

Bestuurders- en commissarisbeloningen onder belastingverdragen



Maklu
Antwerpen/Apeldoorn

Voor Lesley, Sterre (+), Marnix en Lisa

Andy Cools

Bestuurders- en commissarisbeloningen onder belastingverdragen.

Met bijzondere aandacht voor de Belgische belastingverdragen

Antwerpen-Apeldoorn

Maklu

2016

546 pag. - 24 x 17 cm

ISBN 978-90-466-0806-7

D/2016/1997/5

NUR 826

© 2016 Andy Cools en Maklu-Uitgevers nv

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de uitgever.

Hoewel bij de realisatie van deze uitgave een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaardt noch de auteur, noch de uitgever hiervoor enige aansprakelijkheid.

Maklu-Uitgevers

Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, www.maklu.be, info@maklu.be

Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, www.maklu.nl, info@maklu.nl

Bestuurders- en commissarisbeloningen onder belastingverdragen

Met bijzondere aandacht voor de Belgische belastingverdragen

Directors' Fees in Double Taxation Conventions
With particular focus on Belgian double taxation conventions

Proefschrift

**ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus**

prof.dr. H.A.P. Pols

**en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op**

donderdag 10 maart 2016 om 13.30 uur

Andy Sylvain Cools
geboren te Lier, België

Promotiecommissie:

Promotor: Prof.dr. P. Kavelaars

Overige leden: Prof.mr. F.P.G. Pötgens
Prof.dr. A.J.A. Stevens
Prof.dr. Br. Peeters

Inhoudstafel

Lijst van gebruikte afkortingen	II
Voorwoord	13
Inleiding	15
1. Artikel 16 OESO-Modelverdrag	15
2. Artikel 16 Belgische belastingverdragen	17
3. Probleemstelling	19
3.1. Ratio legis van artikel 16 OESO	19
3.2. Toewijzing van de heffingsbevoegdheid	20
3.3. Personele reikwijdte artikel 16 OESO?	21
3.4. Het inkomstenbegrip	22
3.5. Het lichaam	22
3.6. Voorkomingsmethode	24
3.7. Onderzoek naar de Belgische belastingverdragen	24
4. Toetsingskader en opzet	25
5. Afbakening van het onderzoek	27
DEEL I	29
Hoofdstuk 1: Ratio legis en toewijzingsregel van artikel 16 OESO	29
1. Inleiding	29
2. Interpretatie van belastingverdragen	32
2.1. Verdrag van Wenen	30
2.2. OESO-Modelverdrag	30
2.3. Interpretatiemethode in het proefschrift	34
3. Ratio legis van artikel 16 OESO	37
3.1. Beknopte historische evolutie van artikel 16 OESO	37
3.2. Het object determineert historisch het subject in artikel 16 OESO	39
3.2.1. Werkelijke betekenis van het begrip 'fee'	39
3.3. De rechtvaardiging en daaruit vloeiende heffingsbevoegdheid in artikel 16 OESO	43
3.3.1. Algemeen	43
3.3.2. Ratio legis en actualisering	44
3.3.3. Doortrekken rechtvaardiging naar executive directors?	48
3.3.3.1. Ten geleide	48
3.3.3.2. Internationalisering en gevolgen voor executive directors	51
3.3.3.3. Onderscheidingscriteria managers en top level managers	54
3.3.4. Beperkt extensieve interpretatie van artikel 16 OESO	68
4. Heffingsbevoegdheid	72
4.1. Fundamentele principes bij de toewijzing van heffingsbevoegdheid in het internationaal belastingrecht	73

Inhoudsopgave

4.1.1. Source principle	73
4.1.2. Threshold principle	74
4.1.3. Base erosion principle	75
4.1.4. Enforcement principle	76
4.2. Toetsing van deze principes aan artikel 16 OESO	76
4.3. Moet er een threshold in artikel 16 OESO staan?	80
4.3.1. Threshold van fysieke aanwezigheid?	80
4.3.2. Vaste basis criterium	86
4.4. Source principle als uitgangspunt	89
4.4.1. Benefits theory	90
5. Gevolgen voor de positie van artikel 16 t.o.v. de andere verdragsartikelen	94
5.1. Inleiding	94
5.2. Gevolgen van de verwerping van de lex specialis redenering	98
5.3. Verschillende hoedanigheden in hoofde van één persoon	97
5.4. Tussentijdse conclusie	99
6. Corporate governance ontwikkelingen	101
6.1. Inleiding	101
6.2. Corporate governance evoluties	102
6.2.1. Monistische en duale bestuursystemen in evolutie	102
6.2.2. Aandeelhoudersactivisme	107
6.2.3. Corporate governance en het mkb	112
6.3. Gevolgen voor de personele reikwijdte van artikel 16 OESO	110
7. Conclusie en aanbevelingen	112
Hoofdstuk 2: Toepassingsgebied intuitu personae	117
1. Algemeen	117
2. Member of the board of directors	117
2.1. Invulling volgens het interne recht	117
2.1.1. Visie Duits en Oostenrijks recht	119
2.1.2. Visie Belgisch recht	120
2.1.3. Visie Hongaars recht	121
2.1.4. Visie Frans recht	121
2.1.5. Visie India	121
2.1.6. Nederlands recht	122
2.1.7. Tussentijdse conclusie	122
2.2. Pleidooi voor een extensieve interpretatie	122
2.3. Gelijkaardige organen als een ‘board of directors’	125
2.3.1. Algemeen	125
2.3.2. Board-comités	126
2.3.2.1. Algemeen	126
2.3.2.2. Similar organs?	129
2.3.2.3. Enkel ‘similar organs’ voorzien door het vennootschapsrecht?	130
2.3.2.4. Tussentijds besluit en aanbeveling	131

2.4. Lichaam als director	132
2.4.1. Algemeen	132
2.4.2. Zouden lichamen-director onder artikel 7 OESO kunnen vallen?	133
2.5. Gelijkaardige functies	134
2.5.1. Algemeen	134
2.5.2. Werkende vennoten	136
2.5.2.1. Algemeen	136
2.5.2.2. Werkende vennoten met meerderheidsdeelneming onder artikel 16 OESO?	138
2.5.2.3. Conclusie m.b.t. werkende vennoten	140
2.6. Werknemersvertegenwoordiging	141
2.6.1. Duitsland	141
2.6.2. Nederland	142
2.6.3. Verenigd Koninkrijk	142
2.6.4. België	143
2.6.5. Frankrijk	143
2.6.6. Scandinavië	143
2.6.7. Conclusies	144
2.7. Interim management	144
2.7.1. Geschiedenis	145
2.7.2. Wat is een interim manager?	145
2.7.3. Interim manager als director in de zin van artikel 16 OESO	146
2.8. Besluit en aanbevelingen	146
Hoofdstuk 3: De aard van het lichaam dat de vergoedingen uitkeert	149
1. Algemeen	149
2. Het begrip ‘company’	151
2.1. Inwonerschap	154
2.1.1. Algemeen	154
2.1.2. Onderworpen (‘liable to tax’)	155
2.1.3. Incorporatieleer versus werkelijke zetelleer	158
2.1.3.1. Algemeen	158
2.1.3.2. Toetsing aan het Europese Unierecht	168
2.1.3.3. Welke leer primeert voor doeleinden van artikel 16 OESO?	177
2.1.3.4. Anti-misbruikregelgeving bij een formeel vestigingsbegrip binnen artikel 16 OESO	180
2.1.4. Tussentijds besluit: aanbeveling tot formeel vestigingsbegrip	189
2.1.5. Tie breaker	189
2.1.5.1. Historische duiding	190
2.1.5.2. Nationale invulling i.p.v. autonome interpretatie	193
2.1.5.3. Formeel criterium voor tie breaker in artikel 4 (3) OESO?	195
2.1.5.4. Driehoekssituaties	196
2.2. Partnerships	198

Inhoudsopgave

2.2.1. Inleiding	198
2.2.2. Het begrip ‘partnership’	199
2.2.3. Het belang van rechtspersoonlijkheid	201
2.2.3.1. Classificatiemethode	204
2.2.4. De fiscaliteit van partnerships	206
2.2.4.1. Partners onder artikel 16 OESO	212
2.3. Overheids- versus privaat lichaam	216
2.3.1. Algemeen	216
2.3.2. Het begrip ‘business’	219
2.3.2.1. Algemeen	219
2.3.2.2. Autonome betekenis?	221
2.3.2.3. Kenmerken voor een autonome verdragsinterpretatie van het begrip ‘business’	225
2.3.2.4. Grote unanimiteit over kenmerken	230
2.3.3. Relevantie voor artikel 16 OESO	231
2.4. Tussentijds besluit en aanbevelingen	232
Hoofdstuk 4: De aard van de vergoedingen	237
1. Algemeen	237
2. Hoedanigheidsvereiste	237
2.1. Tegenwoordige tijd	238
2.2. Werkzaamheden?	240
3. Attractiebeginsel (force of attraction)	242
3.1. Algemeen	242
3.2. Analyse	243
3.2.1. Horizontale attractie	243
3.2.2. Verticale attractie	244
4. ‘Derived’: betekenis	247
5. Beoogde inkomstenvormen	251
5.1. Directors’ fees and other compensation	251
5.1.1. Eigenlijke bezoldigingen en voordelen van alle aard	252
5.1.2. Stock options	254
5.1.3. Niet-concurrentiebeding	257
5.1.3.1. Dissidente visie: ook toepasselijk op directors?	259
5.1.4. Sign-on fees (‘Golden hello’)	263
5.1.5. Pensioenen	265
5.1.5.1. Periodieke uitbetalingen	267
5.1.5.2. Opzegvergoedingen	268
5.1.6. Sociale-Zekerheidsuitkeringen	273
5.2. Voorkoming van dubbele belasting	275
5.2.1. Inleiding	275
5.2.2. Voorkomingsmethodes: algemeen	275
5.2.3. Voor- en nadelen van beide methodes	277
5.2.3.1. Vrijstellingsmethode voor directors?	279

6. Conclusies en aanbevelingen	286
Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen m.b.t. deel I	237
DEEL II Belgische belastingverdragen	303
Inleiding en probleemstelling	303
Hoofdstuk 6: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is	305
1. Algemeen	305
2. Kapitaal- versus personenvennootschappen	306
3. De Belgische invulling van ‘elke rechtspersoon of elke andere eenheid die voor de belastingheffing in de overeenkomstsluitende staat waarvan zij inwoner is als een rechtspersoon wordt behandeld’	313
3.1. Winstoogmerk	313
3.2. Rechtspersoonlijkheid	316
4. Het belastingverdrag met Nederland	330
4.1. Algemeen	330
4.2. Hybride entiteiten	336
4.3. De gezamenlijke artikelsgewijze toelichting en het belastingverdrag met Nederland	339
4.3.1. Algemeen	339
4.3.2. Is de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting een context?	344
4.3.3. Pacta sunt servanda	348
4.3.4. Het winstvereiste in het belastingverdrag met Nederland	352
5. Tussentijds besluit	355
Hoofdstuk 7: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is	359
1. Algemeen	359
2. Verschillende visies	359
3. Andere hoedanigheid in een lichaam	369
3.1. Algemeen	369
3.2. Werkende vennoten	374
4. Het belastingverdrag met Nederland	380
4.1. Vennootschapsleiders van de eerste categorie	380
4.2. Vennootschapsleiders van de tweede categorie	396
4.3. Vennootschapsleiders van de derde categorie	407
4.4. Rechtspersonen-mandatarissen	409
4.5. Vennootschapsleiders en vaste inrichtingen	410
4.6. Het fictief loon van de directeur-groootaandeelhouder	418
4.7. Werkende vennoten	425
5. Tussentijds besluit	426
Hoofdstuk 8: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens de inkomsten waarop het directorsartikel van toepassing is	429

Inhoudsopgave

1. Algemeen	429
2. Het attractiebeginsel in België	435
2.1. Internrechtelijk	435
2.2. Op verdragsniveau	439
3. Het belastingverdrag met Nederland	442
4. Tussentijds besluit	445
Hoofdstuk 9: Voorkomingsmethode	447
1. Algemeen	447
2. Relevantie voor directorsartikel	450
Hoofdstuk 10: Algemeen besluit mb.t. deel I	453
Hoofdstuk 11: Algemene besluiten en aanbevelingen	459
1. Besluiten m.b.t. deel 1 van het onderzoek	459
2. Besluiten m.b.t. deel 2 van het onderzoek	474
2.1. Afwijkingen m.b.t. de aard van het lichaam	474
2.2. Afwijkingen m.b.t. de aard van de director	476
2.3. Afwijkingen m.b.t. de vergoedingen	478
3. Schematische voorstelling van de ingenomen standpunten in het proefschrift	479
General conclusions and recommendations	485
1. Decisions in terms of part 1 of this research	485
2. Conclusions regarding part 2 of the research	499
2.1. Deviations in terms of nature of the body	500
2.2. Deviations in terms of nature of the director	501
2.3. Deviations in terms of fees	503
3. Diagram of the positions taken within the research	504
Literatuurlijst	509

Lijst van gebruikte afkortingen

Acc. & Fisc.	Accountancy & Fiscaliteit
Act. Dr.	Actualités du droit
A.F.T.	Algemeen Fiscaal Tijdschrift
A-G	Advocaat – Generaal
ALI	American Law Institute
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	Bundesfinanzhof
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BS	Belgisch Staatsblad
Bull	Bulletin for International Documentation
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVBA	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Cassatie
ET	European Taxation
EU	Europese Unie
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FED	Fiscaal Weekblad FED
Fisc.	Fiscoloog
Fisc. Act.	Fiscale Actualiteit
Fisc. Int.	Fiscoloog Internationaal
Fisc. Koer.	De Fiscale Koerier
F.J.F.	Fiscale Jurisprudentie
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IBFD	International Bureau for Fiscal Documentation
Int. Fisc. Act.	Internationale Fiscale Actualiteit
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht

Lijst van gebruikte afkortingen

NTFR-B	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht Beschouwingen
NV	Naamloze Vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Pas.	Pasicrisis
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
T.F.R.	Tijdschrift Fiscaal Recht
T.R.V.	Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap
V-N	Vakstudie-Nieuws
WIB92	Wetboek Inkomstenbelastingen
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Voorwoord

Het is al enige tijd geleden dat ik de ambitie koesterde om een proefschrift te schrijven. Eigenlijk besef je op dat eigenste ogenblik niet ten volle wat een proefschrift in essentie inhoudt. Wetenschap heeft zijn eigenheden en geplogenheden; dat heb ik geleerd.

Het schrijven van mijn proefschrift heeft een hele poos geduurd. Ondertussen zag ik een aantal van mijn muzikale helden ter ziele gaan, Luc De Vos, Thé Lau, enz. Natuurlijk had ik niet steeds zin om me weer eens na een drukke werkdag achter mijn laptop te zetten en onderzoek te verrichten. Het zou flauw zijn dat niet toe te geven. Maar bij de opstart van mijn doctoraat, had ik nooit kunnen vermoeden geconfronteerd te zullen worden met zoveel familiale tegenslag hetgeen maakte dat mijn prioriteiten elders lagen. We verloren niet enkel Sterre, ons ongebooren dochttertje. Mijn vrouw kreeg ook een agressieve kanker tijdens de zwangerschap. Ik vond dat ik eerst een boek moest schrijven over de gebeurtenissen om aan andere koppels duidelijk te maken dat kanker en zwangerschap geen opponenten hoeven te zijn. Ik vond het een maatschappelijke plicht.

Wie ben ik dus om te klagen dat het schrijven van een doctoraat een zwaar proces is. Natuurlijk is het een intensief en emotioneel proces – met vallen en opstaan – maar het verdwijnt in het niets in vergelijking met de moed die mijn vrouw tijdens haar ‘gevecht tegen het K - woord’ heeft getoond.

Ik ben heel veel mensen bijzonder erkentelijk voor alle steun die ik heb genoten. In de eerste plaats dank ik Rainer Prokisch waarvoor ik veel ontzag heb. Hij heeft me ‘ingewijd’ in de wetenschap.

Natuurlijk ben ik Peter Kavelaars, mijn promotor, enorm erkentelijk. We hebben talloze keren met elkaar gepraat. Peter, je had steeds de energie om de verschillende versies van de manuscripten minutieus te doorgronden. Wat heb ik veel respect voor u! Ik kijk naar u op.

Ook ben ik de commissieleden enorm dankbaar. Hun input was van onschatbare waarde.

Als echte familyman, wil ik nadrukkelijk mijn familie bedanken. Mijn papa, mama, broer en zussen en alle kinderen die steeds een steun en toeverlaat zijn. We hebben samen al heel veel watertjes doorzwommen. Ik wil hier benadrukken hoe belangrijk jullie voor mij zijn.

Voorwoord

Maar, last but not least. Liefste Lesley, liefste Marnix en liefste Lisa. Er zijn geen woorden voor om te omschrijven hoe graag ik jullie zie. We hebben hard gevochten om een mooi gezinnetje te stichten. Ik draag dit werk dan ook op aan jullie. Jullie zijn mijn alles! Ik heb geleerd dat liefde het mooiste in het leven is. En, als jurist zijnde mag ik zeker deze fantastische woorden van U2 parafraseren: 'Love is a temple, love the higher law'.

Andy Cools

Inleiding

1. Artikel 16 OESO-Modelverdrag

‘Directors’ opereren vaak niet (meer) louter nationaal. Tal van directors besturen over de nationale grenzen heen één of meer lichamen binnen het concern. Er is sprake van grensoverschrijdende dienstverlening en werkzaamheden.

Hierbij rijzen potentieel conflicten m.b.t. de heffingsbevoegdheid over zijn vergoeding tussen (1) de bronstaat – zijnde de vestigingsstaat van het lichaam waarin de director een mandaat bekleedt –, 2) de woonstaat, zijnde de staat alwaar de director woont en (3) één of meer andersoortige bronstaten, namelijk daar waar de werkzaamheden worden verricht. Juist wanneer een director opereert voor een internationaal concern, is het de vraag waar het aangrijpingspunt voor de heffingsbevoegdheid over het inkomen ligt of behoort te liggen. Men kan zich ten aanzien van laatstgenoemd criterium de vraag stellen in welke mate het gegeven dat een director van een internationaal concern die in meer dan één staat werkzaam is – al dan niet voor meer groepsvennootschappen – de meerdere plaatsen van tewerkstelling van invloed is of zou moeten zijn op de toewijzing van de heffingsbevoegdheid. Deze vraag zal ik afzetten tegen de verdeling van de heffingsbevoegdheid voor werknemers aangezien artikel 16 OESO voorziet in een specifieke verdeling van heffingsbevoegdheid in vergelijking met artikel 15 OESO.

Hoewel directors doorgaans werknemers zijn maar soms ook wel als een soort zelfstandige worden aangemerkt, kent het OESO-Modelverdrag¹ niettemin een afzonderlijke regeling voor directors. Het OESO-Modelverdrag voorziet in een artikel 16 teneinde te vermijden dat zowel de bronstaat, de woonplaatsstaat, als de werkstaat/staten effectief heffingsbevoegd zijn.

Door de installatie van artikel 16 OESO, gaat de OESO er dus blijkbaar van uit dat de directors van een lichaam kwalificeren als een aparte categorie t.o.v. andere beroeps categorieën, zoals werknemers in de zin van artikel 15 OESO en de ondernemers, c.q. (tot en met 2000) zelfstandige beroepen uit artikel 7, respectievelijk 14 OESO welk verschil een separate toewijzingsregel rechtvaardigt. De verantwoording van een afzonderlijke verdragsregeling voor de categorie directors (en commissarissen) is terug te vinden in de OESO-Commentaren alsook in de geschiedenis van het OESO-Modelverdrag.

De algemene regel in artikel 16 OESO luidt dat de heffingsbevoegdheid m.b.t. directors’ fees die worden verkregen ingevolge het gegeven dat een persoon ‘member of the

¹ Het OESO-Modelverdrag wordt in dit onderzoek verder steeds aangeduid als ‘OESO’ als er een verdragsartikel voor komt.

Inleiding

board of directors' is van een lichaam, wordt toegewezen aan de staat waar het lichaam is gevestigd. Deze regeling werd alzo voorzien omdat het niet steeds eenvoudig is om na te gaan waar de feitelijke activiteiten van een director worden uitgevoerd, hetgeen in eerste aanleg een meer logische benadering zou zijn omdat inkomsten samenhangend met arbeid gerelateerde werkzaamheden in de regel ter heffing aan de bronstaat (= in casu werkstaat) worden toegewezen. Deze motivatie werd trouwens ook ingeschreven in de OESO-Commentaren op artikel 16 (16/1 OESO-Commentaar).² De andere staat moet principieel van belastingheffing afzien, hetzij middels de vrijstellingsmethode, desgevallend met toepassing van de regel van het progressievoorbehoud, hetzij middels de verrekeningsmethode. De vraag die op basis van het voorgaande rijst, is of de toewijzingsregel ten aanzien van beloningen van directors aan de vestigingsstaat van het (concern-)lichaam (nog) juist is, dan wel dat toewijzing aan de werkstaat, dan wel aan de woonstaat niet een juister alternatief is? Anders gezegd: het is de vraag of artikel 16 OESO (nog) bestaansrecht heeft. Het eerste deel van het onderhavige onderzoek richt zich met name op de beantwoording van deze vraag.

Vervolgens richt ik mij op de huidige vormgeving van artikel 16 OESO. Als men artikel 16 OESO ten gronde analyseert, kan men drie constitutieve bestanddelen ontwaren, te weten, de hoedanigheid van de ontvanger van de vergoedingen, de aard van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed en ten slotte, de aard van de vergoedingen zelf (directors' fees). Deze drie constitutieve bestanddelen – die op het eerste zicht eenvoudig lijken – roepen heel wat (interpretatie)vragen op. Deze interpretatievragen die ik hieronder op hoofdlijnen schets, worden besproken in het eerste deel van dit onderzoek.

