

Mr. R. (Rick) van der Hulle<sup>1</sup>

## De verdragsrechtelijke houdbaarheid van art. 4.13 en 4.14 Wet IB 2001

actueel

Een aanmerkelijkbelanghouder (ab-houder) wordt op grond van de fictief-rendementsregeling van art. 4.13 en 4.14 Wet IB 2001 geacht jaarlijks een rendement van 4% te behalen. De fictief-rendementsregeling heeft grensoverschrijdende werking indien door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap. De fictief-rendementsregeling heeft ook grensoverschrijdende werking als door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi. Als het daadwerkelijk ontvangen rendement in een jaar minder dan 4% bedraagt, dan brengt de fictief-rendementsregeling met zich dat het daadwerkelijk ontvangen rendement wordt aangevuld met een fictief rendement tot aan het veronderstelde rendement van 4%. Op grond van de fictief-rendementsregeling wordt dan ook een rendement in aanmerking genomen dat niet daadwerkelijk wordt ontvangen. De fictief-rendementsregeling dient ertoe het oppotten van winst behaald door een in Nederland gevestigde vbi of een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap te voorkomen.<sup>2</sup> Indien de fictief-rendementsregeling grensoverschrijdende werking heeft, een fictief rendement in aanmerking wordt genomen én de buitenlandse beleggingsvennootschap of de buitenlandse ab-houder gevestigd respectievelijk woonachtig is in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, dan speelt de vraag of de toepassing van de fictief-rendementsregeling in overeenstemming is met het toepasselijke belastingverdrag. Als de toepassing van de fictief-rendementsregeling in strijd is met een door Nederland gesloten belastingverdrag en hier door een ab-houder een beroep op wordt gedaan, dan zal de rechter in het voorliggende geschil de fictief-rendementsregeling op grond van art. 94 GW buiten toepassing moeten laten. De in dit verband relevante bepalingen van de door Nederland gesloten belastingverdragen

behoren namelijk tot het een ieder verbindende verdragsrecht,<sup>3</sup> zodat een ab-houder als inwoner van een verdragsstaat zich op deze verdragsbepalingen rechtstreeks voor de rechter kan beroepen.

In deze bijdrage zal de vraag of de toepassing van de fictief-rendementsregeling van art. 4.13 en 4.14 Wet IB 2001 in overeenstemming is met het OESO-Modelverdrag centraal staan. Het moge immers duidelijk zijn dat het onmogelijk is om alle door Nederland gesloten belastingverdragen afzonderlijk te bespreken en bovendien zijn de reeds door Nederland gesloten belastingverdragen gebaseerd op het OESO-Modelverdrag.<sup>4</sup> De hiernavolgende analyse kan zodoende worden doorgetrokken naar de reeds door Nederland gesloten belastingverdragen voor zover er geen relevante afwijkingen zijn ten opzichte van het OESO-Modelverdrag en de bij de belastingverdragen behorende documentatie in dit verband verder ook niet noemenswaardig is. Allereerst zal worden vastgesteld hoe het fictieve rendement moet worden gekwalificeerd onder het OESO-Modelverdrag. Hierna zal worden ingegaan op inwonerschap onder het OESO-Modelverdrag en zal de toepasselijkheid van het dividendartikel en het restartikel van het OESO-Modelverdrag worden besproken. Tot slot zal (scheming van) de goede verdragstrouw aan bod komen.

### 1. Kwalificatie van het fictieve rendement onder het OESO-Modelverdrag

Uit art. 10, lid 3, OESO-Modelverdrag volgt dat het begrip 'dividend' in het OESO-Modelverdrag onder meer inkomsten uit aandelen en inkomsten uit winstbewijzen omvat. In het OESO-Modelverdrag wordt alleen niet nader uitgelegd wat moet worden verstaan onder inkomsten uit aandelen en inkomsten uit winstbewijzen. Art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag brengt met zich dat hieraan invulling moet

1 Mr. R. (Rick) van der Hulle is afgestudeerd in het burgerlijk recht, het staats- en bestuursrecht en in het fiscale recht aan de Universiteit van Leiden. Thans is hij als promovendus op het terrein van het staatsrecht verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Leiden.

2 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 204; Kamerstukken II, 2005-2006, 30 533, nr. 3, p. 13.

3 Zie hieromtrent ook A.J.A. Stevens, *Over de afschaffing van belastingverdragen* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 15.

