

Het bestuurdersartikel in belastingverdragen (art. 16 OESO-Modelverdrag); lessen uit het verleden!

Prof.mr. F.P.G. Pötgens⁷²⁶

1 Voorwoord

De academische kwaliteiten van collega Henk van Arendonk staan buiten kijf. Gedurende de vele jaren dat Henk de capgroep Fiscaal Recht aan de Erasmus Universiteit heeft geleid, heeft hij ook getoond over uitstekende bestuurlijke kwaliteiten te beschikken. Zijn bestuurlijke talenten komen Henk ook van pas bij het *Maandblad Belastingbeschouwingen* waarvan hij sedert vele jaren op een inspirerende wijze de hoofdredactie voert. Vandaar dat als onderwerp voor deze bijdrage, waarbij de door de redactie van dit *Liber Amicorum* qua onderwerpskeuze gepermitteerde grenzen zijn gerespecteerd, het bestuurdersartikel uit het OESO-Modelverdrag (art. 16) is gekozen.

2 Inleiding

2.1 *Afbakening ten aanzien van andere bepalingen van het OESO-Modelverdrag*
In de praktijk blijkt dat art. 16 van het OESO-Modelverdrag dat ook in veel Nederlandse belastingverdragen is opgenomen de nodige vragen oproept, met name aangaande de afbakening ten opzichte van het inkomen-uit-dienstbetrekkingsartikel van het OESO-Modelverdrag (art. 15). De Hoge Raad heeft immers bepaald dat de verschillende arbeidsartikelen uit een belastingverdrag een gesloten systeem vormen.⁷²⁷ Binnen dit gesloten systeem vervult art. 15 de rol van saldobepaling, waarbij de regels van art. 15 wijken voor de bijzondere toewijzingsregels die andere artikelen bevatten voor specifieke categorieën van inkomen uit dienstbetrekking, zoals art. 16 (bestuurders en commissarissen), art. 17 (artiesten en sportbeoefenaars), art. 18 (pensioenen) en art. 19 (beloning voor overheidsambtenaren).⁷²⁸ Dientengevolge kan de algemene saldobepaling van art. 21 OESO-Modelverdrag op inkomen uit dienstbetrekking in principe niet van toepassing zijn nu deze rol binnen het gesloten systeem van art. 15 e.v. is overgenomen door art. 15, evenals dat voor ondernemingswinsten het geval is voor art. 7. Opgemerkt kan worden dat in sommige jurisdicties de beloning van een bestuurder die een substantiële participatie heeft in de betreffende vennoot-

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

727. HR 3 mei 2000, nr. 34.653, NTFR 2000/679, BNB 2000/328; HR 3 mei 2000, nr. 34.361, NTFR 2000/678, BNB 2000/296; HR 10 augustus 2001, nr. 35.761, NTFR 2001/1220, BNB 2001/353 en HR 5 september 2003, nr. 37.657, NTFR 2003/1510, BNB 2003/380.

728. Zie ook F. Pötgens, *Income from International Private Employment*, Doctoral Series, nr. 12, IBFD, 2006, p. 142-146 en L.F. van Kalmthout, 'Taxation of Income from Employment under Dutch Tax Treaties', in: *Liber Amicorum Maarten J. Ellis*, IBFD, 2005, p. 63-72.

schap als inkomen uit zelfstandige arbeid of als ondernemingswinsten wordt beschouwd.

2.2 *Uitgangspunt voor de toewijzing van het heffingsrecht onder art. 16 OESO-Modelverdrag*

Art. 16 gaat voor de toewijzing van heffingsbevoegdheden van andere premissen uit dan art. 15 OESO-Modelverdrag. De hoofdregel van art. 15 neemt als uitgangspunt dat de uitoefening van een dienstbetrekking plaatsvindt daar waar de werknemer fysiek aanwezig is om de betreffende werkzaamheden te verrichten.⁷²⁹ Het aanknopingspunt van art. 16 is daarentegen de staat waarvan het lichaam inwoner is waarbij het bestuurderschap wordt vervuld. Aldus is het niet relevant waar de bestuurderswerkzaamheden in fysieke zin worden verricht.

Het door art. 16 OESO-Modelverdrag gekozen aanknopingspunt behelst overigens ook een afwijking van het internationale sociale verzekeringsrecht. Onder EU-Verordening 883/2004 en onder haar voorganger EG-Verordening 1408/71 betekent plaats van uitoefening van werkzaamheden in loondienst of anders dan in loondienst⁷³⁰ de plaats waar de betrokken persoon concreet de aan die werkzaamheden verbonden handelingen verricht. Dit geldt dus ook voor personen die inwoner zijn van de ene EU-lidstaat terwijl zij bestuurder zijn van een vennootschap die gevestigd is in een andere EU-lidstaat. Voor de hiervoor genoemde verordeningen is dus bepalend de lidstaat waar de betreffende bestuurder zijn met het bestuurderschap verband houdende werkzaamheden verricht.⁷³¹

2.3 *De verdragshistorie en art. 16 OESO-Modelverdrag*

In deze bijdrage wordt aan de hand van de historie van art. 16 OESO-Modelverdrag en zijn voorgangers nagegaan of een separate bepaling voor bestuurdersbeloningen in belastingverdragen gerechtvaardigd is en of en in hoeverre deze historie nog inzichten kan verschaffen wat betreft de toepassing en interpretatie van art. 16 OESO-Modelverdrag vandaag de dag.

Het is aanvaard dat de parlementaire geschiedenis of de wetsgeschiedenis van belang is of kan zijn bij de interpretatie van bepalingen van nationale belastingwetten, zeker als de grammaticale interpretatie tot de conclusie leidt dat de

729. Vergelijk par. 1 van het Commentaar op art. 15 OESO-Modelverdrag, HR 15 oktober 1986, nr. 23.702, BNB 1987/72 en HR 5 juni 1996, nr. 29.358, BNB 1996/260.

730. Art. 13, art. 14, art. 14bis, art. 14ter en art. 14quater van EG-Verordening 1408/71, alsmede art. 11, art. 12 en art. 13 van EU-Verordening 883/2004. Of er sprake is van werkzaamheden in loondienst of anders dan in loondienst wordt in beginsel bepaald aan de hand van de nationale socialezekerheidswetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan deze werkzaamheden worden uitgeoefend; vergelijk HvJ 30 januari 1997, zaak C-340/94 (De Jaeck).