Zo is er vooreerst de hoedanigheid van de ontvanger van de vergoedingen, degene die ik als director duid. De OESO spreekt in dit verband over 'a member of the board of directors'. Het begrip wordt verder niet gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag, noch in het commentaar daarop. Dit kan aanleiding geven tot een verschillende interpretatie ervan in onderscheiden staten en dus ook tot dubbele belasting of dubbele niet-belasting. Een vraag die hierbij rijst, is of enkel leden van superviserende organen, of ook leden van uitvoerende organen onder het begrip kunnen vallen? Het vennootschapsrechtelijk regime van boards in onderscheiden staten, zal de invulling van het begrip – naar mag worden aangenomen – beïnvloeden.

Anderzijds is er de aard van het lichaam binnen artikel 16 OESO, waar gesproken wordt van het begrip 'company'. Ook dit begrip is niet geheel duidelijk; het lijkt wellicht in eerste aanleg helder te zijn – aangezien het begrip wordt gedefinieerd in artikel 3 (1)

² Indien er wordt verwezen naar het OESO-Commentaar zal dit steeds gebeuren door het verdragsartikel te vernoemen, gevolgd door de alinea binnen het commentaar en aangevuld met 'OESO-Commentaar'.

(b) OESO – maar nadere analyse brengt toch een aantal vraagpunten met zich. Waar zit bijvoorbeeld de scheidingslijn tussen private en publieke lichamen? Dat is van belang aangezien artikel 19 §3 OESO betreffende publiekrechtelijke werknemers stelt dat wanneer er sprake is van vergoedingen bekomen ingevolge ‘services rendered with a business’, artikel 16 OESO toepasselijk kan zijn en niet artikel 19 OESO. Anderzijds kan men het begrip ‘company’ niet loskoppelen van de vestigingsplaats. Voor wat betreft de vestigingsplaats van een lichaam is het duidelijk dat er een rechtstreeks verband bestaat met artikel 16 OESO. Immers, de vestigingsplaats van lichamen wordt naar nationaal recht in de regel gelinkt aan de ‘place of effective management’; hetzelfde geldt normaliter voor de verdragsvestigingsplaats, al dan niet via de tie breaker regel uit artikel 4 OESO. Dit geeft aanleiding tot interpretatieproblemen aangezien het tot op de dag van vandaag niet duidelijk is wat onder het zgn. begrip ‘place of effective management’ moet worden verstaan hetgeen tot gevolg heeft dat het moeilijk als een betrouwbaar criterium naar voren kan geschoven worden. Dat blijkt m.i. eens te meer uit de recentere Public Discussion Draft over BEPS 6.³ De vraag die rijst, luidt of de vestigingsplaats niet gekoppeld moet worden aan een vast en betrouwbaar criterium, dit minstens voor doeleinden van artikel 16 OESO.

Ten slotte is er het derde constitutieve element van artikel 16 OESO, te weten, de vergoedingen die kwalificeren onder artikel 16 OESO. In dat verband spreekt de OESO van het begrip ‘directors’ fees’, een veelzijdige term die op diverse manieren kan worden ingevuld. Onder het begrip kunnen zowel vaste als variabele vergoedingen begrepen worden, maar dat hoeft niet zonder meer het geval te zijn. Als staten diverse interpretaties geven aan het begrip, is er geen sprake van eenvormigheid. Dat kan het begrip een ambigu toepassingsgebied geven. Er zal dan ook onderzocht worden in welke mate het inkomstenbegrip voor de toepassing van artikel 16 OESO voldoende duidelijk is geformuleerd en zo dat niet het geval is welke aanpassingen zich opdringen.

2. Artikel 16 Belgische belastingverdragen

Het Belgische Modelverdrag dat gehanteerd wordt als vertrekpunt voor bilaterale onderhandelingen, wijkt op onderdelen af van artikel 16 OESO. Verder is het opvallend te noemen dat de feitelijke Belgische belastingverdragen op hun beurt afwijken van artikel 16 OESO en van het Belgische Modelverdrag. Ook de diverse door België gesloten belastingverdragen zelf zijn ten aanzien van het directorsartikel niet steeds eenduidig. Deze afwijkingen situeren zich in hoofdzaak op het vlak van de hoedanigheid van de ontvanger van de vergoedingen, alsook op het vlak van de aard van de lichamen. In

³ OECD Public Discussion Draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances van 14 maart 2014 en Revised Discussion Draft BEPS Action 6: Prevent Treaty abuse van 22 mei 2015. Het finaal Rapport werd gepubliceerd op 5 oktober 2015.

Inleiding

mindere mate vertonen de belastingverdragen afwijkingen wat betreft het inkomstenbegrip. In het tweede deel van dit onderzoek analyseer ik deze afwijkingen.

Wat betreft de afwijkingen van het begrip lichaam in de Belgische bilaterale belastingverdragen, rijst de vraag of deze belastingtechnisch nuttig zijn of eerder geïnspireerd zijn door het historische onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen dat sedert het Volmachtenbesluit van 1996 werd afgeschaft. Vanuit de vraagstelling naar de afwijkingen in de belastingverdragen, moet nagegaan worden hoe de vormgeving van het lichaam in het Belgische Modelverdrag hiermee omgaat. Deze chronologie wordt gevolgd omwille van het recentere karakter van het Belgische Modelverdrag ten opzichte van het OESO Modelverdrag.

Tevens rijst de vraag waarom België in zijn Modelverdrag en in de belastingverdragen afwijkt van de vormgeving van artikel 16 OESO in het personele toepassingsgebied. Dat is van belang om te onderzoeken omdat afwijkingen het toepassingsgebied van het directorsartikel ambigu kunnen maken. In dit laatste geval zullen oplossingen moeten geformuleerd worden om de Belgische praktijk van belastingverdragen te verbeteren voor doeleinden van directors vergoedingen. In essentie zal dit deel van het onderzoek zich voor een aanzienlijk deel toespitsen op artikel 32 van het Belgische Wetboek Inkomstenbelasting⁴ omdat dit artikel conform het Belgische verdragsbeleid in feite de basis vormt voor de bijzondere vormgeving van de directorsbepaling die België in zijn verdragen opneemt. Dit wetsartikel definieert wie een bedrijfsleider is voor Belgische fiscale doeleinden en kent een ruime actieradius, zijnde een mengeling van formele en materiële directors. Deze ruime actieradius kan aanleiding geven tot interpretatieproblemen en dubbele belasting, *a fortiori* als artikel 32 WIB92 als criterium voor de invulling van belastingverdragen wordt gehanteerd.

Eén van de meest in het oog springende voorbeelden van de afwijkende politiek van belastingverdragen m.b.t. directorsvergoedingen, is artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland. Dit belastingverdrag hanteert een ruime omschrijving van het begrip ‘directorsvergoeding’. In het laatste deel van dit onderzoek bespreek ik de achtergrond van deze Belgische benadering met betrekking tot het directorsartikel in het belastingverdrag tussen België en Nederland. Het spreekt voor zich dat de problematiek van artikel 32 WIB92 bijzondere aandacht krijgt en met name aandacht wordt besteed aan de vraag in welke mate het belastingverdrag daarop gebaseerd is. Uit de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het belastingverdrag blijkt dat het directorsartikel uit het verdrag is gebaseerd op artikel 32 WIB92. Hierbij rijzen potentiële vragen. Niet in het minst komt dan de hiërarchie van de bronnen van het internationale

⁴ Het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen wordt afgekort als WIB92.

belastingrecht in het gedrang want internationaal (belasting)recht gaat zowel in Nederland als in België voor op nationaal recht. Indien verdragspartijen namelijk een verdragsartikel enten op een nationaal wetsartikel, rijst de vraag of het nationale wetsartikel en zijn toekomstige interpretatie de bovenhand halen op het verdragsartikel. De vraag luidt dan ook in het algemeen wat de consequenties zijn als de verdragspartners een verdragsartikel enten op het nationaal recht van een van de staten, *in casu* dat van België?

3. Probleemstelling

Gelet op het voorgaande luidt de algemene probleemstelling van dit onderzoek als volgt: Is er een rechtvaardiging voor een specifiek directorsartikel in het OESO-Modelverdrag en welke rechtvaardiging is er voor België om daaraan een bijzondere invulling te geven? In dit onderzoek wordt steeds zowel de bestuurder als de commissaris bedoeld indien gesproken wordt van de gemeenzame term ‘director’, tenzij wordt aangegeven dat het slechts om een van beide categorieën gaat.

Het onderzoek is *de facto* ingedeeld in de volgende vraagstukken.

3.1. Ratio legis van artikel 16 OESO

Een eerste grote vraagstuk luidt waarom het OESO-Modelverdrag voorziet in een eigen verdragsartikel over directors’ fees en wat het toepassingsbereik ervan is. Hiervoor is het noodzakelijk na te gaan welke *ratio legis* werd gehanteerd om een afzonderlijk artikel 16 OESO te introduceren. Men kan zich met name de vraag stellen of andere bepalingen uit het OESO-Modelverdrag niet toereikend zijn om de beoogde directors’ fees te vatten. Als de *ratio legis* van artikel 16 OESO geschetst is, en dus noodzakelijk de vraag is beantwoord of directors onder een belastingverdrag afzonderlijk dienen behandeld te worden, wordt onderzocht tot welke toewijzingsregel van heffingsbevoegdheid dit aanleiding geeft. De vraag die rijst, is dus de volgende: is er een reden om directors onder een belastingverdrag volgens een eigen regeling te behandelen?

Als de *ratio legis* van artikel 16 OESO vanuit een historische invalshoek vervolgens is geschetst, wordt vanuit een hedendaagse visie gekeken naar artikel 16 OESO. Met name wordt onderzocht of de historische *ratio legis* nog steeds actueel is. De *ratio legis* van artikel 16 OESO is met name van belang aangezien de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de vestigingsstaat eraan verbonden is. In dit onderzoek ga ik na of de keuze van de OESO voor de toewijzing aan de vestigingsstaat voldoende grondslag heeft naar actuele maatstaven. Als mocht blijken dat de *ratio legis* niet meer aangepast is aan hedendaagse tendensen, wordt onderzocht hoe de actuele *ratio legis* dan luidt om een apart directorsartikel in het OESO-Modelverdrag te verantwoorden.

3.2. Toewijzing van de heffingsbevoegdheid

Indien de ratio legis noodzaakt tot een actualisering, dient nagegaan te worden tot welke eventuele verschuiving van heffingsbevoegdheid dit aanleiding dient te geven. Want, zoals gesteld, is de ratio legis van artikel 16 OESO onmiddellijk verbonden met zijn toewijzingsregel. Zoals eerder betoogd, komen in principe drie staten in aanmerking om heffingsbevoegdheid te claimen over directorsbeloningen: de woonstaat van de director, de werkstaat/staten en de vestigingsstaat van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed.

In het eerste deel van het onderzoek, wordt aandacht besteed aan de positie van artikel 16 OESO t.o.v. de andere arbeidsartikelen. Eerst wordt bezien wat het verschil in ratio is ten opzichte van die artikelen teneinde de specifieke positie van artikel 16 OESO te rechtvaardigen en te verklaren. Vervolgens wordt nagegaan in welke mate artikel 16 OESO afgebakend dient te worden teneinde een overlapping met de andere arbeidsartikelen te vermijden. Niettegenstaande artikel 16 OESO gemeenzaam als *lex specialis* wordt gezien in verhouding tot artikel 15 OESO (dit blijkt uit de aanhef van artikel 15 OESO), komt de vraag op of een onafhankelijke bestaansreden van artikel 16 OESO geen aanleiding geeft tot een wijziging van de samenhang tussen beide artikelen. Ik beperk mij in hoofddorde tot een vergelijking met artikel 7 OESO, artikel 15 OESO en artikel 18 OESO. Omwille van de specificiteit van de toewijzing van de heffingsbevoegdheid van de inkomsten van artiesten en sportlui⁵ in artikel 17 OESO, ga ik daar niet uitvoerig op in.⁶ Artikel 17 OESO handelt over de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de inkomsten die een inwoner van een verdragsluitende staat bekomt uit zijn persoonlijke werkzaamheden als artiest of sportbeoefenaar die hij in een andere verdragsluitende staat heeft verricht. De heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan deze andere staat, met name de staat waar de activiteiten worden uitgeoefend. De ratio legis van de toewijzing van deze heffingsbevoegdheid ligt besloten in het gegeven dat de belastingheffing van sportlui en artiesten als moeilijk werd ervaren en daarom werd toegewezen aan de performancestaat. Het is natuurlijk niet ondenkbaar dat een sportman of artiest director is van zijn eigen lichaam waarin zijn vergoedingen worden ontvangen. Een sportman/artiest kan nl director zijn van een zgn. star company overeenkomstig artikel 17 §2 OESO. Artikel 17 OESO is echter beperkt tot de inkomsten uit de persoonlijke werkzaamheden die de artiest of sportbeoefenaar *als zodanig* in de andere

⁵ De Update van het OESO - Commentaar 2014 spreekt niet langer van 'artiesten en sportlui' als wel van 'entertainers and sportspersons'.

⁶ Zo ziet artikel 17, lid 2 OESO bijvoorbeeld op constructies die erin bestaan de beloning voor de optredens niet te laten toekomen aan de artiest of de sportman zelf maar aan een door hem beheerste star company.

staat verricht.⁷ Indien de voorwaarden van artikel 17 OESO niet voldaan zijn, kan het verdragsartikel bijgevolg niet van toepassing zijn.⁸

3.3. Personele reikwijdte artikel 16 OESO?

Dit onderzoek gaat niet alleen over het vraagstuk naar de principiële keuze voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de directors ‘fees. Als het is komen vast te staan welke staat (of desgevallend een aantal staten) heffingsbevoegdheid heeft/hebben over het directorsloon, is daarmee het vraagstuk nog niet opgelost welke personen precies onder artikel 16 OESO vallen? Ik onderzoek dit pas in dit deel aangezien ik voor eerst de bestaansredenen van artikel 16 OESO onderzoek. Ook daarvoor is het noodzakelijk eerst en vooral terug te grijpen naar een historische analyse van het verdragsartikel maar is het m.i. tevens noodzakelijk bepaalde tendensen in corporate governance te analyseren. De director is namelijk één van de stakeholders in het corporate governance landschap alwaar gekeken wordt naar de verhouding tussen de aandeelhouders, directors en werknemers. Niet in het minst liggen bepaalde fraude schandalen binnen bedrijven aan de grondslag van corporate governance evoluties.⁹ Deze schandalen hebben aanleiding gegeven tot een verhoogd aandeelhoudersactivisme en hebben mogelijk de verhoudingen binnen het corporate governance gebeuren drastisch door elkaar geschud. Vooral door de opkomst van de hedge funds – als institutionele aandeelhouders – is duidelijk geworden dat aandeelhouders vaak een echte ‘mede- bestuurder’ gaan worden. Er dient onderzocht te worden in welke mate het zgn. aandeelhoudersactivisme ertoe bijdraagt dat de taak van de director gewijzigd is en daarmee wellicht van invloed kan zijn op de groep van personen waarop het artikel van toepassing is en in een later stadium mogelijk de vormgeving van hun inkomen voor doeleinden van artikel 16 OESO impacteert. Bestuurders bekomen namelijk geen ‘fee’, zoals commissarissen die wel bekomen. Als zou blijken dat corporate governance tendensen het oorspronkelijke toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 16 OESO beïnvloeden, moet onderzocht worden welke personen dan ressorteren onder artikel 16 OESO hetwelk dan noodzakelijk een invloed heeft op het inkomstenbegrip binnen artikel 16 OESO. M.a.w. impacteren corporate governance-evoluties het toepassingsgebied van artikel 16 OESO? Dit is het onderzoek naar het *subject* van artikel 16 OESO. Het gaat om de hoedanigheid van de ontvanger van de vergoedingen. De OESO spreekt in dat verband over ‘a member of the board of directors’. Er zal worden onderzocht hoe diverse staten dit begrip invullen ingevolge het ontbreken van een definitie ervan in OESO verband. In samenhang met deel 1 van dit onderzoek, toets ik of ten aanzien van de director een materieel,

⁷ Voor verdere duiding, zie MOLENAAR, D., ‘Taxation of international performing artistes’, IBFD, 2006.

⁸ VOGEL, K., ‘Klaus Vogel on double taxation conventions’, Kluwer, 2015, p. 1309.

⁹ BYTTEBIER, K., PIU, P. en ROELAND, S., ‘Corporate Governance: eigendom, bestuur en controle van vennootschappen’, Maklu, Antwerpen, 2003, 19-21.

dan wel een formeel criterium dient te worden gehanteerd. Eveneens wordt onderzocht of enkel de loutere board onder artikel 16 OESO valt of tevens zgn. gelijkaardige organen kunnen bedoeld worden. Hierbij is van belang in welke mate corporate governance tendensen daarop inspelen. Evengoed wordt onderzocht of enkel individuen of tevens lichamen bedoeld zijn onder het begrip ‘member of the board of directors’. Verder besteed ik bijzondere aandacht aan de zgn. werkende vennoten. Er wordt onderzocht of ook werkende vennoten onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO kunnen vallen, en zo ja, wat daarvoor de motivatie dan precies is. Finaal wordt kort aandacht besteed aan het vraagstuk of werknemersvertegenwoordigers en interim managers onder artikel 16 OESO kunnen of moeten vallen.

3.4. Het inkomstenbegrip

Vervolgens kijk ik naar het inkomstenbegrip binnen het bestaande artikel 16 OESO. Op basis van de vaststelling wie precies als subject voor de toepassing van artikel 16 OESO wordt aangemerkt, moet tevens beoordeeld worden hoe het inkomstenbegrip (object) dient te luiden. In hoofdrde wordt nagegaan in welke mate de terminologie ‘fees’, zoals gebruikt in artikel 16 OESO, nog een voldoende weerspiegeling is van de vergoedingen die de eventueel hertekende directorscategorie kunnen bekomen. Directors kunnen namelijk tal van onderscheiden inkomsten bekomen. In dat verband wordt onderzocht in welke mate artikel 16 OESO een zgn. ‘attractiebeginsel’ insluit en wordt de relatie met het hoedanigheidsvereiste (‘in his capacity as’) besproken. Het attractiebeginsel impliceert dat alle vergoedingen die een director bekomt, belastbaar zijn in de vestigingsstaat. Hierbij is het irrelevant of daar arbeid tegenover staat of dat deze inkomsten bekomen zijn in een andere hoedanigheid. Een mooi voorbeeld hiervan is de discussie in Nederland rond de lucratieve belangen.¹⁰ Kort samengevat is sprake van een lucratief belang als een belastingplichtige bepaalde aandelen, vorderingen of daarmee economisch vergelijkbare rechten heeft verkregen waarvan moet worden aangenomen dat deze mede een beloning beogen te zijn voor zijn werkzaamheden of werkzaamheden van bepaalde met hem verbonden personen. *In concreto* wordt verder ingegaan op de verschillende soorten inkomsten die directors kunnen bekomen om alzo af te toetsen of deze inkomsten onder artikel 16 OESO kwalificeren.

3.5. Het lichaam

Ten slotte wordt ingegaan op de aard van het lichaam binnen artikel 16 OESO. In dat verband is de draagwijdte van het begrip ‘company’ relevant. Een aantal aspecten komt hierbij aan bod. Zo wordt nagegaan of en eventueel in welke mate zowel publieke als

¹⁰ PÖTGENS, F.P.G. en HOFLAND, D.A., ‘De verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang genoten door een buitenlandse belastingplichtige’, *W.F.R.* 6841, p. 18 e.v.

private lichamen worden beoogd. Ook wordt ingegaan op de vestigingsplaats van het lichaam. Deze vestigingsplaats van het lichaam is belangrijk aangezien de director inwoner moet zijn van een andere staat dan waarin het lichaam gevestigd is. De beide in dit verband relevante basisprincipes uit het vennootschapsrecht, zijnde de incorporatieler en de werkelijke zeteller worden daartoe geanalyseerd in samenhang met de fiscale vestigingsplaats volgens nationaal recht. Vervolgens is uiteindelijk met name de vaststelling van de vestigingsplaats voor verdragstoepassing relevant. In dat verband is tevens de tie breaker rule van artikel 4, derde lid, OESO van betekenis: ingeval van een meervoudige vestigingsplaats van lichamen (dual resident companies), geldt de plaats van werkelijke leiding (place of effective management) als verdragsvestigingsplaats. Sinds de introductie van het OESO-Modelverdrag is het vestigingsplaatsbegrip steeds ambigu geweest o.m. omdat het OESO-Modelverdrag het begrip zelf niet invult.¹¹ Wat betreft de tie breaker wordt onderzocht of deze in voldoende mate is afgestemd op maatschappelijke ontwikkelingen, zoals globalisering en digitalisering en indien dat niet het geval is welke aanpassing(en) wenselijk is (zijn).

Een ander in dit verband relevant vraagstuk betreft de problematiek van de fiscaal transparante entiteiten. Ook dergelijke entiteiten moeten namelijk bestuurd worden. Artikel 16 OESO bepaalt dat de inkomsten door de director moeten genoten worden van een 'company' die 'inwoner' is van de andere staat. Deze beide voorwaarden moeten dus voldaan zijn alvorens de toepassing van artikel 16 OESO aan de orde is. Het begrip 'company' betekent voor de OESO 'any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes'. Ten aanzien van partnerships betekent deze onbeperkte belastingplicht dat er enkel sprake kan zijn van inwonerschap indien het gaat om niet fiscaal transparante partnerships dewelke m.a.w. zelfstandig gerechtigd zijn om het OESO-Modelverdrag in te roepen. Als het daarentegen gaat om fiscaal transparante partnerships is er geen zelfstandige onderworpenheid aan belasting door de partnership zodat het inwonersbegrip hierop niet van toepassing is. Voor doeleinden van artikel 16 OESO kan o.m. ook rechtspersoonlijkheid van belang zijn (die zullen fiscaal altijd als een 'body corporate' behandeld worden). Om die reden wordt o.a. nagegaan onder welke omstandigheden een fiscaal transparante entiteit rechtspersoonlijkheid heeft. Ook wordt de belastingplicht van dergelijke lichamen onderzocht. Als is bezien onder welke omstandigheden partnerships verder als lichaam kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO, dient nagekeken te worden welke partners kwalificeren onder het verdragsartikel. Gelet op de specificiteit van het onderwerp wordt het lichaam en het toepassingsgebied *intuitu personae* hier tezamen behandeld.

