

DE VERDRAGSCCLASSIFICATIE VAN VOORDELEN UIT EEN LUCRATIEF BELANG GENOTEN DOOR EEN BUITENLANDSE BELASTINGPLICHTIGE

PROF. MR. F.P.G. PÖTGENS EN MR. D.A. HOFLAND *

1 Inleiding

Op 1 januari 2009 is de Wet belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen in werking getreden.¹ Een belangrijk onderdeel van deze wet is de belastingheffing als resultaat uit overige werkzaamheden van met een lucratief belang in de zin van art. 3.92b Wet IB 2001 behaalde voordelen. Met deze belastingheffing beoogt de wetgever in het bijzonder de in zijn ogen excessieve beloningen van, onder meer, managers van bedrijven en private equityfondsen (carried interest en carried-interestachtige beloningen) te belasten in box 1 in plaats van, in zijn algemeenheid, box 3.

Op de wijze waarop de wetgever heeft gemeend de carried-interestaandelen in de heffing van box 1 te moeten betrekken, is in de literatuur de nodige kritiek geuit. Dit laatste niet alleen vanwege de systeem-inbreuk maar ook vanwege het feit dat de betreffende wettelijke bepalingen (art. 3.92b en 3.95b Wet IB 2001) en de parlementaire toelichting daarop veel vaagheden en onduidelijkheden bevatten. Wij willen de lezer in dit

verband graag naar deze literatuur verwijzen.²

In dit artikel richten wij onze aandacht op de vraag hoe het lucratief belang in grensoverschrijdend verband wordt beschouwd, niet omdat in de literatuur hieraan geen aandacht is besteed³ maar omdat wij menen dat daarbij een aantal aspecten onderbelicht is gebleven. Teneinde herhaling te vermijden beperken wij ons in deze bijdrage tot de verdragsclassificatie van de voordelen uit een lucratief belang die worden genoten door een buitenlandse belastingplichtige. Ten behoeve van deze discussie gebruiken wij als referentiekader de relevante

'Systeem-inbreuk'

* Beide auteurs zijn als fiscalist werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam. De eerstgenoemde auteur is tevens hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Wet van 11 december 2008 tot wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen), Stb. 2008, 547.

2 Zie M.C.V.C. Holzauer en R.H. Vliese, 'Wetsvoorstel belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen en management-participaties: een gemiste kans en veel onduidelijkheden', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2008/23, nr. 6, blz. 7-14; P. Kavelaars, 'Het rammelt en rommelt', *NTFR* 2008/1303, blz. 1-4; S.A. Stevens, 'Belastingheffing van lucratieve belangen: een excessieve en onduidelijke heffing', *MBB* 2009, nr. 1, blz. 15-27; R.M. Freudenthal en E.P.H.G. Raaijmakers, 'Belastingheffing over lucratieve belangen: veel hagel en weinig mug...', *WFR* 2008/1363, A.J. van Soelen, 'Graaitax verdient betere codificatie', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2008/10, nr. 10, J. Doornebal, 'Zeven redenen waarom het lucratief-belangregime het Staatsblad niet had mogen bereiken', *NTFR*, 2009/402, blz. 1-2; M.D.F. Schul, 'De excessieve aanpak van beloningsbestanddelen', *WFR* 2009/264, J.C.A. Van Ruiten, 'Lucratief belang: een grabbelton', *NTFR Beschouwingen* 2009/1 en J.C.A. Van Ruiten, 'Werknemersparticipatie in 2009: van aandelenopties tot lucratief belang', *TFO* 2009, blz. 110 e.v.

3 Zie in het bijzonder en uitgebreid E. Nijkeuter, 'Of een koe een haas vangt: over lucratieve belangen in grensoverschrijdende situaties', *WFR* 2009/489. Zie verder Schul, t.a.p., onderdeel 7; Stevens, t.a.p., onderdeel 4; Freudenthal en Raaijmakers, t.a.p., onderdeel 8; van Ruiten, t.a.p., *TFO*, onderdeel 5.2 en Holzauer en Vliese, t.a.p., onderdeel 4.8.

artikelen van het OESO-modelverdrag. Achtereenvolgens gaan wij hierna in op de volgende onderwerpen:

- enige voorbeelden teneinde de problematiek in te kaderen (onderdeel 2);
- systematiek van de Wet IB 2001 in relatie tot voordelen uit een lucratief belang (onderdeel 3)
- buitenlandse belastingplicht (onderdeel 4);
- een weergave van de opmerkingen die tijdens de parlementaire behandeling zijn gemaakt met betrekking tot de verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang (onderdeel 5);
- een analyse van de verdragsclassificatie van de voordelen uit een lucratief belang (onderdeel 6);
- de verdragsclassificatie van dergelijke voordelen die wij in dezen voorstaan (onderdeel 7)
- conclusie (onderdeel 8).

2 Voorbeelden

De problematiek laat zich het beste illustreren aan de hand van de volgende voorbeelden.

1. Een Nederlandse nv (hierna: NV) kent aan twee niet-ingezetenen van Nederland, waarvan er één werknemer is en de andere statutair directeur, aandelen in NV toe die een lucratief belang vormen in de zin van art. 3.92b Wet IB 2001. Beide personen zijn woonachtig hetzij in een niet-verdragsland hetzij in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat is gebaseerd op het OESO-modelverdrag.

2. Zelfde casus, met dien verstande dat de lucratief belangaandelen worden toegekend in een buitenlandse vennootschap die direct of indirect de aandelen in NV houdt.

De vragen die opkomen, is of uit het lucratief belang voortkomende voordelen in de buitenlandse belastingplicht kunnen worden betrokken (art. 2.1, eerste lid, onderdeel b, jo. hfdst. 7 Wet IB 2001; zie ook onderdeel 4) en zo ja, of Nederland door een belastingverdrag dat het heeft gesloten met de woonstaat van de werknemer of de directeur in zijn heffingsmogelijkheden naar nationaal recht wordt belemmerd (zie onderdeel 6 en 7).