731. Vergelijk HvJ 27 september 2012, zaak C-137/11 (Rombouts) aangaande een bestuurder van een Belgische vennootschap die 50% van de aandelen in die vennootschap hield en in Portugal woonde waar hij alle werkzaamheden als bestuurder verrichtte.

vigerende bepaling op verschillende manieren kan worden uitgelegd.⁷⁷³ Ook voor verdragen en meer in het bijzonder belastingverdragen kan een dergelijke historische methode gebruikt worden (subjectieve methode) ook al blijft de grammaticale interpretatie veelal het primaire uitgangspunt (objectieve methode).⁷⁷⁴ Deze zienswijze lijkt te worden onderschreven door het Internationale Gerechtshof in de S.S. Lotus-zaak.⁷⁷⁴ Desalniettemin haalde het Internationale Gerechtshof niet alleen in de S.S. Lotus-zaak historische documenten aan (hoewel het in die zaak tot de conclusie kwam dat de betekenis daarvan beperkt was), maar het deed zulks ook met de nodige regelmaat in andere zaken.⁷⁷⁵ Dergelijke historische documenten kunnen inzicht geven in de bedoeling van de verdragssluitende partijen.⁷⁷⁶ Zodoende kan, in navolging van het Internationale Gerechtshof, worden vastgesteld dat historische documenten als een aanvullend middel van interpretatie kunnen worden gezien conform art. 32 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht ('travaux préparatoires').⁷⁷⁷

De Hoge Raad verwijst in een aantal arresten bij de interpretatie van belastingverdragen eveneens naar historische documenten. Zonder naar volledigheid te streven, kunnen de volgende arresten worden genoemd: HR 29 september 1999, nrs. 33.267 en 34.482, BNB 2000/16 en 17 (waarin hij voor de interpretatie van art. 10, lid 2, sub 1, van het belastingverdrag met Duitsland refereerde aan het belastingverdrag tussen Duitsland en Oostenrijk uit 1954 en het Volkenbond-Modelverdrag van Londen uit 1946) en HR 9 december 1998, nr. 32.709, BNB 1999/267 (waarin hij zich voor de uitleg van art. 2, lid 1, sub 2, letter a, onder gg, van het belastingverdrag met Duitsland baseerde op het rapport van de OES uit 1958).⁷⁷⁸

Par. 4 e.v. van de inleiding van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag geeft ook enige historische achtergronden. De historie van de diverse modelverdragen en de daarbij behorende commentaren kan tevens inzicht geven in hoe art. 16

773. Zie Ch. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding*, Fed. 1965, p. 277; R.E.C.M. Niessen, *Rechtsvinding in belastingzaken* (oratie), Sdu Uitgevers, 2009, p. 14 e.v. en M.C.M. de Kroon e.a., *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Kluwer, 2012, p. 343. Vgl. tevens M.C.W. Feteris, 'Kwaliteit van wetgevingen en het decoderen van dubbele boodschappen', *WFR* 2010/570, onderdeel 4; A-G Van Kalmthout in zijn conclusie, nr. 324-253, *NFR* 2000/297, BNB 2000/215, punt 22; H.A. Drielsma, *De wetsinterpretatie in het fiscale recht en de rechtsbescherming van de Nederlandse staatsburger* (dissertatie), Kluwer, 1958, p. 34 en 35 en H.J. Heilema, *De rechtszekerheid in het fiscale recht*, voordracht Belastingconsulentendag, Fed. 1960, p. 8 en 9.
774. A. Bos, *A Methodology of International Law*, North Holland, 1984, p. 114 en K. Olenik, 'Tax Treaties and the Recourse to Historical Interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties', in: *History of Tax Treaties* (red. T. Ecker en G. Ressler), Linde, 2011, p. 61.
775. IGH, 7 september 1927, S.S. Lotus (Frankrijk v. Turkije), PCIJ, Serie A, nr. 10, 1927, p. 4.
776. Olenik, op. cit. p. 91 en United Nations Yearbook of the International Law Commission, Volume II, 1966, p. 223.
777. Olenik, op. cit., p. 61 en 62. E. Reimer, 'Germany - Interpretation of Tax Treaties', *European Taxation*, 1999, nr. 12, p. 459 betoogt dat relevante historische documenten een rol kunnen spelen in het bepalen van de context in de zin van art. 31, lid 2, van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht.
778. Zie F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Doctoral Series, nr. 7, IBFD, 2004, p. 439 en Olenik, op. cit., p. 82 e.v.
779. R. Vann, *Writing Tax Treaty History*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 10/9, 2011, p. 11 en 12 wijst erop dat in common-law-landen het gebruik van historische documenten bij de interpretatie van belastingverdragen wijd geaccepteerd is. Hij noemt jurisprudentie in de VS, Canada, Australië en het VK.

OESO-Modelverdrag kan worden uitgelegd. Zij kan enerzijds een grammaticale interpretatie bevestigen of als bepaalde begrippen leiden tot een verschillende uitleg (wat niet onaannemelijk is gezien de verwijzing van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag⁷³⁹ naar het nationale recht van de verdragstoepassende staten voor de betekenis van niet in het verdrag gedefinieerde begrippen) een bepaalde conclusie bevestigen.⁷⁴⁰ De historie geeft niet alleen inzicht in de vraag of art. 16 OESO-Modelverdrag een afdoende bestaansrecht heeft, maar tevens blijkt uit de historie dat een aantal moeilijkheden dat momenteel geldt bij de uitleg en toepassing van art. 16 OESO-Modelverdrag, zoals de splitsing van een beloning tussen art. 15 en art. 16 OESO-Modelverdrag indien een persoon zowel de functie van bestuurder als werknemer bij een vennootschap vervult, de nodige aandacht heeft gekregen. Er wordt dan ook gepoogd lessen te trekken uit de geschiedenis van de bestuurdersbepaling zoals die in diverse modelverdragen heeft bestaan en in een aantal bewust niet is opgenomen. In het laatste geval ressorteren de bestuurdersbeloningen in beginsel onder art. 15 OESO-Modelverdrag.

3 Belastingverdrag tussen Oostenrijk en Hongarije (1924)

Een van de eerste belastingverdragen waarin een bepaling was opgenomen aangaande bestuurdersbeloningen die opvallende gelijkenissen vertoonde met art. 16 OESO-Modelverdrag was art. 8 van het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Hongarije⁷⁴¹ uit 1924.⁷⁴² Deze bepaling luidde als volgt:

'The special tax on directors' percentages shall be levied in the State in which the head office of the undertaking which pays such percentages is established.'

4 Volkenbond

4.1 *Rapport van de economen (1923)*

De Volkenbond trachtte enige coördinatie en harmonisatie te bereiken op het gebied van belastingverdragen.⁷⁴³ De Volkenbond vroeg vier economen de

739. Zie voor de historie van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag, P. Lakshminarayanan, 'Interpretation of Tax Treaties Following the OECD/OECC Model and the Relevance of OECD Documents', in: *History of Tax Treaties* (red. T. Ecker en G. Ressler), Linde, 2011, p. 93 e.v.

