen maken op de voordelen van het Verdrag. De achterliggende participanten (veelal pensioenfondsen en andere institutionele beleggers) zijn doorgaans wel gerechtigd tot de Verdragsvoordelen. Art. V Protocol voorkomt dat alle participanten afzonderlijk een verzoek tot teruggaaf van bronbelasting moeten indienen en beoogt zo de administratieve lasten te verminderen. Wat buitenlandse investeringsfondsen betreft die inkomsten uit Nederland genieten is reeds in een regeling voorzien door middel van het Besluit vermindering, vrijstelling en teruggaaf van dividendbelasting onder belastingverdragen.⁵⁰ Voor Nederland lijkt art. V van het Protocol dan ook niets nieuws te brengen.

18. Voorkoming dubbele belasting (art. 21)

Nederland verleent voorkoming van dubbele belasting via de vrijstellingsmethode met grondslagvoorbehoud (art. 21, lid 1 en 2), en voor sommige inkomsten via de verrekeningsmethode (art. 21, lid 3). Nieuw in de verdragsrelatie met het VK is de zogenoemde 'zwartegatenbepaling': voor passieve vaste-inrichtingswinst verleent Nederland voorkoming van dubbele belasting via de verrekeningsmethode, indien die methode in een niet-verdragssituatie op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting ook toepassing zou vinden. Omdat nog niet alle Nederlandse belastingverdragen een dergelijke zwartegatenbepaling kennen, sluit art. VII van het Protocol de voordelen van art. 11 en 12 uit indien rente- en royaltyinkomsten van een Nederlandse onderneming, afkomstig uit het VK en toerekenbaar aan een vaste inrichting in een derde land, in dat derde land onvoldoende (minder dan 60% van de belasting die in Nederland zou worden geheven indien de winst niet toerekenbaar was aan de vaste inrichting) worden belast.⁵¹

47 J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, (2009), hoofdstuk 25-600, p. 292.

48 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 3, memorie van toelichting, p. 25 en 26.

49 Zulk overleg heeft reeds geleid tot een overeenkomst met het VK ten aanzien van besloten fondsen voor gemene rekening die inkomen genieten uit het VK, besluit van de minister van Financiën van 25 augustus 2010, nr. IFZ2010/534M, *Stcr.* 2010, 13491, *NTRF* 2010/2076.

50 Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/1527M, onderdeel 4, *NTRF* 2008/1501.

51 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 145, nr. 3, memorie van toelichting, p. 19 en 20.

Het VK hanteert in de regel de verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting, en verleent daarbij bovendien, ter voorkoming van cumulatie van vennootschapsbelasting op dividenden, een indirecte verrekening (*underlying credit*) ten aanzien van dividenden uitgekeerd door een Nederlandse vennootschap aan een Britse vennootschap, bij deelnemingen van 10% of meer. In par. 4.4 is al aangegeven dat in het VK het recht op verrekening is verknocht aan het inkomen, en niet aan de persoon van de genietter.⁵²

Art. 21, lid 7 geeft een voorkomingsregel voor vermogenswinsten gerealiseerd door *temporary non-residents*, die reeds is besproken in par. 12.4 van deze bijdrage.

Tot slot bepaalt art. XII Protocol dat indien het VK het heffingsrecht krijgt over inkomsten uit pijpleidingen tussen Nederland en het VK, Nederland voorkoming zal verlenen op grond van de vrijstellingsmethode. Indien het VK haar heffingsrecht niet effectueert, verleent Nederland ook geen voorkoming.

19. Remittance base (art. 22, lid 1)

Art. 22, lid 1 bevat de 'remittancebepaling' die we al kennen uit het Verdrag 1980 (art. 27, lid 1). De bepaling hangt samen met wetgeving van het VK op grond waarvan zogenoemde *non-domiciled residents*⁵³ geen inkomstenbelasting, vermogensbelasting, of successierechten betalen op buitenlands inkomen en vermogen zolang dit inkomen of vermogen maar niet naar het VK wordt overgemaakt of aldaar wordt ontvangen. In dergelijke gevallen hoeft de gehele of gedeeltelijke vermindering, die Nederland gehouden is te verlenen onder het Verdrag, slechts te worden toegepast op dat deel van het inkomen of vermogen dat in het VK daadwerkelijk wordt belast. Hoewel de gewijzigde redactie van de remittancebepaling in het Verdrag nu wederkerigheid van de bepaling veronderstelt, heeft dit voor de omgekeerde situatie geen betekenis aangezien inwoners van Nederland altijd voor hun wereldinkomen in de heffing worden betrokken, ongeacht of het inkomen of vermogen naar Nederland is overgemaakt of in Nederland is ontvangen.⁵⁴