3 Systematiek van de Wet IB 2001 in relatie tot voordelen uit lucratief belang

Over de systematiek van de Wet IB 2001 valt het volgende op te merken. Het regime van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (art. 3.92b Wet IB 2001) komt pas aan de orde als het voordeel de loonsfeer heeft verlaten (afd. 3.3 Wet IB 2001; art. 3.80-387).⁴ Dit vloeit

voort uit de bronnenvolgorde van art. 2.14, eerste lid, Wet IB 2001. De grondslag waarover loonbelasting is geheven, geldt als onderdeel van de beginwaarde voor het lucratieve belang:⁵ op de openingsbalans voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden worden de betreffende vermogenstitels te boek gesteld op de historische kostprijs vermeerderd met het bedrag waarover in de loonsfeer is afgerekend.⁶ Op de inkomsten uit het lucratieve belang is het quasi-winstregime van art. 3.94 en 3.95 Wet IB 2001 van toepassing.⁷

4 Buitenlandse belastingplicht

In art. 7.2, derde lid, Wet IB 2001 is het begrip 'werkzaamheid in Nederland' zodanig uitgebreid dat daaronder ook wordt verstaan 'het houden van aandelen, vorderingen of rechten als bedoeld in art. 3.92b of het hebben van schulden als bedoeld in art. 3.92b indien de voordelen die daarmee behaald worden naar moet worden aangenomen mede een beloning beogen te zijn voor werkzaamheden verricht in Nederland'.⁸ De zinsnede 'mede een beloning beogen te zijn' heeft tot gevolg dat als ten minste één van de oogmerken voor het toekennen van een lucratief belang is de werkzaamheden van de belastingplichtige in Nederland te belonen, alle voordelen uit hoofde van dit belang in Nederland belastbaar zijn op grond van het nationale recht.⁹ Nederland breidt hiermee zijn fiscale jurisdictie excessief uit. Het had in de rede gelegen als de voordelen ter zake waarvan buitenlandse belastingplicht ontstaat, beperkt zouden zijn tot die voordelen die aan de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn toe te rekenen op basis van evenredigheid, dat wil zeggen naar rato van de werkzaamheden die daadwerkelijk in Nederland zijn verricht.¹⁰

5 MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 3, blz. 8 en MvA, Kamerstukken I 2007/08, 31 459, nr. C, blz. 10.

6 NV, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 9, blz. 19.

7 MvA, Kamerstukken I 2007/08, 31 459, nr. C, blz. 11.

8 Normaliter vormen de regels voor de buitenlandse belastingplicht en het Bvdb 2001 elkaars spiegelbeeld. Het is dan ook opvallend dat het Bvdb 2001 het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden niet noemt zodat in voorkomende gevallen geen voorkoming van dubbele belasting kan worden geclaimd. Deze verschillen tussen het besluit en de buitenlandse belastingplicht zijn onevenwichtig. Zie ook J.A. Boojj, 'De Wet inkomstenbelasting 2001 en de toepassing van belastingverdragen', in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, blz. 239, Deventer: Kluwer 2006. Verder verwijzen wij voor deze situatie naar Nijkeuter, t.a.p., onderdeel 7, alsmede C. van Raad, *cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Gouda Quint, losbladig, Hfst. II, par. 2.1.3 en par. 4.4.1.A.

9 Dat het gehele voordeel in de buitenlandse belastingplicht wordt betrokken, bevestigt de staatssecretaris in MvA, Kamerstukken I 2008/09, 31 459, nr. C, blz. 18.

10 Zie ook Doornebal, t.a.p., blz. 3.

4 MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 3, blz. 8 en 17; NNV, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 9, blz. 19 en MvA, Kamerstukken I 2007/08, 31 459, nr. C, blz. 10.

Een constitutief vereiste voor buitenlandse belastingplicht over voordelen uit een lucratief belang is verder dat een daarmee verband houdende werkzaamheid in Nederland moet zijn verricht. De vestigingsplaats van de vennootschap waarin het lucratief belang wordt gehouden of die het lucratief belang heeft toegekend, is geen leidend of onderscheidend criterium voor de toepassing van art. 7.2, derde lid, jo. art. 7.2, tweede lid, onderdeel c, Wet IB 2001.¹¹ Op basis van de in art. 3.95b, vijfde lid, Wet IB 2001 vervatte keuzeregeling wordt de belastingplichtige de mogelijkheid geboden bij een middellijk gehouden lucratief belang in aanmerking te komen voor belastingheffing in box 2 (belastbaar inkomen uit een aanmerkelijk belang). De voorwaarde is dat in het kalenderjaar tot een bedrag van ten minste 95% (van de voordelen uit een lucratief belang) inkomen uit een aanmerkelijk belang wordt genoten dat een weerspiegeling constitueert van die voordelen. Gedurende de parlementaire behandeling is aangegeven dat de optie van art. 3.95, vijfde lid, Wet IB 2001 ook openstaat voor een buitenlandse belastingplichtige die een middellijk lucratief belang houdt via een in het buitenland gevestigde personal holding indien de voordelen uit het lucratieve belang door de personal holding meteen voor ten minste 95% worden uitgekeerd aan de aandeelhouder.¹² Dit is waarschijnlijk ingegeven door Europeesrechtelijke overwegingen,¹³ maar heeft wel tot gevolg dat op deze wijze de buitenlandse belastingplicht zou kunnen worden afgeschud. Het vorenstaande leidt voor de casus beschreven in onderdeel 2 tot de conclusie dat in alle gevallen op grond van art. 7.2, tweede lid, onderdeel c, jo. art. 7.2, derde lid, Wet IB 2001 de eventuele voordelen uit het lucratief belang in de buitenlandse belastingplicht kunnen worden betrokken mits het mede is toegekend met als doel een beloning te vormen voor werkzaamheden verricht in Nederland. Dit geldt zowel voor de werknemer als voor de statutaire directeur. Voor zover deze personen inwoner zijn van een niet-verdragsland wordt Nederland niet nader beperkt in de buitenlandse belastingplicht; voor degenen die ingezetene zijn van een land met een (OESO-conform) belastingverdrag dient de analyse hierna te worden gevolgd (onderdeel 6 en 7).

