

VERDRAGSTOEGANG EN INWONERSCHAP IN DE NOTITIE FISCAAL VERDRAGSBELEID 2011

PROF. MR. F.P.G. PÖTGENS¹

1 Inleiding

In deze bijdrage staat het verdragsinwonerschap centraal. Hoewel, de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna: de notitie) voornamelijk beleidsmatig van aard is,² heeft de analyse met betrekking tot het inwonerschap een meer technisch karakter. In onderdeel 2 wordt de inwonersbepaling uit het OESO-modelverdrag en de reactie van de notitie daarop weergegeven. Onderdeel 3 geeft een overzicht van de jurisprudentie van de Hoge Raad. In onderdeel 4 wordt ingegaan op de verdragsbepaling die de notitie voorstaat teneinde de onderworpenheidseis bij lichamen te verduidelijken. In onderdeel 5 wordt stilgestaan bij vrijgestelde lichamen en onderdeel 6 bevat een conclusie. Een aantal onderwerpen blijft onbesproken, zoals de bepaling die de notitie³ voorstelt op basis waarvan bronstaten verdragsvoordelen met betrekking tot bijvoorbeeld dividenden en interesten toestaan aan een in Nederland gelegen vaste inrichting van een vennootschap van een EU-lidstaat.⁴

Hoewel, de notitie met name een richtsnoer beoogd te geven voor verdragsonderhandelingen, wordt in deze bijdrage ook ingegaan op de mogelijke gevolgen voor bestaande belastingverdragen.

2 Inwonerschap volgens het OESO-modelverdrag, het commentaar daarop en de notitie

Belastingverdragen kunnen blijkens art. 1 OESO-modelverdrag worden ingeroepen door personen die inwoner zijn van één of van beide verdragsluitende staten. Ingevolge art. 4, eerste lid, eerste volzin, OESO-modelverdrag is een persoon inwoner van een verdragsluitende staat indien hij volgens de wetgeving van die staat 'is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof.'

'Het commentaar op het OESO-modelverdrag maakt niet duidelijk wat onder "liable to tax" moet worden verstaan'

De tweede volzin van art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag maakt duidelijk dat een persoon geen inwoner is wanneer hij in die staat slechts 'liable to tax' is over inkomsten verkregen uit bronnen die in die staat zijn gelegen. Het OESO-commentaar sluit aan bij de verschillende vormen van verbondenheid van een persoon met een staat die in de nationale belastingwetten de basis vormen voor 'comprehensive taxation' ('full liability to tax').⁵ Het commentaar op het OESO-modelverdrag maakt

1 Auteur is hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam.

2 Zie ook het voorwoord bij de notitie, blz. 10.

3 A.w., par. 1.3.5, blz. 29.

4 Deze bepaling lijkt haar oorsprong te vinden in par. 45 OESO-rapport, *Triangular cases, Issues in International Taxation*, nr. 4, Parijs: OESO 1992. Zie ook A.C.G.A.C. de Graaf, *De invloed van het EG-recht op het international belastingrecht: beleids- en marktintegratie*, blz. 168, Deventer: Kluwer 2004.

5 Par. 3, 4 en 8 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag en par. 2.2.1, blz. 31, van de notitie.

niet duidelijk wat onder 'liable to tax' moet worden verstaan. Het geeft een tweetal visies weer:

- de meerderheid van de OESO-lidstaten is van mening dat 'liable to tax' geen materiële maar een formele of theoretische onderworpenheid vereist waardoor een subjectieve vrijstelling niet aan verdragsinwonerschap in de weg staan;⁶
- een minderheid van de OESO-lidstaten vereist een materiële onderworpenheid over het wereldinkomen waardoor zodanige subjectieve vrijstellingen verdragsinwonerschap verhinderen.⁷

De notitie sluit zich aan bij de door het OESO-commentaar aangeduide meerderheidsvisie. Zij beoogt dan ook door middel van een specifieke verdragsbepaling vast te leggen dat vrijstellingen niet afdoen aan verdragsinwonerschap, zodat de Fiscale Beleggingsinstelling (hierna: FBI; art. 28 Wet VPB 1969), de Vrijgestelde Beleggingsinstelling (hierna: VBI; art. 6a Wet VPB 1969), vrijgestelde pensioenfondsen (art. 5 Wet VPB 1969), charitatieve instellingen (art. 6 Wet VPB 1969) en stichtingen en ondernemingen die geen onderneming drijven (art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969), eveneens hiervoor in aanmerking komen.