740. Zie voor een voorbeeld waarbij de documenten van de Volkenbond een belangrijk inzicht gaven in de vastlegging en vormgeving van art. 13 OESO-Modelverdrag: S. Simmontacchi, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Tax Convention*, Kluwer Law International, 2007, p. 65 e.v., alsmede Vann, op. cit., p. 5. Een ander voorbeeld over het belang van historische documenten voor de interpretatie van een term uit een belastingverdrag ('liable to tax' in art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag) wordt genoemd door D.A. Ward, 'The Use of OEEC-OECD Historical Documents in Interpreting Tax Treaties', in: *Liber Amicorum J.F. Avery Jones* (red. Ph. Baker en C. Bobbet), IBFD, 2012, p. 3 e.v.

741. Volkenbond, document C. 345.M.102.1928II, p. 46.

742. M. Görl, *Die freien Berufe im internationalen Steuerrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Verlag V. Floren, 1983, p. 15.

743. Zie voor een kernachtige omschrijving van het belang van de Volkenbond voor de ontwikkeling van belastingverdragen, A.J. Van den Tempel, *Relief from Double Taxation: a comparison of the work of the League of Nations and of the Organisation for Economic Co-operation and Development*, IBFD, 1967, p. 13 en 14. Vergelijk tevens E. Bunders, I.J.J. Burgers en F.P.G. Pötgens, 'Belastingverdragen: van Europees-Noord-Amerikaanse kraamkamer tot wereldomspannend volwassen rechtsinstrument', *MBB* 2011 nr. 12, p. 527-530.

economische aspecten van dubbele belasting in kaart te brengen. In het uit 1923 daterende rapport is hun voornaamste conclusie dat de toerekening en verdeling van inkomen tussen staten moet worden gebaseerd op 'economic allegiance' (economische verknochtheid).⁷⁴⁴ Op basis hiervan komt de Commissie van vier economen met betrekking tot professionele inkomsten tot de conclusie dat de woonstaat dergelijk inkomen mag belasten.⁷⁴⁵ Echter, voor 'managers' kon een ander uitgangspunt gelden; indien een manager van een fabriek zijn werkzaamheden uitoefende op de plaats waar de betreffende fabriek operationeel was, dan werd zijn salaris beschouwd als inkomen van een commerciële onderneming ('commercial enterprise') met als gevolg dat het belast mocht worden in de oorsprongstaat.⁷⁴⁶ In dit rapport werd dus een koppeling gelegd tussen de werkzaamheden van managers (bestuurders) en de ondernemingsactiviteiten waarover zij de leiding hadden. De beloning die zij hiervoor genereerden, was tevens ter belastingheffing toegewezen aan de staat waar de onderneming werd gedreven.

4.2 Rapport van de Commissie van technische experts (1925)

Op verzoek van het Financiële Comité van de Volkenbond verrichtte een commissie van technische experts een onderzoek naar dubbele belasting en belastingontwijking waarbij de nadruk op de praktische en administratieve aspecten diende te liggen. De Commissie van technische experts bracht op 7 februari 1925 haar rapport uit.⁷⁴⁷ Zij maakte in dat verband een onderscheid tussen zakelijke belastingen (*impersonal of schedular taxes*) en persoonlijke belastingen (*personal taxes of general income taxes*). Voor persoonlijke belastingen ging de voorkeur van de Commissie uit naar het woonplaatsbeginsel,⁷⁴⁸ maar voor zakelijke belastingen zou het beste een competentieaanwijzing naar bronnen functioneren.⁷⁴⁹ Voor bestuurdersbeloningen werd binnen het kader van de zakelijke belastingen de volgende bepaling aanbevolen:

'E. Directors' fees. - The State, which has the right to levy this tax, is the State in which the company has its fiscal domicile.'⁷⁵⁰

Bestuurdersbeloningen mochten derhalve indien zij onderworpen waren aan zakelijke belastingen worden belast in de staat waar de vennootschap haar fiscale domicilie had ten behoeve waarvan het bestuurderschap werd uitgeoefend (art. 6) terwijl zij bij onderworpenheid aan persoonlijke belastingen belastbaar waren in de woonstaat van de bestuurder (art. 4).⁷⁵¹

744. Rapport van 3 april 1923, Volkenbond, document E.F.S.73.F.19., opgenomen in *Legislative History of United States Tax Conventions* ('LHUSTC'), U.S. Government Printing Office, Volume 4, 1962, p. 4009 e.v. Voor een uitgebreider overzicht van de resultaten van het rapport van de economen, kan worden verwezen naar Mitchell B. Carroll, *Prevention of International Double Taxation and Tax Evasion - Two Decades of Progress under the League of Nations*, League of Nations, 1939, p. 13-15.

745. Volkenbond, document E.F.S.73.F.19, LHUSTC, p. 4042.

746. Volkenbond, document E.F.S.73.F.19, LHUSTC, p. 4034 en 4042.

747. Volkenbond, document F.212, LHUSTC, p. 4057 e.v.

748. Volkenbond, document F.212, art. 1 van Resolutie II, LHUSTC, p. 4092 en 4093.

749. Volkenbond, document F.212, Resolutie I, LHUSTC, p. 4091 en 4092.

750. Volkenbond, document F.212, Resolutie I, LHUSTC, p. 4092.

751. Mitchell B. Carroll, *League of Nations*, op. cit., p. 47 and 48.

4.3 *Rapport van de uitgebreide Commissie van technische experts (1927)*

Het rapport uit 1925 van de Commissie van technische experts suggereerde reeds dat er een uitgebreidere Commissie van technische experts moest worden geïnstalleerd die een aantal modelverdragen zou ontwerpen.⁷⁵² Deze uitgebreide Commissie publiceerde haar rapport in 1927.⁷⁵³ Een modelverdrag zag op zakelijke belastingen en een ander handelde over persoonlijke belastingen. Het modelverdrag met betrekking tot de zakelijke belastingen bevatte in art. 6 de volgende bepaling:

'The fees of managers and directors of joint-stock companies shall be taxable in accordance with the rule laid down in article 4.'

Art. 4 van dat verdrag bepaalde op zijn beurt het volgende:

'Income from shares or similar interests shall be taxable in the State in which the real centre of management of the undertaking is situated'.