'Lucratief belang'

¹¹ Nijkeuter, t.a.p., blz. 490.

¹² MvA, Kamerstukken I 2007/08, 31 459, nr. C, blz. 19.

¹³ Vergelijk HvJ EG 18 november 1999, zaak C-200/98 (X AB & Y AB), HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98, (Baars), HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98 (Verkooijen) en HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-290/04 (Scorpio).

5 Enige conclusies met betrekking tot de opmerkingen die gedurende de parlementaire behandeling zijn gemaakt aangaande de verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang

Met het nodige voorbehoud kan de verdragstoepassing op voordelen uit een lucratief belang zoals die in het parlementaire proces is verwoord als volgt worden samengevat waarbij moet worden aangetekend dat een en ander mede op deductie is gebaseerd, tegenstrijdigheden bevat en het niet duidelijk is welke wijze van verdragsinterpretatie exact gevolgd is:

- Als uitgangspunt geldt dat inkomen uit lucratief belang onder art. 15 (inkomen uit dienstbetrekking) of 16 (bestuurdersbeloningen) OESO-modelverdrag moet worden geclassificeerd vanwege de veronderstelde causa met de dienstbetrekking;¹⁴
- De classificatie onder art. 15 of 16 OESO-modelverdrag gaat in ieder geval op indien het waardestijgingen of vermogenswinsten betreft. Alsdan lijkt er vanuit Nederlands perspectief geen ruimte te zijn voor toepassing van art. 13 OESO-modelverdrag (vermogenswinsten);¹⁵
- Minder duidelijk is hoe de verdragsclassificatie loopt indien op de lucratief belangaandelen een dividend wordt uitgekeerd. Enerzijds betoogt de staatssecretaris dat een dergelijke uitkering onder art. 10 OESO-modelverdrag

¹⁴ NV, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 9, blz. 23 en plenaire behandeling op 3 september 2008, Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen, 31 459, TK 107, 7875. De staatssecretaris baseert zijn conclusie, dat art. 15 of 16 OESO-modelverdrag van toepassing is op voordelen uit een lucratief belang, op het feit dat de beloning verband houdt met werkzaamheden. Dit is, althans indien wij hem goed begrijpen, tevens een voldoende causa met de dienstbetrekking. Daarmee komen de voordelen binnen het toepassingsbereik van art. 15 OESO-modelverdrag dat in dezen zou refereren aan 'voordelen' uit een dienstbetrekking en niet aan 'loon' (zie plenaire behandeling van 3 september 2008). Aldus wijst art. 15 OESO-modelverdrag het heffingsrecht over dit inkomen toe aan de werkstaat. Dat Nederland vervolgens bij effectuering van dit heffingsrecht het inkomen als resultaat uit overige werkzaamheden belast, doet daaraan, aldus de staatssecretaris tijdens de plenaire behandeling van 3 september 2008, niet af. Het lijkt in deze passage in de plenaire behandeling van 3 september overigens over de afbakening tussen inkomen uit dienstbetrekking (art. 15 OESO-modelverdrag) en vermogenswinsten (art. 13 OESO-modelverdrag) te gaan. Echter, enkel in de parlementaire vraag wordt gerefereerd aan 'vermogenswinsten'. De beantwoording van deze vraag hanteert het neutralere begrip 'vermogensvoordelen'.

¹⁵ MvA, Kamerstukken I 2008/09, 31 359, nr. C, blz. 17 en 18.

(dividenden) valt¹⁶ en anderzijds is hij van oordeel dat een uitkering door een naar Nederlandse maatstaven niet-transparante US LP aan een inwoner van Nederland onder art. 16 (inkomen uit dienstbetrekking) of 17 (bestuurdersbeloningen) van het belastingverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten ressorteert (in de beantwoording abstraheert de staatssecretaris overigens van het concrete voorbeeld en plaatst hij een en ander in een algemeen kader).¹⁷

6 Een nadere analyse van de verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang

6.1 Art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag en de daarin vervatte referentie aan het nationale recht van de verdragstoepassende staten

De vraag is aan de orde of voordelen uit een lucratief belang primair onder art. 15 OESO-modelverdrag als inkomen uit dienstbetrekking of onder art. 16 OESO-modelverdrag als bestuurdersbeloningen dienen te worden geïnclassificeerd (zie onderdeel 5). Of art. 15 of 16 van toepassing is, hangt in beginsel af van de interpretatie van de begrippen 'salaries, wages and other similar remuneration', respectievelijk 'directors' fees and other similar payments'. Deze begrippen zijn in het verdrag niet gedefinieerd en dienen derhalve te worden uitgelegd met behulp van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag dat voor de betekenis van niet in het verdrag gedefinieerde begrippen verwijst naar die onder het nationale recht van de verdragstoepassende staten tenzij de context anders vereist. Dit wordt ook onderschreven door HR 5 september 2003, *BNB 2003/379* en *BNB 2003/381* (fictief loon). Art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag vereist niet dat alleen de betekenis van identieke begrippen mag worden