3 De visie van de Hoge Raad; materiële benadering

3.1 Jurisprudentie en enige ontwikkelingen die daaruit voortvloeien

De Hoge Raad schaaft zich in zijn jurisprudentie in feite achter de minderheidsvisie uit het OESO-commentaar. Volgens de Hoge Raad impliceert 'liable to tax' een mate-

riële onderworpenheid over de wereldwinst of het wereldinkomen.⁸ Een dergelijke materiële benadering paste de Hoge Raad reeds in het Drielandenpuntarrest toe.⁹ De werking en strekking van het Drielandenpuntarrest beperken zich overigens niet tot het voormalige belastingverdrag met België,¹⁰ maar strekken zich tevens uit tot andere Nederlandse belastingverdragen.¹¹ Het commentaar op het OESO-modelverdrag heeft de consequenties van het Drielandenpuntarrest onderschreven, dat wil zeggen indien een dual-residentvennootschap onder een verdrag geen inwoner is van de loserstaat, is zij evenmin inwoner voor doeleinden van belastingverdragen die de loserstaat met derde staten heeft gesloten. Het OESO-commentaar baseert een en ander op de tweede volzin van art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag¹² en volgens het Drielandenpuntarrest vloeit dit voort uit de eerste volzin van art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag.

'De Hoge Raad volgt de lijn van een materiële onderworpenheid in plaats van een formele of theoretische onderworpenheid'

Naar aanleiding van het Drielandenpuntarrest werd door Ellis reeds geconcludeerd dat de daarin vervatte materiële benadering van de onderworpenheidseis betekende dat subjectief vrijgestelde lichamen, zoals pensioenfondsen (art. 5 Wet VPB 1969), evenmin voor het verdragsinwonerschap conform art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag in aanmerking komen.¹³ De Hoge Raad zette zijn materiële benadering van onderworpenheid voort in HR 4 december 2009, nr. 08/05071, BNB 2010/118 (hierna: 30%-bewijsregel-VS-arrest) en HR 4 december 2009, nr. 07/10383, BNB 2010/177 (inwonerschapverenigingsarrest).¹⁴

6 Par. 8.6 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag.

7 Par. 8.7 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag.

8 De Hoge Raad eist geen feitelijke onderworpenheid; vergelijk HR 16 januari 2009, nr. 43 128, BNB 2009/93, en HR 16 januari 2009, nr. 42 218, BNB 2009/92.

9 HR 21 februari 2001, nr. 35 557, BNB 2001/295.

10 De overwegingen van de Hoge Raad in het Drielandenpuntarrest bevatten een aantal aanknopingspunten dat tot deze conclusie zou kunnen leiden. Zie C. van Raad, T. Bender en S.C.W. Douma, 'De Hoge Raad op een drielandenpunt', WFR 2001/535.

11 Zie F. van Brunschot, 'The Judiciary and the OECD Model Tax Convention and its Commentaries', Bulletin for International Taxation 2005, nr. 1, blz. 9, en de uittalingen van de Staatssecretaris van Financiën bij de behandeling van het wetsvoorstel tot ratificatie van het belastingverdrag met België van 2001, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6, blz. 24; en bij het wetsvoorstel tot ratificatie van het 2004-protocol tot wijziging van het verdrag met de Verenigde Staten, Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3, blz. 16-17.

12 Zie par. 8.2 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag.

13 M.J. Ellis, 'Nieuwe dimensies in verdragstoepassing?', NTFR 2002/434, blz. 1.

14 Zie A.C.G.A.C. de Graaf en F.P.G. Pötgens, 'Verontrustende Hoge Raaduitleg verdragsbegrip 'inwoner'', WFR 2010/266, onderdeel 3, alsmede de conclusie van A-G van Ballegooijen bij BNB 2010/118, onderdeel 4.