¹¹ De nieuwe tendens in het kader van het BEPS Action Plan in het kader van de tie breaker luidt dat de bevoegde autoriteiten bij wijze van een mutual agreement zullen bepalen waar een lichaam inwoner is. Deze zienswijze is geenszins nieuw en dook voor het eerst op in de Update 2008 van het OESO-Commentaar.

3.6. Voorkomingsmethode

In het eerste deel van dit onderzoek, besteed ik tevens aandacht aan de manier waarop dubbele belasting wordt vermeden. In principe kunnen twee systemen daarvoor in aanmerking komen, te weten, de vrijstellings- en de verrekeningsmethode (art. 23A/B OESO). De OESO voorziet ten aanzien van arbeidsinkomsten in de regel in toepassing van de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud. De bronstaat zal kunnen heffen, de werkstaat en de woonstaat zullen moeten terugtreden. Ten aanzien van directors doet zich nog wel eens de vraag voor of die bronstaten wel een adequate heffing toepassen. Immers, als de bronstaat het directorsinkomen onbelast laat, kan dubbele vrijstelling zich voordoen. Als er geen taxatie van het directorsinkomen in de bronstaat is, is er voor de woonstaat geen of minder reden vrijstelling toe te passen. Op grond daarvan wordt in een aantal belastingverdragen de verrekeningsmethode toegepast. Het OESO-Modelverdrag en het OESO-Commentaar suggereren dit trouwens en sommige staten geven daar navolging aan.¹² Hierbij valt o.m. te denken aan Nederland waar het verdragsbeleid is de verrekeningsmethode toe te passen ten aanzien van inkomsten die onder artikel 16 OESO vallen. In dit onderzoek wordt geanalyseerd of voor toepassing van de verrekeningsmethode een adequate rechtvaardiging bestaat en zo ja in welke gevallen en onder welke voorwaarden die methode zou moeten worden toegepast.

3.7. Onderzoek naar de Belgische belastingverdragen

Een volgende vraag die rijst, luidt waarom België in tal van belastingverdragen afwijkt van artikel 16 OESO. Tevens rijst de vraag waarom artikel 15 van het Belgische Modelverdrag afwijkt van artikel 16 OESO. Met name wordt onderzocht in welke mate artikel 16 OESO ontoereikend is om tegemoet te komen aan de Belgische benadering inzake de verdeling van de heffingsbevoegdheid van directors. Gelet op het bovenstaande luidt de tweede deelvraag van de probleemstelling van dit onderzoek als volgt: Waarom kiest België voor een afwijkende benadering van het directorsartikel ten opzichte van het OESO-Modelverdrag? Is deze benadering dan wenselijk en zo niet, welke aanpassingen zijn er dan gewenst? Tot welke complicaties geeft dit aanleiding in concrete verdragsituaties en meer specifiek voor het belastingverdrag tussen België en Nederland?

Bij de analyse van de door België gesloten belastingverdragen zal dus gewezen worden op het bijzondere artikel 16 hetwelk werd geïntroduceerd in het belastingverdrag met Nederland. M.b.t. het belastingverdrag tussen België en Nederland zal tevens gewezen worden op een aantal interpretatietechnieken van belastingverdragen. Dit is m.i. noodzakelijk gelet op het feit dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het verdrag stelt dat artikel 16 van het verdrag gestoeld is op artikel 32 van het Belgische Wetboek

¹² 23/35 OESO-Commentaar.

van Inkomstenbelastingen. Dit doet vragen rijzen naar de wijze waarop artikel 16 van het verdrag moet worden geïnterpreteerd. Zo is het – gelet op het brede toepassingsgebied van artikel 16 van het verdrag met Nederland – bijvoorbeeld onduidelijk wat wordt verstaan onder de in de bepaling opgenomen categorie vennootschapsleiders. Een en ander wordt zowel gezien vanuit Belgisch standpunt, als vanuit Nederlands perspectief. Beoogd wordt concrete aanbevelingen te doen teneinde de interpretatie alsook het toepassingsgebied van dit verdragsartikel uit het belastingverdrag tussen België en Nederland te verduidelijken. Meer in het algemeen wordt ook beoordeeld of concrete aanbevelingen kunnen worden gedaan om het directorsartikel uit het Belgische Modelverdrag te herschrijven.

4. Toetsingskader en opzet

Om de hiervoor geformuleerde probleemstelling te analyseren, hanteer ik de navolgende toetsingscriteria:

- algemene internationale inpasbaarheid: vertrekkende vanuit de gedachtegang dat de ratio legis van artikel 16 OESO wordt beoordeeld op zijn actuele waarde, dient men finaal wel uit te komen bij het vraagstuk of het huidige artikel 16 OESO nog algemeen internationaal inzetbaar is. Dit toetsingscriterium hangt nauw samen met het tweede toetsingscriterium;
- de uitvoeringstechnische werkbaarheid van de regeling binnen artikel 16 OESO met inachtnaam van de effectiviteit van de gekozen verdragsregeling in het licht van doel en strekking van een belastingverdrag, te weten, het voorkomen van dubbele belasting door het verdelen van de heffingsbevoegdheid. De heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam en de vraag rijst of deze keuze uitvoeringstechnisch de beste keuze is geweest door de OESO? Hierbij dienen ontwikkelingen in de communicatie en informaticamiddelen in aanmerking te worden genomen. Er zal dan ook getoetst worden of gelet op deze evoluties artikel 16 OESO in zijn huidige vormgeving uitvoeringstechnisch werkbaar blijft o.m. gelet op tendensen in het leerstuk van de corporate governance. Immers, het leerstuk van de corporate governance is voortdurend in evolutie en is niet weg te slaan van het begrip ‘board of directors’ dewelke als één van de stakeholders van de corporate governance wetenschap kan beschouwd worden. De toetsing aan de evoluties binnen het corporate governance landschap, is geen fiscale toetsing. Niettegenstaande dit proefschrift een fiscaalrechtelijk karakter heeft, kan het niet los gezien worden van andere disciplines, zoals economie en management. Gelet op de belangrijke positie van een director als onderzoeksobject (actor) binnen de corporate

governance wetenschap, acht ik dit interdisciplinair toetsingscriterium dan ook bijzonder relevant. Corporate governance op zich is trouwens ook een wetenschap met interdisciplinaire allures.¹³ Het vertoont raakvlakken met het recht en de bedrijfseconomie. Aangezien het voor doeleinden van artikel 16 OESO relevant is dat een belastingplichtige ‘member of the board of directors’ moet zijn, moet m.i. vanuit een corporate governance toetsingscriterium bekeken worden wie daar vandaag onder ressorteert.

- Finaal kan een toetsing aan het EU-recht niet buiten schot blijven, niettegenstaande artikel 16 OESO op het eerste zicht geen link heeft met het EU-recht. De samenhang acht ik wel degelijk aanwezig gelet op het feit dat heel wat OESO-leden ook EU-lid zijn. Indien deze staten belastingverdragen hebben gesloten, zijn er op deze wijze heel wat verdragen die in principe moeten voldoen aan het EU-recht. Dat geldt uiteraard reeds op voorhand voor door België gesloten verdragen die mede kern van dit onderzoek vormen en in elk geval ook voor het verdrag dat België met Nederland heeft gesloten. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat belastingverdragen met name toetsbaar zijn aan de vrije verkeersbepalingen van het VwEU. Tevens zal het EU-recht soms als inspiratiebron worden gebruikt in het onderzoek.

Gelet op de tweevoudige probleemstelling is het onderzoek opgedeeld in twee delen. Het eerste deel betreft een algemene analyse van artikel 16 OESO waarin de eerste hoofdonderzoeksvraag wordt beantwoord. Er zal – na enkele interpretatiemethoden te schetsen – worden gestart met een historische analyse van artikel 16 OESO. In dit eerste hoofdstuk van deel 1 zal nagegaan worden of een afzonderlijke toewijzingsregel voor directors gerechtvaardigd is en zo ja, hoe die dan zou moeten luiden. Vervolgens wordt in de hoofdstukken 2 tot en met 4 – uitgaande van het gegeven dat de OESO voor een specifieke toewijzingsregel heeft gekozen in artikel 16 OESO een analyse worden toegepast op de drie dragende elementen. In hoofdstuk 2 wordt daartoe het toepassingsgebied *ratione materiae* van artikel 16 OESO besproken. Hoofdstuk 3 bespreekt het lichaam waarvan sprake in artikel 16 OESO, terwijl hoofdstuk 4 van deel 1 het inkomen begrip van artikel 16 OESO bespreekt. Het eerste deel besluit in hoofdstuk 5 met een afrondende samenvatting, conclusie, aanbeveling en beantwoording van de eerste subprobleemstelling.

In het tweede deel wordt de tweede hoofdprobleemstelling geanalyseerd, te weten een analyse van het directorsartikel in de door België gesloten belastingverdragen. Aangezien de afwijkingen van de Belgische belastingverdragen t.o.v. artikel 16 OESO zich

¹³ WYMEERSCH, E., ‘Le gouvernement d’entreprise: faits et perspectives’, *Act. Dr.* 1999, 168.

manifesteren in de drie dragende componenten van het verdragsartikel, zijn deze drie dragende componenten in afzonderlijke hoofdstukken opgenomen. De hoofdstukken worden dusdanig genummerd dat ze volgen op deel 1. Er zal worden gestart met hoofdstuk 6 waarin de afwijkingen t.o.v. het lichaam besproken worden. In een zevende hoofdstuk worden de afwijkingen in het personele toepassingsgebied besproken. In een achtste hoofdstuk worden de afwijkingen t.o.v. het inkomstenbegrip bestudeerd. In elk hoofdstuk zal tevens de toetsing aan het Belgische Modelverdrag worden gemaakt en bijzondere aandacht zal in elk hoofdstuk worden geschonken aan het belastingverdrag met Nederland. Het negende hoofdstuk behandelt de voorkomingsmethode. In het tiende hoofdstuk is een samenvatting van deel II opgenomen, alsook conclusies, aanbevelingen en beantwoording van de tweede probleemstelling. Het onderzoek wordt na afronding van deel II afgesloten met een algemene conclusie in hoofdstuk 11 waarin de beantwoording van de eerste en de tweede probleemstelling worden samengevat.

5. Afbakening van het onderzoek

Een eerste afbakening van mijn onderzoek betreft een natuurlijke afbakening. Zo zal ik mijn onderzoek toespitsen op de bestaande belastingverdragen. Dit betekent vooreerst dat ik uitga van het OESO-Modelverdrag, versie 2014. Verder ga ik in principe niet in op nog niet in werking getreden of nog niet ondertekende belastingverdragen.

Een tweede afbakening betreft het gegeven dat niet alle interne wetgevingen van de staten zullen worden geanalyseerd. Om die reden, zal ik slechts in beperkte mate ingaan op het interne recht van de staten aan dewelke de heffingsbevoegdheid van de directors' fees werd toegekend, te weten voor zover noodzakelijk voor de beantwoording van de probleemstellingen.

Een derde afbakening van dit onderzoek betreft het feit dat ik het directorsartikel in hoofdzaak enkel belastingtechnisch onderzoek. Eventuele sociale zekerheidsaspecten laat ik buiten beschouwing aangezien deze niets van doen hebben met het OESO-Modelverdrag.

DEEL I

Hoofdstuk 1: Ratio legis en toewijzingsregel van artikel 16 OESO

1. Inleiding

In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek ga ik op zoek naar de historische ratio legis van artikel 16 OESO. Hierbij rijst de vraag of er een rechtvaardiging bestaat voor een afzonderlijk artikel 16 OESO naast artikel 15 OESO en zo ja wat dan de toewijzingsregel zou moeten zijn. Er wordt zowel ingegaan op de positie van directors van kleine lichamen (mkb) als die van multinationals (mno's).

Nadat er al dan niet een rechtvaardiging wordt gevonden voor een afzonderlijk artikel 16 OESO en zijn toewijzingsregels, wordt gekeken naar de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in het leerdomein van de corporate governance. Met name wordt geschetst de positie van de director, de positie van de aandeelhouder, de positie van de commissaris¹⁴ en welke ontwikkelingen zich daarin hebben voorgedaan.

Nadien worden in onderdeel 6 van dit eerste hoofdstuk de gevolgen van deze corporate governance ontwikkeling voor de positie van artikel 16 OESO t.a.v. directors, aandeelhouders en commissarissen geschetst. Na een analyse van de positie van deze drie actoren, wordt gekeken welke verdeling van de heffingsbevoegdheid hier het beste bij aansluit. Daarbij blijft het mkb buiten beschouwing op basis van een in paragraaf 3 opgenomen analyse. Als dit leidt tot een wijziging in toewijzing voor directors van multinationals (mno's) ten opzichte van de huidige toewijzingsregel, kan dit een tweedeling van artikel 16 OESO tot gevolg hebben, namelijk, voor bestuurders/commissarissen in het mkb en bestuurders/commissarissen bij mno's. In dit hoofdstuk – en trouwens ook in het verdere vervolg van mijn onderzoek – is het leerstuk van de interpretatie van belastingverdragen van groot belang. Om die reden acht ik het noodzakelijk het hoofdstuk in paragraaf 2 op te starten met een beknopte weergave van de verschillende interpretatietechnieken van belastingverdragen. In het hoofdstuk wordt immers zowel een interpretatietechniek *de lege lata* alsook een interpretatietechniek *de lege feranda* gehanteerd. Uiteraard zullen beide interpretatietechnieken steeds worden onderscheiden.

Ten slotte wordt afgerond met een conclusie/samenvatting.

¹⁴ Hiermee bedoel ik de Nederlandse invulling van het begrip 'commissaris'.

2. Interpretatie van belastingverdragen

2.1. Verdrag van Wenen

In het kader van de interpretatie van het internationaal belastingrecht, speelt het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht een belangrijke rol. Dit verdrag wordt namelijk veelvuldig ingeroepen wat betreft de interpretatie van belastingverdragen.¹⁵ Het verdrag werd ondertekend op 23 mei 1969 en is in werking getreden op 27 januari 1980. Het Belgische Hof van Cassatie heeft het gemeenschappelijk karakter van het verdrag aanvaard.¹⁶

Een belangrijk uitgangspunt van het Verdrag van Wenen vindt men in artikel 26. Daarin is namelijk bepaald dat verdragen door de verdragspartners te goeder trouw moeten worden uitgelegd. Het beginsel laat zich samenvatten in het adagium *pacta sunt servanda*. Artikel 26 is verder ingevuld in artikel 31 – 33 Verdrag van Wenen. Artikel 31 stelt dat bij de uitleg te goeder trouw de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp van het verdrag, moet aangewend worden. In dat opzicht wordt door rechtbanken vaak verwezen naar de gewone betekenis die een term volgens woordenboeken heeft.¹⁷ Artikel 32 Verdrag van Wenen voorziet in een rechtshistorische uitleg doordat het betekenis toekent aan de omstandigheden en de uitlatingen die zijn gedaan ten tijde van de totstandkoming van het verdrag. Als de toepassing van artikel 31 Verdrag van Wenen dus tot een bevredigende en duidelijke uitleg komt, wordt artikel 32 buiten toepassing gelaten. Artikel 33 Verdrag van Wenen behandelt de vertalingsverschillen. Verdragen kennen in beginsel twee officiële taalversies, namelijk die van beide verdragspartijen. Aan de authentieke tekst van beide versies wordt dezelfde rechtskracht toebedeeld.¹⁸

2.2. OESO-Modelverdrag

Ook het OESO-Modelverdrag voorziet in een aantal interpretatietechnieken van belastingverdragen. Zo stelt artikel 3(2) OESO dat bij gebreke aan een duidelijke definiëring van een begrip, er verwezen moet worden naar de betekenis die de term heeft onder de wetgeving van de heffingsbevoegde staat tenzij de context anders vereist. Het OESO-Modelverdrag 2014 zegt het in de volgende bewoordingen: *‘As regards the application of the Convention at any time by a Con-*

¹⁵ PIOT, W., ‘De interpretatie van belastingverdragen: een excursie’, *A.F.T.* 1994/10.

¹⁶ Cass. 5 december 2003, *F.J.F.* 2004/64.

¹⁷ Voor een Duitse bespreking hiervan, zie bijvoorbeeld TIPKE/KRUSE, *‘Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung’*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003.

¹⁸ ARGINELLI, P., *‘Multilingual Tax Treaties: Interpretation, Semantic Analysis and Legal Theory’*, *IBFD* 2015, 820 p.

tracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State'. De gedachtegang achter de verwijzing naar het interne recht luidt dat belastingverdragen een aanleunende connectie hebben met het interne recht van de verdragsstaten. Belastingverdragen worden ook wel eens de link genoemd tussen twee nationale rechtsstelsel.¹⁹ Artikel 3 (2) OESO bevat reeds sedert de Update 1995 een beperkt dynamische interpretatietechniek.²⁰ Op deze wijze werd een compromis gevonden tussen de zgn. statische en de dynamische interpretatietechniek van belastingverdragen.²¹ De discussie gaat erover of de verwijzing naar het interne recht door het belastingverdrag beperkt blijft tot het interne recht zoals dat bestond ten tijde van de afsluiting van het verdrag dan wel mocht worden verwezen naar het interne recht zoals dat actueel is op het ogenblik van het interpretatieprobleem? In dat verband kan gesteld worden dat de beperkt dynamische interpretatietechniek op internationaal niveau vaak aanvaard wordt, dit in navolging van het OESO-Modelverdrag. Zo stelde IAN SINCLAIR bijvoorbeeld dat belangrijke interne wijzigingen niet in aanmerking moeten worden genomen voor interpretatiedoeleinden van belastingverdragen.²² Ook de Nederlandse rechtspraak heeft zich voorstander verklaard van de beperkt dynamische interpretatietechniek. Zo oordeelde het Hof van 's Hertogenbosch dat het begrip 'salarissen, lonen en soortgelijke vergoedingen' – in het kader van artikel 15 OESO – weliswaar volgens de dynamische interpretatiemethode mag worden ingevuld, maar niet in die zin dat later in het nationaal recht ingevoerde fictiebepalingen het evenwicht op het niveau van het belastingverdrag zouden verstoren. Deze uitspraak werd door de Hoge Raad bevestigd.²³ Ook in de Notitie Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen) recht van 1998 heeft Nederland zich voorstander verklaard van een dynamische interpretatiemethode.²⁴ Ook de Belgische recht-

¹⁹ REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, p. 471.

²⁰ AVERY JONES, J.F., 'The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OECD Model', *British Tax Review* 1984, p. 47-48.

²¹ LENAERTS, K., 'De voorrang van verdragen bij fiscale normenconflicten. Trefzeker uitgangspunt of toevallige uitkomst?', *Fiscofoon* 1984, p. 77-78; VAN CROMBRUGGE, S., 'De evolutieve interpretatiemethode van dubbelbelastingverdragen', *T.R.V.* 1991, 85.

²² Sir IAN SINCLAIR, 'Interpretation of tax treaties', *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1986, 75.

²³ Hoge Raad 5 september 2003, *BNB* 2003/379 met annotatie door P. KAVELAARS.

²⁴ Notitie Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen-) recht van 15 april 1998, *V-N* 1998, p. 1971. In casu ging het wel om de redenering dat bepalingen uit

spraak²⁵ en gezaghebbende auteurs²⁶ hebben gepleit voor een beperkt dynamische interpretatiemethode. Tevens kan vastgesteld worden dat bepaalde Belgische rechtspraak een voorkeur heeft geformuleerd voor een zgn. autonome verdragsinterpretatie.²⁷ Hetzelfde kan gezegd worden van de Rulingcommissie die vanuit mijn visie reeds tweemaal een verdrag autonome verdragsinterpretatie heeft voor doeleinden van artikel 15 OESO.²⁸

Ook artikel 25 OESO reikt m.i. oplossingen aan voor interpretatiekwesaties in belastingverdragen. Dit verdragsartikel voorziet namelijk in een zgn. onderling overlegprocedure die ertoe strekt oplossingen te bieden voor problemen die ontstaan ingevolge een tegenstrijdige of onjuiste toepassing van artikelen uit een belastingverdrag. Vaak zal het gaan om interpretatiekwesaties die aanleiding geven tot dubbele heffing. Omdat het hier alleen om procedurele zaken gaat, laat ik dit artikel verder onbesproken.

Een relevant vraagstuk luidt wat de relatie is tussen artikel 3 (2) OESO en de interpretatiemethode van de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen, niet in het minst voor de invulling van ongedefinieerde verdragstermen. Het wordt gemeenzaam aangenomen dat artikel 3 (2) OESO *lex specialis* is t.o.v. de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen.²⁹ SHANNON oordeelde dat ‘article 3 (2) is a special rule of interpretation with respect to the general rules of interpretation of the Vienna Convention and has priority over those rules’.³⁰ LANG stelde dan weer dat ‘article 3 (2) by and large only repeats the otherwise applicable rules on treaty interpretation and can therefore be omitted’.³¹ Bij dit alles mag men niet uit het oog verliezen dat artikel 3 (2) OESO ook een verdragsartikel is zodat de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen op hun beurt daarop van toepassing

reeds overeengekomen belastingverdragen uitgelegd worden in de geest van het meest actuele OESO-Commentaar.

²⁵ Cass. 21 december 1990, *T.R.V.* 1991, 273.

²⁶ DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2012’, *T.R.V.* 13/3, p. 233-256.

²⁷ Antwerpen 12 oktober 1999, *F.J.F.* 2000/154. Besproken door HUYGHE, A., ‘De kwalificatie van vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid onder de dubbelbelastingverdragen (inzonderheid het verdrag met Nederland) en de rol van artikel 3 §2 hierbij’, *T.F.R.* 2000, p. 238 e.v.

²⁸ COOLS, A., ‘Belgium - Belgian Ruling Commission’s Opinion of the Concept of ‘Employer’ within the Meaning of Article 15 of the OECD Model’, *European Taxation* 2015/4, p. 166 e.v.