Uit het bijbehorende Commentaar bij art. 6 bleek dat de achtergrond van deze bepaling was de specifieke belasting over variabele bestuurdersbeloningen die bepaalde landen hanteerden. Dergelijke beloningen werden als onderdeel van de winst gezien en dienovereenkomstig behandeld, d.w.z. op dezelfde wijze als dividenden.⁷⁵⁴ De vaste salarissen die aan een bestuurder werden toegekend, vielen volgens het Commentaar op art. 6 onder art. 7⁷⁵⁵ dat zag op uit dienstbetrekking gegenereerde salarissen.⁷⁵⁶

4.4 *Algemene Vergadering van Regeringsexperts (1928)*

De concept-bilaterale modelverdragen uit 1927 en de corresponderende commentaren werden naar diverse regeringen gestuurd van lidstaten en niet-lidstaten van de Volkenbond. Deze regeringen vaardigden representanten af teneinde

752. Bunders, Burgers en Pötgens, op. cit., p. 529.

753. Rapport van 12 april 1927, Volkenbond, document C.216.M.85.1927.II, LHUSTC, p. 4115 e.v.

754. Volkenbond, document C.216.M.85.1927.II, LHUSTC, p. 4129. Frankrijk kende destijds een specifiek belastingregime voor variabele bestuurdersbeloningen. Zij werden op dezelfde wijze behandeld als dividenden en waren diensgevolge onderworpen aan 'l'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers'. Onder het destijds geldende Franse vennootschapsrecht was het overigens niet toegestaan bestuurders een vaste beloning te verstrekken; vergelijk W.R.H de Vries, 'Bestuurders- en commissarissenbeloningen', in: *Nederlandse Regelingen van Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deel IC, hoofdstuk 10, par. 3.1.1. en J.B.J. Peeters, *Internationaal Belastingrecht in Nederland*, L.J. Veen's Uitgeversmaatschappij, 1954, p. Fr.24. Volgens S.A. Arora, 'Article 16 and 17 - Directors' fees and Artistes and Sportsmen', in: *History of Tax Treaties* (red. T. Ecker en G. Ressler), Linde, 2011, p. 581 en 590 is de toewijzing van de heffingsbevoegdheid in dit rapport gebaseerd op een coherentiegedachte, d.w.z. de variabele bestuurdersbeloningen waren aftrekbaar in de bronstaat waartegenover die staat een heffingsrecht kreeg. B.J. Arnold, 'The Taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning Up the Mess', *Bulletin for International Taxation*, 2011, nr. 2, p. 63 merkt overigens terecht op dat deze gedachte niet opgaat; er kan geen analogie worden getrokken tussen dividenden en bestuurdersbeloningen aangezien dividenden in tegenstelling tot bestuurdersbeloningen geen aftrekbare uitgaven zijn. Een vergelijkbaar coherentieargument wordt ook gehanteerd met betrekking tot art. 15, lid 2, onderdeel b en c, OESO-Modelverdrag (vgl. Par. 6.3 van het Commentaar op art. 15 OESO-Modelverdrag); zie voor kritiek hierop M.J. Ellis en F.P.G. Pötgens, 'Enige aspecten van het vaste-inrichtingbegrip in het dienstbetrekking-artikel uit belastingverdragen', *WFR* 2003/43, onderdeel 3.3.

755. Art. 7 bepaalde het volgende: 'Salaries, wages or other remuneration of any kind shall be taxable in the State in which the recipients carry on their employment.'

756. Volkenbond, document C.216.M.85.1927.II, LHUSTC, p. 4129.

de modelverdragen te bespreken op de Algemene Vergadering van Regeringsexperts. De Regeringsexperts onderschreven de conclusie van de technische experts dat de diversiteit van de nationale stelsels het onmogelijk maakte een uniform modelverdrag te ontwerpen.⁷⁵⁷ Om die reden stelden de Regeringsexperts een drietal modelverdragen voor:

- Modelverdrag 1a (zakelijke belastingen); tekst en commentaar bij art. 6 van Modelverdrag 1a (bestuurdersbeloningen) waren identiek aan de voorstellen van de uitgebreide Commissie van technische experts (4.3.; art. 6).⁷⁵⁸ Het onderdeel over persoonlijke belastingen bevatte met name wijzigingen in de voorkomingsbepaling (art. 10) en het inwonersartikel (art. 11).
- Modelverdrag 1b zag vooral op staten die een persoonlijke belasting hanteerden (de VS en het VK).⁷⁵⁹ Art. 2, C bepaalde het volgende ten aanzien van bestuurdersbeloningen (wat overigens in grote lijnen overeenkwam met art. 6 van Modelverdrag 1a):

'The fees of managers and directors of joint-stock companies shall be taxable in the State where the real centre of the undertaking is situated'.

- Modelverdrag 1c volgde voor een groot deel de belastingverdragen die destijds waren gesloten tussen Centraal-Europese landen. Art. 4 van Modelverdrag 1c was wat betreft bestuurdersbeloningen gelijkkluidend aan art. 2, C van Modelverdrag 1b.⁷⁶⁰

Het verschil tussen Modelverdrag 1b en 1c was dat Modelverdrag 1c heffingsrechten exclusief toewees (in het geval van beloningen van bestuurders van aandelenvennootschappen aan de staat waar het werkelijke middelpunt van de onderneming was gelegen) en Modelverdrag 1b gedeelde heffingsrechten bevatte (belastingheffing over het wereldinkomen in de woonstaat en verrekening voor de belasting over de bestuurdersbeloningen die in de bronstaat mochten worden belast).⁷⁶¹

4.5 *De werkzaamheden van de Volkenbond gedurende de periode van 1929-1939*
In 1928 werd een Fiscaal Comité geïnstalleerd waarvan een eerste bijeenkomst plaatsvond in datzelfde jaar.⁷⁶² En vervolgens hield dit Fiscaal Comité in de

757. Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Volkenbond, 1928, document C.562.M.178.1928.II, LHUSTC, p. 4159 e.v.; Mitchell B. Carroll, League of Nations, op. cit., p. 21; Mitchell B. Carroll, *Double Taxation Relief and the European Recovery Program*, National Foreign Trade Council, 1948, p. 5 en Bunders, Burgers en Pötgens, op. cit., p. 529.

758. Volkenbond, document C.562.M.178.1928.II, LHUSTC, p. 4162 en p. 4167.

759. M. Chrétien, *Contribution à l'Étude Droit International Fiscal Actuel: Le Rôle des Organisations Internationales dans les Règlements des Questions D'Impôts entre les Divers Etats*, Académie De Droit International, Recueil Des Cours, 1954, Vol. II, A.W. Sijthoff, 1955, p. 47.

760. Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Volkenbond, LHUSTC, p. 4173.

761. Mitchell B. Carroll, League of Nations, op. cit., p. 23.

762. Volkenbond, Document C.613.M.19.D. 1928 II, p. 3 en 4 en Chrétien, op. cit., p. 26.

periode van 1929-1939 een achttal overeenkomsten.⁷⁶³ Een en ander resulteerde aanvankelijk, onder andere, in een drietal modellen voor een multilateraal belastingverdrag.⁷⁶⁴ Het Fiscaal Comité nam als uitgangspunt alleen bepalingen daarin op te nemen waarover voldoende consensus bestond. Opvallend genoeg bevatten de betreffende modelverdragen geen separate bepaling voor bestuurdersbeloningen hetgeen erop zou kunnen duiden dat ter zake geen overeenstemming bestond of kon worden bereikt.