3.2 Een vergelijking van de visie van de Hoge Raad en de notitie

Naar mijn mening is de lijn die de Hoge Raad volgt met betrekking tot onderworpenheid duidelijk, dat wil zeggen een materiële onderworpenheid in plaats van een formele of theoretische onderworpenheid. Dit neemt niet weg dat men kritiek hierop kan hebben en dat tevens de vraag kan worden gesteld of de benadering die de Hoge Raad kiest, wenselijk is gezien de zienswijze die de meeste andere (OESO-)landen volgen.¹⁵

Aldus kan tot de conclusie worden gekomen dat volgens de benadering van de Hoge Raad subjectief vrijgestelde lichamen, zoals pensioenfondsen en VBI's, maar ook stichtingen en verenigingen die geen onderneming drijven, niet als inwoner kunnen worden aangemerkt in de zin van de Nederlandse belastingverdragen die op het OESO-modelverdrag zijn gebaseerd.

Het is opvallend dat de notitie in dit verband alleen refereert aan het inwonerschapverenigingsarrest en niet tevens aan het Drielandenpuntarrest en het 30%-bewijsregel-VS-arrest.¹⁶ Volgens de notitie is de Hoge Raad in het inwonerschapverenigingsarrest van oordeel dat, indien (het woonplaatsartikel in) een verdrag bepaalde vrijgestelde lichamen als verdragsinwoner aanmerkt,

andere vrijgestelde lichamen niet als verdragsinwoner gelden. Uit dit arrest kan, aldus de notitie, niet met zekerheid worden afgeleid hoe de Hoge Raad zou oordelen over vrijgestelde lichamen onder een verdrag met een woonplaatsartikel overeenkomstig art. 4 OESO-modelverdrag, dat wil zeggen zonder dat bepaalde vrijgestelde lichamen uitdrukkelijk als inwoner worden bestempeld. Hoewel betoogd kan worden dat de impact van de overwegingen van de Hoge Raad in het inwonerschapverenigingsarrest niet geheel eenduidig is, wordt deze onduidelijkheid weggelaten indien ze in het verlengde van het Drielandenpuntarrest en het 30%-bewijsregel-VS-arrest worden geplaatst en de daarin neergelegde materiële uitleg van het onderworpenheidsvereiste.¹⁷

.....

***'De notitie kiest ervoor
de meerderheidsvisie van
de OESO met betrekking
tot de onderworpenheidseis
in een specifieke bepaling
neer te leggen'***

.....

15 Zie ter zake *De Graaf en Pötgens, a.w., onderdeel 3.4. De betreffende kritiek kan als volgt worden samengevat: 1. de Hoge Raad legt 'liable to tax' uit als 'subject to tax' terwijl beide begrippen in het Engels een verschillende taalkundige betekenis hebben ('liable to tax' heeft een ruimere betekenis dan 'subject to tax' waarbij 'liable to tax' niet een materiële onderworpenheid vereist maar een formele of theoretische onderworpenheid waardoor hieraan ook voldaan kan zijn indien een persoon subjectief is vrijgesteld). Overigens was Engels in het Inwonerschap-vereniging-VS-arrest gelijkelijk authentiek (in het Drielandenpuntarrest refereerde de Hoge Raad eveneens aan de Engelse terminologie doordat hij naar het commentaar bij het OESO-modelverdrag verwees); 2. de vooraanstaande literatuur (D.A. Ward e.a., 'A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries', *Canadian Tax Journal* 1996/2, blz. 422, en M. Lehner, 'Art. 4', in: K. Vogel en M. Lehner, *DBA (Doppelbesteuerungsabkommen)*, Kommentar, blz. 412 en 413, München: Verlag C.H. Beck 2008) volgen een andere visie dan de Hoge Raad; 3. hetzelfde geldt voor de meerderheid van de internationale rechtspraak (die in de hiervoor genoemde publicatie is onderzocht, dat wil zeggen de Franse, de Duitse, de Finse, de Indiase en de Engelse; de enige uitzondering is volgens Ward e.a. de Canadese *Crown Forrest Industries-zaak*), en 4. de meerderheid van de OESO-lidstaten (zie par. 8.6 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag).*