De Toelichtende Nota zegt niets over de eventuele achtergrond van de redactionele wijziging van de remittancebepaling. De Hoge Raad oordeelde in 1998 dat de remittancebasebepaling in art. 27 Verdrag 1980 niet gold voor vermogenswinsten (winst uit aanmerkelijk belang), in de situatie waarin een geëmigreerde ab-houder/*non domiciled resident* na de volgttermijn van art. 13, lid 5 Verdrag 1980 vermogenswinsten op zijn ab-aandelen realiseert.⁵⁵ Overmaking naar het VK is dan geen voorwaarde om voor verdragsbescherming in aanmerking te komen. Aan te nemen valt dat de uitbreiding tot vermogenswinsten in art. 22 Verdrag een reactie op dit arrest is.

Zowel de vroegere bilaterale uitvoeringsvoorschriften bij het Verdrag 1980⁵⁶ als art. 4 van de huidige universele uitvoeringsvoorschriften⁵⁷ houden rekening met remittancebepalingen. Het kan voorkomen dat een Nederlandse vennootschap dividenden uitkeert in jaar 1 aan een natuurlijke persoon die wel *domiciled* in maar niet *resident* van het VK is, waarbij deze dividenden nog niet in jaar 1 naar het VK worden overgemaakt, maar bijvoorbeeld in jaar 3. Als wij het goed zien kan dan alsnog in jaar 3 verdragsbescherming worden geclaimd, mits het verzoek om een teruggaaf van dividendbelasting wordt ingediend binnen de daarvoor geldende termijn (vijf jaar volgens de huidige Nederlandse universele uitvoeringsvoorschriften).

20. Hybride entiteiten (art. 22, lid 2 t/m 5)

Art. 3 Verdrag geeft definities van een aantal verdragstermen, waaronder de term 'lichaam'. De term lichaam wordt gedefinieerd als elke rechtspersoon of elke eenheid die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld. Verdragstermen die niet of niet nader worden gedefinieerd door het verdrag zelf worden, tenzij de context anders vereist, uitgelegd conform de betekenis van die term in het nationale recht van de verdragsluitende staat die het verdrag toepast. Dit kan ertoe leiden dat een lichaam volgens het nationale recht van de ene verdragsluitende staat wordt aangemerkt als fiscaal non-transparant, terwijl hetzelfde lichaam in de andere verdragsluitende staat wordt aangemerkt als fiscaal transparant. Terwijl de eerste verdragsluitende staat het lichaam als zelfstandig belast subject ziet, kijkt de tweede verdragsluitende staat door het lichaam heen en ziet het de participanten in het lichaam als belastingplichtig voor de inkomsten van het lichaam. We hebben het dan over hybride entiteiten. De kwalificatieverschillen van hybride entiteiten kunnen lei-

52 UK HMRC International Manual (INTM 161040) en J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, (2009), p. 248.

53 Inwoners van het VK die niet de nationaliteit van het VK bezitten, of wiens vader op het moment van hun geboorte niet de nationaliteit van het VK bezat. In de praktijk zijn dit doorgaans welgestelde buitenlanders die in het VK wonen.

54 Ook ten aanzien van de in Nederland werkzame buitenlander die gebruikmaakt van de 30%-regeling en daarnaast opteert voor gedeeltelijke toepassing van de regels voor buitenlandse belastingplicht op grond van art. 2.6 Wet IB 2001; zal de remittancebepaling geen effect hebben, aangezien deze persoon in Nederland ook na de overmaking of ontvangst in Nederland niet zal worden belast (behoudens voor zover dit overgemaakte inkomen of vermogen in Nederland vervolgens rendeert).