²⁹ ENGELEN, F., ‘*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*’, *IBFD*, 2004, 10.10.2; ENGELEN, F.A en STEVENS, A.J.A., ‘De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België’, *M.B.B.* 2003, p. 115.

³⁰ SHANNON, H., ‘US income tax treaties, reference to domestic law for the meaning of undefined terms’, *Intertax*, 1989, p. 455.

³¹ LANG, M., ‘*Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht, Das neue Musterabkommen der OECD*’, Vienna, Linde Verlag, 1994, p. 35.

zijn.³² Ook ENGELLEN stelde reeds dat het gegeven dat artikel 3 (2) OESO als *lex specialis* wordt beschouwd t.o.v. het Verdrag van Wenen, niet betekent dat de uitleggingsregels in het Verdrag van Wenen zonder betekenis zijn.³³ Of zoals DE BROE het verwoordde: 'Article 3 (2) must not be interpreted in a vacuum. Its interpretation itself is subject to the general rule of interpretation of article 31 Vienna Convention.'³⁴

Dat alles heeft dan tot gevolg dat artikel 3 (2) OESO te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de daarin gebruikte termen in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. De vraag rijst dan weer wat precies bedoeld wordt met deze context? In artikel 31 (2) van het Verdrag van Wenen gaat het naast de tekst van het verdrag, de preambule en eventuele protocollen, om aanvullende overeenkomsten en akten die partijen overeen zijn gekomen. In het derde lid wordt de context nog verder uitgebreid met nadien overeengekomen afspraken tussen de verdragspartijen. Een context van een belastingverdrag kan m.i. echter veel verder gaan dan hetgeen genoemd is in het Verdrag van Wenen. Dat is eigenlijk evident als men in acht neemt dat het Verdrag van Wenen verder stelt dat verdragen te goeder trouw moeten worden uitgelegd. Ik ben aldus van mening dat de context mede dient bepaald te worden door de artikelen 31 – 33 van het Verdrag van Wenen maar hierdoor geenszins is beperkt. Het begrip context in het Verdrag van Wenen is dus een *minimum minimales*. Een ruime invulling van het begrip 'context' wordt trouwens gesteund door de historie van belastingverdragen. Immers, het begrip 'unless the context otherwise requires' zoals gebruikt in artikel 3 (2) OESO is historisch een product van de Engelse rechtspraak en wordt daar reeds gebruikt vanaf de 19 de eeuw. Onder het Engelse recht heeft het begrip 'context' een vele bredere betekenis dan hetgeen vervat zit in het Verdrag van Wenen. Zo sluit het o.m. relevante rechtspraak in alsook parlementaire voorbereidingswerken.³⁵ Bepaalde arresten van het International Court of Justice onderschrijven

³² WATTEL, P. en MARRÉS, O., 'Characterization of fictitious income under OECD patterned tax treaties', *European Taxation* 2003, 70. In dezelfde zin: DE BROE, L. en NEYT, R., in 'The new US-Belgium Double Tax Treaty. A Belgian and EU Perspective', Larcier, 2009, p. 56.

³³ ENGELLEN, F., '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', IBFD, 2004, p. 566.

³⁴ DE BROE, L. en NEYT, R., in 'The new US-Belgium Double Tax Treaty. A Belgian and EU Perspective', Larcier, 2009, p. 61.

³⁵ SHANNON, H., 'United States income tax treaties: reference to domestic law for the meaning of undefined terms', *Intertax*, 1989/11, 459.

deze visie en hielden rekening met andere bronnen dan enkel diegenen die vermeld stonden in artikel 31 van het Verdrag van Wenen.³⁶

2.3. Interpretatiemethode in het proefschrift

De verwijzing naar het nationale recht in het kader van interpretatiedoeleinden van belastingverdragen (cf. Artikel 3(2) OESO), vormt een uitzondering op een autonome interpretatietechniek van gehanteerde termen in belastingverdragen. Dat maakt het vaak heel moeilijk om een gemeenschappelijke invulling te geven aan niet gedefinieerde termen.³⁷ Het belang van verwijzing naar het nationale recht voor interpretatiedoeleinden van belastingverdragen, wordt vaak gemotiveerd vanuit de gedachte dat belastingverdragen een hechte connectie hebben met dit recht. Nochtans heeft bepaalde rechtspraak in Duitsland toch steeds een autonome verdragsinterpretatie bepleit.³⁸ Ook bepaalde Duitse auteurs hebben zich in het voordeel van een verdrag autonome interpretatie van belastingverdragen uitgesproken. Zo stelden HEIDEMANN en KNEBEL dat *'the autonomous interpretation method must be given priority over the traditional prevalence of national law in international taxation in order to achieve consistency appropriate to a modern transnational society.'*³⁹ Niet alleen in Duitsland stel ik trouwens een voorkeur voor een autonome verdragsinterpretatie vast. Ook in bijvoorbeeld Oostenrijk past men deze interpretatiemethode toe. Een voorbeeld daarvan vindt men terug in de beslissing van 31 juli 1996 van het Oostenrijks Hooggeerechtshof.⁴⁰ Het Oostenrijkse Hooggerechtshof stelde dat artikel 16 van het betrokken belastingverdrag niet van toepassing is aangezien de OESO in 1963 gesteld heeft dat enkel superviserende posities onder het betrokken verdragsartikel vallen. Ook de Belgische Rulingcommissie heeft m.i. – zoals reeds eerder gesteld – recent nog een autonome verdragsinterpretatie gegeven aan het begrip 'werkgever' voor doeleinden van artikel 15 OESO.⁴¹ Er werd met name geen onderzoek gedaan naar de nationale invulling van het begrip 'werkgever' voor

³⁶ Voor een bespreking, zie VAN DER BRUGGEN, E., 'Unless the Vienna convention otherwise requires: notes on the relationship between article 3 (2) of the OECD Model Tax Convention and articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the law of treaties', *European Taxation* 2003, p. 147.

³⁷ REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, p. 471.

³⁸ Het gaat om bepaalde uitspraken van de Duitse Bundesfinanzhof, geciteerd door REIMER (REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, p. 472.

³⁹ HEIDEMANN, M. en KNEBEL, A., 'Double taxation treaties: the autonomous interpretation method in German and English law; as demonstrated by the case of the silent partnership', *Intertax* 2010, p. 152.

⁴⁰ Hooggerechtshof 31 juli 1996, 92/13/0172 zoals besproken door AIGNER, D. en VETTER, T., 'Autonomous interpretation of tax treaties? Administrative Court provides guidance', *European Taxation* 1998, p. 95 e.v.

⁴¹ Zie COOLS, A., 'Belgian Ruling Commission's opinion on the concept of employer within the meaning of article 15 of the OECD Model', *European Taxation* 2015, p. 166 e.v.

doeleinden van artikel 15 OESO. De Nederlandse rechtspraak verklaarde zich eerder ook al voorstander van een autonome verdragsinterpretatie.⁴²

In dit onderzoek zal men kunnen vaststellen dat ook ik in hoofdorde een voorkeur heb voor een autonome verdragsinterpretatie voor doeleinden van artikel 16 OESO. Deze visie is o.a. gebaseerd op historische overwegingen. Zo hanteert artikel 16 OESO vooreerst de term ‘fee’. Het gaat om het object uit artikel 16 OESO. Nochtans sluit niets uit dat het object in een verdragsartikel van belang kan zijn om het subject in hetzelfde verdragsartikel vast te stellen. Dat is precies wat gebeurt in artikel 16 OESO. Anderzijds heeft Working Party 10 (WP10) in haar Rapport van 1958 gesteld dat zij enkel de ‘members of the board of directors’ beoogt omwille van het feit dat zij de scope van het verdragsartikel wil beperken omwille van de vele definities die het begrip heeft in het interne recht van de vele staten.⁴³ Voorts roep ik nog een aantal argumenten in. Zo laat artikel 3 (2) OESO weliswaar toe dat voor de invulling van ongedefinieerde verdrags termen (vb. het begrip director in het OESO-Modelverdrag) niet enkel gekeken kan worden naar het interne fiscaal recht maar eveneens naar het interne gemeen recht. Sommige belastingverdragen sluiten zich daar echter niet bij aan. Het volstaat daarvoor te verwijzen naar een groot aantal Duitse belastingverdragen die stellen dat ingeval van toepassing van artikel 3 (2) OESO enkel naar het interne fiscaal recht kan worden teruggegrepen. Ook VOGEL heeft gesteld dat een verwijzing naar het gemeen recht enkel kan gebeuren indien een ongedefinieerde term ook voorkomt in het interne fiscaal recht.⁴⁴ De Nederlandse Hoge Raad druist hier dan weer tegen in aangezien deze oordeelde dat voor de invulling van het begrip ‘director’ naar het civiele recht moet teruggegrepen worden aangezien er geen definitie voorhanden is in het Nederlands fiscaal recht.⁴⁵ Men kan dus op zijn minst gezegd concluderen dat er heel wat verschillende visies bestaan over deze problematiek. Anderzijds gaan er ook reeds stemmen op die stellen dat een autonome verdragsinterpretatie voor doeleinden van artikel 16 OESO noodzakelijk is, op zijn minst voor de invulling van het begrip ‘director’. Zo stelt PAMPERL: ‘The historic development of article 16 before 1963 confirms the attribution of a wide meaning to the term director. Particularly, the reference to companies ‘managing’ companies and the synonymous use of

⁴² Bijvoorbeeld Hoge Raad 16 april 1994, nr. 28 638, *B.N.B.* 1994/217; Hoge Raad 1 december 2006, *B.N.B.* 2007/75.

⁴³ 154 FC/WP10(58)1 FC, second report on the taxation of profits or remuneration in respect of dependent and independent personal services.

⁴⁴ VOGEL, K., ‘*Double taxation Conventions*’, 3th edition, 1997, artikel 3, nr. 62.

⁴⁵ Hoge Raad 22 december 1999, *B.N.B.* 2000/94, besproken door PÖTGENS, F.P.G., ‘Supreme Court clarifies meaning of director in tax treaties’, *European Taxation* 2000, 517 e.v.

board of management and board of directors in the minutes of WP 10 can be cited'.⁴⁶Zoals verder in dit onderzoek zal blijken kan een interpretatie issue ontstaan doordat staten een onderscheiden boardstructuur kennen. Dergelijke interpretatie-issues zullen blijven bestaan bij interpretatie overeenkomstig het interne recht; dus ook bij bronstaatheffing.

Voorts kan vastgesteld worden dat sommige staten een heel ruime en materiële omschrijving kennen van het begrip 'director'⁴⁷ terwijl andere staten uitgaan van een formele aanstelling conform het gemeen recht.⁴⁸De kans op dubbele (niet) belasting is dan groot hetgeen in het voordeel pleit van een autonome verdragsinterpretatie. Een goed voorbeeld hiervan vind ik terug in Nederland. De Nederlandse overheid heeft recent namelijk vastgesteld dat er in de praktijk - voornamelijk in de relatie tot België - ingespeeld werd op een 'vacuüm' in artikel 17a van de Nederlandse 'Wet op de Vennootschapsbelasting 1969'. Op basis van dit artikel is een in het buitenland gevestigd lichaam in Nederland belastbaar op de beloningen die het ontvangt in ruil voor werkzaamheden verricht als 'bestuurder of commissaris van een in Nederland gevestigd lichaam in de zin van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen'. In dit kader wordt het begrip 'bestuurder' over het algemeen formeel uitgelegd. Beloningen die een in het buitenland gevestigd lichaam ontvangt voor werkzaamheden verricht als bestuurder van een in Nederland gevestigd lichaam, kunnen daardoor alleen in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken, voor zover het lichaam als een statutaire bestuurder kwalificeert. Vandaar dat Belgische bvba's vaak feitelijke bestuurswerkzaamheden en managementdiensten verrichten ten behoeve van Nederlandse vennootschappen, zonder formeel bestuurder/zaakvoerder te zijn. Om dit heffingsvacuüm te dichten, heeft de Nederlandse wetgever het toepassingsgebied van voormeld artikel 17a uitgebreid; het viseert sinds de aanpassing niet alleen beloningen voor 'werkzaamheden die worden verricht als bestuurder of commissaris van een in Nederland gevestigd lichaam in de zin van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen', maar ook de beloningen voor 'leidende werkzaamheden en functies die worden verricht voor een zodanig lichaam'. De uitbreiding vindt 'voor het eerst toepassing met betrekking tot boekjaren die aangevangen op of na 1 januari 2013'.

⁴⁶ PAMPERL, E., 'Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future', IBFD, 2015, p. 58.

⁴⁷ Bijvoorbeeld België

⁴⁸ Denk hierbij aan Nederland

3. Ratio legis van artikel 16 OESO

3.1. Beknopte historische evolutie van artikel 16 OESO

Artikel 16 OESO is formeel geïntroduceerd in het OESO-Modelverdrag van 1963. Nochtans zijn er al eerdere aanwijzing van een directorsartikel, bijvoorbeeld het Rapport van de League of Nations uit 1927.⁴⁹ In artikel 6 van de draftconventie van het comité werd de volgende definitie van directors' fees weerhouden:

'The fees of managers and directors of joint-stock companies shall be taxable in accordance with the rule laid down in article 4'. Welnu, artikel 4 van de modelovereenkomst stelde 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.'

De commentaren van de League of Nations toonden aan dat een apart verdragsartikel voor 'company officers' noodzakelijk was om het te onderscheiden van een dividendinkomen omwille van het feit dat heel wat nationale rechtstelsels directors' fees als aandeleninkomsten beschouwden.⁵⁰ In de commentaren op artikel 6 van de modelovereenkomst uit 1927 staat verder uitdrukkelijk geschreven dat artikel 6 enkel van toepassing is op 'variable fees, which are deducted from profits and hence constitute a part of the latter'. Tevens wordt uitdrukkelijk het volgende gesteld: *'Fixed salaries, on the contrary, come within the category of general expenditure and are governed by the following article'*. Welnu, dit volgende artikel 7 stelt: *'Salaries, wages or other remuneration of any kind shall be taxable in the State in which the recipients carry on their employment'*. De commentaren op de modelovereenkomst 1927 vermeldden verder reeds twee motieven om een speciale fiscale regeling in het leven te roepen voor directors' fees en aldus een apart verdragsartikel te introduceren. Enerzijds werden de moeilijkheden vernoemd om de staat aan te duiden waar de director zijn diensten presteert. Anderzijds werd ook fiscale cohesie als argument opgeworpen.⁵¹

⁴⁹ League of Nations, Report on double taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Stamp, Geneva, 5 April 1923 and subsequent years. Voor literatuur, zie: CARROLL, M., 'International double taxation', in *Pioneers in World Order. An American Appraisal of the League of Nations*, edited by Harriet Eager Davis, New York, 1944, p. 171 e.v.

⁵⁰ PROKISCH, R., 'Directors' fees (article 16 OECD Model Convention)', in M. LANG, *Source versus Residence*, Kluwer, The Netherlands, 2008, 197-213.

⁵¹ PROKISCH, R., 'Directors' fees (article 16 OECD Model Convention)', in M. LANG, *Source versus Residence*, Kluwer, The Netherlands, 2008, p. 231.

Een volgende historische aanwijzing van een apart directorsartikel vind ik terug in de Mexico Model-overeenkomst.⁵² Artikel 6 van de Mexico-Model-overeenkomst voorziet in de volgende clausule:

'Directors' 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. 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.'

Hierbij stel ik vast dat de presentiegelden onder het toepassingsgebied van het director-artikel worden gebracht. Nochtans geeft het Mexico-Modelverdrag niet meteen aan waarom een apart directorsartikel gerechtvaardigd zou zijn.

De London-Modelovereenkomst voorzag niet in een afzonderlijk artikel voor directors. De London-Modelovereenkomst en haar commentaren brachten deze vergoedingen onder het toepassingsgebied van de lonen van werknemers (artikel VI).⁵³

Finaal werd er door de OESO voor geopteerd om een apart verdragsartikel te integreren in het OESO-Modelverdrag voor directors, te weten artikel 16 OESO.⁵⁴ De verantwoording door de OESO van een apart directorsartikel, luidde dat het soms moeilijk te achterhalen is waar directors hun activiteiten en professionele prestaties voor een lichaam verrichten.⁵⁵ In dat verband stelt het OESO-Commentaar: 'Since it might sometimes be difficult to ascertain where the services are performed, the provision treats the services as performed in the state of residence of the company'.⁵⁶ De verdragsonderhandelaars gingen er van uit dat het niet altijd even duidelijk is waar de directors hun prestaties precies verrichten. Om die reden heeft de OESO de vestigingsstaat van het lichaam waarin het

⁵² League of Nations, Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, Commentary and Text, C.88.M.88.1946.II.A, Geneva 1946. Zie ook: GORGIEV-OBERASCHER, F., 'Die Arbeiten des Steuerausschusses der OEEC/OECD und besonder Berücksichtigung des Problems der Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen wohnsitz-und Quellenstaat in Wirtschafts und rechtshistorischer Perspektive bis 1963', Vienne, 2007, p. 22.

⁵³ FREIHERR von ROENNE, C., 'The very beginning-The first tax treaties', in *History of Tax Treaties*, (Ecker, T. en RESSLER, G., eds.), Linde, 2011, p. 29.

⁵⁴ De eerste volledige draft overeenkomst werd gepubliceerd-na goedkeuring van de OECD raad-in juli 1963.

⁵⁵ Noteer dat het Draftmodel 1927 nog een andere verklaring gaf om een apart directorsartikel te voeren, wetende het argument van de fiscale cohesie (PROKISCH, R., 'Directors' fees (article 16 OECD Model Convention), in M. LANG, *Source versus Residence*, Kluwer, The Netherlands, 2008, p. 231).

⁵⁶ OESO 16/1

mandaat wordt bekleed, heffingsbevoegdheid toegewezen. De woon- en de werkstaat van de director zullen bijgevolg moeten terugtreden.⁵⁷ PROKISCH heeft erop gewezen dat dit principe van heffingsbevoegdheid afweek van de historische ‘verdragsgeest’ van 1928, ten tijde van de League of Nations. Immers, de technische experts gingen toen uit van de woonstaathemming als uitgangspunt.⁵⁸ Op deze problematiek ga ik nader in, in paragraaf 4.

3.2. Het object determineert historisch het subject in artikel 16 OESO

3.2.1. Werkelijke betekenis van het begrip ‘fee’

Het object van artikel 16 OESO is de ‘fee’. Artikel 16 OESO spreekt dan ook van ‘fees and other similar payments’. Het begrip wordt niet gedefinieerd zodat in beginsel de interpretatietechniek van artikel 3 (2) OESO en van het Verdrag van Wenen hierop van toepassing is.⁵⁹ Het valt echter op dat de OESO (of haar voorlopers) doorheen de geschiedenis van artikel 16 OESO, steeds de term ‘fee’ heeft gehanteerd. Dat is met name van belang aangezien niet elke director een zgn. fee bekommt. Er is namelijk een duidelijk onderscheid te ontwaren in het salarispakket van een executive director en een non executive director⁶⁰. Enkel de non executive directors zijn namelijk vergoed bij wijze van ‘fees’, vaak zitpenningen genoemd die deze personen bekomen omwille van het bijwonen van boardmeetings. Meestal is de functie van non executive director geen full time activiteit aangezien boardmeetings meestal niet op dag basis worden gehouden. Dit in tegenstelling tot executive directors – die inzake hun takenpakket vaak eerder aanleunen bij topmanagers – wiens salarispakket meestal zal samengesteld zijn uit een vast en een variabel gedeelte dat zal toegekend worden indien bijvoorbeeld bepaalde bedrijfsdoelstellingen worden behaald. De executive directors zullen dus eerder een salaris bekomen i.p.v. een ‘fee’. En, het is precies dat laatste begrip dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO.

Omwille van het woordgebruik ‘fee’ heeft de OESO m.i. duidelijk gemaakt dat executive directors en aandeelhouders niet onder artikel 16 OESO vallen. Bepaalde Duitse rechtspraak heeft deze visie trouwens gevolgd.⁶¹ Het gegeven dat de League of Nations historisch soms de term ‘managers’ hanteert, verandert

⁵⁷ Het gaat thans om een niet exclusieve toewijzing van de heffingsbevoegdheid.

⁵⁸ PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Michael Lang & Pasquale Pistone (eds.), p. 232.

⁵⁹ DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., ‘Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context’, *A.F.T.* 2007/II, p. 12.

⁶⁰ Hiermee wordt vaak het toezichthoudende orgaan bedoeld, zoals bijvoorbeeld de commissaris in Nederland.

⁶¹ BFH 5 oktober 1994, FR 1995, 157.

daar m.i. niets aan. Het inkomstenbegrip dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO, bepaalt dus haar toepassingsgebied *ratione personae* en rechtvaardigt een autonome verdragsinterpretatie van artikel 16 OESO. PAMPERL heeft eveneens afgeleid dat de voorlopers van het OESO-Modelverdrag zowel de term ‘director’ als de term ‘manager’ gebruiken. Zij verbindt hier aan dat hier reeds een motief in gelegen is om een autonome interpretatie te geven aan artikel 16 OESO. Ik deel deze visie gedeeltelijk. Uit het feit dat de voorlopers van het OESO-Modelverdrag de term ‘fee’ hebben gehanteerd kan m.i. een autonome interpretatietechniek voor doeleinden van artikel 16 OESO gehaald worden. Maar, door het gebruik van de term ‘fee’ moet het toepassingsgebied *intuitu personae* onmiddellijk worden beperkt.⁶² Ook het argument van PAMPERL dat Working Party 10⁶³ in 1957 in haar Rapport zowel de term ‘board of management’ alsook ‘board of directors’ gebruikt en hieruit geconcludeerd kan worden dat ook managementactiviteiten onder artikel 16 OESO gebracht kunnen worden, gaat m.i. een stap te ver. Zij verdedigt deze visie door te stellen dat er geen verdere verklaring wordt gegeven voor het gebruik van beide termen en leidt hieruit af dat het dan maar om synoniemen moet gaan. Deze redenering is volgens mij louter speculatief en niet gebaseerd op feiten.⁶⁴

Verdere motivering voor mijn visie vind ik terug in het Rapport van Working Party 28 (WP28) dat in een OESO-context een aantal vraagstukken m.b.t. artikel 16 OESO poogde op te lossen.⁶⁵ Deze WP28 stelde dat artikel 16 OESO niet toepasselijk kan zijn op het vaste salaris dat bijvoorbeeld een managing director bekommt. Er werd gesuggereerd om artikel 16 OESO aan te vullen met een tweede paragraaf stellende dat ‘The provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply to remuneration derived by a member of the board of directors of a company in respect of his exercise on behalf of the company of day-to-day functions of a managerial or technical nature’.