16 A.w., par. 2.2.1, blz. 31 en 32.

De Hoge Raad volgt naar mijn mening een duidelijke lijn die niet tot onzekerheid leidt. Zij kan echter wel tot dubbele belasting of dubbele vrijstelling aanleiding geven nu zij door een meerderheid van OESO-lidstaten niet wordt gevolgd. Er zijn verschillende oproepen aan de staatssecretaris gedaan ter zake duidelijkheid te scheppen en te kiezen, in afwijking van de benaderingswijze van de Hoge Raad, voor de meerderheidsvisie van de OESO-lidstaten.¹⁸ Hieraan geeft de notitie gehoor doordat zij eveneens opteert voor deze (meerderheids)visie, wat naar mijn mening kan worden onderschreven. Ter adstructie van dit standpunt merkt de notitie op dat behoudens gevallen van misbruik (de notitie laat helaas na de contouren van het aldus bedoelde misbruik te omschrijven) er in beginsel geen reden is waarom een belastingvrijstelling die een lichaam wordt toegekend door zijn feitelijke vestigingsstaat ertoe zou moeten leiden dat de bronstaat zijn heffingsrecht uitbreidt.¹⁹ Dat is volgens de notitie mede ingegeven vanuit de gedachte dat een belastingverdrag niet alleen ziet op voorkoming

17 De Graaf en Pötgens, a.w., blz. 271.

18 De Graaf en Pötgens, a.w., blz. 279 en 280, alsmede Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2009/62.5 en V-N 2009/63.17.

19 A.w., par. 2.2.1, blz. 32.

van dubbele belasting, maar ook op het in meer algemene zin verdelen van heffingsrechten tussen de verdragsluitende staten. Deze gedachtegang kan worden onderschreven en bovendien kan aan hem een zekere principiële waarde worden toegekend die ook van belang zou moeten zijn voor bestaande belastingverdragen (zie ook onderdeel 5).

4 Panama-clausule

De notitie kiest ervoor, mede vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, de meerderheidsvisie van de OESO met betrekking tot de onderworpenheidseis in een specifieke bepaling neer te leggen. De notitie verwoordt een en ander als volgt.²⁰

‘Nederland streeft naar opname van een regeling in belastingverdragen die voorschrijft dat een lichaam geacht wordt aan belasting in een verdragsluitende staat onderworpen te zijn indien dat lichaam wordt beheerst door de wetten van die staat of zijn plaats van leiding in die staat heeft, en die fiscaal transparante lichamen uitdrukkelijk van inwonerschap uitsluit.’

Een dergelijke bepaling is voor het eerst opgenomen in art. 4, tweede lid, nieuwe en nog niet geratificeerde belastingverdrag tussen Nederland en Panama (ik duid deze bepaling dan ook verder aan als Panama-clausule).²¹ Art. 4, tweede lid, wijkt qua bewoordingen overigens enigszins af van de notitie. Hiermee is evenwel hetzelfde beoogd.²²

‘Bepaalde entiteiten worden van verdragstoepassing uitgesloten’

Op zich kan de insertie van een dergelijke bepaling worden onderschreven aangezien zij de nodige duidelijkheid schept, de rechtszekerheid ten goede komt en tevens theoretisch een juist standpunt verwoordt. Het is opvallend dat de onderworpenheidseis die vanaf het eerste OESO-modelverdrag (1963) in art. 4, eerste lid, is opge-

nomen nog steeds niet tot een eenduidige uitleg heeft geleid en dat het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag twee verschillende explicaties toelaat en enkel aangeeft wat in dezen de meerderheidsvisie is. Mocht de andere verdragsluitende staat bezorgd zijn dat hiermee een te ruime toegang tot het verdrag wordt verleend (wat kritisch moet worden beschouwd aangezien de Panama-clausule in feite een nadere precisering constitueert van de meerderheidsvisie van de OESO-lidstaten met betrekking tot het onderworpenheidsvereiste), dan kan een specifieke bepaling worden opgenomen overeenkomstig par. 21 e.v. van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag op basis waarvan bepaalde entiteiten van verdragstoepassing worden uitgesloten, ten minste indien de verdragsluitende staten daarover in onderling overleg overeenstemming bereiken.²³ Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. I Protocol bij het verdrag Nederland-Panama op basis waarvan de respectieve bevoegde autoriteiten in onderling overleg kunnen beslissen in hoeverre een inwoner van één van de verdragsluitende staten die onder een bijzondere regeling valt, wordt uitgesloten van verdragsvoordelen.