gebruikt. Beslissend is of het nationale recht een vergelijkbaar concept gebruikt dat, althans volgens de Hoge Raad, tevens in een vergelijkbare context als onder het vigerende belastingverdrag wordt gebezigd.¹⁸ Derhalve dient het begrip 'salaries, wages and other similar remuneration' in beginsel de betekenis te worden verleend die aan het begrip 'loon' in de zin van art. 10, eerste lid, Wet LB 1964 en art. 3.81 Wet IB 2001 wordt toegekend. Dit laatste wordt ook door de Hoge Raad onderschreven in HR 10 februari 1999, *BNB 1999/153* (met betrekking tot een ontslagvergoeding). Hetzelfde is mutatis mutandis van toepassing op art. 16 OESO-modelverdrag (bestuurdersbeloningen). De context zal enkel in uitzonderlijke gevallen een daarvan afwijkende betekenis vereisen; voorbeelden zijn in dit verband de classificatie van WAO-uitkeringen onder belastingverdragen die geen specifieke bepaling voor socialezekerheidsuitkeringen bevatten¹⁹ en de classificatie van fictief loon (art. 12a Wet LB 1964) onder belastingverdragen die voor de introductie daarvan in de Wet LB 1964 zijn gesloten (voor 1 januari 1997).²⁰

Onder de nationale wetgeving is er uitdrukkelijk voor gekozen de voordelen uit een lucratief belang als resultaat uit overige werkzaamheden te belasten. Op deze voordelen is dan of het regime van inkomen uit dienstbetrekking (art. 3.81 Wet IB 2001 jo. art. 10, eerste lid, Wet LB 1964) niet meer van toepassing (zie ook onderdeel 3) of het kon in het geheel niet worden toegepast, bijvoorbeeld, vanwege het ontbreken van een dienstbetrekkingrelatie. In ieder geval komen de specifieke regels van art. 3.92b Wet IB 2001 die het inkomen uit lucratief

18 HR 21 februari 2003, *BNB 2003/177* en *BNB 2003/178*.

19 HR 27 september 2000, *BNB 2001/29*, kwam tot de conclusie dat een WAO-uitkering onder de BRK (dat geen specifieke socialezekerheidsbepaling bevat) onder het restartikel viel ondanks het feit dat een WAO-uitkering naar nationaal recht als loon uit vroegere dienstbetrekking moet worden aangemerkt (art. 11, eerste lid, onderdeel e, Wet LB 1964). Blijkbaar vindt de Hoge Raad, hoewel hij dat niet echt verduidelijkt, dat de context in dezen een betekenis vereist die afwijkt van degene onder het nationale recht waardoor de WAO-uitkering niet onder het inkomen uit dienstbetrekkingartikel van de BRK (art. 15, eerste en tweede lid, BRK) valt.

20 In HR 5 september 2003, *BNB 2003/379* en *381* kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat art. 15 (niet-zelfstandige arbeid) en 16 (bestuurdersbeloningen) van het voormalige belastingverdrag tussen Nederland en België niet van toepassing waren op het fictieve loon (art. 12a Wet LB 1964) omdat de context in de zin van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag de effectivering daarvan onder het voormalige verdrag met België belette. De Hoge Raad leek wel te aanvaarden dat het fictief loon als 'salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen' kon worden aangemerkt in de zin van art. 15, eerste lid, voormalige belastingverdrag met België.

16 *MvA, Kamerstukken I 2008/09, 31 359, nr. C, blz. 18*. Volgens de staatssecretaris moet een dividend dat wordt uitgekeerd door een in Nederland gevestigde vennootschap aan een buitenlandse belastingplichtige die een lucratief belang houdt, voor het belastingverdrag dat Nederland met die staat heeft gesloten en dat gebaseerd is op het OESO-modelverdrag, onder art. 10 van dat verdrag worden geïnclassificeerd.

17 Verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken I 2008/09, 31 459, nr. E* (brief Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 5 december 2008), blz. 8 en 9. Overigens is art. 10 van het OESO-modelverdrag alleen van toepassing indien de LP een lichaam is dat inwoner is van de VS; zie wat betreft deze aspecten van het dividendartikel ook J.F. Avery Jones, M.J. Ellis, K. van Raad, e.a., *The Definitions of Dividends and Interest in the OECD Model: Something Lost in Translation*, *World Tax Journal*, 2009, nr. 1, blz. 5 e.v.

belang in de heffing betrekken pas aan de orde als de loonsfeer is verlaten.²¹ Wat derhalve vaststaat, is dat naar nationaal recht geen sprake is van loon zodat niet valt in te zien hoe via toepassing van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag tot het oordeel kan worden gekomen dat de inkomsten onder art. 15 OESO-modelverdrag (of art. 16 dat in dezen als een specifieke bepaling ten aanzien van art. 15 moet worden gezien) kunnen ressorteren.²² Aan de context wordt dan in het geheel niet toegekomen. Immers, naar nationaal recht is geen sprake van loon. De staatssecretaris verduidelijkt niet exact hoe hij tot het oordeel komt dat art. 15 (of 16) OESO-modelverdrag op de voordelen uit een lucratief belang kunnen worden toegepast onder de hypothese dat zij naar nationaal recht als resultaat uit overige werkzaamheden worden beschouwd en derhalve niet of niet meer als inkomen uit dienstbetrekking worden belast. In de plenaire behandeling van 3 september 2008 wijst hij ter adstructie van zijn standpunt naar het feit dat art. 15 OESO-modelverdrag zou refereren aan 'voordelen' en niet aan 'loon' waardoor ook de voordelen uit lucratieve belangen onder art. 15 OESO-modelverdrag zouden kunnen worden geënclassificeerd. Hierin schuilt de crux. Art. 15 OESO-modelverdrag hanteert het begrip 'salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen' en niet het neutralere begrip 'voordelen'. 'Salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen' is een begrip met een juridische lading, dat niet gedefinieerd is in het verdrag en dat derhalve met behulp van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag moet worden uitgelegd. Alsdan, moet te rade worden gegaan bij de betekenis die het nationale recht aan dat begrip toekent. Geconcludeerd moet worden dat de voordelen uit een lucratief belang in onze hypothese geen loon constitueren onder het nationale recht. Het gevolg hiervan is dan ook dat de voordelen uit een lucratief belang niet onder art. 15 OESO-modelverdrag kunnen worden geënclassificeerd. Verdere afbakeningsproblemen doen zich dan niet voor. Voor de casus geschetst in onderdeel 2 leidt het vorenstaande tot de conclusie dat Nederland geen heffingsrecht heeft op grond van art. 15 (voor de werknemer) en 16 (voor de statutaire directeur) waaraan niet afdoet dat het lucratief belang mede is toegekend in verband met werkzaamheden verricht in Nederland.