4 Kamerstukken II, 1997-1998, 25 087, nr. 4, p. 19. Meer recent bevestigd in de Notitie

Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (p. 23), te downloaden via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl) en met als zoekterm 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011'.

worden gegeven door middel van het nationale recht van de verdragsstaat die het verdrag toepast.<sup>5</sup> Doordat het fictieve rendement blijkens de aanhef van art. 4.13, lid 1, Wet IB 2001 wordt gekwalificeerd als een regulier voordeel in de zin van art. 4.12, sub a, Wet IB 2001 en daarmee als een voordeel dat wordt getrokken uit aandelen of winstbewijzen, moet het fictieve rendement worden gekwalificeerd als dividend onder het OESO-Modelverdrag. Ook de wetgever heeft zich op dit standpunt gesteld.<sup>6</sup>

## 2. Inwonerschap onder het OESO-Modelverdrag

Op grond van art. 1 OESO-Modelverdrag kan het verdrag uitsluitend worden ingeroepen door een persoon die inwoner is van een verdragsstaat.<sup>7</sup> Uit art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag volgt dat het er voor inwonerschap op aankomt of een persoon volgens de wetgeving van een verdragsstaat 'liable to tax' is. Uit het zogeheten Drielandenpunt-arrest (NTR 2001/372) kan duidelijk worden afgeleid dat een persoon 'liable to tax' is als de persoon op grond van de wetgeving van een verdragsstaat onbeperkt (ofwel: volledig) aan belastingheffing is onderworpen, zonder de eis dat ook sprake is van feitelijke onderworpenheid. Meer recente rechtspraak van de Hoge Raad zaait echter twijfel of de eis van onbeperkte onderworpenheid thans nog wel geldt.<sup>8</sup> Zo overweegt de Hoge Raad in het zogeheten VS-verenigings-arrest (NTR 2009/2692) dat de in het toepasselijke belastingverdrag genoemde vrijgestelde lichamen (...) niet in alle gevallen op basis van het criterium van onderworpenheid als inwoner van het Verdrag (...) kunnen worden aangemerkt. Hiermee lijkt de Hoge Raad te impliceren dat subjectief vrijgestelde lichamen zoals vbi's wel degelijk kunnen voldoen aan het in art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag genoemde vereiste van 'liable to tax'.<sup>9</sup> Op basis van dit arrest wordt in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 daarom terecht opgemerkt dat niet met zekerheid uit de huidige rechtspraak van de Hoge Raad kan worden vastgesteld of subjectief vrijgestelde lichamen zoals vbi's op grond van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag als inwoner kunnen worden aangemerkt.<sup>10</sup> Hoe dan ook, aangenomen mag in ieder geval worden dat een in Nederland woonachtige ab-houder met een aanmerkelijk belang in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap kan worden aangemerkt als inwoner van Nederland. Een in Nederland woonachtige ab-houder is immers binnenlands belastingplichtig voor de inkomstenbelasting en daarmee onbeperkt aan de Nederlandse inkomstenbelasting onderworpen.<sup>11</sup> Ervan uitgaande dat een buiten Nederland woonachtige ab-houder met een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vbi in zijn woonland onbeperkt aan de aldaar geldende inkomstenbelasting is onder-

worpen, mag aangenomen worden dat hij eveneens als inwoner kan worden aangemerkt.

## 3. Toepasselijkheid van het dividendartikel van het OESO-Modelverdrag

Nu is gebleken dat het fictieve rendement onder het OESO-Modelverdrag moet worden gekwalificeerd als dividend en duidelijk is geworden wat moet worden verstaan onder inwonerschap onder het OESO-Modelverdrag, kan de vraag worden besproken of art. 10 OESO-Modelverdrag van toepassing is zodra een fictief rendement in aanmerking wordt genomen. Art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag komt erop neer dat dividend betaald door een inwoner van een verdragsstaat aan een inwoner van de andere verdragsstaat mag worden belast in de verdragsstaat waarin de ontvanger van het dividend woonachtig respectievelijk gevestigd is. De verdragsstaat waarin de ontvanger van het dividend woonachtig respectievelijk gevestigd is kan worden aangeduid als 'woonstaat', terwijl de verdragsstaat waaruit het dividend afkomstig is kan worden aangeduid als 'bronstaat'. Op grond van art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag is zodoende de woonstaat onbeperkt heffingsbevoegd over dividend. Art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag brengt met zich dat de bronstaat ook, zij het beperkt, heffingsbevoegd is over dividend indien de uiteindelijk gerechtigde woonachtig respectievelijk gevestigd is in de woonstaat.<sup>12</sup>

Hieruit valt op te maken dat in het geval waarin op grond van de fictief-rendementsregeling een fictief rendement in aanmerking wordt genomen en door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap, Nederland als woonstaat fungeert. In het geval waarin op grond van de fictief-rendementsregeling een fictief rendement in aanmerking wordt genomen en door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi, fungeert Nederland daarentegen als bronstaat. Benadrukt moet worden dat het voor de toepassing van art. 10, lid 1 en lid 2, OESO-Modelverdrag niet alleen vereist is dat sprake is van dividend, maar dat het dividend door een inwoner van een verdragsstaat moet zijn betaald aan een inwoner van de andere verdragsstaat. Zoals hiervoor aangegeven is het echter op basis van de huidige rechtspraak van de Hoge Raad nog maar zeer de vraag of een vbi op grond van art. 4, lid 1, OESO-Modelverdrag kan worden aangemerkt als inwoner. Hetzelfde geldt logischerwijs voor een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap die net als een vbi subjectief is vrijgesteld van belastingheffing over de winst.