Het belastingverdrag met Panama bevat in art. 10 (derde tot en met zesde lid) een Limitation-on-Benefits- (hierna: LOB)achtige bepaling die nadere voorwaarden stelt aan het verlenen van een vrijstelling op dividenden die betaald worden door een vennootschap die inwoner is van de bronstaat en in art. 27 een bepaling die het toestaat, althans indien daarover onderlinge overeenstemming wordt bereikt tussen de verdragsluitende staten, dat nationaalrechtelijke antimisbruikconcepten hun effect behouden onder het vigerende belastingverdrag. Aangenomen kan worden dat deze bepalingen losstaan van art. 4, tweede lid, verdrag Nederland-Panama en veeleer hun oorzaak vinden in het territorialiteitsbeginsel dat Panama als uitgangspunt hanteert voor belastingheffing en waarop zijn dividendbelasting eveneens is gebaseerd.²⁴

Een ander punt van aandacht betreft de mogelijke uitsluiting van het inwonerschap van een dual-residentvennootschap in een triangular case indien Nederland de

20 A.w., par. 2.2.1, blz. 32.

21 De tekst van dat verdrag is opgenomen in V-N 2010/52.14.

22 In dezen kan worden gerefereerd aan de presentatie die het Ministerie van Financiën heeft gegeven op het Symposium Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid dat op 21 maart 2011 in Leiden is gehouden. De notitie verwijst niet naar het verdrag met Panama.

23 Vergelijk A. de Graaf en F. Pötgens, ‘Worrying Interpretation of ‘Liable to Tax’: OECD Clarification Would Be Welcome’, *Intertax* 2011/4, blz. 177. S van Weeghel heeft op deze consequentie eveneens gewezen in zijn bijdrage aan het Symposium Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid dat op 21 maart 2011 in Leiden is gehouden (zie in dit verband ook het verslag van L.J. Pieters van dit symposium dat elders in dit nummer is opgenomen).

24 Vergelijk ook art. 10, derde tot en met zesde lid, en art. 31, eerste en tweede lid, verdrag Nederland-Barbados (wijzigingsprotocol 27 november 2009); art. 10, derde en vierde lid, en art. 27, eerste lid, verdrag Nederland-Hong Kong, en art. 31, eerste lid, verdrag Nederland-Malta.

loser-staat is (op basis van het belastingverdrag dat met de winner-staat is gesloten) in relatie tot het belastingverdrag dat Nederland met Panama als derde staat heeft gesloten.²⁵ Op basis van de Panama-clausule is een dergelijke vennootschap inwoner van Nederland voor het verdrag met Panama. Echter, art. 4, eerste lid, verdrag Nederland-Panama bevat een tweede volzin overeenkomstig art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag zodat de vennootschap op basis daarvan volgens par. 8.2 van het commentaar op art. 4 OESO-modelverdrag geen inwoner is van Nederland.

.....

'Het zou aanbeveling verdienen de relatie tussen de Panama-clausule en art. 4, eerste lid, nader te verduidelijken'

.....

Bedoeld is dat de Panama-clausule voor entiteiten de onderworpenheidseis van art. 4, eerste lid, eerste volzin, expliciteert, terwijl art. 4, eerste lid, tweede volzin, personen die slechts aan belasting zijn onderworpen over bronnen van inkomen die in een staat zijn gelegen, uitsluit van de uitdrukking 'inwoner'. Desalniettemin zou het aanbeveling verdienen de relatie tussen de Panama-clausule en art. 4, eerste lid, nader te verduidelijken in het verdrag of in het Protocol en daar bij toekomstige belastingverdragen rekening mee te houden.