6.2 Fictieve-inkomstenarresten

Zelfs indien men de staatssecretaris volgt in zijn visie dat de voordelen uit een lucratief belang onder art. 15 of 16 OESO-

modelverdrag kunnen ressorteren en zij voor doeleinden van het belastingverdrag als salaris kunnen worden beschouwd dan staat daarmee nog niet vast dat deze classificatie voor alle belastingverdragen geldt die Nederland heeft gesloten. Dit is op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad enkel het geval voor belastingverdragen die na 1 januari 2009 zijn gesloten; HR 5 september 2003, *BNB* 2003/379 en *BNB* 2003/381 (fictief loon) en HR 18 juni 2004, *BNB* 2004/134 (fictieve rente). Immers, er treedt een potentiële verschuiving in de verdeling van heffingsrechten op doordat inkomen dat normaliter als dividenden, interesten of vermogenswinsten aan de betreffende belastingplichtige toevloeit (en onder art. 10, 11 of 13 OESO-modelverdrag valt; zie ook onderdeel 7 hierna) door een verdragsposterieure wijziging van de nationale wetgeving onder een andere toewijzingsbepaling classificeert (art. 15 en 16 OESO-modelverdrag) op basis waarvan Nederland potentieel andere en ruimere heffingsbevoegdheden heeft dan onder de eerstgenoemde toewijzingsbepalingen. Het doortrekken van een dergelijke nationaalrechtelijke fictie naar een eerder gesloten belastingverdrag wordt belet door de context in de zin van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag.²³ Met andere woorden de goede trouw die Nederland jegens zijn verdragspartners bij de interpretatie en toepassing van een belastingverdrag in acht moet nemen

'Potentiële verschuiving'

23 Op basis van *BNB* 2003/379 en *BNB* 2003/381 kon worden aangenomen dat indien de andere verdragsluitende staat een regeling in zijn nationale wetgeving heeft opgenomen die vergelijkbaar is met de Nederlandse heffing van voordelen uit lucratieve belangen (het beginsel van wederkerigheid of reciprociteit van wetgeving), dat de door de staatssecretaris aangenomen classificatie onder art. 15 of 16 OESO-modelverdrag alsnog gevolgd kon worden. In HR 19 juni 2009, *V-N* 2009/29.10 (afkoop van een gefacilieerde lijfrente onder het voormalige belastingverdrag met België) nuanceert de Hoge Raad dit wederkerigheidsbeginsel. Een in de andere verdragsluitende staat geïntroduceerde verdragsposterieure fictiebepaling (in casu art. 364bis Belgisch Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992) die er specifiek op gericht is de werking van belastingverdragen te frustreren (en door de Belgische rechtspraak evenmin in overeenstemming werd geacht met de Belgische belastingverdragverplichtingen) kan niet rechtvaardigen en meebrengen dat de vergelijkbare Nederlandse verdragsposterieure fictiebepaling wel effect heeft onder dat verdrag; zie in dit verband tevens E.C.C.M. Kemmeren, 'Exitheffing bij pensioenen; Financiën is hardleers', *WFR* 2009/881, onderdeel 7.

21 *MvT*, Kamerstukken II 2007/08, 31 459, nr. 3, blz. 8 en 17, alsmede *MvA*, Kamerstukken I 2007/08, 31 459, nr. C, blz. 10. Zie ook *Stevens*, t.a.p., blz. 24 en *Schul*, t.a.p., onderdeel 7.

22 Zie ook L.J.A. Pieterse, 'Verslag oratie prof. mr. F.P.G. Pötgens', *WFR* 2009/847, onderdeel 3.

(vergelijk art. 26 en 31, eerste lid, Verdrag van Wenen).²⁴ Een en ander zou derhalve meebrengen dat de classificatie van het inkomen uit lucratief belang onder art. 15 of 16 OESO-modelverdrag geen opgeld doet voor belastingverdragen die voor 1 januari 2009 zijn gesloten.²⁵

6.3 Voorwaarden voor toepassing van art. 15 OESO-modelverdrag

Voor de belastingverdragen die na 1 januari 2009 zijn gesloten, nog steeds de hypothese van de staatssecretaris volgend dat art. 15 en 16 OESO-modelverdrag op de voordelen uit het lucratieve belang kunnen worden toegepast, dient te worden nagegaan of aan één van de voorwaarden van art. 15, tweede lid, OESO-modelverdrag niet is voldaan teneinde te bewerkstelligen dat het hef-

fingsrecht is toegewezen aan de werkstaat, alsmede of aan de voorwaarden van art. 16 OESO-modelverdrag wordt beantwoord. In dezen zal in het bijzonder de voorwaarde van art. 15, tweede lid, onderdeel b, OESO-modelverdrag van belang kunnen zijn.