5 Zie hieromtrent ook A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 183; F.A. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law: a study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties* (diss. Rotterdam), Amsterdam: IBFD, International Bureau of Fiscal Documentation 2004, p. 473-515.

6 Kamerstukken II, 1979-1980, 15 516, nr. 11, p. 33-34.

7 Op grond van art. 3, lid 1, sub a, OESO-Modelverdrag omvat het begrip 'persoon' in het OESO-Modelverdrag een natuurlijk

persoon, een vennootschap en een vereniging van personen.

8 Zie hierover ook F.P.G. Pötgens, 'Verdragstoepassing en inwonerschap in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011', *WFR* 2011/6903, p. 532-538; A.C.G.A.C. de Graaf en F.P.G. Pötgens, 'Verontrustende Hoge Raad-uitleg verdragsbegrip 'inwoner'', *WFR* 2010/6848, p. 266-280; H. Pijl, 'Verdragsinwoner en staatssoevereiniteit; suggestie tot aanpassing van het verdragsbeleid', *NTR* 2011/1859, p. 5-8.

9 H. Pijl, a.w., p. 7.

10 Zie p. 31-32 van de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011. De wetgever gaat er

daarentegen vanuit dat een vbi niet als inwoner van Nederland moet worden aangemerkt. Zie Kamerstukken II, 2005-2006, 30 533, nr. 3, p. 4.

11 Art. 2.1, lid 1, sub a, Wet IB 2001.

12 Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 6 april 1994, BNB 1994/217) moet worden afgeleid dat een persoon als uiteindelijk gerechtigde tot dividend is te beschouwen indien de persoon eigenaar is van de dividendbewijzen, vrijelijk over de dividendbewijzen en het ontvangen dividend kan beschikken én niet optreedt als zaakwaarnemer of lasthebber.

Omdat het fictieve rendement niet daadwerkelijk wordt ontvangen, lijkt op het eerste gezicht (ook) niet te worden voldaan aan het vereiste voor de toepassing van art. 10, lid 1 en lid 2, OESO-Modelverdrag dat het dividend moet zijn betaald.<sup>13</sup> Hoewel het commentaar op het OESO-Modelverdrag, dat volgens de Hoge Raad grote betekenis heeft,<sup>14</sup> dit bevestigt,<sup>15</sup> zou uit de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen worden afgeleid dat tóch aan dit vereiste wordt voldaan. In de zogeheten Fictief loon-arresten (NTFR 2003/1511 en NTFR 2003/1512) en het zogeheten Fictieve rente-arrest (NTFR 2004/940) overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.4.1):

'(...) kan ertoe leiden (...) dat ten laste van een inwoner (...) inkomsten worden belast die op het moment van heffen niet daadwerkelijk (...) zijn verkregen. Dit wettigt op zichzelf nog niet reeds de gevolgtrekking dat Nederland voor situaties die door het Verdrag worden bestreken, zijn heffingsrecht uitbreidt buiten de grens die het Verdrag daaraan stelt. Indien bepaalde inkomsten naar hun aard (...) aan Nederland ter heffing zijn toegewezen, laat artikel 3, § 2, van het Verdrag Nederland de ruimte om (...) die inkomsten te belasten volgens Nederlandse wettelijke bepalingen (...). Binnen dat kader kan er ook ruimte zijn voor het toepassen van nationale bepalingen waarbij de wetgever zich bedient van forfaits of ficties.'

In de Fictief loon-arresten en in het Fictieve rente-arrest gaat het weliswaar niet om dividend in de zin van art. 10, lid 3, OESO-Modelverdrag, maar uit deze rechtsoverweging van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid dat indien sprake is van dividend in de zin van art. 10, lid 3, OESO-Modelverdrag, het dividend niet ook daadwerkelijk moet zijn betaald.<sup>16</sup> Om meer precies te zijn zou uit deze rechtsoverweging van de Hoge Raad kunnen worden afgeleid dat het begrip 'betaald' overeenkomstig art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag moet worden uitgelegd naar Nederlands recht. In dit verband moet worden opgemerkt dat het fictieve rendement wordt geacht genoten – en daarmee ontvangen en betaald – te zijn uiterlijk bij het einde van het kalenderjaar of het einde van de binnenlandse belastingplicht indien deze in de loop van het kalenderjaar eindigt.<sup>17</sup> Om deze reden kan worden betoogd dat bij het in aanmerking nemen van een fictief rendement via art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag voldaan is aan het vereiste voor de toepassing van art. 10, lid 1 en 2, OESO-Modelverdrag dat het dividend moet zijn betaald.<sup>18</sup>