55 HR 26 oktober 1998, nr. 32.330, *V-N 1998/54.8*, gewezen onder het regime van de Wet IB 1964 tot 1997.

56 Zie bijvoorbeeld art. 7, 8 en 10 van de Regeling van 16 juli 1990, nr. IFZ90/1010, o.a. gepubliceerd in Nederlandse Regelingen van Internationaal Belastingrecht, onderdeel C, nr. 461.

57 Besluit van 10 mei 2007, nr. CPP2006/2578M, *Stcrt. 2007, 93, NTR 2007/951*.

den tot dubbele belastingheffing of juist tot een heffingsvacuüm en roepen verschillende vragen op ten aanzien van de verdragsgerechtigdheid van het lichaam of haar participanten.⁵⁸

Op verzoek van het VK bepaalt het tweede lid van art. 22 dat de verdragstaat waarvan de participanten inwoner zijn de participanten mag belasten voor hun aandeel in de inkomsten, voordelen of vermogenswinsten van samenwerkingsverbanden opgericht naar het recht van de andere verdragsluitende staat. Dit geldt ook wanneer het samenwerkingsverband volgens de vestigingsstaat een zelfstandig belastbare entiteit is.⁵⁹ Indien in een dergelijk geval dubbele belastingheffing optreedt, zal het VK voorkoming moeten verlenen conform art. 21 van het Verdrag.

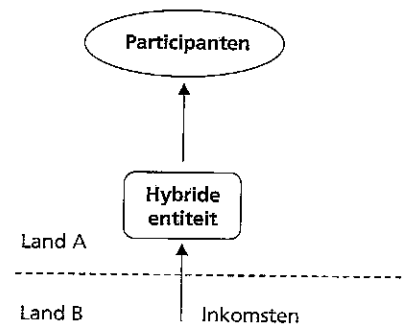
De bepaling van art. 22, lid 3 kennen we inmiddels van het belastingverdrag Nederland-Verenigde Staten (hierna: 'Verdrag NL-VS'). Hoewel niet woordelijk hetzelfde, zijn doel en strekking van art. 24, lid 4, Verdrag NL-VS gelijk aan die van art. 22, lid 3, Verdrag. Art. 22, lid 3, Verdrag luidt als volgt:

'In het geval van een inkomensbestanddeel, voordeel of vermogenswinst verkregen door tussenkomst van een persoon die fiscaal transparant is krachtens de wetgeving van een van beide Staten, wordt dat bestanddeel geacht te zijn verworven door een inwoner van een Staat voor zover dat bestanddeel voor de toepassing van de belastingwetgeving van die Staat wordt behandeld als het inkomen, voordeel of de vermogenswinst van een inwoner.'

De entiteit die fiscaal transparant is krachtens het recht van één van de Staten zullen we hierna aanduiden als de 'hybride entiteit'. Art. 22, lid 3 is van toepassing indien de hybride entiteit fiscaal transparant is naar het recht van Nederland of het VK, ongeacht of de hybride entiteit is gevestigd in de bronstaat, in de woonstaat of in een derde staat. In het geval waarin de hybride entiteit is gevestigd in de woonstaat, zullen zich doorgaans geen complicaties voordoen met betrekking tot de toepasselijkheid van de verdragsvoordelen: indien de bronstaat de entiteit als transparant beschouwt en de woonstaat de entiteit als niet-transparant beschouwt, zal de bronstaat een inkomstenstroom zien

naar de achterliggende participant die inwoner is, en zal de woonstaat een inkomstenstroom zien naar de entiteit die hij als inwoner ziet. Beide staten zullen dan de verdragsvoordelen, te weten verlaging of uitsluiting van bronheffing respectievelijk verrekening van eventueel resterende bronheffing, toepassen. Indien echter de hybride entiteit in de bronstaat is gevestigd, kunnen kwalificatieverschillen wel tot complicaties leiden. De memorie van toelichting beschrijft de volgende situaties:

Situatie 1

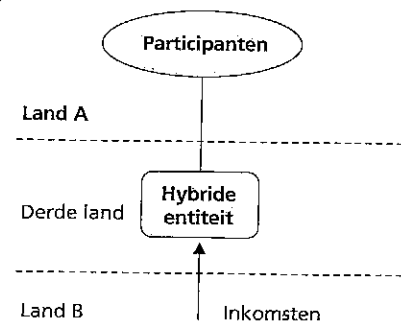


De hybride entiteit wordt gezien als transparant in Land A. De inkomsten van de hybride entiteit worden in Land A dan ook behandeld als inkomen van de participanten. Indien de participanten inwoner zijn van Land A en aldaar voor het inkomen in de heffing worden betrokken dient het bronland, Land B, het Verdrag toe te passen alsof de inkomsten rechtstreeks aan de participanten zijn toegekomen, ongeacht of Land B de hybride entiteit als fiscaal transparant of niet-transparant aanmerkt. Het bronland volgt de kwalificatie van het woonland.