Indien we teruggaan naar het voorbeeld in onderdeel 2, onder 2, dan worden voordelen uit een lucratief belang toegekend door een niet in Nederland gevestigde vennootschap (bijvoorbeeld een private-equityhuis) aan een niet in Nederland wonende werknemer en statutair directeur van NV. De voordelen uit het lucratieve belang zien mede op de werkzaamheden die de werknemer en de statutaire directeur in Nederland verrichten voor NV. De werknemer en de statutaire directeur zijn buitenlands belastingplichtig voor het gehele voordeel dat zij genieten uit het lucratieve belang overeenkomstig art. 7.2, tweede lid, onderdeel c, jo. art. 7.2, derde lid, Wet IB 2001 (zie ook onderdeel 4).

Indien anders dan wij menen, de visie van de staatssecretaris toch juist mocht blijken te zijn in de zin dat het voordeel uit het lucratieve belang onder art. 15 van het vigerende belastingverdrag kan worden geclassificeerd, dan heeft Nederland als werkstaat in beginsel een heffingsrecht over dat deel van het voordeel dat aan de in Nederland uitgeoefende dienstbetrekking kan worden gealloceerd.²⁶ De allocatie van beloningen aan een in de werkstaat uitgeoefende dienstbetrekking vindt in zijn algemeenheid plaats met behulp van de dagenbreuk van HR 23 september 2005, *BNB* 2006/52. Aan toepassing van de dagenbreuk en de daarin vervatte tijdsevenredige toerekening wordt niet toegekomen indien het betreffende voordeel specifiek een beloning beoogd te zijn voor de werkzaamheden die voor NV zijn verricht en niet tevens een beloning beoogd te zijn voor werkzaamheden die, bijvoorbeeld, voor de buitenlandse vennootschap in haar vestigingsstaat zijn verricht; het gehele voordeel dient dan aan de in Nederland verrichte werkzaamheden

24 *De Hoge Raad noemde art. 31, eerste lid, Verdrag van Wenen in HR 5 september 2003, BNB 2003/380; afkoop van een pensioen door een inwoner van Singapore. Het pensioen was opgebouwd bij een Nederlands pensioenfonds en uit hoofde van een dienstbetrekking bij een Nederlandse BV die gedeeltelijk in Nederland was uitgeoefend. Na sluiting van het verdrag tussen Nederland en Singapore is art. 19b, eerste lid, onderdeel b, in de Wet LB 1964 geïntroduceerd inhoudende dat een afkoop van een pensioen meebrengt dat de waarde in het economische verkeer van de pensioenaanspraak als loon uit vroegere dienstbetrekking wordt geherclassificeerd dewelke wordt geacht te zijn genoten op het onmiddellijk aan de afkoop voorafgaande tijdstip. De goede trouw die bij de interpretatie van art. 18, eerste lid, verdrag met Singapore (dat het heffingsrecht over de afkoopsom van een pensioen exclusief toeweest aan Singapore) in acht moet worden genomen, brengt mee dat de fictie van art. 19b, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964 strijdig is met de interpretatie van art. 18, eerste lid, van dat verdrag aangezien effectivering van de fictie van art. 19b, eerste lid, onderdeel b, Wet LB 1964 onder dat verdrag tot gevolg zou hebben dat de afkoopsom onder art. 15 zou classificeren waardoor Nederland een heffingsrecht zou krijgen ten nadele van Singapore. Zie ook HR 19 juni 2009, V-N 2009/29.9 (conserverende aanslag opgelegd conform art. 2.8, tweede lid, jo. art. 3.83, eerste lid, Wet IB 2001 bij emigratie van een pensioengerechtigde naar Frankrijk) en HR 19 juni 2009, V-N 2009/29.10 (afkoop van een gefaciliteerde lijfrente door een eerder naar België geëmigreerde gerechtigde in welk verband de waarde van de aanspraak wordt belast als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen conform art. 3.133 jo. art. 3.137 Wet IB 2001); de Hoge Raad is van mening dat een en ander niet in overeenstemming is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg van art. 18 van het verdrag met Frankrijk (pensioenen), respectievelijk art. 22 (restartikel) van het voormalige belastingverdrag met België.*

25 *Zie in dezelfde zin Stevens, t.a.p., blz. 24; Schul, t.a.p., onderdeel 7 en Freudenthal en Raaijmakers, t.a.p., blz. 1373.*

26 *Voor de statutaire directeur gaan wij ervan uit dat er een splitsing dient te worden aangebracht tussen het deel van zijn beloning dat hij in zijn hoedanigheid van bestuurder van NV verkrijgt (en dat onder art. 16 OESO-modelverdrag valt) en een deel dat hij als werknemer ontvangt (en dat onder art. 15 OESO-modelverdrag ressorteert); zie voor een dergelijke splitsing de uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van het belastingverdrag tussen Nederland en België uit 2001 (NNV, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6, blz. 40); de conclusie van A-G Wattel van 23 februari 2005, V-N 2005/29.10, nr. 39 535, punt. 4.8 en de conclusie van A-G Niessen van 17 juli 2008, V-N 2008/58.10, punt 8.2. De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 4 december 2009, nr. 07/10383 over een dergelijke splitsing niet uitgelaten.*

te worden toegerekend.²⁷ Een specifieke allocatie in plaats van een toerekening op basis van tijdsevenredigheid zal zich, naar kan worden aangenomen, veelal voordoen in situaties die vergelijkbaar zijn met het geschetste voorbeeld.²⁸