Tevens opteerde de OESO er duidelijk voor om aandeelhouders niet onder artikel 16 OESO te plaatsen. De OESO wilde een duidelijk onderscheid maken tussen aandeelhouders-inkomsten en directors-inkomsten. Deze verduidelijking was – zoals reeds gezegd – mee ingegeven vanuit de vaststelling dat sommige

⁶² PAMPERL, E., ‘Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future’, IBFD, 2015, p. 34.

⁶³ FC/WP 10 (57) 1, FC, WP 10 of the FC Report on the taxation of profits or remuneration in respect of dependent and independent personal services.

⁶⁴ PAMPERL, E., ‘Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future’, IBFD, 2015, p. 39.

⁶⁵ CFA/WP1(71)7, 23 december 1971, Report on Articles 16, 17 and 19 and the question concerning residence of diplomats, 23 december 1971, p. 1.

staten – zoals bijvoorbeeld Frankrijk en Zwitserland – directorsinkomsten als aandeelhoudersinkomsten beschouwden.⁶⁶ Dat is gelet op de historische visie van de League of Nations niet eens zo vreemd.

Het inkomstenbegrip dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO, determineert dus per definitie het personele toepassingsgebied. Vanuit het gehanteerde inkomstenbegrip dient bijgevolg afgeleid te worden dat enkel non executive directors – die member of the board of directors zijn – onder artikel 16 kunnen vallen.⁶⁷ Trouwens, ook de Franse versie van het OESO-Modelverdrag geeft hiervan blijk. Deze versie spreekt namelijk over ‘*tantièmes, jetons de presence et autres retributions*’.⁶⁸ Ook bepaalde belastingverdragen volgen deze filosofie.⁶⁹ Een mooi voorbeeld daarvan is het belastingverdrag tussen België en Brazilië. Ook in dit belastingverdrag wordt de term ‘*jetons*’ gehanteerd. Brazilië hanteert in zijn belastingverdragen wel vaker de term ‘*jetons*’ in het directorsartikel. Als voorbeelden haal ik de belastingverdragen met Frankrijk, Luxemburg en Paraguay aan. Nederland daarentegen zal veelal aannemen dat het begrip ‘*directors’ fees and other similar payments*’ zowel vaste alsook variabele vergoedingen insluit.⁷⁰

Ik dien vast te stellen dat doorheen de geschiedenis van artikel 16 OESO staten – niettegenstaande de hoger geformuleerde vaststelling – het verdragsartikel niet steeds in deze zin hebben geïnterpreteerd.⁷¹ Tal van staten gaan er namelijk

⁶⁶ Frankrijk beschouwt bepaalde directors-inkomen vandaag nog steeds als investeringsinkomen. Zo zal de director fee die betaald wordt aan de president of vice president van de supervisory board, als investeringsinkomen worden gekwalificeerd. Zie hieromtrent artikel 109 e.v. CGI.

⁶⁷ Ook de rechtsleer kwam al tot deze conclusie. Zie bijvoorbeeld: PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Michael LANG & Pasquale PISTONE (eds.), Taxmann, 2008, p. 227. In dat verband wordt een arrest van het Bundesfinanzhof aangehaald waarin geoordeeld werd dat een Duits inwoner executive director was in een Candese onderneming onder artikel 15 OESO valt (BFH 5 oktober 1994, FR 1995, 157).

⁶⁸ KUNESCH heft zelfs bepleit dat de Franse versie van artikel 16 OESO model stond voor de Engelstalige versie ervan. Zie KUNESCH, ‘Interpretation problems concerning the multilingualism of tax treaties under special consideration of directors’fees’, in *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, pp. 297 e.v.

⁶⁹ Het belastingverdrag tussen België en Rusland beoogt de volgende vergoedingen onder het toepassingsbereik van artikel 16 OESO te brengen: ‘Bonuses and fees for participating in meetings and other similar remuneration’.

⁷⁰ Notitie Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid, Kamerstukken II 1987/88, 20 365. Nederland hanteert vaak de term ‘beloningen en andere betalingen’.

⁷¹ Hetzelfde geldt trouwens voor de OESO zelf. Immers een regeling rond stock opties werd toegevoegd in het commentaar op artikel 16 OESO ingevolge het Rapport ‘Cross border income tax issues arising from employee stock option plans’ zoals aangenomen door het OESO-Comité op 16 juni 2004. Non executive directors kunnen in beginsel namelijk niet vergoed worden bij wijze van stock options.

van uit dat ook vaste salarissen van een director onder artikel 16 OESO vallen.⁷² Dat is een gevolg van de bronstaatheffing. Hetzelfde geldt voor België al is dit waarschijnlijk eerder te verklaren door het voorbehoud dat België heeft gemaakt bij artikel 16 OESO.⁷³ Het voorbehoud van België is ingegeven vanuit een breed Belgisch directorsartikel. Vanuit dit brede Belgische directorsartikel heeft België dit voorbehoud bij artikel 16 OESO geformuleerd. Ook bepaalde auteurs bepleiten m.i. onterecht dat executive directors onder artikel 16 OESO vallen.⁷⁴ De kaarten liggen natuurlijk heel anders wanneer staten in hun algemene verdragspolitiek weerhouden hebben dat artikel 16 OESO zowel vaste als variabele vergoedingen beoogt. Een treffend voorbeeld hiervan is Nederland.⁷⁵ In deze ganse discussie dien ik vast te stellen dat sommige internationale rechtspraak het historische toepassingsbereik van artikel 16 OESO steeds consequent is blijven volgen. Zo bepaalde het Oostenrijkse Hooggerechtshof dat de ‘Verwaltungsratsmitglied’ niet onder artikel 16 OESO valt omdat er niet enkel superviserende maar tevens managementactiviteiten worden gevoerd.⁷⁶ Deze beslissing is niet zomaar het gevolg van het Oostenrijkse corporate governance model. Het Administrative Court van Oostenrijk weerhield wel degelijk een autonome betekenis van het begrip ‘director’ voor doeleinden van artikel 16 OESO.⁷⁷

In de ganse geschetste problematiek, zal het niet verwonderen dat er een verband bestaat tussen de interpretatie van artikel 16 OESO en de eigenheid van de vennootschapsrechtelijke samenstelling van boards in onderscheiden staten. Sommige staten kennen een monistisch stelsel⁷⁸ terwijl andere staten eerder een duaal bestuursstelsel kennen (opsplitsing toezichthoudend orgaan en managementorgaan).⁷⁹ Maar, zelfs staten die een duaal bestuursstelsel kennen – en dus enkel het toezichthoudend orgaan onder artikel 16 OESO laten ressorteren – gaan het toepassingsbereik van dit verdragsartikel soms uitbreiden. Zo bepaalt het belastingverdrag tussen Duitsland en Oostenrijk dat artikel

⁷² KOLB, A., LANG, M., LOUKOTA, H., WALDBURGER, R., WATERS, M., WOLFF, U., ‘Art. 14, art. 15 and art. 16 OECD Model Convention-Case studies’, *SWI* 2004, p. 1 e.v.

⁷³ België houdt zich bijvoorbeeld het recht voor om artikel 16 OESO eveneens toe te passen op directors die een dagdagelijkse operationele functie uitoefenen in een onderneming uitoefenen.

⁷⁴ TOIFL, ‘Besteuerung von Geschäftsführern. Vorständen und Aufsichtsräten’, in *Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen-30 Jahre Steuerrecht am der Wirtschaftsuniversität Wien*, Gasmner & Lang eds., Vienna: Orac, 1998, 399.

⁷⁵ Zie de Notitie ‘Algemeen fiscaal verdragsbeleid’, Kamerstuk 1987/88, 30 365, nr. 2, p. 21.

⁷⁶ VwGH 31 juli 1996, No 92/II3/0172.

⁷⁷ AIGNER, D. en VETTER, T., ‘Autonomous Interpretation of tax treaties? Administrative Court provides guidance’, *European Taxation* 1998, p. 95 e.v.

⁷⁸ In een monistisch stelsel is er slechts één bestuursorgaan. Voorbeelden van staten met een monistisch stelsel zijn België en Engeland.

⁷⁹ Voorbeelden van staten met een duaal bestuursstelsel zijn Nederland en Duitsland.

16 uitgebreid wordt naar managing directors.⁸⁰ Het belastingbeleid van Oostenrijk is zeker niet coherent te noemen inzake het toepassingsbereik van artikel 16 OESO. In het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Thailand heeft de Oostenrijkse Minister van Financiën verklaard dat een managing director geenszins onder artikel 16 OESO kan vallen hoewel het betrokken belastingverdrag daar wel in voorzagt.⁸¹

3.3. De rechtvaardiging en daaruit vloeiende heffingsbevoegdheid in artikel 16 OESO

3.3.1. Algemeen

Hierboven heb ik de historische verantwoording van artikel 16 OESO geanalyseerd en geschetst. De rechtvaardiging van artikel 16 OESO hangt nauw samen met de verdeling van de heffingsbevoegdheid in het verdragsartikel. Artikel 16 OESO gaat uit van toewijzing van heffingsbevoegdheid aan de vestigingsstaat van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed. De toewijzing van deze heffingsbevoegdheid wordt ingegeven vanuit het feit dat het soms moeilijk te achterhalen is waar directors hun activiteiten ontplooiën. In wat volgt ga ik onderzoeken of een apart artikel 16 OESO om die reden gerechtvaardigd is. Hiervoor hanteer ik de volgende systematiek. De analyse spitst zich toe op de vraag of de historische rechtvaardiging van artikel 16 OESO nog actueel is. Als deze rechtvaardiging nog actueel is, wordt onderzocht of de actualisering niet opgaat voor een bredere beroepscategorie, wetende de *executive* directors. In bevestigend geval zal aangeduid moeten worden hoe een executive director wordt gedefinieerd en waar de scheidingslijn kan getrokken worden met 'andere' managers. Daarna onderzoek ik in paragraaf 4 van dit eerste hoofdstuk of het principe van de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de vestiging staat nog steeds doorgang moet vinden. De ratio legis gaat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid namelijk vooraf aangezien de verdeling van de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO precies gesteund is op de ratio legis. Hierbij wordt aandacht geschonken aan het feit dat de heffingsbevoegdheid evengoed kan toegewezen worden aan de woonstaat van de director of de werkstaat (werkstaten) van de director. De samenhangende onderzoeksvragen in deel 3.3. luiden dan ook als volgt: is een apart artikel 16 OESO nog gerechtvaardigd gelet op een toetsing van een geactualiseerde ratio legis? Indien niet, wat is dan de aangewe-

⁸⁰ STEFANER, M.C., 'Die Behandlung von Aufsichtsrat und Verwaltungsrats Vergütungen nach art. 16 DBA Deutschland und DBA Schweiz', *SWI* 2004, 75; URTZ, C., 'Neues DBA Österreich-Deutschland: Sonderregelung für Geschäftsführervergütungen', *SWI*, 1999, 430.

⁸¹ BMF 21 juli 1997, Nr. 1116, *SWI* 1997, 430.

zen oplossing? En, leidt deze actualisatie ertoe dat de toewijzing van de hef-fingsbevoegdheid behouden moet blijven en zo ja, zijn daar dan nog verdere argumenten voor?

3.3.2. Ratio legis en actualisering

Artikel 16 OESO wordt historisch verantwoord vanuit de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar *non executive* directors hun bestuursactiviteiten ontplooiën.⁸² De OESO gaat er op het eerste zicht dus van uit dat deze filosofie niet opgaat voor executive directors. Volgens de OESO was het voor deze groep dus niet moeilijk om vast te stellen waar zij hun bestuursactiviteiten ontplooiën. Anders had deze categorie m.i. bij de introductie van het OESO-Modelverdrag 1963 onder het toepassingsgebied van artikel 16 geressorteed. Bovendien mag ook niet uit het oog worden verloren dat de OESO nooit expliciet heeft gezegd welke ‘directorsactiviteiten’ moeilijk te lokaliseren zijn. Als ik er dan van uitga dat het personeel toepassingsgebied van artikel 16 OESO gedomineerd wordt door het inkomstenbegrip, kan de ratio legis van artikel 16 OESO m.i. enkel opgaan voor non executive directors.⁸³ De redenering van PAMPERL luidende dat Working Party 2 (WP2) stelde dat het begrip ‘place of effective management’ hetzelfde betekent als ‘managed and controlled’⁸⁴, vind ik dan ook niet overtuigend. In de voorbereidende werkzaamheden die aanleiding gaven tot het OESO-Modelverdrag 1963 werden velerlei termen al eens door elkaar gebruikt. Hier consequenties aan verbinden is m.i. dan ook niet verantwoord. Bovendien ben ik het fundamenteel oneens met PAMPERL waar zij stelt dat ‘even in case one doubts that locating the place of work of managers was deemed problematic at the time of drafting the OECD Model, the wording of the OECD Commentary to art 16 does not restrict the scope of application of art 16 to activities that were difficult to locate at the time of drafting the OECD Model’. Het OESO-Commentaar op artikel 16 verduidelijkt dit inderdaad niet als wel het inkomstenbegrip van artikel 16 OESO dat spreekt over de term ‘fee’.

Teneinde te weten te komen of artikel 16 OESO vandaag nog gerechtvaardigd is, moet ik vooreerst te weten komen of het nog steeds moeilijk te achterhalen is waar (non executive) directors hun activiteiten ontplooiën. En verder kan men zich de vraag stellen of deze ratio legis dan ook niet opgaat voor andere catego-

⁸² OESO-Commentaar 16/1; Zie bijvoorbeeld ook VAN WEEGHEL, S., ‘*The improper use of tax treaties*’, Kluwer, 1998, p. 154.

⁸³ Contra: PAMPERL, E., ‘Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future’, IBFD, 2015, p. 52.

⁸⁴ AVERY JONES, J.F., ‘2008 OECD Model: place of effective management-what one can learn from the history’, *Bull. Int. Tax.* 2009, 63.

rieën van personen. Dit geldt *a fortiori* omdat m.i. de OESO – zoals reeds gezegd – ervan uitging dat het niet moeilijk was om vast te stellen waar executive directors hun activiteiten ontplooiën. Dat kan m.i. worden afgeleid uit het feit dat de OESO het begrip ‘place of effective management’ introduceerde ter vaststelling van de vestigingsplaats van een lichaam.⁸⁵ De OESO had klaarblijkelijk veel vertrouwen in het concept aangezien een louter formeel criterium werd afgewezen.⁸⁶

De OESO ging er in 1963 van uit dat het moeilijk vast te stellen was waar non executive directors de board meetings voorbereiden, op welke plaatsen en met wie zij daarover overleg plegen, ... Het internationale karakter van deze werkzaamheden is daar niet vreemd aan. Uit tal van studies blijkt vooreerst dat vanwege de verdere internationalisering en globalisering van lichamen, de belangstelling en aanstelling van buitenlandse non executive directors nog is toegenomen.⁸⁷ Recentere studies beamen deze visie alleen maar. Zo stelt PEIJ een trend vast van verdere internationalisering van bestuur en toezicht. Inmiddels heeft bijvoorbeeld – na een piek in 2008 van rond de 60% – bijna de helft van de leden van het bestuur en van de raad van commissarissen van de AEX-vennootschappen een niet-Nederlandse nationaliteit. Van de buitenlandse bestuurders had in 2007 een groep van 41% een niet-Nederlandse nationaliteit. Bij de commissarissen was dat 42%. In 1999 had van het bestuur nog maar een derde een niet-Nederlandse nationaliteit en van de raad van commissarissen nog maar een kwart.⁸⁸ Dat deze cijfers meer dan actueel zijn, blijkt uit een recente studie van Hay Group.⁸⁹ Hieruit blijkt bijvoorbeeld dat de bestuursraden van de Belgische beursgenoteerde bedrijven bijzonder internationaal zijn. Ook werd vastgesteld dat slechts 44 procent van de bestuurders bij Belgische bedrijven ook de Belgische nationaliteit heeft. Daarnaast komt 46 procent uit andere staten van de EU, terwijl 10 procent een origine in andere regio's heeft. België kent met die verhouding de meest internationale samenstelling van de bestuursraden. Naast België wordt ook in Zwitserland een meerderheid aan buitenlandse directors opgetekend. Daarna volgen Nederland, Groot-Brittannië en Zweden. De Europese mediaan vermeldt 35 procent buitenlandse bestuurders. Helemaal aan het andere uiterste van het spectrum bevindt zich Spanje met

⁸⁵ BURGERS, I.J.J., ‘Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaty purposes’, *Intertax* 2007, p. 378.

⁸⁶ OESO - Commentaar 1977-2005 bij artikel 4/Par. 22.

⁸⁷ GOODIJK, R., ‘OR en Raad van Commissarissen’, Kluwer, 2001, 178 p.

⁸⁸ PEIJ, S., ‘De one tier board: waarom wel en waarom niet?’, *Finance & Control*, Augustus 2010, p. 39.

⁸⁹ Deze cijfers komen uit het rapport: ‘Non executive directors in Europe 2013’, december 2013.

amper 2 procent buitenlandse bestuurders, vooraf gegaan door Italië en Oostenrijk. Ook Duitsland telt slechts iets meer dan 20 procent buitenlandse bestuurders.

Het digitale tijdperk zoveel jaren later heeft het vraagstuk naar de aanduiding van de plaats van tewerkstelling voor non executive directors m.i. ook niet vergemakkelijkt. Bedrijven lijken stilaan dan ook vertrouwd te raken met de technologie om hun board meetings virtueel te houden.⁹⁰ Meer nog, het lijkt een succesvolle business te zijn om steeds verder te gaan in de ontwikkeling van technologie om de digitale boardmeetings te faciliteren. Het is dan ook een onmiskenbare evolutie dat de boardmeetings verder online zullen gaan en het gebruik van interactieve, mobiele en sociale netwerken verder zal evolueren.⁹¹ Internet gaat een steeds belangrijker plaats innemen voor de organisatie van boardmeetings. Sommige staten hebben de mogelijkheid van een digitale boardmeeting trouwens ingeschreven in het wetboek vennootschapsrecht of in corporate governance codes.⁹²

Het digitaliseren van boardmeetings heeft trouwens diverse voordelen. Een belangrijk voordeel is de reductie van de kostprijs voor het houden van de meetings. Men mag inderdaad niet uit het oog verliezen dat het bedrijf vaak de kostprijs van het transport van de directors op zich neemt. Bij grotere bedrijven wordt er vaak beroep gedaan op een beveiligingsfirma om boardmeetings te organiseren. Deze kostprijs kan door de digitalisering fors herleid worden.⁹³ Deze reductie van de kostprijs kan tevens met zich brengen dat een grotere participatie aan besluitvorming mogelijk wordt.⁹⁴ Een ander positief argument dat geregeld wordt opgeworpen is de flexibiliteit. Ten opzichte van meetings waar fysieke aanwezigheid vereist is, kan een digitale boardmeeting makkelijk en veelvuldiger worden georganiseerd.⁹⁵ Finaal zal het bedrijf natuurlijk zelf beoordelen of een virtuele boardmeeting gewenst is. Immers, het is niet uitgesloten dat een bedrijf de mening toegedaan is dat een digitale meeting niet de-

⁹⁰ Matt PERKINS, 'No assembly required', *Directorship* April/May 2008, p. 42

⁹¹ TWENTYMAN, J., 'Hello digital boardroom', *Director*, June 2009, p. 35.

⁹² Te denken valt aan België in de Code DAEMS. Voor verdere literatuur, zie H. Laga, 'Kan de raad van bestuur geldig beslissen zonder effectief bijeen te komen?' *TRV* 1992, 340

⁹³ DAVIS, A.W., BEATTIE, M.F., NILSSEN, A.H., 'Rich media conferencing, Vol. 2, 2004, Enterprise Group and personal videoconferencing clients, Report RP-RMC04-V2, Wainhouse Research, Brookline, MA.

⁹⁴ CAMPBELL, J.A., 'Participation in videoconferenced meetings: user disposition and meeting context', *Inform Management* 34, 329-338.

⁹⁵ STEWART, D., 'The virtual annual meeting', *Corporate Governance Advisor*, Wolters Kluwer Law & Business, May/June 2010, Vol. 18, Nr. 3, p. 1 e.v.

zelfde atmosfeer met zich brengt als een meeting georganiseerd via het web of via videoconferentie.

Uit de geschetste literatuur kan men dus twee vaststellingen afleiden: de verdere internationalisering van non executive directors en het feit dat het digitale tijdperk zijn intrede heeft gedaan in de boardmeetings. Dit maakt dat het naar de toekomst toe niet evident zal zijn de positie van vele non executive directors te lokaliseren. Op het ogenblik van de board meeting (al dan niet via videoconferentie) kan de director zich namelijk in een hotel begeven, in een vliegtuig, op een vakantiebestemming, ...

Men zou desgevallend nog de mening kunnen zijn toegedaan dat virtuele boardmeetings enkel worden gehouden in mno's hoewel men kleine en middelgrote lichamen er niet moet van verdenken de digitalisering te ontwijken. Wat betreft het mkb, kan echter een andere ontwikkeling worden vastgesteld. Uit de literatuur⁹⁶ kan namelijk worden geconcludeerd dat mkb's veelvuldiger beroep beginnen te doen op onafhankelijke directors. Uit dezelfde literatuur kan afgeleid worden dat er daarbij sprake is van een internationalisatie van de aanstelling van deze directors.⁹⁷ Deze internationalisatie heeft diverse redenen. Zo plannen meer en meer mkb's om vestigingen in het buitenland te openen of kapitaal op te halen bij buitenlandse investeerders. In dat geval kan het aangegeven zijn een director op te nemen die de werking van de betreffende staat goed kent. Ook ontwikkelt zich een trend in staten met minder ontwikkelde governance systemen om buitenlandse directors te coöpteren teneinde een board te professionaliseren. Door deze verdere internationalisering is er binnen het mkb tevens sprake van een moeilijke vaststelling van de locatie waar de director zijn activiteiten uitoefent.