4.6 De Volkenbond Modelverdragen van Mexico (1943) en Londen (1946)

De tiende bijeenkomst van het Fiscale Comité kon gezien worden als een introductie van de Modelverdragen van Mexico en Londen. De deelnemers aan het Modelverdrag van Mexico⁷⁶⁵ waren (buiten Canada en de VS) met name Latijns-Amerikaanse en Zuid-Amerikaanse landen die als kapitaalimporterende staten belang hadden bij het toekennen van zo veel mogelijk heffingsrechten aan de bronstaat.⁷⁶⁶

In tegenstelling tot het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico bevatte het Volkenbond-Modelverdrag van Londen geen aparte toewijzingsbepaling voor bestuurdersbeloningen. Art. VI van het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico behelsde de volgende bepaling met betrekking tot bestuurdersbeloningen:

'1. Director's percentages, attendance fees and other special remuneration paid to directors, managers and auditors of companies are taxable only in the State where the fiscal domicile of the enterprise is situated.

2. If, however, such remuneration is paid for services rendered in a permanent establishment situated in the other contracting State, it shall be taxable only in that State.'

Volgens het Commentaar bij deze Modelverdragen vielen bestuurdersbeloningen onder het Modelverdrag van Londen onder het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel (art. VI Modelverdrag van Londen). De ratio voor het niet opnemen van een bestuurdersbeloningenartikel in het Modelverdrag van Londen was dat een aparte bepaling niet nodig werd geacht nu dergelijke beloningen onder het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel vielen en zulks werd in dezen afdoende geacht.⁷⁶⁷

763. 17 oktober - 26 oktober 1929 (Document C.516.M.175.1929.II, LHUSTC, p. 4195-4202); 22 mei - 31 mei 1930 (Document C.340.M.140.1930.II, LHUSTC, p. 4203-4224); 29 mei - 6 juni 1931 (Document C.415.M.171.1931.IIA, LHUSTC, p. 4225-4240); 15 juni - 26 juni 1933 (Document C.399.M.204.1933.IIA, LHUSTC, p. 4241-4247); 12 juni - 17 juni 1935 (Document C.252.M.124.1935.II A, LHUSTC, p. 4249-4263); 15 oktober - 21 oktober 1936 (Document C.450.M.266.1936.IIA, LHUSTC, p. 4265-4273); 11 oktober - 16 oktober 1937 (Document C.490.M.331.1937.IIA, LHUSTC, p. 4275-4293); 12 juni - 21 juni 1939 (Document C.181.M.110.1939.IIA, LHUSTC, p. 4275-4293).

764. Document C.415.M.171.1931.IIA. (derde bijeenkomst, 1931), LHUSTC, p. 4210.

765. Fiscaal Comité van de Volkenbond: Model Bilateral Conventions for the Prevention of International Double Taxation and Tax Evasion. Second Regional Tax Conference, Mexico, D.F., juli 1943. Genève, 1945. Document C.2.M.2.1945.IIA.

766. Bunders, Burgers en Pötgens, op. cit., p. 530. Zie verder Mitchell B. Carroll, *International Tax Law, International Lawyer*, 1968, p. 708 en K. Messere, 'The Precursors and Successors of the New OECD Model Tax Convention on Income and Capital', *European Taxation* 1993, nr. 8, p. 246.

767. Commentaar (art. VI) op de Modelverdragen van Mexico en Londen, Fiscaal Comité van de Volkenbond, document C.88.M.88.1946.IIA, LHUSTC, p. 4343.

Het Commentaar bij het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico⁷⁶⁸ indiceerde dat in een aantal landen de emolumenten die worden toegekend aan bestuurders in verband werden gebracht met de belastingheffing over dividenden (zie ook art. 2, C van het Modelverdrag 1b uit 1928 en art. 6 van het rapport van de uitgebreide Commissie van technische experts uit 1927). Daarom, aldus het Commentaar, werden 'directors' percentages, attendance fees and other special remuneration paid to directors, managers and auditors of companies' opgenomen in een aparte toewijzingsbepaling; de overige beloningen van deze bestuurders vielen onder art. VII Modelverdrag van Mexico (inkomen uit niet-zelfstandige arbeid).

De 'director's percentages, attendance fees and other special remuneration' werden op dezelfde wijze behandeld als dividenden hetgeen inhield dat beide categorieën ter belastingheffing waren toegewezen aan de staat waarvan de onderneming inwoner was. Ingevolge art. VI, lid 2, Modelverdrag van Mexico bestond hierop een uitzondering in die zin dat indien de bestuurderswerkzaamheden betrekking hadden op een in een andere staat gelegen vaste inrichting, dan waren de bestuurdersbeloningen in die staat belastbaar.

5 OEES

De projecten inzake modelverdragen ter voorkoming van dubbele belasting van de Volkenbond werden tot 1954 voortgezet door het Fiscale Comité van de Verenigde Naties. Daarna werd een en ander overgenomen door de Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES).⁷⁶⁹ In 1956 werd een Fiscaal Comité geïnstalleerd dat, onder meer, de opdracht kreeg een modelverdrag op te stellen voor de voorkoming van dubbele belasting op inkomen en vermogen.⁷⁷⁰ Hierbij werden het Volkenbond-Modelverdrag van Londen en het daarbij behorende commentaar als uitgangspunt genomen, hetgeen niet verrassend kon worden genoemd gezien de aard van de lidstaten van de OEES.⁷⁷¹

Het Tweede Rapport van de OEES uit 1958 bevatte in art. IX van bijlage B een bepaling voor bestuurdersbeloningen die als volgt luidde:

'Director's fees and similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as a member of the board of directors of a company which is resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.'

768. Commentaar op het Modelverdrag van Mexico, document C.2.M.2.1945.II.A, Volkenbond, 1945, p. 52 en 53.

769. Van den Tempel, op. cit., p. 7 en 8.

770. Resolutie van de Raad van 16 maart 1956, C (56) 49(Final); Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO, *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, 1963, p. 25. Zie verder Mitchell B. Carroll, 'The Historical Development of Income Tax Treaties', in: *Income Tax Treaties* (red. J.E. Bischoff), Practising Law Institute, 1978, p. 59.

771. Mitchell B. Carroll, 'The Historical Development of Income Tax Treaties', op. cit., p. 59. De lidstaten van de OEES waren: Oostenrijk, België, Denemarken, het toenmalige West-Duitsland, Frankrijk, Griekenland, IJsland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Portugal, Zweden, Zwitserland, Turkije en het VK. Zie ook Bunders, Burgers en Pötgens, op. cit., p. 531 en C. Freiherr von Roenne, 'The Very Beginning - The First Tax Treaties', in: *History of Tax Treaties* (red. T. Ecker en G. Ressler), Linde, 2011, p. 33.