Daarenboven, ervan uitgaande dat voldaan is aan de voorwaarden van art. 15, tweede lid, onderdeel a en c, OESO-modelverdrag, moet worden nagegaan of de beloning wordt betaald door of namens NV die formeel de werkgever is en daarmee eveneens een werkgever is in de zin van voornoemde bepaling.²⁹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad in HR 19 juni 1996, *BNB* 1996/369 oordeelde dat een beloning is betaald namens, in dit geval NV, indien de buitenlandse vennootschap de betreffende beloning specifiek en als zodanig (met andere

woorden geïndividualiseerd) doorbelast aan NV.³⁰ De Hoge Raad heeft in HR 23 juni 2006, *BNB* 2006/295, het belang van een geïndividualiseerde doorbelasting nogmaals benadrukt in welk verband hij een toerekening van de kosten van een ontslagvergoeding op basis van het at arm's-lengthbeginsel van art. 9 OESO-modelverdrag onvoldoende achtte. Nu er in de regel bij het toekennen van aandelen en dergelijke die een lucratief belang vormen geen betrokken partij is die in verband daarmee kosten draagt (het toekennen van het lucratief belang leidt immers hoogstens tot verwatering van de andere aandeelhouders, een omstandigheid die zich niet leent voor kostendoorberekening), zal er uit de aard der zaak van een geïndividualiseerde doorbelasting ook geen sprake zijn. Daardoor zal niet voldaan zijn aan de voorwaarde van geïndividualiseerd doorbelasting voor toepassing van art. 15, tweede lid, onderdeel b, van het betreffende belastingverdrag met als consequentie dat Nederland op basis van art. 15 van dat verdrag geen heffingsrecht heeft.

6.4 Voorwaarden voor toepassing van art. 16 OESO-modelverdrag

Voor de statutaire directeur van NV moet worden nagegaan welk deel van zijn beloning onder art. 16 OESO-modelverdrag ressorteert. Voor de uitleg van 'bestuurder' onder art. 16 van de op het OESO-modelverdrag gebaseerde belastingverdragen volgt de Hoge Raad een formele benadering; van een bestuurder in voornoemde zin is sprake indien de betreffende persoon lid is van een raad van bestuur of van beheer.³¹ In dit verband is het van belang te benadrukken dat van een bestuurdersbeloning in de zin van art. 16 van een zodanig belastingverdrag volgens de Hoge Raad slechts sprake is indien de betreffende beloning geïndividualiseerd is doorbelast of ten laste is genomen door de vennootschap bij wie het bestuurderschap wordt vervuld (in casu NV); HR 15 juli 1997, *BNB* 1997/298 (hierin noemde de Hoge Raad het 'betaald door of namens'-vereiste om na te gaan of er een afdoende relatie voorhanden was tussen de beloning en

27 Zie F. Pötgens, *Income from International Private Employment (Doctoral Series nr. 12)*, blz. 370 en 371, *IBFD* 2006, voor voorbeelden van beloningsbestanddelen die specifiek toerekenbaar zijn aan een in de werkstaat uitgeoefende dienstbetrekking.

28 De wijze van allocatie blijkt niet eensluidend uit de parlementaire stukken. Verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 459, nr. E (brief Staatssecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 5 december 2008), blz. 8 en 9, rekent de voordelen uit het lucratieve belang geheel toe aan de werkzaamheden die in het buitenland zijn verricht voor de emigratie naar Nederland, maar daar moet bij aangetekend worden dat in Nederland geen werkzaamheden zijn verricht. Stevens, t.a.p., blz. 23 leidt uit *MvA*, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 459, nr. C, blz. 17 evenwel voorzichtig af dat een allocatie naar tijds-evenredigheid moet plaatsvinden.

29 Indien NV niet de formele werkgever zou zijn maar in plaats daarvan de buitenlandse vennootschap, zou beoordeeld moeten worden of NV voldoet aan de voorwaarden die de Hoge Raad heeft geformuleerd in HR 1 december 2006, *BNB* 2006/75 t/m 79 en waarin hij een materiële uitleg van het begrip 'een werkgever' voorstaat voor doeleinden van art. 15 van de op het OESO-modelverdrag gebaseerde Nederlandse belastingverdragen. Cruciale elementen zijn dan de gezagsverhouding (NV moet dan een instructiebevoegdheid hebben erin bestaande dat, bijvoorbeeld, de werknemer zich bij zijn werkzaamheden in Nederland moet voegen naar de concrete aanwijzingen van NV) en dat een geïndividualiseerde doorbelasting plaatsvindt van het salaris van, bijvoorbeeld, de werknemer door de buitenlandse vennootschap aan NV. Indien de buitenlandse vennootschap een private-equityhuis is, is het goed denkbaar dat het gezag door het private equityhuis wordt uitgeoefend en niet door NV zodat aan de voorwaarde van art. 15, tweede lid, onderdeel b, van het vigerende op het OESO-modelverdrag gebaseerde belastingverdrag is voldaan en Nederland als werkstaat derhalve belemmerd wordt in de effectuering van zijn nationaalrechtelijke heffingsmogelijkheden.

30 In het kader van het materiële verdragswerkgeverschap wordt de geïndividualiseerde doorbelasting als één van de essentialia daarvan gezien. Er is een zekere mate van doublure te onderkennen met het 'betaald door of namens'-vereiste; zie ook F.P.G. Pötgens, 'De Hoge Raad bevestigt en verduidelijkt het materiële werkgeverschap onder de belastingverdragen', *WFR* 2007/375, onderdeel 3.3. Echter, aangezien NV de formele werkgever is en daarmee in ieder geval werkgever in de zin van het verdrag, dient nagegaan te worden of aan het 'betaald door of namens'-vereiste is voldaan.