Uit het voorgaande volgt dat in het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag mogelijk anderszins van toepassing is. Bij de toepassing van art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag is Nederland onbeperkt

heffingsbevoegd over het fictieve rendement. Een struikelblok voor de toepassing van art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag kan echter gelegen zijn zowel in het vereiste dat sprake moet zijn van een betaling van dividend als in het inwonerschap van een vbi. Daarnaast volgt uit het voorgaande dat in het geval waarin door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen eveneens art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag mogelijk anderszins van toepassing is. Op grond van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag zal Nederland dan beperkt heffingsbevoegd zijn over het fictieve rendement, ervan uitgaande dat de buiten Nederland woonachtige ab-houder uiteindelijk gerechtigde is. Het fictieve rendement zal dan niet mogen worden belast tegen het tarief van 25% dat geldt in box 2, maar op grond van art. 10, lid 2, sub b, OESO-Modelverdrag slechts tegen een tarief van 15%. Niettemin kan ook voor de toepassing van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag een struikelblok gelegen zijn in het vereiste dat dividend moet zijn betaald en in het inwonerschap van de buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap. Opgemerkt moet hierbij worden dat blijkens het Drielandpunt-arrest NTFR 2001/372 de constatering dat art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag niet van toepassing is tot de slotsom zal moeten leiden dat Nederland niet heffingsbevoegd is over het fictieve rendement. In dit arrest overweegt de Hoge Raad namelijk dat art. 10, lid 2, van het toepasselijke belastingverdrag – dat overeenstemt met art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag – niet van toepassing is, waarna de Hoge Raad concludeert dat Nederland niet heffingsbevoegd is over het dividend.

#### 4. Toepasselijkheid van het restartikel van het OESO-Modelverdrag

In de voorgaande paragraaf is reeds duidelijk geworden dat niet met zekerheid kan worden gezegd dat art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag van toepassing is in het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen. Indien art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag in dit geval toepassing mist, dan moet worden beoordeeld of art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag van toepassing is. Art. 21 OESO-Modelverdrag is de laatste toewijzingsbepaling van het OESO-Modelverdrag en wordt om deze reden ook wel aangeduid als 'restartikel' of 'saldo-artikel'.<sup>19</sup> Uit art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag volgt dat inkomsten die nog niet in de voorgaande toewijzingsbepalingen van het OESO-Modelverdrag worden behandeld slechts mogen worden belast in de verdragsstaat waarin de ontvanger van de inkomsten woonachtig respectievelijk gevestigd is; in de woonstaat dus. In de fictief loon-arresten en het fictieve rente-arrest stemt het restartikel van het toe-

13 M. Romy, *Internationaal belastingrecht*, Tilburg: Boekhandel Gianotten 1999, p. 152; M.J.W.M. Ellis, 'Enkele internationale aspecten van het wetsvoorstel inzake aanmerkelijk belang', *MBB* 1996/9, p. 299.

14 Dat de Hoge Raad aan het commentaar op het OESO-modelverdrag grote betekenis toekent overweegt de Hoge Raad expliciet in HR 2 september 1992 (BNB 1992/379).

15 Zo staat sinds 1977 (zie C. van Raad, 1963 and 1977 *OECD Model Income Tax Treaties and Commentaries*, Deventer: Kluwer Law and

Taxation Publishers 1990, p. 115) in paragraaf 7 van het commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag: 'The term "paid" has a very wide meaning, since the concept of payment means the fulfilment of the obligation to put funds at the disposal of the shareholder in the manner required by contract or by custom.'

16 Zie ook A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, a.w., p. 178.

17 Art. 4.43, lid 2, Wet IB 2001.

18 Vgl. P.J. Wattel en O. Marres, 'Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties', *European Taxation* 2003, p. 66-79.

19 I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het internationaal en Europees belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009, p. 374-375; C. van Raad, *Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 342; A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, a.w., p. 329-333.

passelijke belastingverdrag overeen met art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag en in deze arresten overweegt de Hoge Raad dat het restartikel niet van toepassing is doordat 'de fictie (...) geen inkomsten te voorschijn doet komen die vatbaar zijn voor belastingheffing door België als woonstaat.'<sup>20</sup> Deze rechtsoverweging betekent dus dat art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag naar het oordeel van de Hoge Raad betrekking heeft op inkomsten die vatbaar zijn voor belastingheffing door de woonstaat. Nu Nederland in het hier aan de orde zijnde geval als woonstaat fungeert, zal het geen nadere uitleg behoeven dat art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag in ieder geval van toepassing zal zijn.