Volgens het Tweede Rapport van de OEES moest de toewijzing van de heffingsbevoegdheid voor bestuurdersbeloningen worden gezien tegen de achtergrond van het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel (bijlage B, art. VII).⁷⁷² De ratio van deze specifieke bepaling voor bestuurdersbeloningen was, aldus het bijbehorende Commentaar, het feit dat het in voorkomende gevallen lastig zou kunnen zijn vast te stellen waar een bestuurder zijn werkzaamheden verrichtte⁷⁷³ en daarmee het hoofdcriterium van het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel toe te passen.⁷⁷⁴ Daarom werd voor doeleinden van het bestuurdersartikel verondersteld dat de betreffende bestuurder zijn werkzaamheden verrichtte in de staat waarvan de vennootschap waarbij het bestuurderschap werd verricht inwoner was.⁷⁷⁵ De OEES hernam met deze bepaling de lijn die was ingezet door het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico. Dit is opvallend aangezien het Modelverdrag van Londen het niet nodig vond een separate bestuurdersbepaling op te nemen en de OEES voor haar rapporten van dat Modelverdrag was uitgegaan.

6 OESO

6.1 *Het OESO-Modelverdrag 1963*

De op 14 december 1960 – als uitvloeisel van het Marshallplan – opgerichte Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) hield haar eerste 'organisational meeting' op 30 september 1961. Zij was een voortzetting van de OEES, aangevuld met de VS, Canada, Japan, Australië en Nieuw-Zeeland. De rapporten van de OEES werden in dit verband geacht het resultaat te zijn van de werkzaamheden van de OESO. In 1963 publiceerde de OESO haar eerste Modelverdrag betreffende inkomen en vermogen met bijbehorend commentaar wat de nodige gelijkenissen vertoonde met de door de OEES gepubliceerde rapporten.⁷⁷⁶ Dat is zeker het geval voor art. 16 OESO-Modelverdrag dat woordelijk overeenkomt met de corresponderende bepaling in het Tweede Rapport van de OEES (art. IX van Bijlage B).⁷⁷⁷ Dat geldt (met uitzondering van een voorbehoud van Canada⁷⁷⁸) ook voor par. 1 van het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag, dat identiek is aan par. 9 van het Commentaar op Art. XI, Bijlage B bij het Tweede Rapport van de OEES.

6.2 *Kritiek van bepaalde lidstaten op art. 16 OESO-Modelverdrag en het daarbij behorende commentaar*

Er was onder de lidstaten van de OESO kritiek op art. 16 OESO-Modelverdrag. Zo merkten de VS op dat het niet duidelijk is of (i) deze bepaling alleen van

772. Het Tweede Rapport van het Fiscaal Comité van de OEES, LHUSTC, p. 4529.

773. Vgl. ook het concept rapport van het Fiscaal Comité van de OEES, 30 december 1958, FC58(7), Commentaar op art. D.

774. Par. 11 van het Commentaar op art. IX, opgenomen in Bijlage F bij het concept rapport van het Fiscaal Comité van de OEES, 21 mei 1959, FC(59)a merkte op dat de bestuurdersfuncties in de meeste gevallen als een dienstbetrekking moesten worden gezien.

775. Par. 9 van het Commentaar op art. IX, opgenomen in Bijlage F bij het Tweede Rapport van het Fiscaal Comité van de OEES, LHUSTC, p. 4551.

776. Bunders, Burgers en Pötgens, op. cit., p. 531.

777. Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO, 1963, op. cit., p. 51.

778. Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO, 1963, op. cit., p. 133.

toepassing is op betalingen die aan een bestuurder van een vennootschap worden gedaan in zijn hoedanigheid als lid van een raad van bestuur of beheer (zoals een vergoeding voor een periodieke deelname aan vergaderingen) of (ii) ziet op alle betalingen die een bestuurder van de betreffende vennootschap ontvangt.⁷⁷⁹ De VS wezen erop dat er relatief veel vennootschappen zijn waarbij enkel voltijdse werknemers de functie van bestuurder vervullen. Alsdan zou de toewijzing van het heffingsrecht over het salaris van dergelijke personen fundamenteel afwijken van andere personen die dergelijke functies niet vervullen.⁷⁸⁰

Japan wees op de moeilijkheid van het splitsen van een beloning die wordt toegekend aan persoon die zowel werknemer als bestuurder is bij een vennootschap (art. 16 OESO-Modelverdrag ziet op het deel van de beloning dat hij verkrijgt in de hoedanigheid van zijn bestuurderschap en het gedeelte dat hij uit hoofde van zijn werknemerschap ontvangt, valt onder art. 15 OESO-Modelverdrag).⁷⁸¹ Japan vroeg hoe deze beloning in twee delen moest worden gesplitst en of een dergelijke verdeling op basis van de nationale belastingwetgeving van de verdragsluitende staten diende plaats te vinden.

In antwoord op de opmerkingen van Japan gaf Working Party No. 1 van de OESO te kennen dat art. 16 niet zodanig moest worden uitgelegd dat hieronder ook beloningsemolumenten worden begrepen die een bestuurder in zijn hoedanigheid van werknemer verkrijgt van de betreffende vennootschap. Daaraan wordt toegevoegd dat de meerderheid van de lidstaten van de OESO van mening is dat 'directors' fees' voor belastingverdragsdoeleinden verschillend dienen te worden behandeld van het 'salary of a managing director'. Hierbij vallen alleen de 'directors' fees' onder art. 16 OESO-Modelverdrag terwijl het reguliere salaris onder art. 15 dient te worden geassocieerd.⁷⁸² Volgens Working Party No. 1 moet een splitsing worden gemaakt tussen enerzijds 'actual directors' fees' (waarop art. 16 ziet) en anderzijds emolumenten die een bestuurder ontvangt in zijn hoedanigheid van adviseur, consultant, reguliere werknemer, etc. (waarop mede art. 15 ziet of kan zien).⁷⁸³ Hoewel, niet wordt aangegeven hoe een splitsing tussen het deel van de beloning dat onder art. 15 of art. 16 OESO-Modelverdrag valt in concreto moet worden gemaakt, blijkt wel dat het onomstreden is dat zij moet worden doorgevoerd. Working Party No. 1 vond het niet nodig dit neer te

779. Treasury Department Washington, brief van 8 mei 1963, opgenomen in Fiscaal Comité van de OESO, 22 mei 1963, TFD/FC/158, art. 16. Zie ook Fiscaal Comité van de OESO, 21 juli 1967, TFD/FC/218.

780. Treasury Department Washington, brief van 8 mei 1963, opgenomen in Fiscaal Comité van de OESO, 22 mei 1963, TFD/FC/158, art. 16. Vgl. Fiscaal Comité van de OESO, 21 juli 1967, TFD/FC/218.

781. Questions by the Japanese Delegation concerning the Draft Convention for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and Capital, opgenomen in Fiscaal Comité van de OESO, TFD/FC/173, 8 september 1964, art. 16. Vgl. ook Working Party No. 28 van het Fiscaal Comité van de OESO, 21 juni 1968, art. 16, par. 24.