31 HR 22 december 1999, *BNB* 2000/94 en HR 10 december 2004, *BNB* 2005/195.

de werkzaamheden die de betreffende belastingplichtige in zijn hoedanigheid van bestuurder verrichtte teneinde de beloning als bestuurdersbeloning te kunnen beschouwen) en HR 11 juni 2004, *BNB* 2004/344 (een ontslagvergoeding kan, aldus de Hoge Raad, enkel als een bestuurdersbeloning in de zin van art. 16, tweede lid, voormalige belastingverdrag met België worden gezien indien en voor zover zij geïndividualiseerd ten laste is genomen door de vennootschap waarbij de betreffende persoon bestuurder was). Dit standpunt herhaalt en bevestigt de Hoge Raad in HR 1 december 2006, *BNB* 2007/77. Dit betekent dat hetgeen in dit verband is opgemerkt ten aanzien van art. 15, tweede lid, onderdeel b, mutatis mutandis van toepassing is op art. 16 OESO-modelverdrag (zie onderdeel 6.3).

7 Classificatie van de voordelen uit een lucratief belang onder art. 10 (dividenden), art. 11 (interessen) of art. 13 (vermogenswinsten) OESO-modelverdrag

Nu de voordelen uit een lucratief belang niet onder art. 15 of 16 OESO-modelverdrag vallen, rijst de vraag hoe ze dan wel moeten worden geclassificeerd. Naar onze mening bepaalt uiteindelijk de civielrechtelijke vorm waarin het voordeel uit lucratief belang wordt genoten welk verdragsartikel van toepassing is, met andere woorden art. 10 (dividenden), art. 11 (interessen) of art. 13 (vermogenswinsten) OESO-modelverdrag. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Ten eerste is het mogelijk dat voordelen uit een lucratief belang vallen onder art. 7 OESO-modelverdrag (business profits). Art. 3, eerste lid, onderdeel h, OESO-modelverdrag bepaalt dat het begrip 'business' omvat 'the performance of professional services and other activities of an independent character'. Voorts ziet ingevolge art. 3, eerste lid, onderdeel c, het begrip 'enterprise' op 'the carrying-on of any business'. Hieronder kan eventueel ook het resultaat uit overige werkzaamheden worden geschaard,³² inclusief de voordelen uit een lucratief belang. Als dit het geval is, heeft Nederland alsdan alleen een heffingsrecht ingevolge art. 7, eerste lid, OESO-modelverdrag indien de buiten-

landse houder van een lucratief belang over een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland beschikt waaraan zijn lucratief belang is toe te rekenen.³³ Uitzonderingen daargelaten, zal daarvan in de praktijk geen sprake zijn. Ten tweede, bij afwezigheid van een dergelijke vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger, zal op de ontvangen of gerealiseerde inkomsten art. 10 (dividenden), art. 11 (interessen) of art. 13 (vermogenswinsten) OESO-modelverdrag van toepassing zijn.

8 Conclusie

Wat betreft de verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang hebben wij, anders dan de staatsecretaris tijdens de parlementaire behandeling voorstond, vastgesteld dat zij niet onder art. 15 en 16 ressorteren. Een en ander volgt uit een consistente toepassing van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag dat voor de betekenis van niet in het verdrag gedefinieerde begrippen verwijst naar het nationale recht van de verdragstoepassende staten. Volgens het Nederlandse nationale recht worden voordelen uit een lucratief belang pas als resultaat uit overige werkzaamheden belast indien zij het regime van inkomen uit dienstbetrekking verlaten hebben en daardoor geen inkomsten uit dienstbetrekking meer vormen. Gezien de referentie naar het nationale recht in art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag constitueren de betreffende voordelen evenmin loon in de zin van art. 15 en 16 OESO-modelverdrag zodat deze bepalingen toepassing missen. In plaats daarvan zullen de voordelen uit een lucratief belang, al naar gelang de aard van de onderliggende vermogensbestanddelen in de regel onder art. 10, 11 of 13 OESO-modelverdrag worden geclassificeerd. Zelfs als het standpunt van de staatssecretaris inzake de toepasselijkheid van art. 15 en 16 OESO-modelverdrag juist zou zijn, dan nog zal veelal met betrekking tot een buitenlandse belastingplichtige niet voldaan zal zijn aan de voorwaarden die gesteld worden aan de allocatie van het heffingsrecht aan Nederland, in het bijzonder de eis van geïndividualiseerde doorbelasting.

Ten slotte zal, voor zover het betreft de voor 1 januari 2009 gesloten belastingverdragen, ook de context in de zin van art. 3, tweede lid, OESO-modelverdrag gezien de fictiefloonaarresten en het fictieve rente-arrest, Nederland beletten te heffen over lucratief belangvoordelen genoten door een buitenlandse belastingplichtige.

32 Zie A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, blz. 149 en 150, Deventer: Kluwer 2009, alsmede Pötgens, t.a.p., blz. 287.

33 Uitgaande van een mogelijke classificatie onder art. 7 OESO-modelverdrag, dient rekening te worden gehouden met art. 7, zevende lid, OESO-modelverdrag. Art. 7, zevende lid, OESO-modelverdrag bepaalt dat indien enig winstbestanddeel tevens onder een andere toewijzingsbepaling van het verdrag valt, dan heeft die andere bepaling voorrang. Naar rato van de aard van de ontvangen of gerealiseerde inkomsten zijn alsdan art. 10 (dividenden), art. 11 (interessen) of art. 13 (vermogenswinsten) OESO-modelverdrag van toepassing die in dezen in beginsel prevaleren boven art. 7 OESO-modelverdrag. Hierbij

dienen wel art. 10, vierde lid, voor dividenden, art. 11, vierde lid, voor interessen en art. 13, tweede lid, OESO-modelverdrag voor vermogenswinsten in aanmerking te worden genomen. Echter, deze bepalingen veronderstellen de aanwezigheid van een vaste inrichting waarbij het onderliggende aandelenbezit uit hoofde waarvan de dividenden worden betaald respectievelijk de schuldvordering uit hoofde waarvan de interest wordt betaald, alsmede de roerende zaken die worden vervreemd tot het ondernemingsvermogen van de vaste inrichting behoren.