Situatie 2

Als situatie 1, alleen nu wordt de hybride entiteit in Land A aangemerkt als fiscaal niet-transparant en in Land B als fiscaal transparant. De hybride entiteit kan nu zelf een beroep op verdragstoepassing doen omdat zij in Land A zelf voor de inkomsten in de heffing wordt betrokken. Ook hier is de kwalificatie van de entiteit door het bronland niet relevant en volgt het bronland de kwalificatie van het woonland.

Situatie 3

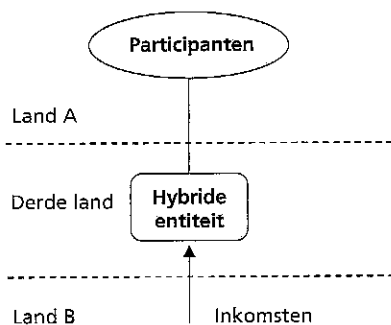


⁵⁸ Hoewel Nederland de mogelijke oplossingen voor ongewenste gevolgen van kwalificatieverschillen die worden geboden door het OESO Partnership rapport uit 1999 in beginsel onderschrijft, heeft Nederland om verschillende redenen een uitdrukkelijk voorbehoud bij dit rapport gemaakt, niet in de laatste plaats omdat het rapport niet voor alle situaties een oplossing biedt en Nederland de mogelijkheid wil openhouden om in de bilaterale verdragensfeer tot oplossingen te kunnen komen.

⁵⁹ Dit is een voortvloeisel uit de door de Inland Revenue verloren Padmore-zaak uit 1989, waarbij het VK belet werd Britse participanten in een Jersey partnership te belasten voor hun aandeel in de inkomsten van de partnership.

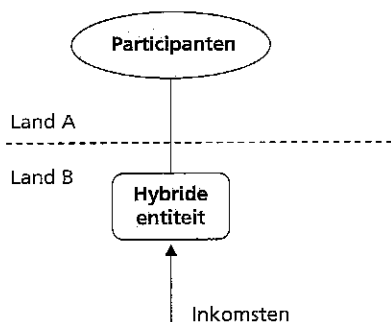
Land A merkt de hybride entiteit aan als fiscaal transparant. Indien de participanten inwoner zijn van Land A en aldaar voor het inkomen in de heffing worden betrokken, dient Bronland B het verdrag toe te passen alsof de inkomsten rechtstreeks aan de participanten zijn toegekomen. Daarbij is niet van belang of Bronland B de entiteit aanmerkt als fiscaal transparant of niet-transparant, en volgt het bronland de kwalificatie van het woonland.

Situatie 4



Land A merkt de hybride entiteit aan als fiscaal niet-transparant, en Land B merkt de hybride entiteit aan als fiscaal transparant. Land A belast noch de hybride entiteit, noch de participanten voor hun aandeel in de inkomsten van de hybride entiteit. Er is geen sprake van inkomsten die aan een inwoner van Land A kunnen worden toegerekend. Land B hoeft het Verdrag dan ook niet toe te passen op deze inkomsten.