782. Working Party No. 1 van het Fiscaal Comité van de OESO, 23 december 1971, CFA/WP1(71)7, art. 16, par. 7.

783. Working Party No. 1 van het Fiscaal Comité van de OESO, 3 januari 1973, CFA/WP1(73)1, art. 16, par. 3 en de herziene versie van 26 januari 1973, CFA/WP1(73)1 (1st Revision), art. 16, par. 3.

leggen in de tekst van art. 16,⁷⁸⁴ maar stelde voor het op te nemen in par. 2 van het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag (zie ook par. 6.3).⁷⁸⁵

Uit de rapportage van de lidstaten van de OESO bleek dat er een aantal verdragen operatief was dat gesloten was in de periode 1 juli 1963 - 1 januari 1969 waarin een bestuurdersbepaling ontbrak hetgeen in het algemeen tot gevolg had dat de betreffende beloningen onder art. 15 OESO-Modelverdrag ressorteerden.⁷⁸⁶

6.3 *Het OESO-Modelverdrag 1977*

In 1977 werd het OESO-Modelverdrag op een aantal onderdelen herzien. Voor art. 16 OESO-Modelverdrag resulteerde deze herziening in een tekstuele wijziging doordat het woord 'other' aan 'similar payments' werd toegevoegd. Hierdoor verkreeg de tekst van art. 16 zijn huidige bewoordingen:

'Director's fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as a member of the board of directors of a company which is resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.'

In 1977 werd verder een nieuwe paragraaf aan het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag toegevoegd (par. 2) die inhield dat een lid van een raad van bestuur van een lichaam vaak ook andere functies binnen dat lichaam vervult, zoals die van reguliere werknemer, adviseur, consultant, etc. Vergoedingen die werden betaald voor werkzaamheden die in die andere hoedanigheid werden verricht, vielen volgens het in 1977 gewijzigde Commentaar niet onder art. 16 OESO-Modelverdrag (zie ook par. 6.2).⁷⁸⁷

In het Commentaar werd verder een paragraaf opgenomen (par. 3) waarin werd aangegeven dat de reikwijdte van art. 16 tevens omvat de leden van organen van een lichaam die in bepaalde staten gelijkaardige functies uitoefenen als de leden van een raad van bestuur. Het staat verdragsluitende staten vrij de leden van dergelijke organen van een lichaam tevens onder art. 16 te begrijpen. Vanuit Nederlands perspectief betreft het in dezen de leden van een raad van commissarissen.⁷⁸⁸

784. Working Party No. 1 van het Fiscaal Comité van de OESO, 18 december 1974. DAF/CFA.WP1/74.14. art. 16, par. 154, sub f geeft aan dat in een aantal belastingverdragen in de tekst van de bestuurdersbepaling is opgenomen dat beloningen die een bestuurder in de hoedanigheid van, bijvoorbeeld, werknemer ontvangt, onder art. 15 OESO-Modelverdrag valt. Zie (voor nog steeds geldende belastingverdragen), art. 15, lid 2, van het belastingverdrag tussen Frankrijk en Griekenland en art. 16, lid 1, van het belastingverdrag tussen België en Portugal.

785. Working Party No. 1 van het Fiscaal Comité van de OESO, 26 januari 1973. CFA/WP1(73)1(1st Revision), art. 16, par. 4. Vgl. tevens Working Party No. 1, 5 juli 1973. DAF/CFA/WP1(73)8, art. 16.

786. Fiscaal Comité van de OESO, 4 juni 1970. FC(70)1, art. 16, par. 137.

787. Deze wijziging van het Commentaar was opgenomen en aangekondigd in het Interim Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO uit 1974 (Double Taxation of Income and Capital', Revised Texts of certain Articles of the 1963 OECD Draft Convention and of the Commentaries thereon', OESO, Parijs, 1974, p. 123). Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO, 'Model Double Taxation Convention on Income and Capital', OESO, Parijs, 1977, p. 133.

788. Ook deze toevoeging vindt haar oorsprong in het interim-rapport uit 1974, op. cit. p. 123. Zie ook Rapport van het Fiscaal Comité van de OESO, 1977, op. cit., p. 133.



6.4 *Latere wijzigingen in het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag*

In 1992, 1994, 1995, en 2000 is het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag niet gewijzigd. In 1997 is, evenals voor art. 15, vastgesteld dat als bestuurdersbeloningen ook kunnen worden aangemerkt beloningen in natura (par. 1.1 van het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag). In 2005 is par. 3.1. aan het Commentaar op art. 16 toegevoegd teneinde een aantal resultaten van het OESO-Rapport inzake werknemersopties ook op art. 16 OESO-Modelverdrag van toepassing te doen verklaren en zijn in par. 1.1. aandelenopties opgenomen als voorbeeld van beloningen in natura.⁷⁸⁹

7 *Lessen uit het verleden*

De bestaansgrond voor een aparte bestuurdersbepaling was in de diverse modelverdragen van de Volkenbond aanvankelijk gelegen in de koppeling met ondernemingswinsten en dividenden (onder het nationale recht van diverse lidstaten van de Volkenbond vielen bestuurdersbeloningen eenzelfde fiscale behandeling ten deel als dividenden). De vaste salarissen van een bestuurder vielen onder het reguliere inkomen-uit-arbeid-artikel. Deze trend werd voortgezet in het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico voor de met dividenden gelijkgestelde bestuurdersbeloningen⁷⁹⁰ waarbij de reguliere salarissen van een bestuurder evenzeer onder het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel vielen. Deze positie van het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico is begrijpelijk vanuit het perspectief dat de daaraan deelnemende landen kapitaalimporterende landen waren. Dat lag anders voor de landen die participeerden in het Volkenbond-Modelverdrag van Londen. Vanuit het gezichtspunt van die landen is het niet verrassend dat daarin geen bestuurdersbepaling is opgenomen. Onder het Volkenbond-Modelverdrag van Londen vielen de bestuurdersbeloningen onverkort onder het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel. Hieraan lag, naar kan worden aangenomen, de gedachte ten grondslag dat onder het nationale recht van de landen die het Modelverdrag van Londen ontwierpen bestuurdersbeloningen naar nationaal recht veelal als inkomsten uit dienstbetrekking werden aangemerkt.⁷⁹¹

Omdat de OEES zich met name baseerde voor het ontwerpen van een modelverdrag en een daarbij behorend commentaar op het Volkenbond-Modelverdrag van Londen, zou men verwacht hebben dat hierin evenmin een bestuurdersbepaling zou worden opgenomen. Deze verwachting wordt evenwel niet gestand gedaan en in dat verband wordt de lijn hernomen die het Volkenbond-Modelverdrag van Mexico had gekozen, i.e. een aparte bestuurdersbepaling. De OEES gaat

