

VU Research Portal

Tax Treaty Residence of Entities

Gooijer, J.

2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Gooijer, J. (2019). *Tax Treaty Residence of Entities*. [PhD-Thesis - Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Samenvatting

Alleen personen die gelden als inwoner van een verdragsluitende staat kunnen een beroep doen op een belastingverdrag dat is opgesteld conform het OESO-Modelverdrag. De personele reikwijdte van zo'n verdrag wordt dus mede bepaald door de inhoud van de term 'inwoner'. Dezelfde term komt in tal van andere bepalingen in het OESO-Modelverdrag voor. Ook voor de werking van die bepalingen is het derhalve van groot belang vast te stellen wat precies met de term 'inwoner' wordt bedoeld. Art. 4 bepaalt wie als inwoner wordt aangemerkt. Volgens het eerste lid van die bepaling is een persoon inwoner van een verdragsluitende staat als hij, "ingevolge de wetgeving van die staat, aldaar aan belasting is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid". Echter, een persoon "die in die staat slechts aan belasting is onderworpen ter zake van inkomsten uit bronnen in die staat" is geen inwoner voor het verdrag. Indien een entiteit – hier te verstaan als elke rechtspersoon en elke rechtsvorm die voor de belastingheffing als een eenheid, als een persoon, wordt behandeld op grond van het eerste lid als inwoner van beide verdragsluitende staten wordt aangemerkt, dient op grond van het derde lid van art. 4 te worden vastgesteld van welk van beide staten voor toepassing van het belastingverdrag de entiteit als inwoner geldt (de *tie breaker*). Deze studie draait om de vraag wanneer een entiteit als inwoner in de zin van art. 4 geldt. De volgende hoofdvraag staat centraal: "Draagt de definitie van inwoner zoals neergelegd in art. 4 van het OESO-Modelverdrag op de juiste manier bij aan het bereiken van de doelstelling van een belastingverdrag dat is gebaseerd op het OESO-Modelverdrag indien de bepaling wordt toegepast op entiteiten? Zo niet, hoe zou de bepaling en/of het commentaar daarop moeten worden aangepast?"

Om het antwoord op deze vraag te vinden komt allereerst in **hoofdstuk 2** de geschiedenis van de verdragsdefinitie van art. 4(1) en de *tie breaker* van het derde lid aan de orde. Beide bepalingen komen al voor in het eerste concept modelbelastingverdrag dat de OESO in 1963 publiceerde, zij het dat sindsdien wel enkele wijzigingen zijn doorgevoerd. Maar ook al eerder, in de door de Volkerenbond ontwikkelde modelbelastingverdragen, zijn begrippen gebruikt die zijn terug te vinden in de modellen van de OESO of het commentaar daarop. Omdat de ontwikkeling van zowel de modellen van de Volkerenbond en die van de OESO licht werpt op de inhoud van de huidige verdragsbepaling, is deze ontwikkeling in hoofdstuk 2 besproken. Op basis hiervan kan ten eerste worden vastgesteld dat de uitdrukking 'onderworpen aan belasting op grond van ...' verwijst naar concepten die in de nationale stelsel van meeste staten werden (en worden) gebruikt voor de vaststelling van inwonerschap van entiteiten die zijn onderworpen aan een belastingheffing over hun wereldwinst. Nadere voorwaarden voor wat betreft de omvang van de belastingplicht naar nationaal recht worden niet gesteld. Verder is op basis van de totstandkoming van de bepaling geconcludeerd dat bij een kritische evaluatie van de huidige verdragsdefinitie

een drietal vragen aan de orde dient te komen: (i) is een verdragsdefinitie noodzakelijk, (ii) zouden verdragsvoordelen moeten toekomen aan vaste inrichtingen en (iii) moet het begrip ‘inwoner’ anders worden gedefinieerd voor zover de uitdrukking van belang is in het kader van belastingheffing door een bronstaat.