De trend naar de digitalisering van boardmeetings en internationalisering van onafhankelijke directors brengt m.i. dan ook met zich dat de ratio legis van artikel 16 OESO nog steeds actueel is. Meer nog. Ik zou durven stellen dat het vandaag nog moeilijker is geworden om na te gaan waar een non executive director precies zijn activiteiten ontplooit.

⁹⁶ ALEXANDER, L. en ESSER, S., 'Globalizing the board of directors', Conference Board, 1999, 34 p.

⁹⁷ De internationalisering van directors is trouwens ook een feit voor mno's. Zie bijvoorbeeld PEIJ, S., 'De one tier board', *Finance & Control*, Augustus 2010, 38.

3.3.3. Doortrekken rechtvaardiging naar executive directors⁹⁸?

3.3.3.1. Ten geleide

Artikel 16 OESO gaat er m.i. historisch van uit dat het niet evident is om de werkplaats van een non executive director vast te stellen. Hiermee geeft de OESO-volgens mij en andere auteurs - aan dat het makkelijker is om de werkplaats van een executive director vast te stellen.⁹⁹ In het OESO-Modelverdrag kan men daar ook voorbeelden van terugvinden, te weten artikel 4 (3) OESO. Dit verdragsartikel handelt weliswaar over de 'place of effective management' ter bepaling van het inwonerschap (vestigingsplaats) van een lichaam en heeft in dat opzicht niets te maken met artikel 16 OESO. Uit het bestaan van artikel 4 (3) OESO leer ik nochtans dat de OESO er *a priori* van uitging dat het niet moeilijk is om uit te maken waar een effectief management van een lichaam wordt gevoerd. Zo niet, had artikel 4(3) OESO geen bestaansreden. Het leek eerder problematisch dat de OESO Working Party geen besef had van het feit dat de begrippen 'managed and controlled'¹⁰⁰ – zoals die reeds voorkwamen in de UK-belastingverdragen – reeds problematisch in te vullen waren vanaf 1876.¹⁰¹ Een beknopte analyse van dit verdragsartikel dringt zich thans op om na te kijken of de visie van de OESO nog steeds opgaat. Wat betreft artikel 4 (3) OESO ga ik niet in op het inwonerschap (vestigingsplaats)¹⁰² van een lichaam maar beperk ik mij tot een analyse van het begrip 'place of effective management'.

Voorerst start ik met een analyse van het begrip 'place of effective management'. Het OESO-Modelverdrag vult het begrip zelf niet in. Wel voorziet paragraaf 24 van het commentaar op artikel 4, derde lid OESO in een omschrijving van het begrip *place of effective management*. Het commentaar omschrijft het begrip als 'the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made'. Het gaat dus om de plaats waar de leidinggevende taak¹⁰³ van het li-

⁹⁸ Voor een invulling van het begrip executive director, zie punt 2.3.3.3.

⁹⁹ PROKISCH, R., 'Directors' fees', in *Source versus Residence: problems arising from allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Kluwer, 2008, p. 231.

¹⁰⁰ Als voorloper van het begrip 'place of effective management'

¹⁰¹ AVERY JONES, J.F., '2008 OECD Model: Place of Effective Management-What one Can Learn from the History', *Bulletin for International Taxation* 2009, p. 184.

¹⁰² Dit komt namelijk aan bod bij het onderzoek naar het lichaam binnen artikel 16 OESO.

¹⁰³ Hierbij gaat het om de hoofdleiding. Wie de dagelijkse leiding in handen heeft is niet van belang. Nochtans is het begrip 'hoofdleiding' niet meteen afgelijnd gedefinieerd. BURGERS omschrijft het bijvoorbeeld als het nemen van de kernbeslissingen met betrekking tot investeringen en financiering, het nemen van de eerste stap in de keten van het geven van instructie aan de binnen de vennootschap werkzame personen en om het dragen van eindverantwoordelijkheid (BURGERS, I.J.J., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, SDU, Zevende druk, Den Haag, 2013, punt 4.2.4.3.2). Dit is ontleend aan de Nederlandse jurisprudentie; BNB 2006/79 en BNB 2012/126.

chaam wordt uitgeoefend. Dat is niet noodzakelijk de plaats waar het formele bestuursorgaan is gesitueerd. Er bestaat een verschil in interpretatie van het concept en dat is vaak te wijten aan de verschillende boardsystemen die staten kennen.¹⁰⁴ In de civil law-staten, zoals bijvoorbeeld Duitsland, Oostenrijk, Frankrijk¹⁰⁵ of Italië, kent men de two-tier-board structuur, samengesteld uit een supervisory board en een managementboard. In common law-staten is er historisch een one tier-model. In deze staten is men meer gericht op het day-to-day-management. In de UK wordt belang gehecht aan de locatie van het centraal management.¹⁰⁶ In Australië is de place of management gesitueerd waar het centrale management zich bevindt en waar de controle wordt uitgevoerd. Hiervoor wordt gekeken naar de plaats waar de meerderheid van de board meetings wordt gehouden. In Oostenrijk gaat het om de plaats waar de feitelijke managing director permanent aanwezig is teneinde de relevante ondernemingsbeslissingen te nemen. In Canada wordt tevens verwezen naar de plaats waar de boardleden elkaar ontmoeten en beslissingen nemen. In Duitsland wordt veel belang gehecht aan het centrum waar het senior management is gelokaliseerd al blijft het vaak toch casuïstiek.¹⁰⁷ In Zuid-Afrika gaat het om de plaats waar het lichaam wordt gestuurd vanuit een day-to-day-gedachte.¹⁰⁸

Uit de geschiedenis van de belastingverdragen kan men ontwaren dat men zich moet hoeden voor twee ongenueanceerde visies omtrent de vaststelling van deze plaats. Vooreerst kan men geen al te formalistische visie erop nahouden in deze, bijvoorbeeld indien men zich zou laten leiden door statuten of notulen. Anderzijds is het zeker niet steeds zo dat de plaats van werkelijke leiding samenvalt met de woonplaats van de leidinggevende persoon. Het gaat enkel en alleen om de plaats waar de leiding door deze persoon wordt *uitgeoefend*. En precies de lokalisatie van deze ‘uitoefening’ van een leidinggevende taak is moeilijk vast te stellen. Immers, voor sommige internationaal gerichte lichamen zal deze zetel van werkelijke leiding soms zeer moeilijk aan te wijzen zijn; sommige lichamen hebben eigenlijk hun zetel in de auto-met-telefoon van de bestuurders, die er

¹⁰⁴ PÖTGENS, F.P.G. e.a., ‘The Impact of a Corporate Governance System on the Place of Effective Management Concept in Spain, France, the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Italy-Part 1’, *European Taxation* 2014/9.

¹⁰⁵ Traditioneel kent Frankrijk wel een one tier boardstructuur maar voorziet in de meeste situaties in een two tier boardsysteem. Voor een goed overzicht, zie PÖTGENS, F.P.G. e.a., ‘The Impact of a Corporate Governance System on the Place of Effective Management Concept in Spain, France, the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Italy-Part 1’, *European Taxation* 2014/9.

¹⁰⁶ PÖTGENS, F.P.G. e.a., ‘The Impact of a Corporate Governance System on the Place of Effective Management Concept in Spain, France, the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Italy-Part 1’, *European Taxation* 2014/9.

¹⁰⁷ BFH 3 juli 1997, IV R 58/95; BFH 23 januari 1991, I R 22/90

¹⁰⁸ SARS Binding Private Ruling 148

vaak veel tijd in doorbrengen, en daar overleggen met de verschillende uitbatingsetels, en nu eens hier, dan weer daar vergaderen en bestuurs-beslissingen nemen. Dat verklaart m.i. ook waarom rechtbanken vaak teruggrijpen naar verschillende criteria om de place of effective management te bepalen. Zo haal ik bijvoorbeeld Spanje aan. Eerst werd het begrip the place of effective management formeel ingevuld (plaats waar de vergaderingen van het managementorgaan werden gehouden).¹⁰⁹Vervolgens hechtte de Spaanse rechtspraak dan weer belang aan de plaats waar de menselijke en materiële bronnen zich bevonden.¹¹⁰ M.b.t. Spanje heeft PÖTGENS trouwens gesteld dat ‘In the authors’ view, the Spanish tax authorities usually ‘customize’ their approach, i.e. applying either a formal or a finality-based approach, depending on the specific circumstances of the case examined’.¹¹¹ In Frankrijk zal soms dan weer eerder teruggegrepen worden naar de plaats waar key-strategische beslissingen worden genomen.¹¹²Andere Franse uitspraken maken dan weer melding van de plaats waar de boardmeeting worden voorbereid.¹¹³

Het moet wel steeds om bestuurs- beslissingen gaan. En dat is meer dan enkel ‘uitvoeren’ en meer dan ‘dagelijks bestuur’. Het gaat niet enkel om de leiding van de dagelijkse gang van zaken, het bestuur zal ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen en beleid uitstippelen.¹¹⁴ Volgens SLAGTER behelst het besturen van een lichaam het voorbereiden en uitvoeren van het ondernemingsbeleid, het beheren van vermogen, diverse intern-organisatorische taken, de uitvoering van besluiten van andere instanties en de vertegenwoordiging in en buiten rechte.¹¹⁵ Het gaat dus niet om de leiding van een enkele activiteit. Voorts is gesteld dat het bestuur initiatieven moet nemen en moet vooruitzien.¹¹⁶ Taken die volgens mij qua lokalisatie moeilijk toewijsbaar zijn.

¹⁰⁹ ES:NC, 21 april 2005, RcA 531/2002; ES:NC, 27 februari 2014, RcA 108/2011.

¹¹⁰ ES: Court of Justice of the Basque country, 28 april 2006, RcA 761/2004.

¹¹¹ PÖTGENS, F.P.G. e.a., ‘The Impact of a Corporate Governance System on the Place of Effective Management Concept in Spain, France, the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Italy-Part I’, *European Taxation* 2014/9, 3.2.4.

¹¹² FR:CE, 16 april 2012, n° 323592

¹¹³ Versailles Administrative Court of Appeal, 15 maart 2011, n° 09VE00366; Nantes Administrative Court of Appeal, 11 juni 2008, n° 06-1437.

¹¹⁴ MENDEL, M.M., ‘Hoofdzaken NV en BV’, derde druk, Kluwer, Deventer, 2002, p. 56; MENDEL, M.M. en OOSTWOUDE, W.J., ‘Hoofdzaken NV en BV’, Kluwer, deventer, 2007, p. 54 e.v.

¹¹⁵ SLAGTER, W.J., ‘Compendium van het ondernemingsrecht’, zevende druk, Kluwer, Deventer, 1996, p. 243; SLAGTER, W.J., ‘Ondernemingsrecht’, achtste druk, Kluwer, Deventer, 2005, p. 313;

¹¹⁶ MAEIJER, J.M.M., ‘Vertegenwoordiging en rechtspersoon’, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000, p. 380.

Dat de zaak niet vrij van discussie is, blijkt eveneens uit de OESO Public Discussion Draft 2003.¹¹⁷ In die draft staat o.m. dat als plaats waar een beslissing genomen wordt, in tegenstelling tot de plaats waar ze alleen maar goedgekeurd wordt, men moet letten op de plaats waar advies over aanbevelingen of opties wordt overwogen, en waar de beslissingen uiteindelijk ontwikkeld werden: 'the place where advice on recommendations or options relating to the decision were considered and where the decisions were ultimately developed'.

Uit de geschiedenis van artikel 4(3) OESO kan men dus al leren dat het voor- eerst zeer onduidelijk is *wat* precies ressorteert onder het begrip 'place of effective management'. En voorts is het erg onduidelijk *welke* personen dan invulling kunnen geven aan het concept, een fenomeen dat later nog wordt geanalyseerd. Welk management wordt precies bedoeld indien men verwijst naar het concept? Gaat het om een superviserend management zoals we dat kennen in Amerikaanse of Britse bedrijven? Is het eerder een uitvoerend management zoals we dat vaak kennen in Europese staten (management board)? Of zijn het leden die gemeenzaam als senior management kunnen aangeduid worden? Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in Duitsland waar beslist is dat 'the place of effective management' gelokaliseerd is waar het centrum van het senior management zich bevindt.¹¹⁸ In het algemeen wordt hieronder de personen begrepen die in het dagelijkse management het lichaam kunnen vertegenwoordigen. Het gaat vaak om de managing directors.¹¹⁹

Het volstaat te verwijzen naar de geschiedenis van het concept 'place of effective management' om te begrijpen dat er nooit consensus is geweest over dit issue.¹²⁰

Uit hierboven volgt dat – niettegenstaande de oorspronkelijke visie van de OESO – het dus helemaal niet zo eenvoudig is om te lokaliseren waar uitvoerende directors hun activiteiten ontplooiën.

3.3.3.2. Internationalisering en gevolgen voor executive directors

Hierboven werd gesteld dat het niet eenvoudig is om aan te duiden wat onder het begrip 'place of effective management' valt. Dit doet mij komen tot een

¹¹⁷ OECD Discussion Draft 2003, 'Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention'.

¹¹⁸ DE: General Tax Code (Abgabeordnung-AO), sec. 10

¹¹⁹ BFH 19 maart 2002, I R 15/01; BFH 16 december 1998, I R 138/98; BFH 3 juli 1997, IV R 58/95.

¹²⁰ SASSEVILLE, J., 'The meaning of place of effective management', in *Residence of Companies under tax treaties and EC-law*, IBFD, 2009, p. 299.

diepgaandere analyse van de volgende vraag dewelke hierboven reeds rudimentair werd behandeld: is het vandaag nog makkelijk om vast te stellen waar *executive* directors hun activiteiten ontwikkelen? Die vraag dringt zich op voor de gewone director (niet zijnde een commissaris) alsook voor de topmanager. Volgens sommige auteurs zal dit in de meeste gevallen, zeker in de gevallen waar de zelfstandigheid van het bestuursorgaan voor geen enkele twijfel vatbaar is, in de praktijk van alle dagen geen moeilijkheden opleveren.¹²¹ Dat durf ik ernstig te betwijfelen en wel om de volgende redenen.

Vooreerst kan gesteld worden dat er zich een duidelijke trend voordoet richting internationalisering van de raden van bestuur. Ik besprak reeds dat dit het geval was voor non executive directors, maar is eveneens waar voor executive directors en topmanagers. Deze verdere internationalisering blijkt ten andere ook uit studies (zie hierna). De internationale achtergrond van de raad van bestuur krijgt daarin, zowel in Europa als in de Verenigde Staten, trouwens steeds meer aandacht. Zo wordt gewezen op zelfs een groeiende internationale samenstelling van de raad van bestuur. Het aantal, dat non-nationals in hun raad van bestuur had, is tussen 1995 en 1998 opgeklommen van 39% naar 60%. De vraag of er verschillen zijn naargelang de aard van het lichaam, leverde interessante conclusies op: het is niet de omvang van het lichaam die daarbij een significant verschil maakt, maar wel de sector waartoe het lichaam behoort.¹²² Men kan er van uitgaan dat deze internationale samenstelling van raden van bestuur van invloed is op de lokalisatie van bestuursbesluiten en deze complexer maakt.

Executive directors en topmanagers van publieke en private lichamen, worden ook steeds vaker gevraagd een visie te hebben op de toekomst van hun organisatie in het licht van de globalisering. Dat is niet alleen zo voor mno's. Ook veel mkb's staan voor de uitdaging van de internationalisering. Tal van studies tonen aan dat de trend tot internationalisering is toegenomen binnen het mkb.¹²³ Dit vindt zijn oorsprong in politieke, economische en technologische ontwikkelingen. Het een en het ander is het gevolg van de verregaande liberalisering van de wereldhandel en de verdere integratie van de Europese markt. Hieruit blijkt dat het thans kenmerkend is dat mkb-bedrijven betrokken zijn bij diverse internati-

¹²¹ Zie in deze zin bijvoorbeeld advocaat-generaal J. Verburg in onderdeel 3 van zijn conclusie voor HR 27 april 1988, *B.N.B.* 1988/181.

¹²² Alexander, L. en ESSER, S.U., '*Globalizing the Board of Directors: Trends and Strategies*', The Conference Board, Research Report, 1242-99-RR.

¹²³ FLETCHER, R., 'A holistic approach to internationalisation', *International Business Review* 10, 2011, 25-49; GANKEMA, H.G.J., SNUIF, H.R. en VAN DIJKEN K.A., 'The internationalization Process of Small and Medium Sized Enterprises: an Evaluation of the Stage Theory', in *Entrepreneurship and SME Research: on it's way to the next millennium*, 1997, 185-199.

onale activiteiten. Deze buitenlandse activiteiten gaan vaak gepaard met buitenlandse investeringen en de oprichting van nieuwe vennootschappen of samenwerkingsverbanden.¹²⁴ Hierin nemen ze volgens studies vaak een voorbeeld aan mno's.

Het hoeft natuurlijk geen betoog dat de verdere internationalisering van lichamen moet gemanaged worden.¹²⁵ Binnen mno's zullen de uitvoerende directors vaak controle- en managementfuncties bekleden waarbij ze naar buitenlandse vestigingen worden gestuurd door het headquarter. Wat het mkb betreft, blijkt dat directors die al ervaring hebben, alsook kennis en vaardigheden om een lichaam mee te besturen, ook vaak zelf de buitenlandse entiteiten exploiteren en leiden.¹²⁶ Zij zullen hun tijd dan ook vaak verdelen over nationale en internationale lichamen waarbij het niet altijd duidelijk is op welke plek zij werkzaam zijn en voor welke entiteit. Dit is volgens mij moeilijk te vatten in contracten. In een mkb-context is het internationaliseringproces eens zo complex door het feit dat het mkb per definitie een lichaam van bescheiden omvang is waar de beslissings- en controle macht vaak geconcentreerd is in handen van slechts één of slechts enkele – vaak familie gerelateerde bedrijfsleiders hetgeen leidt tot veelal informele beheerspraktijken. Bovendien blijkt ook dat heel wat mkb's in het buitenland actief zijn zonder aldaar een vestiging te openen. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om joint ventures die ook moeten worden aangestuurd.¹²⁷ De betrokkenheid van het bestuur bij deze verdere internationalisering staat buiten kijf.¹²⁸ Deze verregaande internationalisering van mkb's doet niet alleen vragen rijzen naar een eventuele aanwezigheid van een vaste inrichting in een andere staat. Het doet ook vragen rijzen naar de lokalisatie van bestuursbeslissingen, zeker wanneer de tijd wordt verdeeld over verschillende staten.

De visie van de OESO luidende dat het voor executive directors makkelijker vast te stellen is waar zij hun activiteiten uitoefenen, is m.i. derhalve grotendeels

¹²⁴ HESSELS, S.J.A., OVERWEEL, M.J. en PRINCE, Y.M., 'Internationalisering van het Nederlandse MKB, bestaande en gewenste inzichten', EIM, Zoetermeer, 2005; HESSELS, S.J.A. en PRINCE, Y.M., 'Internationale vergelijking internationalisering MKB', EIM, Zoetermeer, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Den Haag, 2005.

¹²⁵ Zie het gezamenlijk Rapport van de OESO-APEC inzake 'Removing barriers to SME access to international markets', Wereldconferentie van de OESO-APEC, 6-8 november 2006, Athene, Griekenland; Europese Commissie, 'Ondersteuning van de internationalisering van kmo's', 2014, 64 p.

¹²⁶ HESSELS, S.J.A., 'International Entrepreneurship: Value Creation Across National Borders', Proefschrift, Erasmus Research Institute of Management (ERIM), Erasmus University Rotterdam, Rotterdam, 2008.

¹²⁷ VAN ESSEN, C. en BHANSING, P., 'Internationale samenwerking door het Nederlandse MKB', EIM, Zoetermeer, 2009

¹²⁸ RUIS, A. en GIBCUS, P., 'MKB heeft internationale handelsgeest', EIM, Zoetermeer, 2010.

achterhaald te noemen. Uitgaande van louter de ratio legis van artikel 16 OESO, is het m.i. dus gerechtvaardigd om tevens executive directors (bestuurders, topmanagers, ...) onder artikel 16 OESO te plaatsen, ook al valt deze categorie van directors mijns inziens historisch niet onder artikel 16 OESO. Sommige belastingverdragen hebben het toepassingsgebied van artikel 16 van het betrokken verdrag trouwens al uitgebreid naar managers.¹²⁹ Zo is er ook een expliciete bepaling opgenomen in het belastingverdrag tussen Denemarken en Pakistan waarbij topmanagers bij wijze van uitbreiding onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen. Bij dit belastingverdrag is er trouwens een protocol gesloten waarin bepaald werd wie precies wordt bedoeld met deze toplevel managers. Het gaat *in casu* om een gelimiteerde groep die eersterangs verantwoordelijkheid draagt m.b.t. het algemene beleid van het lichaam.¹³⁰ Een zelfde vaststelling geldt voor het belastingverdrag tussen Turkije en Pakistan waar artikel 16 de volgende titel draagt: 'Directors' fees and remuneration of top-level managerial officials'. Ook het belastingverdrag tussen Duitsland en Oostenrijk voorziet bijvoorbeeld in een uitbreiding van artikel 16 naar CEO's. Sommige belastingverdragen spreken dan weer van 'directiefuncties op hoog niveau'. Dat is met name het geval voor het belastingverdrag tussen België en Marokko.¹³¹

3.3.3.3. Onderscheidingscriteria managers en top level managers

Hierboven heb ik reeds aangegeven dat artikel 16 OESO mijns inziens historisch alleen non executive directors beoogt. Ik heb er echter voor gepleit om ook executive directors *de lege ferenda* onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen hetgeen bij een woordelijke lezing van artikel 16 OESO problematisch kan zijn.¹³² Mijn visie is in hoofdzaak gebaseerd op een update van de ratio legis van het verdragsartikel. Met executive directors worden *de facto* twee groepen beoogd: de statutaire en de titulaire director. De eerste categorie handelt om de zgn. formele directors. De tweede categorie handelt over de topmanagers die vaak worden aangesteld door bedrijven. Wat betreft de eerste categorie wordt er geen definitie gegeven in het OESO-Modelverdrag. Dit impliceert dat beroep gedaan moet worden op artikel 3 §2 OESO tenzij een autonome verdragsinterpretatie wordt nagestreefd. Sommige belastingverdragen voorzien daarentegen wel expliciet in een definitie van het begrip 'director'.¹³³ Aangezien een fiscale definitie vaak zal ontbreken, wordt geregeld teruggegrepen naar het

¹²⁹ Zie bijvoorbeeld het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Duitsland

¹³⁰ Protocol bij het belastingverdrag tussen Denemarken en Pakistan, 1987, lit f.