5 Vrijgestelde lichamen

5.1 Collective Investment Vehicles

De notitie merkt op dat beleggingsfondsen belangrijk zijn voor de Nederlandse economie en dat om die reden helder

dient te worden gemaakt hoe belastingverdragen worden toegepast op een besloten fonds voor gemene rekening²⁶ en FBI's.²⁷ Uitgangspunt hierbij is dat belastingverdragen zodanig moeten worden toegepast dat de beleggers de belastingvoordelen waarop zij bij een rechtstreekse belegging aanspraak zouden kunnen maken, kunnen bestendigen. De notitie²⁸ verwijst in dat verband naar de passages uit het commentaar op OESO-modelverdrag betreffende Collective Investment Vehicles (hierna: CIV's)²⁹ waarin het waarborgen van fiscale neutraliteit eveneens een belangrijk uitgangspunt is.³⁰ Het is opvallend dat de notitie in dezen niet de VBI noemt die eveneens als CIV kan kwalificeren.³¹ Volgens de bewoordingen van par. 6.12 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag zou een VBI indien voldaan wordt aan de omschrijving van het OESO-begrip 'CIV' in beginsel ook als verdragsinwoner en als uiteindelijk gerechtigde kunnen kwalificeren.³² Hierdoor kan zij in principe niet van het inwonerschap worden uitgesloten, ook niet onder bestaande belastingverdragen.³³ De notitie spreekt zich elders immers wederom uit voor een dynamische toepassing van het commentaar³⁴ waarop een belastingplichtige daarenboven een beroep kan doen door middel van het vertrouwensbeginsel.³⁵

25 Dit aspect is ook besproken door S. van Weeghel in zijn bijdrage aan het Symposium Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid dat op 21 maart 2011 in Leiden is gehouden.

26 Par. 2.4 van de notitie besteedt hieraan aandacht waarbij er naar gestreefd wordt door middel van een competent authority agreement vast te leggen dat de besloten FGR door de andere verdragsluitende staat ook als een transparant vehikel wordt aangemerkt en dat het fonds namens de participanten de verdragvoordelen kan claimen. Dergelijke overeenkomsten zijn, onder meer, gesloten met Canada en het Verenigd Koninkrijk.

27 A.w., par. 2.3, blz. 36.

28 A.w., par. 2.3, blz. 36.

29 Par. 6.8 tot en met 6.34 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag. Deze paragrafen zijn in 2010 in het commentaar opgenomen als gevolg van het OESO-rapport *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* van 23 april 2010 ('CIV-rapport'). Zie voor een bespreking van dit rapport en het OESO-commentaar, E. Barret, 'OECD-Aspects of the 2010 Update Other than Those Relating to Article 7 of the OECD Model Tax Convention', 2011, nr. 1, blz. 14; G.K. Fibbe, 'Changes to the OECD Commentary on Collective Investment Vehicles Proposed by the OECD Committee on Fiscal Affairs', *Bulletin for International Taxation* 2010, nr. 3, blz. 138 e.v., B. da Silva, 'Granting Tax Treaty Benefits to Collective Investment Vehicles: A Review of the OECD Report and the 2010 Amendments to the Model Tax Convention', *Intertax* 2011/4, blz. 195 e.v., en H. Vermeulen, 'De FGR-overeenkomsten met het Verenigd Koninkrijk en Canada', *WFR* 2011/436, onderdeel 3.

30 Vergelijk par. 6.8 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag en par. 36 van het CIV-rapport.

31 Van een CIV is sprake bij beleggingsinstellingen die aan een breed publiek worden aangeboden, een gediversifieerde portefeuille van financiële instrumenten houden en onder regulier toezicht staan in het land waar zij gevestigd zijn; vergelijk par. 6.8 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag en par. 4 CIV-rapport.

32 Zie ook Da Silva, a.w., blz. 199 en 200.

33 Vergelijk tevens Da Silva, a.w., blz. 199 en 200.

34 A.w., par. 1.3.3, blz. 24.

35 Vergelijk H. Pijl, 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie en dynamiekproblemen', *WFR* 2011/201, onderdeel 3.