Om vast te stellen welke eisen worden gesteld aan een verdragsinwoner, zijn de verschillende elementen van de verdragsdefinitie geïnterpreteerd. In **hoofdstuk 3** wordt ingegaan op de uitgangspunten die in deze studie ten aanzien van verdragsinterpretatie zijn gehanteerd. Daarbij spelen het interpretatievoorschriften van art. 3(2) van het OESO-Modelverdrag en de artikelen 31 en 32 van het Weens verdrag inzake het verdragenrecht een belangrijke rol, waarbij art. 3(2) geldt als een *lex specialis*. Als de betekenis van niet in het verdrag gedefinieerde begrippen niet kan worden ontleend aan het nationale recht of als de context van de verdragsterm een andere betekenis vereist, vormen de artikelen 31 en 32 van het Weens verdrag inzake het verdragenrecht het raamwerk voor de interpretatie van art. 4(1) en 4(3). De verschillende elementen die van belang zijn bij verdragsinterpretatie, zoals de (letterlijke) tekst, de context van de term, doel en strekking van het verdrag en de goede trouw, zijn eerst afzonderlijk toegepast en de resultaten daarvan zijn vervolgens tegen elkaar afgewogen alvorens een conclusie is getrokken. Daarbij is het OESO Commentaar gebruikt als ‘quasi context’. De toelichtingen in het commentaar werpen vaak licht op de ‘gewone betekenis’ van de uitdrukkingen en helpen bij het vaststellen van doel en strekking van het verdrag. De jurisprudentie die in de IBFD Tax Treaty Case Law database is gerubriceerd onder art. 4 OESO-Modelverdrag, is vervolgens gebruikt als lakmoesproef om de resultaten van het interpretatieve proces kritisch te toetsen.

Doel en strekking van een op het OESO-Modelverdrag gebaseerd belastingverdrag is in deze studie om twee redenen van belang. Ten eerste wordt in de hoofdvraag die in het onderzoek centraal staat, verwezen naar het doel van belastingverdragen. Ten tweede is voor de toepassing van art. 31, lid 1 van het Weens verdrag inzake het verdragenrecht, doel en strekking relevant. In **hoofdstuk 4** is nader ingegaan op doel en strekking. Het doel van een belastingverdrag is het voorkomen van dubbele belasting en van belastingontwijking en -ontduiking. Art. 4 bepaalt (mede) wat de persoonlijke reikwijdte van het verdrag is en speelt een rol bij de toepassing van de toewijzingsbepalingen (de hoofdstukken III en IV van het OESO-Modelverdrag) en de regelingen ter voorkomen van dubbele belasting (art. 23A of 23B van het OESO-Modelverdrag). Omdat de tekst van art. 4 en de toelichting slechts objectieve maatstaven bevatten om te concluderen tot inwonerschap, kan, als aan de voorwaarden is voldaan, een entiteit de status van inwoner niet worden ontzegd op basis van de achterliggende motieven voor de vestiging. Voor interpretatieve doeleinden speelt het voorkomen van belastingontduiking- en ontwijking dan ook geen rol. Dit wil uiteraard niet zeggen dat verdragsvoordelen niet kunnen worden geweigerd in situaties van misbruik (bijvoorbeeld op basis van art. 29, lid 9 OESO-Modelverdrag).

Hoofdstuk 5 onderzoekt de werking van art. 4(1) indien de bepaling wordt toegepast op entiteiten. Allereerst wordt gezocht naar de betekenis in het nationale recht van verschillende uitdrukkingen, met name van ‘ingevolge de wetgeving van die staat’, ‘onderworpen aan belasting’, ‘woonplaats’, ‘verblijf’, ‘plaats van leiding’ en ‘enige andere soortgelijke omstandigheid’. Geconcludeerd is dat in het nationale recht van de landen die als referentie hebben gefungeerd (Duitsland, Frankrijk, Nederland, Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten) de bovenstaande uitdrukkingen die zijn gebruikt in art. 4(1) niet zijn gedefinieerd, met uitzondering van de term ‘plaats van leiding’. Die laatste uitdrukking dient echter, vanwege de context van de term, ook verdragsrechtelijk te worden geïnterpreteerd.