### 5. De goede verdragstrouw

Uit de voorgaande paragrafen volgt dat het dividendartikel of het restartikel van het OESO-Modelverdrag met zich brengt dat in het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen, Nederland als woonstaat onbeperkt heffingsbevoegd is over het fictieve rendement. Voor het geval waarin door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen, is in het voorgaande naar voren gekomen dat Nederland als bronstaat op grond van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag *mogelijkerwijs* beperkt heffingsbevoegd is over het fictieve rendement. Ook als Nederland op grond van het dividendartikel of het restartikel van het OESO-modelverdrag heffingsbevoegd is over het fictieve rendement, dan zal nog wel rekening moeten worden gehouden met de goede verdragstrouw die Nederland als verdragsstaat in acht zal moeten nemen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad komt naar voren dat de goede verdragstrouw door Nederland wordt geschonden als Nederland door het belasten van niet daadwerkelijk verkregen inkomsten door middel van een posterieure wijziging van de nationale wetgeving, waarmee wordt gedoeld op een wijziging van de nationale wetgeving nadat het belastingverdrag is gesloten, die bovendien geen equivalent heeft in de nationale wetgeving van de andere verdragsstaat, zorgt voor een potentiële verschuiving in de door het belastingverdrag gemaakte verdeling van de heffingsbevoegdheid.<sup>21</sup>

Hoewel met een beroep op art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag kan worden betoogd dat het fictieve rendement moet worden geacht betaald en daarmee gerealiseerd te zijn, moet dit worden losgelaten bij de beoordeling of sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Zo overweegt de Hoge Raad in de Fictief loon-arresten (r.o. 3.4.3):

'In het onderhavige geval gaat het om het heffen van belasting over inkomsten die niet daadwerkelijk zijn verkregen en die, indien zij in de toekomst alsnog worden verkregen, als dividend of vermogenswinst kunnen toevloeien aan de

ontvanger. Daarmee brengt de fictie, nu het Verdrag voor inkomsten uit dienstbetrekking andere toewijzingsregels kent dan voor dividend en vermogenswinst, potentieel een verschuiving teweeg in de verdeling van de heffingsbevoegdheid (...). Derhalve laat het Verdrag een op die fictie gebaseerde heffing niet toe.'

Uit de eerste volzin van deze rechtsoverweging blijkt dat de Hoge Raad zich wel degelijk realiseert dat het in deze arresten gaat om fictieve inkomsten. Maar wanneer is nu precies sprake van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid? Is het gegeven dat de kwalificatie van de fictieve inkomsten kan veranderen voldoende voor het oordeel dat sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid? Of is het van belang om te bepalen in welke mate Nederland heffingsbevoegd is over de fictieve inkomsten als de kwalificatie verandert?<sup>22</sup> Bovenstaande rechtsoverweging lijkt te impliceren dat het voldoende is dat de kwalificatie van de fictieve inkomsten kan veranderen. Zo beoordeelt de Hoge Raad niet expliciet in welke mate Nederland heffingsbevoegd zou zijn indien de kwalificatie van de fictieve inkomsten zou veranderen, alhoewel een nadere verdieping in de Fictief loon-arresten tot de slotsom leidt dat de mate van heffingsbevoegdheid van Nederland zou kunnen veranderen.<sup>23</sup> Wellicht heeft dit impliciet toch een rol gespeeld, nu door de Hoge Raad wel wordt gewezen op de andere toewijzingsbepalingen die dan van toepassing zouden worden.

Wat hier ook van zij, gelet op het Fictieve rente-arrest zal ook nog met een ander aspect rekening moeten worden gehouden bij de beoordeling of sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid. In het Fictieve rente-arrest overweegt de Hoge Raad namelijk (r.o. 3.4.3):

'In het onderhavige geval gaat het om het heffen van belasting over inkomsten die niet daadwerkelijk zijn verkregen, en die, indien zij in de toekomst alsnog worden verkregen, als dividend of vermogenswinst kunnen toevloeien aan de ontvanger. Daarmee brengt de fictie, nu het Verdrag voor de verrekening van bronheffingen uitgaat van niet-fictieve geldstromen, potentieel een verschuiving teweeg in de verdeling van de heffingsbevoegdheid (...). Derhalve laat het Verdrag een op die fictie gebaseerde heffing niet toe.'