¹³¹ LOWAGIE, G., 'Nieuw belastingverdrag met Marokko', *Fiscoloog Internationaal* 304, p. 5.

¹³² Het moet namelijk gaan om een 'member of the board of directors'.

¹³³ PÖTGENS, F.P.G., 'Hoge Raad verduidelijkt begrip bestuurder onder belastingverdragen', *I.B.B.* 2000/4, p. 20.

burgerlijk recht.¹³⁴ Veel belastingverdragen hanteren een gelijkaardig formeel criterium voor de invulling van het begrip ‘director’.¹³⁵ Dit zal in hoofdzaak vaak te wijten zijn aan het feit dat artikel 16 OESO vereist dat men lid moet zijn van een board. Nochtans is het m.i. beperkend om (de lege ferenda) aan het begrip ‘director’ een formele invulling te geven.¹³⁶ Dat is de reden dat sommige auteurs ook een tweede categorie¹³⁷ onder de term ‘directors’ gaan plaatsen: de titulaire directors.¹³⁸ Vaak gaan topmanagers dan ook leidinggevende functies bekleden binnen lichamen, al dan niet met een formele aanstelling tot director.

Zowel de formele als de titulaire director behoren m.i. *de lege ferenda* onder artikel 16 OESO te vallen, dit alles volgens een autonome verdragsinterpretatie. Dat werd hierboven reeds bepleit. Het kan echter niet de bedoeling zijn om iedereen die een managementpositie heeft in een lichaam onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Artikel 16 OESO is vanaf zijn lancering namelijk een eigen bepaling met een eigen betekenis en bedoeling. Er bestaat echter geen consensus over het begrip ‘manager’ hetgeen problematisch kan worden en verder wel een autonome verdragsinterpretatie rechtvaardigt. Zo zal de term ‘manager’ in Europa vaak worden gebruikt voor een persoon met een leidinggevende functie. Echter, in de Verenigde Staten zal als een manager aangemerkt worden iedereen die verantwoordelijk is voor ten minste één andere persoon, zonder rekening te houden met het feit of deze manager een leidinggevende taak is toegewezen.¹³⁹ In wat volgt, ga ik onderscheidingscriteria na om op die manier de categorie van managers aan te geven die m.i. onder artikel 16 OESO behoren te vallen.

Bepaalde auteurs – die zich voorzichtig voorstander hebben verklaard van een uitbreiding van de actieradius van artikel 16 OESO-zijn van mening dat het niet eenvoudig is om een objectief criterium naar voren te schuiven hetwelk een manager van een top level manager (executive director) onderscheidt.¹⁴⁰ Om die reden concludeert PROKISCH dan ook dat ‘Conclusively, it seems to me not

¹³⁴ Voor een toepassing in Nederland, zie bijvoorbeeld HR 26 augustus 1981, *B.N.B.* 1981/307c* en HR 22 december 1999, *B.N.B.* 2000/94* met noot van J.W. ZWEMMER.

¹³⁵ Ik verwijs naar vele belastingverdragen die zijn afgesloten door Duitsland en Oostenrijk.

¹³⁶ BELLAN, D.V., ‘*Individuals income under double taxation conventions*’, Doctoraal Proefschrift, Sao Paulo, 2008, p. 82. Deze auteur heeft zich voorstander verklaard van een formeel criterium.

¹³⁷ Natuurlijk benevens de non executive directors

¹³⁸ BERGMANN, A., ‘Directors’ fees and remuneration of top level managerial officials under article 16 UN Model Convention’, *Series on International Tax Law*, Prof. Dr. M. Lang (ed), Linde, p. 240.

¹³⁹ SUTTER/BURGSTALLER, ‘Der manager in DBA-recht’, in Gassner et al. (ed) *Arbeitnehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen* (2003), p. 51.

¹⁴⁰ PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Michael Lang & Pasquale Pistone (eds.), p. 234.

advisable to expand the scope of Article 16 OECD Model to managers or executives'. Sommige auteurs gaan overigens nog een stap verder en stellen mijns inziens ten onrechte dat 'No common understanding of director is possible due to the different legal backgrounds of the drafters of the OECD Model'.¹⁴¹ M.i. zijn er echter wel degelijk onderscheidingscriteria om de 'gewone' manager te onderscheiden van de top level manager. Hierna zet ik die uiteen.

Voorts is het nog voor andere redenen van belang om een dergelijk onderscheid te kunnen maken tussen 'gewone' managers en top level managers. Immers, binnen lichamen bestaat een veelheid aan mogelijkheden waarop die organisatorisch worden gemanaged. In hoofdorde bestaan er twee grote theorieën, te weten, centralisatie en decentralisatie. Wanneer alle beslissingsbevoegdheid geconcentreerd is in één punt, noemen we de structuur gecentraliseerd. Wanneer deze bevoegdheid over een groot aantal mensen is verdeeld, spreken we van een gedecentraliseerde organisatiestructuur.¹⁴² In de literatuur wordt aangegeven dat de organisatiestructuren in lichamen doorheen de jaren drastisch is gewijzigd.¹⁴³ Er wordt melding van gemaakt dat functies worden bij gecreëerd teneinde de *span of control* van de bedrijfsleiding te vergroten.¹⁴⁴ Op die manier worden heel wat managementfuncties uitgevonden. Het gaat bijvoorbeeld om business managers, divisie managers, groep managers, etc. Niet alleen omwille van de veelheid aan managementfuncties die uitgevonden worden, is het van belang om deze te onderscheiden van top level managers. Tevens moet artikel 16 OESO een helder antwoord kunnen bieden op de vele organisatiestructuren die bestaan in lichamen. Dat kan enkel door transparante criteria naar voren te schuiven voor de invulling van het begrip 'high level manager'.

¹⁴¹ VOGEL, K., 'Double Taxation Conventions', Kluwer, 1997, 74; In de versie van 2015 wordt er gewezen op de verschillen in de invulling van het begrip 'board of directors'. VOGEL, K., 'Klaus Vogel on Double Taxation Conventions', Kluwer, 2015, p. 1232.

¹⁴² MINTZBERG, H., 'Organisatiestructuren', 2006, Pearson Benelux, p. 97.

¹⁴³ RAJAN, R. en WULF, J., 'The flattening firm: evidence from panel data on the changing nature of corporate hierarchies', *Review of Economics and Statistics*, 2006, p. 759-773; GUADALUPE, M. en WULF, J., 'Who lives in the C-suite? Organizational Structure and the division of labor in top management', *Working Paper*, 2011.

¹⁴⁴ WULF, J., *The flattened Firm*, Harvard Business School, Working Paper, 2012, p. 4.

(a) Strategiebepaling¹⁴⁵

De topmanagers onderscheiden zich m.i. vooreerst van andere managers door hun deelname aan de strategiebepaling van een lichaam.¹⁴⁶ Dit top level management zal ook rechtstreeks verantwoording dienen af te leggen aan de eigenaars van het lichaam. In Duitsland noemt men dit ‘Kontrollunterworfenheit’.¹⁴⁷ Ook zijn de topmanagers – dit in tegenstelling tot andere managers – onderworpen aan het zgn. ondernemingsrisico. Ze werken als het ware voor eigen rekening en worden afgerekend op globale bedrijfsresultaten. ‘Gewone’ managers worden vaak enkel afgerekend op prestaties die gelieerd zijn aan specifieke bedrijfsonderdelen. Deze visie was bepaalde auteurs ook al opgevallen. Zo stelde KAVELAARS dat ook bestuurders een sterk commitment hebben aan de vennootschap en anders dan werknemers, verantwoordelijk zijn voor het ganse concern terwijl werknemers slechts verantwoordelijk zijn voor hun specifieke taak.¹⁴⁸ Topmanagers hebben dus een strategische rol t.a.v. het ganse lichaam.¹⁴⁹ Wat deze strategische rol precies inhoudt, is reeds goed verwoord door de OESO: ‘Reviewing and guiding corporate strategy, major plans of action, risk policy, annual budgets and business plans, setting performance objectives, monitoring implementation and corporate performance and overseeing major capital expenditures, acquisitions and divestitures’.¹⁵⁰ Een aantal auteurs binnen de corporate governance discipline sluit zich aan bij deze invulling van het begrip ‘strategie’.¹⁵¹

Heel wat literatuur toont aan dat de strategiebepaling – die initieel een taak van superviserende organen was – vandaag mede bepaald wordt door topmanagers.¹⁵² Het vastleggen van de strategie impliceert het bepalen van de essentiële

¹⁴⁵ Noteer dat het criterium van strategiebepaling helemaal geen nieuw begrip is binnen het internationaal belastingrecht. Zo oordeelde Spaanse rechtspraak reeds dat ‘the place of effective management’ van een lichaam moet worden ingevuld op basis van de plaats waar de globale strategie van het lichaam werd gedefinieerd (zie Court of Justice of the Basque country, 28 april 2006, Rca, 761/2004). Ook bepaalde Franse rechtspraak heeft bevestigd dat ‘the place of effective management’ gelokaliseerd wordt op de plaats waar de key-strategische beslissingen worden genomen (zie FR:CE, 16 april 2012, n° 323592).

¹⁴⁶ Jetter, ‘Performance management’, 2000, 46.

¹⁴⁷ Waters M., in Kolb/Lang/Loukota/Waldburger/Waters/Wolff, ‘Employment income under tax treaty law-case studies, SWI 2002.

¹⁴⁸ KAVELAARS, P., ‘Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2011/4, p. 172.

¹⁴⁹ De steeds kortere gemiddelde zittingstermijn van CEO’s lijkt dit beeld te bevestigen. Zie hiervoor: KLOOSTERBOER, P.P., ‘Navigeren bij strategievorming’, *M&O*, 2008, p. 9.

¹⁵⁰ OECD, ‘OECD principles of Corporate Governance’, Paris, 1999, p. 41.

¹⁵¹ Bv: MINTZBERG, H., ‘The strategy concept, Five P’s for Strategy’, *California Management Review*, 1987, 30; p. 11-24, SUTTON, C.J., ‘Economics and corporate strategy’, Cambridge University Press, 1980, 217p.

¹⁵² BRAGG, S.M., ‘The new CEO corporate leadership manual’, Wiley, 2011, p. 7; FINKELSTEIN, S. en HAMBRICK, D., ‘Strategic leadership: top executives and their effects on organisations’, Minneapolis,

doelstellingen van het lichaam en van de middelen waarmee men deze doelstellingen zal nastreven. Het American Law Institute heeft het over 'review and approve major strategies and financial objectives.'¹⁵³ Volgens de richtlijnen van bijvoorbeeld de Toronto Stock Exchange dienen de CEO en de board in onderling overleg de lange termijndoelstellingen van een lichaam vast te leggen.¹⁵⁴ Ook in bijvoorbeeld de Duitse literatuur duiken meer en meer stemmen op om de Vorstand en de Aufsichtsrat te laten samenwerken, o.m. ter vaststelling van de strategie van een lichaam.¹⁵⁵ Deze top level managers besturen als het ware mee. Trouwens, als men er de definitie van 'besturen' op nakijkt, blijkt het duidelijk dat het takenpakket van een top level manager onder dit begrip valt. Zo stelde VAN DER HEIJDEN dat onder besturen begrepen moet worden leiding geven, beslissen en dirigeren.¹⁵⁶ Ook VAN SCHILFGAARDE geeft een definitie van 'besturen' waarin duidelijk wordt dat een top level manager hieronder ook valt: 'Het is in elk geval meer dan uitvoeren en meer dan dagelijks bestuur'. Het bestuur heeft niet alleen de leiding bij de dagelijkse gang van zaken, het moet ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen, beleid uitstippelen'.¹⁵⁷

Ik ben dan ook van mening dat een manager zich onderscheidt van een topmanager doordat deze laatste zich inlaat met strategiebepaling van het ganse lichaam. Men zou echter kunnen opwerpen dat dit onderscheidingscriterium in de praktijk moeilijk invulbaar is. Veel lichamen hanteren echter formeel een beleidscyclus om tot een strategie te komen. De dagelijkse praktijk zal er ongetwijfeld doorheen lopen maar in essentie is strategievormingsproces als een topdown proces te bekijken. Het aantal personen dat aan strategiebepaling doet binnen een bedrijf, zal in de regel niet al te groot zijn. Het zal in hoofdzaak gaan om de Chief Executive Officer (CEO), de Chief Operations Officer (COO) en de Chief Finance Officer (CFO). Ook personen die doorgaans aangeduid

MN: West Publishing, 1996; WHITTINGTON, R., 'Completing the practice turn in strategy research', *Organization Studies*, 2006, 613.

¹⁵³ American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, §3.02 (3).

¹⁵⁴ The Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Governance in Canada, 'Where were the directors?', *Guidelines for improved corporate governance in Canada*, December 1994, §4.6. (1), 17.

¹⁵⁵ *Deutscher corporate governance Codex* d.d. 26 februari 2002, afgedrukt in o.a. A.G. 2002, 236. In punt 3.2. van de Codex wordt bepaald: 'Der Vorstand stimmt die strategische Ausrichtung des Unternehmens mit dem Aufsichtsrat ab und erörtert mit ihm im regelmässigen Abständen den Stand der Strategieumsetzung.

¹⁵⁶ E.J.J. VAN DER HEIJDEN, 'Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap', twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. Van der Grinten, met medewerking van H.J.M.N. HONEE en TH. C.M. HENDRIKS-JANSEN, p. 404.

¹⁵⁷ P. VAN SCHILFGAARDE, '*Van de BV en de NV*', dertiende druk, bewerkt door J. Winter, p. 125, Kluwer-Deventer, 2003; VAN SCHILFGAARDE, P., '*Van de BV en de NV*', vijftiende druk, bewerkt door J. WINTER, 2009, p. 150 e.v.

worden met de titel ‘managing director’ of ‘president’ zijn top level managers. Het lijkt me dan ook niet al te moeilijk om in essentie aan te duiden welke *titular executive* directors precies aan strategiebepaling doen. Het zal in essentie vaak al gaan om de formele leden van de board. In de praktijk zal een CEO trouwens al vaak lid zijn van de board of hierdoor aangesteld zijn. Dit hoeft nochtans niet het geval te zijn. De OESO heeft het in 2014 verder treffend verwoord wie de algemene strategie van een lichaam mee bepaalt: ‘The responsibility for corporate strategy and operations is typically placed in the hands of the board and a management team that is selected, motivated, and, when necessary, replaced by the board’.¹⁵⁸ Het moet dus gaan om de formele leden van de board of leden die daardoor zijn aangesteld.

(b) Vennootschapsbelang

Een tweede onderscheidend criterium tussen een manager en toplevel manager is m.i. het dienen van het zgn. ‘vennootschapsbelang’.¹⁵⁹ Commissarissen, bestuurders en topmanagers streven het vennootschapsbelang na en kunnen gesanctioneerd worden indien zij dit vennootschapsbelang niet nastreven of erger nog, schenden.¹⁶⁰ Dat is *a priori* het geval voor formele bestuurders en commissarissen.

Nochtans laat het begrip ‘vennootschapsbelang’ zich niet makkelijk vertalen in een definitie.¹⁶¹ In wat volgt ga ik dieper in op het concept ‘vennootschapsbe-

¹⁵⁸ OECD Principles of Corporate Governance-Draft for Public Comment-November 2014

¹⁵⁹ Sommige auteurs hebben reeds gesteld dat gelet op het feit dat de bronstaat heffingsbevoegdheid heeft over de directors’s fees, het een logisch gevolg is dat de diensten van de directors worden geleverd in het belang van het lichaam waarin zij het mandaat bekleden. Zie bijvoorbeeld: WAS-SERMEYER, F., ‘Doppelbesteuerung, art 16 Mn8’, H. Debatin/F. Wassermeyer (eds.), C.H. Beck 2006, 25.

¹⁶⁰ Hier vindt men in de nationale wetgevingen talloze voorbeelden van. Zo denk ik vooreerst bijvoorbeeld aan het Verenigd Koninkrijk. De verantwoordelijkheden van directors worden aldaar geregeld in de Companies Act 2006. Ook in Zwitserland wordt in de interne wetgeving voorzien dat directors het vennootschapsbelang moeten dienen (artikel 717 CO).

¹⁶¹ In de Nederlandse en de Noord-Amerikaanse literatuur is men al langer aan het pogen invulling te geven aan dit begrip. Zo kan verwezen worden naar de zgn. Doetinchemse Ijzergieterij-uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad (H.R. 1 april 1949, *NJ*. 1949, nr. 465) waarin werd overwogen dat evenwel commissarissen rechten uitoefenden, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welke aandeelhouder ook. Voor literatuur hierover: LOWENSTEYN, F.J.W., ‘Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap’, Zwolle, Tjeenk Willink 1959, p. 134 e.v. Ook het Amerikaanse Supreme Court heeft in 1939 principieel aanvaard dat in de vennootschap nog andere deelbelangen dan die van de aandeelhouders zijn te erkennen (zie *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 1939). Twintig jaar eerder heeft het Supreme Court van de staat Michigan zich uitdrukkelijk voor een enge opvatting van het vennootschapsbelang uitgesproken (zie *Dodge v. Ford Motor Co*, 204 Mich 459, 170, N.W. 668, 1919). Wat de rechtsleer betreft kan verwezen worden naar: DODD, E.M., ‘For whom are corporate man-

lang'. Vervolgens toon ik aan in welke mate het vennootschapsbelang als onderscheidend criterium geldt tussen een gewone manager en top level managers, m.a.w. wat de relevantie is voor doeleinden van artikel 16 OESO. Hierbij is het tevens van belang welke invulling wordt gegeven aan het begrip 'vennootschapsbelang' voor doeleinden van artikel 16 OESO.

b.1. Wat is een vennootschapsbelang?¹⁶²

Alvorens ik dieper inga op de relevantie van het begrip 'vennootschapsbelang' voor doeleinden van artikel 16 OESO, geef ik eerst een beknopte uitleg over dit begrip. Het vennootschapsbelang is ongetwijfeld een concept van het vennootschapsrecht – en dus niet uit het internationaal belastingrecht – waarover al veel geschreven is. Het is een voorwaarde voor de geldigheid van de beslissingen die de vennootschapsorganen nemen en het neemt ook een centrale plaats in, in de meeste aansprakelijkheidsvorderingen tegen directors. In de continentaal Europese rechtsstelsels bestaat er nochtans geen uitgebreide traditie van rechterlijke toetsingsmogelijkheid van de beslissingen van vennootschapsmandatarissen. In de Angelsaksische landen bestaat deze traditie wel.¹⁶³ De literatuur over de invulling van het begrip is dan ook verdeeld.¹⁶⁴ Dat blijkt uit de volgende analyse.

Een eerste – en tevens dominante visie – stelt dat het vennootschapsbelang samenvalt met het gezamenlijk winstbelang van de aandeelhouders als juridische eigenaars van het lichaam.¹⁶⁵ Het Belgische Hof van Cassatie heeft recent bijvoorbeeld nog geoordeeld dat 'het belang van een vennootschap wordt bepaald door het collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders'.¹⁶⁶ Deze visie wordt om die reden ook wel eens bestempeld als egocentrisch¹⁶⁷ of onaanvaardbaar¹⁶⁸ omdat ze bijvoorbeeld zou toelaten een korte ter-

agers trustees?', *Harv. L. Rev.* Nr. 45, 1932, 1145; BERLE, A.A., 'For whom corporate managers are trustees: a note', *Harv. L. Rev.* Nr. 45, 1932, 1365. Hoewel beiden de mening waren toegedaan dat de vennootschap niet enkel de zaak van de aandeelhouders was, bepleitte DODD de onmiddellijke erkenning dat vennootschapsbestuurders ook met andere belangen dan de winstbelangen van de aandeelhouders rekening kunnen houden. Zie daarover: WEINER, J.L., *The Berle-Dodd dialogue on the concept of the corporation*, *Colum. L. Rev.* nr. 64, 1964, 1458.

¹⁶² BULTEN, C.D.J., 'De geschillenregeling ten gronde', diss., *Serie VHI* deel 108, Deventer, 2011, p. 65-67; HUIZINK, J.B., 'Het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming: te ver doorgesloten?', *WPNR* 2013/6982, p. 535-537.

¹⁶³ BYTTEBIER, K., 'Het vijandige overnamebod', Antwerpen, Maklu, 1993, p. 725-727, nr. 17.

¹⁶⁴ GEENS, K., 'De bescherming tegen de bescherming', *T.R.V.* 1988, nr. 16-17; HEENEN, J., 'L'intérêt social', in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, 889-899.

¹⁶⁵ GLANSDORFF, B., 'Interventions du juge en droit des sociétés', *D.A.O.R.* 1989, afl. 10 (21); NELISSEN GRADE J.M., 'De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales', noot onder Cass. 13 april 1989, *R.C.J.B.* 1991.

¹⁶⁶ Cass. 28 november 2013, *T.R.V.* 2014/3, p. 286-288.