Op basis van een interpretatie volgens het raamwerk van de artikelen 31 en 32 van het Weens verdrag inzake het verdragenrecht leiden de genoemde elementen van de eerste volzin van art. 4(1) tot de conclusie dat een entiteit als inwoner van het verdrag moet worden aangemerkt als een verdragsluitende staat in zijn nationale regeling ten aanzien van een van de belastingen waarop het verdrag van toepassing is, die entiteit als inwoner aanmerkt vanwege zijn vestigingsplaats, plaats van werkelijke leiding of een soortgelijk criterium en op grond daarvan het gehele, wereldwijde inkomen van die entiteit in de belastingheffing betreft of kan betrekken.

De tweede volzin van art. 4(1) kan vervolgens het verdragsinwonerschap alsnog uitsluiten. Deze tweede volzin dient ook te worden toegepast op entiteiten en leidt ertoe dat vennootschappen waarop een staat slechts in bepaalde mate zijn belastingjurisdictie kan uitoefenen, niet als inwoner voor toepassing van het verdrag kan worden aangemerkt. De uitdrukking ‘inkomsten uit bronnen in die staat’ verwijst, gezien de context van het OESO-Modelverdrag, naar het inkomen dat op grond van de toewijzingsbepalingen in het verdrag is toegewezen aan de andere staat. Een entiteit die alleen voor wat betreft dat inkomen aan belastingheffing kan worden onderworpen, is niet onderworpen aan de belastingheffing in de zin van de tweede volzin. Hieruit volgt dat *conduit companies*, die weliswaar op grond van een *nationaalrechtelijke* regeling niet aan volledige belastingheffing zijn onderwerpen, toch niet op grond van de tweede volzin kunnen worden uitgesloten van het inwonerschap voor het verdrag. De staat waarin zo’n entiteit is gevestigd wordt immers niet beperkt in de mogelijkheden de entiteit toch volledig in de heffing te betrekken. De tweede volzin heeft echter wel zo’n effect op vennootschappen met een dubbele vestigingsplaats, die (op grond van de *tie breaker* bepaling in een verdrag met een derde-staat) in de loser-staat slechts beperkt in de belastingheffing kunnen worden betrokken.

Hoewel de betekenis van de verschillende uitdrukkingen van art. 4(1) door middel van de verschillende interpretatiemethoden kan worden vastgesteld, verdient het aanbeveling diverse elementen van de bepalingen te verduidelijken omdat over hun betekenis verschillend wordt gedacht. Dit betreft de uitdrukking ‘onderworpen aan belasting’, met name voor wat betreft de toepassing daarvan op subjectief vrijgestelde lichamen, en de

termen in de tweede volzin van art. 4(1) en de toepassing daarvan op entiteiten met dubbel inwonerschap.

Hoofdstuk 6 behandelt de *tie breaker* van art. 4(3), zowel die van het pre-2017 OESO-Modelverdrag als die van het 2017 OESO-Modelverdrag. In het pre-2017 OESO-Modelverdrag is de plaats van der wekelijkse leiding (*place of effective management*, hierna: POEM) doorslaggevend: een entiteit wordt geacht inwoner van het land te zijn waarin de POEM is gelegen. Hoewel de tekst van de bepaling en het commentaar daarop wel enige richting geven voor wat betreft de inhoud van deze term, blijft veel onduidelijkheid bestaan. In art. 4(3) van het 2017 OESO-Modelverdrag is als *tie breaker* een onderling overleg procedure (*mutual agreement procedure*, hierna: MAP) voorgeschreven. Ten aanzien van de MAP geldt dat een aanpassing is aan te bevelen vanwege het onverplichte karakter van de procedure en de onduidelijkheid over de door de staten te hanteren criteria. De conclusie is dan ook dat voor een betere werking van de *tie breaker*, de term POEM beter zou moeten worden gedefinieerd en de MAP een bindend karakter zou moeten hebben. Tevens moet duidelijker worden gemaakt welke criteria de verdragsluitende staten zullen gebruiken voor de vaststelling van het inwonerschap en hoe deze criteria zich onderling verhouden.