789. Rapport, 'Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Options', OESO, 2004.

790. Arnold, op. cit., p. 63 zet de nodige vraagtekens bij deze analogie.

791. Hierop bestaat overigens een aantal uitzonderingen. Zie ter zake J.F. Avery Jones e.a., 'The Origins of the Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States', *Bulletin for International Taxation*, 2006, nr. 6, p. 251. Deze auteurs merken op dat art. 16 OESO-Modelverdrag mede lijkt te zijn ingegeven door het onderscheid in benadering van bestuurders tussen civil-law en common-law-landen. Bij de civil-law-landen wordt de bestuurder als een werknemer beschouwd waardoor het niet mogelijk zou zijn een bestuurder onder het nationale recht te belasten indien hij zijn werkzaamheden niet fysiek in de staat verricht waarvan de vennootschap inwoner is waarbij het bestuurderschap wordt vervuld.

hierbij van de premisse uit dat bestuurdersfuncties als een dienstbetrekking moeten worden gezien en de door haar voorgestelde bestuurdersbepaling moest dan ook tegen de achtergrond van het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel worden geplaatst. De rechtvaardiging voor een separate bestuurdersbepaling was gelegen in de omstandigheid dat het aanknopingspunt en het criterium van het inkomen-uit-niet-zelfstandige-arbeid-artikel, d.w.z. de fysieke aanwezigheid in verband met het verrichten van de werkzaamheden, moeilijk toepasbaar zou zijn op bestuurders. Vandaar dat voor bestuurdersbeloningen de toewijzing van de heffingsrechten is gebaseerd op het inwonerschap van de vennootschap waarbij het bestuurderschap wordt vervuld. Een en ander is onverkort voortgezet, inclusief de omschrijving van de achtergrond van de bestuurdersbepaling, onder het OESO-Modelverdrag (art. 16 en par. 1 van het daarbij behorende Commentaar).

Dat betekent dat par. 1 van het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag met name een praktische achtergrond heeft en vanuit dat gezichtspunt kan de vraag gesteld worden of het gerechtvaardigd is de bepaling op die gronden nog langer te handhaven.⁷⁹³ Met de toenemende mobiliteit van werknemers (mede als gevolg van technische ontwikkeling zoals het internet, e-commerce, etc.)⁷⁹³ loopt het toepassen van het criterium van art. 15 OESO-Modelverdrag op reguliere werknemers ook tegen de nodige praktische problemen op zodat het onderscheid met art. 16 om die reden vervaagt. Bovendien wordt alsdan meer aansluiting gevonden met het internationale socialezekerheidsrecht. Verder vervalt hierdoor het onderscheid op verdragsniveau tussen de activiteiten van een topmanager (die enkel werknemer is) waarop alleen art. 15 OESO-Modelverdrag van toepassing is⁷⁹⁴ en een lid van een raad van bestuur of beheer wiens beloningen die in die hoedanigheid worden verkregen, onder art. 16 OESO-Modelverdrag ressorteren.⁷⁹⁵ In de belastingverdragen met het VK en de VS die Nederland heeft gesloten is in de respectieve bestuurdersbepalingen overigens al een element van fysieke aanwezigheid opgenomen.

Het coherentieargument dat in de literatuur als bestaansreden voor art. 16 OESO-Modelverdrag wordt gegeven, overtuigt evenmin.⁷⁹⁶ De aftrekbaarheid van de bestuurdersbeloningen zou dan meebrengen dat de staat waarvan de vennootschap inwoner is als compensatie voor die aftrek het heffingsrecht zou moeten krijgen over de betreffende bestuurdersbeloningen. Dit zou evenwel een 'overcompensatie' inhouden nu de staat waarvan de vennootschap inwoner

792. Zie in dezelfde zin Arnold, op. cit., p. 63 en 67 en P. Kavelaars, *Harmonisatie van vrij personenverkeer: een drieklik* (oratie), Kluwer, 1998, p. 47 en 48. Voor een andersluidende conclusie kan worden verwezen naar R. Prokiach, 'Directors' fees (Article 16 OECD Model Convention)', in: *Source versus Residence* (red. M. Lang e.a.), Kluwer, 2008, p. 211-213.

793. Pötgens, op. cit., p. 331 e.v.

794. HR 19 juni 1996, nr. 30.883, BNB 1996/369.

795. Arnold, op. cit., p. 63.

796. Arora, op. cit., p. 581.

is, ook reeds de winsten in de belastingheffing mag betrekken die gegenereerd worden door de vigerende bestuurdersactiviteiten.⁷⁹⁷

De enige rechtvaardigingsgrond voor art. 16 OESO-Modelverdrag die alsdan mogelijk nog resteert is, zoals Avery Jones e.a.⁷⁹⁸ opmerken, de divergerende visies ten aanzien van bestuurders tussen landen die een civil-law- en een common-law-stelsel volgen.

Indien geen separate bestuurdersbepaling wordt opgenomen in belastingverdragen wordt een einde gemaakt aan een splitsing tussen onder het beloningsdeel dat valt onder art. 15 en art. 16 OESO-Modelverdrag indien een persoon beide hoedanigheden bij een vennootschap vervult. De historie maakt duidelijk dat een dergelijk onderscheid gemaakt moet worden waarbij, zo blijkt ook uit de opmerkingen van Japan in aanloop tot de herziening van het OESO-Modelverdrag in 1977, al gedurende langere tijd de vraag gesteld wordt hoe een en ander praktisch moet worden vormgegeven. Par. 2 van het Commentaar op art. 16 OESO-Modelverdrag beantwoordt deze vraag evenmin en bevestigt met name dat een dergelijke splitsing moet worden gemaakt.⁷⁹⁹ Het gevolg is dat tot op de dag van vandaag discussies rijzen. Zo neemt de staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat de gehele beloning van directeuren-grotaandeelhouders en dagelijkse bestuurders van de grootste multinationals onder art. 16 OESO-Modelverdrag ressorteert.⁸⁰⁰

Het belastingverdrag met Duitsland (1959) bewijst dat er goed te leven valt zonder specifieke bepaling voor bestuurdersbeloningen terwijl het nieuwe belastingverdrag met Duitsland uit 2012 (dat naar verwachting per 1 januari 2014 in werking zal treden) op zijn beurt laat zien dat de daarin opgenomen bepaling voor directeursbeloningen (art. 15) tot allerlei interpretatieproblemen aanleiding kan geven.⁸⁰¹

797. Zie met betrekking tot art. 15, lid 2, onderdeel b en c, van art. 15 OESO-Modelverdrag waar door het OESO-commentaar (par. 6.2) en HR 12 oktober 2001, nr. 35.749, NTFR 2001/1442, BNB 2002/125 een vergelijkbare coherentiegedachte wordt gehanteerd, Ellis en Pötgens, op. cit., onderdeel 3.3.

798. Op. cit. p. 231.

799. Vgl. HR 1 december 2006, nr. 39.535, NTFR 2006/1716, BNB 2007/77.

800. Zie voor kritiek op dit standpunt, F.P.G. Pötgens, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en arbeidsinkomsten', TFO 2012/119-4, p. 89.

801. Vgl. F.P.G. Pötgens, 'Het nieuwe belastingverdrag met Duitsland; inkomsten uit dienstbetrekking', MBB 2012 nr. 7/8, p. 290 en 291.