Als deze rechtsoverweging van de Hoge Raad wordt vergeleken met de hiervoor aangehaalde rechtsoverweging van de Hoge Raad in de Fictief loon-arresten, dan valt op dat beide rechtsoverwegingen niet geheel met elkaar overeenstemmen. Waar de Hoge Raad in de Fictief loon-arresten aangeeft dat sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid omdat 'het Verdrag voor inkomsten uit dienstbetrekking andere toewijzingsregels kent dan voor dividend en vermogenswinst', geeft de Hoge Raad in het Fictieve rente-arrest aan dat sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid omdat 'het Verdrag voor de verrekening van

20 Zie r.o. 3.4.5 van de Fictief loon-arresten en r.o. 3.4.5 van het Fictieve rente-arrest.

21 Zie de Fictief loon-arresten en het Fictieve rentearrest.

22 Met de mate van heffingsbevoegdheid wordt gedoeld op onbeperkte, beperkte of geen heffingsbevoegdheid.

23 De kwalificatie van de fictieve inkomsten onder het toepasselijke belastingverdrag als loon brengt in de Fictief loon-arresten met zich dat Nederland onbeperkt heffingsbevoegd is over de fictieve inkomsten, terwijl Nederland als bronstaat beperkt heffingsbevoegd over de fictieve

inkomsten zou zijn indien de fictieve inkomsten als dividend gerealiseerd zouden worden. Zie hierover nader L. van Moorselaar, 'Ficties of fricties? De doorwerking van ficties in belastingverdragen (bespreking arresten 5 september 2003). Deel 2', *Forfaitair* 2004/141, p. 19-21.

bronheffingen uitgaat van niet-fictieve geldstromen'. Bovenstaande rechtsoverweging duidt erop dat de Hoge Raad het van doorslaggevend belang acht of voor de fictieve inkomsten door de woonstaat een voorkoming moet worden verleend. Nu de Hoge Raad overweegt dat het toepasselijke belastingverdrag voor de verrekening uitgaat van niet-fictieve inkomsten en dat daardoor sprake is van een verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid, lijkt de Hoge Raad ervan uit te gaan dat de woonstaat geen voorkoming zal verlenen voor de door Nederland als bronstaat geheven belasting over de fictieve inkomsten maar vervolgens wel heffingsbevoegd zal zijn over de fictieve inkomsten indien zij gerealiseerd worden.<sup>24</sup> De Hoge Raad lijkt er dus vanuit te gaan dat dubbele belastingheffing optreedt indien de fictieve inkomsten gerealiseerd worden. Uit bovenstaande rechtsoverweging van de Hoge Raad kan dan ook worden afgeleid dat tevens sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid als het realiseren van fictieve inkomsten tot dubbele belastingheffing zal leiden.

Van belang is dat het fictieve rendement gerealiseerd wordt bij vervreemding van het aanmerkelijk belang in de zin dat de vervreemdingswinst het fictieve rendement zal omvatten. Indien Nederland als woonstaat fungeert, dan zal Nederland op grond van art. 13 OESO-Modelverdrag onbeperkt heffingsbevoegd zijn over de vervreemdingswinst en zodoende over het fictieve rendement, zij het dat Nederland het in aanmerking genomen fictieve rendement door de verhoging van de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang met het fictieve rendement niet nogmaals zal belasten.<sup>25</sup> Door art. 13, lid 4 en 5, OESO-Modelverdrag wordt Nederland als woonstaat namelijk niet in de heffingsbevoegdheid over de vervreemdingswinst beperkt, waardoor het geen verschil maakt of door de buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap wordt belegd in vastgoed. Nederland zal dus ook als het fictieve rendement gerealiseerd wordt bij vervreemding van het aanmerkelijk belang op grond van art. 13 OESO-Modelverdrag onbeperkt heffingsbevoegd zijn.

Zoals zojuist aangegeven zal Nederland als woonstaat ook indien het fictieve rendement bij vervreemding van het aanmerkelijk belang gerealiseerd wordt op grond van art. 13 OESO-Modelverdrag onbeperkt heffingsbevoegd zijn over de vervreemdingswinst met daarin begrepen het in aanmerking genomen fictieve rendement. Desondanks zal Nederland zoals gezegd het in aanmerking genomen fictieve rendement door de verhoging van de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang dan niet meer belasten. Het land waarin de beleggingsvennootschap is gevestigd is echter als bronstaat – mits door de beleggingsvennootschap wordt belegd in vastgoed dat in dat land is gelegen – op grond van art. 13, lid 4, OESO-Modelverdrag eveneens onbeperkt heffingsbevoegd over de vervreemdingswinst en daarmee over het in aanmerking genomen fictieve ren-