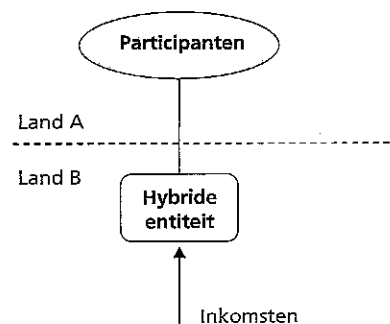
Situatie 5



De hybride entiteit wordt door Land A aangemerkt als fiscaal transparant en door Land B aangemerkt als fiscaal niet-transparant. Onverkorte toepassing van art. 22, lid 3, Verdrag zou ertoe leiden dat Land B de kwalificatie van Land A moet volgen en het Verdrag zou moeten toepassen alsof de inkomsten rechtstreeks aan de participanten zijn toegekomen. Het is echter niet de bedoeling van art. 22, lid 3 om het bronland alle heffingsrechten te ontzeggen. Om die reden bepaalt art. 22, lid 4 dat het bepaalde in het derde lid onverlet laat de belastingheffing in beide landen ter zake van dat inkomensbestanddeel bij de persoon die geacht wordt dit inkomen te hebben ontvangen. Dit kan echter wel tot dubbele belastingheffing leiden: Land A ziet de inkomstenstroom aan de entiteit als een

inkomstenstroom aan de participanten en zal deze in de heffing betrekken. Land B ziet dezelfde inkomstenstroom als een inkomstenstroom aan de entiteit en derhalve als een binnenlandse aangelegenheid. Indien de entiteit de inkomstenstroom in een volgend jaar 'dooruitdeelt' aan de participanten, zal Land B bronbelasting inhouden. Echter, Land A ziet in dat jaar geen inkomstenstroom. Bij gebrek aan overig inkomen uit buitenlandse bron zal Land A geen verrekening van de bronbelasting in Land B verlenen. Deze problematiek is beslist niet nieuw en het is op zijn minst teleurstellend te noemen dat hieraan, ondanks herhaalde kritiek in de fiscale literatuur⁶⁰, bij de totstandkoming van het Verdrag geen aandacht wordt besteed.

Situatie 6



Als situatie 5, maar nu wordt de hybride entiteit door Land A aangemerkt als fiscaal niet-transparant en door Land B aangemerkt als fiscaal transparant. Land A betreft noch de participanten noch de hybride entiteit in de heffing voor de desbetreffende inkomsten. Verdragstoepassing komt in het geheel niet aan de orde. Voor die gevallen waar de participanten in Land A subjectief zijn vrijgesteld (bijvoorbeeld pensioenfondsen), en derhalve bij – vanuit Land A bezien – rechtstreeks genieten van de inkomsten ook niet voor de inkomsten in de heffing zouden zijn betrokken (bijvoorbeeld pensioenfondsen), biedt art. 22 lid 5, Verdrag uitkomst: het bronland kan de verdragsvoordelen in die situaties toch verlenen.

Ook in deze situatie kan dubbele belastingheffing optreden, wanneer de woonstaat de inkomsten van de entiteit niet belast bij de participanten omdat de woonstaat deze entiteit als niet-transparant aanmerkt, maar wel feitelijk in de heffing betreft op grond van CFC-wetgeving. In een dergelijk geval worden geen verdragsvoordelen toegekend. Voorts kan men zich afvragen of de tegemoetkoming voor vrijgestelde lichamen niet tevens zou moeten gelden voor (belaste) lichamen bij wie het inkomen objectief vrijgesteld zou zijn (bijvoorbeeld als gevolg van de deelnemingsvrijstel-

60 Zie o.a. M.J.M. van der Weijden en M.H.J. Buur, 'Protocol tot wijziging van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag: een overzicht van de belangrijkste wijzigingen', *MBB* 2004, nr. 6, p. 177; mr. G.K. Fibbe, 'Enkele aspecten van de nieuwe bepaling inzake hybride entiteiten in het verdrag met de Verenigde Staten', *WFR* 2005/429.

ling). Ook dit is in de fiscale literatuur⁶¹ eerder gesignaleerd maar helaas buiten beschouwing gelaten bij de totstandkoming van het Verdrag.

21. Non-discriminatie (art. 24)

Art. 24, lid 1 bepaalt dat onderdanen van een verdragsluitende Staat in de andere verdragsluitende Staat niet aan enige belastingheffing of daarmee verband houdende verplichting mogen worden onderworpen, die anders of zwaarder is dan de belastingheffing en daarmee verband houdende verplichtingen waaraan onderdanen van die andere Staat onder dezelfde omstandigheden, *in het bijzonder met betrekking tot woonplaats*, zijn of kunnen worden onderworpen. Het VK wenste geen non-discriminatieregeling op te nemen voor onderdanen die geen inwoner zijn van Nederland of het VK, noch voor 'staatlozen'.