Een voorstel waarmee de geconstateerde onzekerheden en onduidelijkheden ten aanzien van een aantal elementen van art. 4(1) en 4(3) wordt voorkomen en omissies worden hersteld, is gepresenteerd in **hoofdstuk 8**. Eerst zijn echter de conceptuele randvoorwaarden waaraan het inwonersbegrip moet voldoen, uitgewerkt (**hoofdstuk 7**). De eerste voorwaarde die aan bod komt, heeft te maken met de rechtvaardigingsgronden voor het als inwoner beschouwen van een entiteit met als effect het belasten van het gehele, wereldwijde inkomen van die entiteit. De doorslaggevende rechtvaardigingsgrond voor de heffing van belasting over de wereldwinst is naar mijn mening het anti-uitstel karakter van de vennootschapsbelasting; zonder vennootschapsbelasting op het niveau van het lichaam, zou belastingheffing worden uitgesteld zolang de door het lichaam behaalde winst niet wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders. Daarbij geldt als premisse dat alleen als een staat een voldoende gerechtvaardigde claim heeft ten aanzien van een bepaalde entiteit, die entiteit ook voor toepassing van het verdrag als inwoner van die staat zou moeten worden aangemerkt. Geconcludeerd is dat sprake is van een gerechtvaardigde claim als in de bewuste staat een bron van inkomen is gelegen. Daarvan is sprake als in die staat een onderneming is gevestigd en/of onroerende zaken zijn gelegen. Het inwonerschap van de entiteit zou in die situatie het beste gekoppeld kunnen zijn aan de locatie van zo'n bron van inkomen. Ten aanzien van het inwonerschap van een entiteit met inkomen dat niet aan een bepaalde bron kan worden toegewezen (zoals dividend, rente en royalty's als de onderliggende aandelen, vorderingen en rechten geen onderdeel uitmaken van het ondernemingsvermogen), geldt dat het beste kan worden aangesloten bij de plaats waar de aandeelhouders zijn gevestigd. Het moge duidelijk zijn dat dit theoretische onderscheid aan de hand van de aard van het inkomen voor wat betreft het aanknopingspunt voor de

vestigingsplaats van een entiteit, praktisch gezien zeer lastig te hanteren is. Veel entiteiten zullen beide vormen van inkomen hebben en aansluiting bij de woon- of vestigingsplaats van aandeelhouders is vooral bij beursgenoteerde entiteiten ingewikkeld. Niettemin is het onderscheid als startpunt gehanteerd bij de ontwikkeling van een nieuwe verdragsdefinitie in hoofdstuk 8.

Het tweede conceptuele uitgangspunt voor de voorgestelde definitie heeft te maken met de reikwijdte van de belastingjurisdictie van een staat en de wijze van afbakening daarvan ten opzichte van die van andere staten. Het beginsel van de *'closeness of connection'* is bij de invulling van de belastingjurisdictie leidend. Het gaat er om of sprake is van een voldoende mate van economische verbondenheid tussen een entiteit en een staat. En als een bepaalde entiteit in zekere en voldoende mate economisch verbonden is met twee staten, dient de belastingjurisdictie te worden verdeeld naar de mate van verbondenheid.

Ten derde is in hoofdstuk 7 onderzocht welke beleidsmatige overwegingen ten grondslag liggen aan het sluiten van een belastingverdrag. Wat beogen staten door het aangaan van zo'n verdrag te bereiken? Doorslaggevend is het stimuleren van grensoverschrijdende economische activiteiten. Via een belastingverdrag worden dergelijke activiteiten gestimuleerd doordat dubbele belasting wordt voorkomen en zekerheid wordt verschaft over de fiscale behandeling van inkomen en kapitaal in de betrokken landen. Om ervoor te zorgen dat deze doelstelling wordt bereikt, is het van essentieel belang kunstmatige opzetjes te onderscheiden van daadwerkelijke economische activiteiten waarvoor het verdrag is bedoeld. Tegen misbruik van het belastingverdrag dient een dam te worden opgeworpen. Voor zover er sprake kan zijn van misbruik via het inwonerschap, is de definitie van inwoner de aangewezen plek om dat misbruik te bestrijden.