Tijdens de parlementaire behandeling van het VBI-regime (art. 6a Wet VPB 1969) is overigens gewezen op onderzoek van de OESO met betrekking tot beleggingsfondsen en afhankelijk van de resultaten daarvan zou tevens de verdragsbescherming voor VBI's tot de mogelijkheden kunnen behoren. Met het CIV-rapport en het daarmee corresponderende OESO-commentaar is zulks derhalve ingevuld en bevestigd.³⁶ Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat het CIV-rapport³⁷ en het OESO-commentaar³⁸ een onderscheid maken tussen FBI en VBI-achtige CIV's, waarbij zij oog hebben voor het feit dat een VBI haar winsten kan oppotten en de FBI een uitdelingsverplichting heeft. In dat verband is het verdragsluitende staten volgens het OESO-commentaar toegestaan specifieke verdragsbepalingen op te nemen. De notitie refereert hier eveneens aan.³⁹ Afgezien van dergelijke specifieke bepalingen kan dus worden aangenomen dat een als CIV kwalificerende VBI onverkort verdragsinwoner is.

.....

'Naar verluidt is de Belastingdienst op dit moment niet bereid een woonplaatsverklaring af te geven voor VBI's onder bestaande belastingverdragen'

.....

In het verlengde hiervan merkt de notitie op dat, ook indien een Panama-clausule is opgenomen in een belastingverdrag, Nederland bereid is af te spreken dat de VBI van een aantal verdragsvoordelen, bijvoorbeeld de vermindering van buitenlandse bronheffing op dividenden uitgekeerd aan de VBI, wordt uitgesloten. Een dergelijke uitsluiting zou er evenwel niet toe mogen leiden dat Nederland wel de 'lusten' als bronstaat deelachtig wil worden, maar niet de 'lasten' wil toekennen wanneer het woonstaat is en de VBI inkomsten ontvangt.⁴⁰ Het zou

dan ook aanbeveling verdienen indien de Staatssecretaris van Financiën een en ander nader verduidelijkt tijdens de parlementaire behandeling van de notitie.

5.2 Bestaande belastingverdragen

Naar verluidt is de Belastingdienst op dit moment niet bereid een woonplaatsverklaring af te geven voor VBI's onder bestaande belastingverdragen⁴¹ waarmee hij blijkbaar vast wenst te houden aan de uitspraken die de Staatssecretaris van Financiën tijdens de parlementaire behandeling van het VBI-regime heeft gedaan.⁴² Op basis van het hiervoor genoemde kan het verdragsinwonerschap van een als CIV kwalificerende VBI onder bestaande verdragen worden bestendigd. Voor een niet als een CIV kwalificerende VBI zou gesteld kunnen worden dat de (vermeende) door het inwonerschapverenigingsarrest opgeroepen rechtsonzekerheid en de daarmee verband houdende principiële keuze in de notitie voor de meerderheidsvisie van het OESO-commentaar mutatis mutandis van toepassing moeten zijn op een dergelijke VBI onder bestaande belastingverdragen.

Alsdan zou een zodanige VBI in beginsel ook verdragsinwoner moeten zijn. Temeer, daar een onderscheid op basis waarvan het verdragsinwonerschap van de VBI afhankelijk is van de kwalificatie als CIV bezwaren vanuit EU-rechtelijk perspectief zou kunnen oproepen, ten minste indien de activiteiten van de VBI een economische activiteit in EU-rechtelijke zin constitueren.⁴³ Indien er misbruiken worden vermoed of bekend zijn, dan zou Nederland ernaar moeten streven bestaande belastingverdragen te heronderhandelen door specifieke bepalingen op te nemen die zulks effectief bestrijden.