dement. Omdat Nederland het in aanmerking genomen fictieve rendement niet nogmaals in aanmerking zal nemen, kan ervan worden uitgegaan dat Nederland een lagere vervreemdingswinst in aanmerking zal nemen dan de bronstaat indien de bronstaat tot belastingheffing overgaat. Dit betekent dat dan het fictieve rendement reeds door Nederland is belast en bij het realiseren als vervreemdingswinst nog een keer wordt belast door de bronstaat. Aangenomen kan worden dat dan wat het door de bronstaat in aanmerking genomen fictieve rendement als vervreemdingswinst betreft geen voorkoming kan worden geclaimd.<sup>26</sup> Kortom, als bij vervreemding van het aanmerkelijk belang niet alleen Nederland als woonstaat onbeperkt heffingsbevoegd is maar tevens de bronstaat, bestaat bij het door Nederland in aanmerking nemen van een fictief rendement het gevaar van dubbele belastingheffing. Dit gevaar bestaat logischerwijs niet indien door de buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap niet wordt belegd in vastgoed, zodat op grond van art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag uitsluitend Nederland (onbeperkt) heffingsbevoegd zal zijn over de vervreemdingswinst.

In het geval waarin Nederland als bronstaat fungeert, dan zal door het in aanmerking nemen van een fictief rendement in ieder geval sprake zijn van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Aangenomen dat een vbi uitsluitend belegt in financiële instrumenten kan er immers van worden uitgegaan dat een eventuele vervreemdingswinst op grond van art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag uitsluitend mag worden belast in de woonstaat.<sup>27</sup> Als in dat geval het fictieve rendement bij vervreemding van het aanmerkelijk belang gerealiseerd wordt, dan zal Nederland als bronstaat dus geen heffingsbevoegdheid hebben over het fictieve rendement als vervreemdingswinst en daarmee zal voor Nederland bij het realiseren van het fictieve rendement als vervreemdingswinst de mate van heffingsbevoegdheid in negatieve zin veranderen. Bovendien geldt ook nu dat indien het fictieve rendement bij vervreemding van het aanmerkelijk belang gerealiseerd wordt, ervan kan worden uitgegaan dat de woonstaat een hogere vervreemdingswinst in aanmerking zal nemen met daarin begrepen het door Nederland in aanmerking genomen fictieve rendement, en dat de woonstaat geen voorkoming zal verlenen voor het door Nederland in aanmerking genomen fictieve rendement. Aangenomen dat bij vervreemding van het aanmerkelijk belang op grond van art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag slechts de woonstaat de vervreemdingswinst mag belasten zal het door Nederland als bronstaat in aanmerking nemen van een fictief rendement dan ook het gevaar van dubbele belastingheffing met zich brengen.

Anderzijds geldt voor het geval waarin Nederland als woonstaat fungeert dat wat de door Nederland vanaf 1 januari 1970 gesloten belastingverdragen betreft niet kan worden gesproken van een posterieure wijziging van de Neder-

24 C. van Raad, *Studenteneditie 2009-2010, Cur-sus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, p. 426.

25 Art. 4.27 Wet IB 2001.

26 Er kan immers van worden uitgegaan dat dan in het buitenland meer belasting dan in Nederland wordt geheven en voor de in het buitenland in aanmerking genomen vervreemdingswinst die de naar Neder-

landse fiscale maatstaven berekende vervreemdingswinst overstijgt kan geen vrijstelling worden geclaimd. Zie hierover uitgebreid T. Bender, *De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationaal dubbele belasting* (diss. Leiden), Kluwer, Deventer 2000, p. 353-390.

27 Strikt genomen kan een vbi wel op indirecte wijze in onroerend goed beleggen,

maar dit geval blijft hier verder buiten beschouwing, omdat dit geval zich naar mijn inschatting niet snel zal voordoen. Zie hierover nader J.H.J. Borsboom, *Moder-nisering fiscaal regime beleggingsinstellingen*, Kluwer, Deventer 2008, p. 19-22; B.A. Doodheefver, 'De vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969', *O&F* 2007/76, p. 69.

landse wetgeving.<sup>28</sup> De fictief-rendementsregeling van de art. 4.13 en 4.14 Wet IB 2001 is namelijk – voor het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap – een voortzetting van de fictief-rendementsregeling zoals die met ingang van 1 januari 1970 was opgenomen in art. 29a Wet IB 1964.<sup>29</sup> Art. 29a Wet IB 1964 kende alleen verschillende percentages als fictief rendement.<sup>30</sup> Voorts is ook niet ondenkbaar dat de fictief-rendementsregeling een equivalent heeft in de nationale wetgeving van de andere verdragsstaten.<sup>31</sup> Overigens kan hierbij nog gewezen worden op het feit dat de fictief-rendementsregeling grotendeels het karakter heeft van zogeheten ‘CFC-wetgeving’, waarmee wordt bedoeld op wetgeving op basis waarvan een aandeelhouder wordt geacht inkomsten te genieten uit een in een belastingparadijs gevestigd lichaam,<sup>32</sup> en dat de OESO als algemene regel hanteert dat dit soort wetgeving niet in strijd is met belastingverdragen.<sup>33</sup> Niettemin zal dit gegeven naar alle waarschijnlijkheid verder geen rol spelen, nu Nederland heeft aangegeven deze algemene regel niet te steunen.<sup>34</sup>