In **hoofdstuk 8** is een voorstel voor een nieuwe definitie van inwoner gepresenteerd waarmee de onduidelijkheden en omissies van de bestaande definitie worden verholpen en die – tegelijkertijd – zoveel als redelijkerwijs en praktisch mogelijk, voldoet aan de theoretische uitgangspunten vastgesteld in hoofdstuk 7. De voorgestelde verdragsbepaling bevat de volgende elementen:

- 1) Een directe verwijzing naar het nationale recht van de verdragsluitende staten: een entiteit die voor toepassing van de belastingen waarop het verdrag van toepassing is als inwoner wordt aangemerkt is, in beginsel, ook inwoner voor toepassing van het verdrag. Door deze directe verwijzing is de uitdrukking 'onderworpen aan belasting' niet meer nodig.
- 2) Voldoende substance (als uitdrukking van voldoende economische verbondenheid) als voorwaarde voor verdragsinwonerschap: een entiteit kan alleen als inwoner worden aangemerkt als de activiteiten van die entiteit gelden als een vaste inrichting in de zin van art. 5(1) OESO-Modelverdrag. Overwogen is voor wat betreft de substance-eisen

aan te sluiten bij de voorwaarden die zijn opgenomen in de *Limitations on Benefits*-bepaling van art. 29 OESO-Modelverdrag. Vanwege de relatieve onbekendheid bij de overgrote meerderheid van de OESO-lidstaten met deze bepaling (die afkomstig is uit de VS), wordt de voorkeur gegeven aan aansluiting bij het vaste inrichting begrip van art. 5 OESO-Modelverdrag.

- 3) Een inwoner van een derde-staat geldt eveneens als inwoner voor het belastingverdrag indien en voor zover sprake is van een vaste inrichting van deze inwoner in een verdragsluitende staat.
- 4) Voor bepaalde entiteiten die niet aan het substance vereiste voldoen, dient een separate regeling te worden overwogen. Pensioenfondsen en charitatieve instellingen zouden via een separate bepaling expliciet als inwoner kunnen worden aangemerkt. Beleggingsfondsen en beleggingsinstellingen dienen verdragsvoordelen te genieten indien en voor zover de achterliggende participanten verdragsvoordelen toekomen. Entiteiten met beleggingen in vastgoed dienen te worden aangemerkt als inwoner van de staat waarin het vastgoed is gelegen, maar alleen voor zover het de inkomsten uit dat vastgoed betreft. Ook voor entiteiten met een vaste inrichting in de andere verdragsstaat dient een separate regeling te worden opgenomen. Als zo'n entiteit niet wordt aangemerkt als inwoner voor het verdrag, is de woonstaat niet verplicht tot het geven van voorkoming van dubbele belasting voor wat betreft het inkomen dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Daarom dient een dergelijke entiteit als inwoner voor het verdrag te gelden voor wat betreft dat inkomen.
- 5) Vanwege de substance voorwaarden die zijn opgenomen in de voorgestelde definitie, is het aantal gevallen waarin onder het voorstel sprake zal zijn van dubbel inwonerschap beperkt. Slechts indien een entiteit in beide verdragsluitende staten activiteiten uitoefent die kwalificeren onder de substance test en bepaald inkomen niet aan deze activiteiten kan worden toegerekend, moet een *tie breaker* de beslissing brengen. Het voorstel is om daarvoor de plaats van het executive management van de door de entiteit gedreven onderneming doorslaggevend te laten zijn.

In **hoofdstuk 9** ten slotte, wordt antwoord gegeven op de vraag die in dit onderzoek centraal staat. Geconcludeerd wordt dat, hoewel door middel van de algemeen geaccepteerde interpretatiemethoden de betekenis van art. 4(1) en (3) kan worden vastgesteld, het desondanks aanbeveling verdient bepaalde elementen te verduidelijken. Dat betreft met name de 'onderworpen aan belasting' toets, de reikwijdte van de tweede volzin van art. 4(1) en de *tie breaker* van het derde lid. Rekening houdend met de conceptuele, theoretische uitgangspunten die zijn vastgesteld in hoofdstuk 7, welke leiden tot de introductie van substance voorwaarden in de definitie van inwoner, is een voorstel gedaan voor een verdragsbepaling, die de verwezenlijking van het doel van een belastingverdrag dichterbij brengt.