Indachtig het belang dat de notitie lijkt te hechten aan beleggingsinstellingen voor de Nederlandse economie en de rechtszekerheid voor deze instellingen en de beleggers, kan worden overwogen met betrekking tot de niet als CIV kwalificerende VBI de verdragspartners van Nederland actief te benaderen. Hierdoor zou in ieder geval en in navolging van de Luxemburgse SICAV een lijst

36 *Mondelinge behandeling, Kamerstukken I 2006/07, 30 533 en 30 698, nr. 38, blz. 1242-1248.*

37 *Par. 58 en 59.*

38 *Par. 6.25 van het commentaar op art. 1 OESO-modelverdrag.*

39 *A.w., par. 2.2.1, blz. 33.*

40 *Zie nader S. Wolvers, 'Fiscaal Verdragsbeleid 2011; verdragsvoordelen voor de vbi?', NTFR 2011/613.*

41 *Hierop is gewezen door H. Bulle in zijn bijdrage aan het Symposium Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid dat op 21 maart 2011 in Leiden is gehouden.*

42 *Zie MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 533, blz. 4, en NV, Kamerstukken II 2006/07, 30 533, nr. 7, blz. 6.*

43 *Zie, onder meer, HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factor-tame II), en HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes).*

met landen ontstaan die wel en die niet het verdragsinwonerschap van de VBI wensen te erkennen waarbij het Luxemburgse resultaat leidinggevend kan worden geacht.⁴⁴

.....

‘De stichting of vereniging die geen onderneming drijft maar wel belegt, kan dan evenmin als verdragsinwoner worden beschouwd’

.....

Daarenboven impliceert het vorenstaande dat voor bestaande belastingverdragen de voormalige situatie wordt voortgezet inhoudende dat subjectief vrijgestelde pensioenfondsen en charitatieve instellingen op basis van het besluit van 18 juli 2008⁴⁵ als inwoner kunnen worden aangemerkt voor belastingverdragen die art. 4 OESO-modelverdrag volgen (en derhalve een specifieke bepaling ontberen op basis waarvan dergelijke entiteiten als inwoner worden aangemerkt), terwijl een VBI (die een gelijkaardige subjectieve vrijstelling geniet) niet als verdragsinwoner kan worden gezien. De stichting of vereniging die geen onderneming drijft maar wel belegt, kan dan evenmin als verdragsinwoner worden beschouwd. De rechtszekerheid en de consistentie in het beleid brengen naar mijn mening mee dat ook die laatste categorieën als verdragsinwoner moeten worden aangemerkt en dat zulks zo spoedig mogelijk bevestigd wordt door de Staatssecretaris van Financiën, waarbij voor de VBI onder bestaande belastingverdragen de hiervoor genoemde flankerende maatregelen kunnen worden genomen.

6 Conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op een aantal aspecten dat de notitie aangaande inwonerschap opwerpt en waarop een reactie is gevraagd van de Staatssecretaris van Financiën:

- het is aan te bevelen de interactie tussen de Panama-clausule en art. 4, eerste lid, OESO-modelverdrag te ver-

duidelijken in het belastingverdrag of het daarbij behorende protocol met het oog op het Drielandenpuntarrest;

- de VBI die als CIV kwalificeert dient, indien er geen specifieke bepalingen in een verdrag zijn opgenomen die tot een andere conclusie leiden, onder alle belastingverdragen als inwoner te worden gezien;
- consistentie van beleid en rechtszekerheid pleiten ervoor dat de niet als CIV kwalificerende VBI en de niet-ondernemende stichting of vereniging die beleggen ook als verdragsinwoner worden aangemerkt onder bestaande belastingverdragen (die derhalve een Panama-clausule ontberen);
- indien de VBI (die geen CIV is) als inwoner wordt aangemerkt onder bestaande belastingverdragen en bepaalde misbruiken worden vermoed, dan dient Nederland te trachten bestaande belastingverdragen te heronderhandelen en antimisbruikbepalingen op te nemen;
- Nederland zou verdragspartners actief kunnen benaderen zodat tot lijsten kan worden gekomen conform de Luxemburgse SICAV met landen die (de niet als CIV kwalificerende) VBI wel en niet als inwoner zien;
- er zou duidelijkheid moeten komen dat de gehele of gedeeltelijke uitsluiting van VBI onder een belastingverdrag met een Panama-clausule niet leidt tot onevenwichtigheden al naar gelang Nederland bronstaat is of de VBI inkomsten ontvangt.

44 Zie voor deze lijsten: www.impotsdirects.public.lu/conventions/opc/sicav/index.html. Nederland wordt vermeld op de lijst die de SICAV niet als verdragsinwoner erkent.

45 Nr. CPP2008/1527M, V-N 2008/42.13.