Gelet op het voorgaande kan geconcludeerd worden dat in het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen in ieder geval sprake is van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid als door de beleggingsvennootschap wordt belegd in vastgoed. Als door de buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap niet wordt belegd in vastgoed is mogelijkkerwijs sprake van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Hiertegenover staat dat voor vrijwel alle belastingverdragen die door Nederland zijn gesloten niet sprake is van een posterieure wijziging van de Nederlandse wetgeving en dat het niet ondenkbaar is dat de fictief-rendementsregeling in de nationale wetgeving van een andere verdragsstaat een equivalent heeft. Ook in het geval waarin door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen is in ieder geval sprake van een potentiële verschuiving in de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Hiertegen kan worden ingebracht dat het niet ondenkbaar is dat de fictief-rendementsregeling in de nationale wetgeving van een andere verdragsstaat een equivalent heeft. Kortom, in beide gevallen bestaat er een goede mogelijkheid dat het in aanmerking nemen van een fictief rendement door de rechter hoe dan ook in strijd wordt bevonden met de goede verdragstrouw. Absolute zekerheid hieromtrent kan echter niet worden gegeven.

## 6. Conclusie

In het geval waarin door een in Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een buiten Nederland gevestigde beleggingsvennootschap en op grond van de fictief-rendementsregeling van de art. 4.13 en art. 4.14 Wet IB 2001 een fictief rendement in aanmerking wordt genomen, is Nederland als woonstaat op grond van het dividendartikel of het restartikel van het OESO-Modelverdrag onbeperkt heffingsbevoegd over het fictieve rendement. Niettemin is het in dit geval mogelijk dat door de rechter het in aanmerking nemen van een fictief rendement in strijd wordt bevonden met de goede verdragstrouw die Nederland in acht zal moeten nemen. In het geval waarin door een buiten Nederland woonachtige ab-houder een aanmerkelijk belang wordt gehouden in een in Nederland gevestigde vbi en een fictief rendement in aanmerking wordt genomen, is Nederland als bronstaat daarentegen mogelijkkerwijs op grond van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag beperkt heffingsbevoegd over het fictieve rendement. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat de niet-toepasselijkheid van art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag tot de slotsom zou moeten leiden dat Nederland niet heffingsbevoegd is over het fictieve rendement. Maar ook als art. 10, lid 2, OESO-Modelverdrag wel van toepassing is bestaat in dit geval de kans dat het in aanmerking nemen van een fictief rendement door de rechter in strijd wordt bevonden met de goede verdragstrouw. Schending van de goede verdragstrouw zal (alsnog) met zich brengen dat Nederland niet heffingsbevoegd is over het fictieve rendement.

28 Vgl. r.o. 3.4.4 van de Fictief loon-arresten en r.o. 3.4.4 van het Fictieve rente-arrest.

29 Kamerstukken II, 1978-1979, 15 516, nr. 3, p. 17.

30 Zie hierover bijvoorbeeld T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang: de aanmerkelijk-belangregeling in de Wet op de inkomstenbelasting 1964* (diss. Amsterdam), Kluwer, Deventer 1999, p. 130-131.

31 Dat het niet ondenkbaar is dat de fictief-rendementsregeling een equivalent heeft

in de nationale wetgeving van de andere verdragsstaten kan worden afgeleid uit paragraaf 23 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

32 G.T.K. Meussen, 'De (on)verenigbaarheid van algemene CFC-wetgeving met het EG-Verdrag', in: E.C.C.M. Kemmeren en A.J.A. Stevens (red.), *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting* (Juch-bundel), Kluwer, Deventer 2002, p. 259-273; H.A.J.P. te Niet,

*Het beleggingsbegrip in de directe belastingen*, Kluwer, Deventer 2007, p. 158.

33 Dat de OESO als algemene regel hanteert dat CFC-wetgeving niet in strijd is met belastingverdragen blijkt uit paragraaf 23 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag.

34 Dat Nederland de algemene regel niet steunt blijkt uit paragraaf 27.7 van het commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag. Zie hierover ook H.A.J.P. te Niet, a.w., p. 165-166.