Het tweede lid verbiedt discriminatie van vaste inrichtingen van een inwoner van een van de staten in de andere staat ten opzichte van ondernemingen van die andere staat.

Het derde lid verbiedt discriminatie met het oog op aftrek van rente, royalty's en andere betalingen op grond van de woonplaats van de crediteur. De verwijzing naar art. 9, lid 1 dient ertoe het verbod op discriminatie alleen te laten gelden voor zover deze betalingen zakelijk zijn. De verwijzing naar de *main purpose test* in het rente, royalty- en overige-inkomstenartikel hangt samen met een nationale antimisbruikregel van het VK, op grond waarvan aftrek van rente, royalty's of andere betalingen kan worden geweigerd indien bronheffingen niet worden verlaagd als gevolg van toepassing van de *main purpose test*. Nederland heeft hiermee ingestemd 'in het licht van de totaalovereenkomst', op voorwaarde dat de nationale antimisbruikregel slechts kan worden ingeroepen nadat de andere staat hierover is geraadpleegd. Dit laatste is tot uitdrukking gebracht in de consultatieverplichting opgenomen in de *main purpose test*. Evenals voor de *main purpose test* geldt ook voor de non-discriminatiebepaling dat consulteren niet inhoudt dat de bevoegde autoriteit moet instemmen. Hieruit blijkt nogmaals dat het wederzijds vertrouwen van de verdragspartners groot is.

Lid 5 t/m 8 bepalen dat natuurlijke personen, die inwoner zijn van Nederland of het VK, in het andere land recht hebben op dezelfde persoonlijke aftrekken, tegemoetkomingen en andere belastingverminderingen als waar inwoners van dat andere land recht op hebben. In dit kader is geen wijziging beoogd ten opzichte van het Verdrag 1980.

Het non-discriminatiebeginsel houdt eveneens in dat de staten aftrekbaarheid van bijdragen voor een pensioenregeling uit de andere Staat moeten erkennen. Dit is vastgelegd in art. 17, lid 6 t/m 8.

22. Onderling overleg en arbitrage (art. 25)

De regeling voor onderling overleg komt grotendeels overeen met het bepaalde in het OESO-Modelverdrag. Het aspect van voorkoming dubbele belasting, of voorkoming van heffing die niet in overeenstemming is met het Verdrag, krijgt in de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet geen aandacht. Er wordt slechts gewezen op de mogelijkheid om een verzoek in te dienen, binnen drie jaar nadat de maatregel die leidt tot een belastingheffing die niet in overeenstemming is met het verdrag voor het eerst ter kennis is gebracht van de belanghebbende, dan wel indien dat later is, binnen zes jaar na afloop van het belastingjaar of heffingstijdvak ter zake waarvan die belasting is opgelegd of aangekondigd. Uitgebreide aandacht is er wel voor de mogelijkheden om oneigenlijk gebruik en toekomstig misbruik, in al zijn varianten, tegen te gaan (art. 25, lid 3, tweede volzin). Maar verzekerd wordt dat de rechtszekerheid van belastingplichtigen hierbij een belangrijke rol zal spelen.

In het vijfde lid wordt de mogelijkheid opgenomen om geschillen over de toepassing of interpretatie van het Verdrag, die niet binnen twee jaar in onderling overleg kunnen worden opgelost, te beslechten via een arbitrageprocedure. Hoewel arbitrage in het onderlingoverlegartikel niet nieuw is, is de arbitrage op grond van het Verdrag, in tegenstelling tot de meeste andere Nederlandse verdragen, wel bindend (tenzij de beslissing door de betrokken persoon wordt verworpen). Het zesde lid sluit arbitrage overigens bewust uit voor onderling overleg inzake de *corporate tie breaker*. Op basis van art. 4, lid 4 zullen Nederland en het VK in de meeste gevallen aan de hand van de feiten de woonplaats kunnen bepalen, en daar waar dat niet mogelijk is, wordt toepassing van de verdragsvoordelen niet wenselijk geacht – voorkoming van dubbele belasting en non-discriminatie uitgezonderd.

61 Zie o.a. M.J.M. van der Weijden en M.H.J. Buur, a.w.