¹⁶⁷ GEENS, K., 'De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies', *T.P.R.* 1989, p. 45-46.

mijnpolitiek van dividenduitkering te verkiezen boven een lange termijn beleid van winstreservering met het oog op het doorvoeren van investeringen. In deze visie is de vennootschap een rechtshandeling, waarvan het bestaan en de inhoud, binnen de perken van de wet door individueel handelende rechtssubjecten (vennoten) is bepaald.¹⁶⁹ Bijgevolg kan het vennootschapsbelang in deze strekking moeilijk anders worden gedefinieerd dan het gezamenlijke belang van de vennoten-contractanten.¹⁷⁰ Hierbij wordt gesteld dat het feit dat het vennootschapscontract aanleiding heeft gegeven tot een afzonderlijk rechtssubject, hieraan geen afbreuk doet. De rechtspersoon heeft namelijk geen andere belangen dan de belangen van de collectiviteit van de vennoten die hij verpersoonlijkt en vertegenwoordigt.¹⁷¹ Deze klassieke opvatting ontkent echter niet dat de individuele belangen van de vennoten vaak zeer uiteenlopend kunnen zijn.¹⁷² De klassieke opvatting houdt dus in dat de vennootschap ‘geen andere roeping’ heeft dan de gezamenlijke winstbelangen van haar aandeelhouders.¹⁷³ Het gemeenschappelijke belang waarin de individuele belangen van de vennoten convergeren, bestaat in de individuele verrijking die elk van hen uit de in het raam van de vennootschap beoogde en aan de hand van haar maatschappelijke activiteiten gerealiseerde collectieve verrijking, kan halen.¹⁷⁴ Vermits het gemeenschappelijk belang dus verwijst naar de effectieve deelname van elk van de vennoten in de collectie beoogde en gerealiseerde winst, wordt het in de enge opvatting als een collectief winstbelang bestempeld.¹⁷⁵ Het collectief winstbelang is dus gelijk te stellen met het aandeelhoudersbelang. Het vennootschapsbelang is dan gelijk te stellen met het aandeelhoudersbelang. Deze invulling van het begrip ‘vennootschapsbelang’, vindt men bijvoorbeeld ook terug in de UK. Daar geldt namelijk een absoluut primaat van de aandeelhoudersbelangen.¹⁷⁶ Section 172 van de

¹⁶⁸ FLAMEE, M., ‘Kanttekeningen nopens minderheidsaandeelhouders in ondernemingsgroepen’, in *Aspecten van de Ondernemingsgroepen*, BIRON, H. en DAUW, C. (ed.), Antwerpen, Kluwer 1989, p. 292.

¹⁶⁹ CORNELIS, L., ‘De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband’, *Aspecten van ondernemingsgroepen*, BIRON, H. en DAUW, C. (ed.), Antwerpen, Kluwer 1989, p. 123.

¹⁷⁰ GOUTAY, P. en DANOS, F., ‘De l’abus de la notion d’intérêt social’, *Dalloz Affaires* (28), 1997, p. 880-881.

¹⁷¹ SEALY, L.S., ‘Directors wider responsibilities-problems, practical and procedural’, *Mon. U. L. Rev.* nr. 13, 1987, 165.

¹⁷² CHAMPAUD, C., ‘Chroniques de législation et de jurisprudence françaises. Sociétés et autres groupements’, *Rev. Trim. Dr. Comm.* 1991, 59.

¹⁷³ SCHMIDT, D., ‘De L’intérêt commun des associés’, *J.C.P. Ed. G.* 1994, nr. 3793, 440.

¹⁷⁴ GAILLARD, M.E., ‘Le pouvoir en droit privé’, Parijs, *Economica* 1985, p. 196-197, nr. 297.

¹⁷⁵ Het vennootschapsbelang wordt vervolgens gemeten aan de actuele waarde van de vennootschap. Die waarde wordt bepaald door de waarde van de op lange of op korte termijn verwachte geldstromen van de vennootschap, na veerdiscontering van een tijds- en risicofactor.

¹⁷⁶ VERDAM, A.F., ‘Het vennootschappelijk belang: meer dan enlightened shareholder value’, *Ondernemingsrecht* 2013/18.

Engelse Company Act 2006 verlangt van een director dat hij handelt ‘in the way he considers, in good faith would be most likely to promote the success of the company for the benefits of its members as a whole’.¹⁷⁷ Ook in de VS zullen de belangen van aandeelhouders zwaar doorwegen. Het uitgangspunt is dat directors zich bij de uitvoering van hun taken slechts hebben te richten op de maximalisatie van aandeelhouderswaarde.¹⁷⁸ Hetzelfde geldt voor Ierland.¹⁷⁹

Een tweede invulling van het begrip ‘vennootschapsbelang’ is een zgn. ruime opvatting. Deze piste situeert zich rond de vraag hoe het vennootschapsbelang zich verhoudt tot de diverse bij het vennootschaps- of ondernemingsgebeuren betrokken deelbelangen. Deze ruime opvatting kent vele verschijningsvormen die, bijvoorbeeld, in het Belgisch recht minder goed omlind zijn dan, bijvoorbeeld, in het Nederlandse recht.¹⁸⁰ Zo kent België, bijvoorbeeld, zowel de resultante als de ondernemingsopvatting die volgens FRANCOIS niet identiek zijn.¹⁸¹ De resultanteopvatting definieert het vennootschapsbelang als de resultante van de afweging door de vennootschapsorganen van de belangen van de betrokkenen bij het vennootschaps- of eventueel het ondernemingsgebeuren. Over het antwoord op de vraag welke categoriale belangen in dat afwegingsproces zijn te betrekken, lopen de visies uit elkaar. Volgens sommige auteurs is het vennootschapsbelang de resultante van alle belangen die door de continuïteit van de vennootschappelijke werkzaamheden worden beïnvloed.¹⁸² Andere auteurs maken een onderscheid tussen zgn. interne en externe belangen. Alleen de interne belangen resulteren dan in het vennootschapsbelang, terwijl de externe belangen desgevallend tegen het vennootschapsbelang zullen moeten worden afge-

¹⁷⁷ GOWER & DAVIES, ‘Principles of Modern Company Law’, London, 2008, p. 506; PETTET, B., ‘Company Law’, Harlow 2001, p. 68-69.

¹⁷⁸ HANSMANN, H. & KRAAKMAN, R.R., ‘The End of History of Corporate Law’, *Georgetown Law Journal*, 2001, 439; ELHAUGE, E., ‘Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest’, *New York University Law Review*, 2005, 733.

¹⁷⁹ S. 52 (1) Irish Company Act

¹⁸⁰ MENDEL, M.M., ‘Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd’, Deventer, Kluwer, 1989, p. 3-15; ASSINK, B.F., ‘Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur, Preadvies van de Vereniging handelsrecht 2009, Deventer, Kluwer, 2009, p. 60-61.; TOL, F.A.M., ‘De inkleuring van het vennootschappelijk belang’, *V&O* 2014, nr. 9,

¹⁸¹ FRANCOIS, A., ‘Vennootschapsbelang’, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 622.

¹⁸² DIEUX, X., ‘La société anonyme: armature juridique de l’entreprise ou produit financier?’, in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel, vennootschaps en boekhoudrecht*, FLAMEE, M. en MEULEMANS, D. (ed.), Brugge, Die Keure, 1993, p. 94; VAN OMMESLAGHE, P., ‘L’acquisition du contrôle d’une société anonyme et l’information de l’acquéreur’, in *Mélanges Roger O. Dalcaq*, Brussel, Larcier 1994, p. 606; EIJSBOUTS, J & KEMP, B., ‘Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang’, *Tijdschrift voor Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht* 2012/5, p. 129.

wogen.¹⁸³ Ook over het gewicht dat aan de respectievelijke belangen bij de afweging is te geven, bestaat geen unanimititeit. Sommigen benadrukken echter dat in de afweging steeds een prominente plaats aan de aandeelhoudersbelangen zijn te geven.¹⁸⁴ De ondernemingsopvatting daarentegen stelt het vennootschapsbelang gelijk met het ondernemingsbelang. Dit is strikt genomen niet de som of de resultante van de deelbelangen van het lichaam maar wordt beschouwd als een daarvan in meer of mindere mate geabstraheerde grootheid, die haar transcendeert. Die transcendentie wordt dan vaak tot uiting gebracht door het vennootschapsbelang te definiëren als het belang van de vennootschaprechtspersoon bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel.¹⁸⁵ Deze invulling van het begrip ‘vennootschapsbelang’ vindt men bijvoorbeeld ook terug in Oostenrijk alwaar s. 70 (1) AktG spreekt van ‘Wohl des Unternehmens’. Ook in Duitsland vindt men deze invulling terug in s. 93(1) AktG dat spreekt van ‘Wohl der Gesellschaft’. Ook het Kroatische vennootschapsrecht kent een dergelijke invulling van het begrip.¹⁸⁶

Tegenwoordig kent men vaak ook nog een derde betekenis toe aan het vennootschapsbelang. Het wordt dan gezien als een resultaat van belangen van hen die bij de vennootschappelijke resultaten zijn betrokken.¹⁸⁷ Nochtans kan deze m.i. aansluiting vinden bij de tweede invulling van het begrip.

De facto bestaat er ook nog een vierde definitie van het begrip ‘vennootschapsbelang’. Het is een invulling die het begrip vennootschapsbelang gelijkschakelt met het begrip groepsbelang. Dit laatste begrip is echter moeilijk in te vullen. Er bestaat binnen een groep zoiets als een hoger belang dat de individuele belangen van ieder van de deelnemende entiteiten overstijgt. Het werd door CORNELIS gedefinieerd als: ‘*Het belang van de gezamenlijke en potentiële vennootschappen*

¹⁸³ VAN SCHILFGAARDE, P., ‘*Van de BV en de NV*’, Arnhem, Gouda Quint, 1992, p. 26-29; VAN SCHILFGAARDE, P., ‘*Van de BV en de NV*’, Vijftiende druk, bewerkt door J. Winter, Kluwer, 2009, p. 27 e.v.

¹⁸⁴ VAN DER GRINTEN, W.C.L., ‘*Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap*’, Zwolle, Tjeenk Willink 1989, p. 445-446.

¹⁸⁵ MAEIJER, J.M.M., ‘Vertegenwoordiging en rechtspersoon, III, De Naamloze en de Besloten Vennootschap, in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*’, Zwolle, Tjeenk Willink 1994, p. 366-367; ASSER/MAEIJER, VAN SOLINGE en NIEUWE WEME, ‘*Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht-2-vertegenwoordiging en Rechtspersoon, Deel II, De rechtspersoon*’, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 410; BULTEN, C.D.J., ‘De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2014/94; ASSINK, B.F., ‘*De Januskop van het ondernemingsrecht*’, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 53.

¹⁸⁶ Artikel 252 Companies Act.

¹⁸⁷ ASSER/MAEIJER/VAN SOLINGE/Nieuwe Weme, ‘Asser 2-II’, Kluwer, 2009, nr. 394.

die tot een zelfde groep behoren'.¹⁸⁸ Nochtans kan vastgesteld worden dat in vele staten ieder van de groepsvennootschappen nog steeds juridisch onafhankelijke lichamen blijven. Voorts is het niet meteen duidelijk wat begrepen dient te worden onder de term 'groepsbelang'. Alleszins is reeds bepleit dat het groepsbelang niet samenvalt met het belang van de moedervennootschap¹⁸⁹, noch met het belang van de groep als economische entiteit.¹⁹⁰ Hiermee wordt bedoeld dat, behalve in het geval dat er een gemeenschappelijke activiteit is van de groep, er vaak niet één concreet afgebakend belang van de groep in haar geheel kan worden vastgesteld.¹⁹¹

Gelet op het feit dat er een aantal invullingen kunnen worden gegeven aan het begrip 'vennootschapsbelang', is het voor doeleinden van artikel 16 OESO van belang het begrip niet te laten invullen d.m.v. de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO. Een autonome verdragsinterpretatie is m.i. hier dan ook op zijn plaats. Dan rest de vraag welke invulling van het vennootschapsbelang men dan doorgang moet laten vinden voor doeleinden van artikel 16 OESO. Directors ontlenen hun director fee aan het succes van het lichaam. Zij zijn verantwoordelijk voor de algehele strategie ervan, haar voortbestaan en haar succes. Het is m.i. dan ook evident om een brede invulling te geven van het begrip 'vennootschapsbelang', eerder dan het te linken aan de aandeelhoudersbelangen. Of zoals PAMPERL het treffend heeft verwoord: '*This rationale of distribution rules to demand a strong link between the source state and the income is underlined under article 16 by the requirement that the income must be received as consideration for the performance of managerial and supervisory services in the interest of the company*'.¹⁹²

b.2. Vennootschapsbelang als onderscheidend criterium

In wat volgt, ga ik na in welke mate het dienen van het vennootschapsbelang als onderscheidend criterium kan gelden tussen een 'gewone' manager en een top level manager. Precies dat is relevant voor doeleinden van artikel 16 OESO.

In bijvoorbeeld België en Nederland geldt dat directors de hen toegekende bevoegdheden moeten uitoefenen in het belang van het lichaam. In die benadering gelden de bestuursbevoegdheden als functionele bevoegdheden die de directors niet mogen aanwenden om eigen belangen of deze van derden te die-

¹⁸⁸ CORNELIS, L., 'De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband', in X, *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Kluwer, 1989, 159.

¹⁸⁹ HEENEN, J., 'L'intérêt social', in *Liber Amicorum P. De Vroede*, 897.

¹⁹⁰ Cass. (Fr) 4 februari 1985, *Rev. Soc.* 1985, 648.

¹⁹¹ VERLEISDONK, Y., JANSSENS, E. en WILKENHUYSEN, M., '*Due Diligence*', Larcier, 2007, 94.

¹⁹² PAMPERL, E., '*Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future*', IBFD, 2015, p. 60.

nen. Dit functioneel karakter van de bestuursbevoegdheid wordt in België niet in vraag gesteld, ofschoon het in de wet nergens uitdrukkelijk als algemeen leidend beginsel vooropgesteld – laat staan omschreven – wordt.¹⁹³ In Nederland werd voor de leden van de raad van commissarissen expliciet vastgelegd dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Sommige auteurs hebben gesteld dat de wetgever hiermee wilde aangeven dat het niet de bedoeling kon zijn dat de commissarissen hun taak zouden uitoefenen ten dienste van bepaalde deelbelangen.¹⁹⁴ Aangenomen wordt dat deze leidraad tevens geldt voor het handelen van bestuurders.¹⁹⁵ Dat bestuurders en commissarissen dus het vennootschapsbelang dienen, staat m.i. buiten kijf.¹⁹⁶ Dit vennootschapsbelang moet men duidelijk onderscheiden van de deelbelangen¹⁹⁷ van de verschillende groepen en individuen binnen lichamen.¹⁹⁸ Men mag dan ook niet vergeten dat inzake het vennootschappelijke belang ook normatieve elementen zoals de taakopvatting die het bestuur tot de zijne dient te rekenen, doorgang vinden en de

¹⁹³ Zie Brussel 1 maart 1988, *T.R.V.* 1988, 115, noten S. RAES, K. GEENS en M. WYCKAERT, *J.T.* 1988, 232 en T.B.H. 1988, 512 en recent nog Bergen 12 maart 1996, *R.P.S.* 1996, 300. Zie ook de verwijzingen aangehaald bij K. GEENS, 'Het toegestaan kapitaal als afweermecanisme tegen overvallen: het wettig belang van de 'bieder' (CERUS) en het vennootschapsbelang van de 'doelwitvennootschap' (GMB)' (noot onder Brussel 1 maart 1988), *T.R.V.* 1988, (133), nr. 10.

¹⁹⁴ PARIDAENS, S., 'Machtsverhoudingen binnen de vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid', *Jura Falconis* 2010-2011, 3.

¹⁹⁵ Zie o.m. C. ASSER/J.M.M. MAEIJER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, II, Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 3, De naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, nr. 293, p. 366; ASSER/MAEIJER, VAN SOLINGE en NIEUWE WEME, *Mr. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 2-Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, Deel II, De Rechtspersoon*, Deventer, Kluwer, 2009, nr. 410; J.R. GLASZ, H. BECKMAN en J.A.M. BOS, *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 1994, 95-96 en P. VAN SCHILFGAARDE, 'Van de BV en de NV', Arnhem, Gouda Quint, 1992, nr. 5, p. 27; VAN SCHILFGAARDE, P., 'Van de BV en de NV', Kluwer, 2009, p. 28.

¹⁹⁶ In Nederland is het op 1 januari 2013 mogelijk geworden dat BV's en NV's (alsmede structuurvennootschappen) kunnen kiezen voor een model van een bestuur met een Raad van Commissarissen of voor het model waarin bestuur en toezicht in een orgaan zijn verenigd. De nieuwe regeling verbiedt een bestuurder en een commissaris deel te nemen aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.

¹⁹⁷ Een mooi voorbeeld hiervan vind ik terug in Zuid-Afrika alwaar een materiële invulling aan het begrip director wordt gegeven en dus geen formalistische (Sec. 1 Companies Act, 61). Het onderscheid tussen een manager en een top level manager kwam mooi aan bod in een bepaalde uitspraak van een rechtbank. Er werd gesteld dat 'although the word manager in its ordinary sense may be wide enough to cover a divisional manager, a branch manager, a local manager, a works manager, a mine manager or whatever, it cannot, it is respectfully suggested, be said that any one of these is a manager 'of' the company by which he is employed. While he is a manager 'in' the company, subject to the directions of the directors, or the managing director or manager or other person vested with the management by the articles of association, he is not a manager 'of' the company (Ex Parte Bennett 1978 (2) SA 380 (W)).

¹⁹⁸ VAN SCHILFGAARDE, P., 'Van de BV en de NV', Kluwer, 2009, p. 28.

regels van redelijkheid en billijkheid die alle bij de vennootschap betrokkenen tot leidraad dienen. Nochtans stel ik mij de vraag of naast bestuurders en commissarissen (die meestal statutair benoemd zijn) nog een categorie van personen het vennootschapsbelang dient. Als men de positieve verschijningsvormen van het vennootschapsbelang nakijkt, dient men wel tot de slotsom te komen dat ook top level managers het vennootschapsbelang dienen, net als bestuurders en commissarissen dus. In wat volgt ga ik op zoek naar deze positief geformuleerde beginselen waaruit een concretisering van het vennootschapsbelang blijkt.

Een eerste beginsel laat zich optekenen als de *autonomie van het bestuur*.¹⁹⁹ Om zijn taak in het uitsluitende belang van het lichaam te kunnen uitoefenen, is het vereist dat de directors over de nodige onafhankelijkheid t.o.v. van hun medespelers in het vennootschapsgebeuren beschikken. Hiervoor wordt in hoofdzaak gekeken naar de autonomie t.o.v. de algemene vergadering van aandeelhouders in haar geheel en een eventueel instructierecht. Zo kunnen ook in Nederland ter zake van de uitoefening van de taak en de bevoegdheden die door de wet en de statuten aan het bestuur zijn toegekend, geen instructies worden gegeven door andere vennootschapsorganen aan het bestuur. Dit wordt afgeleid uit het Forumbank-arrest.²⁰⁰ Ook in België kent men, bijvoorbeeld, een residuaire volheid van bevoegdheid toe aan de raad van bestuur waardoor bepaalde auteurs hebben gesteld dat 'il n'est désormais plus possible de soutenir que l'assemblée générale pourrait adresser des injonctions aux organes d'administration dans leur sphère de compétence ou mettre à néant ou modifier une décision prise dans cette limite par ces organes'.²⁰¹ Het is precies deze onafhankelijkheid als positieve verschijningsvorm van het vennootschapsbelang dat een bestuurder, commissaris en top level manager onderscheidt van andere actoren binnen een lichaam. Een gelijkaardige onafhankelijkheid is geenszins terug te vinden bij bijvoorbeeld, werknemers-managers. En mocht deze onafhankelijkheid dan al voorhanden zijn, worden deze personen niet onderworpen aan de toets van de bestuurdersaansprakelijkheid.

¹⁹⁹ DU LAING, B., 'De functionaliteit van de bestuursbevoegdheid in België en in Nederland', *Jura Falconis* 1998-99, p. 189-206.

²⁰⁰ Hoge Raad 21 januari 1955, *N.J.* 1959, nr. 43. Dit doet geen afbreuk aan het feit dat het toegelaten is aan de algemene vergadering een algemeen beleidsplan op te stellen voor het bestuur. Zie hiervoor Hoge Raad 4 december 1992, *N.J.* 1993, 271.

²⁰¹ SIMONT, L., 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', Brussel, Bruylant, 1975, p. 37.

Een tweede positieve verschijningsvorm van het vennootschapsbelang, laat zich formuleren als de zgn. ‘fiduciare duties’.²⁰² Fiduciare principes zijn in de Middeleeuwen ontstaan als correctie op zakenrechtelijke regels uit het common law die betrekking hadden op een relatie die veel gelijkenis vertoonde met een trust-figuur. In de rechtsleer treft men uiteenlopende indelingen aan van de fiduciare plichten waaraan directors onderworpen zijn. Uiteindelijk zijn al deze plichten terug te brengen tot twee categorieën, namelijk de *duty of care* (zorgvuldigheidsplicht) en de *duty of loyalty* (loyauteitsplicht).²⁰³ Het American Law Institute (ALI) onderscheidt beide plichten ook maar onderstreept dat het niet om rechtsregels gaat.²⁰⁴ De regels handelen over transacties tussen lichaam en director, het gebruik door een director van de eigendom van het lichaam, belangenconflicten, enz. Ook het Britse recht kent, bijvoorbeeld, gelijkaardige regels.²⁰⁵ Het gaat o.m. om ‘acting in good faith, duty to avoid conflict of interest’, enz. Het Brits Ministerie voor Handel en Industrie overweegt om deze fiduciare plichten voor directors te codificeren.²⁰⁶ Heel wat staten hebben deze loyaliteitsplicht voor het bestuur als uitvloeisel van het vennootschapsbelang dan ook aanvaard.²⁰⁷ Welnu, precies deze fiduciare plichten als positief uitvloeisel van het vennootschapsbelang, zijn van toepassing op bestuurders, commissarissen en top level managers en geenszins op andere actoren in een lichaam.²⁰⁸ Van belang is dat algemeen wordt aangenomen dat deze fiduciare plichten niet enkel van toepassing zijn op diegenen die formeel benoemd werden als director.²⁰⁹ De gedachte is dat niet de formele hoedanigheid van iemand bepalend is voor het antwoord op de vraag of hij aan fiduciare plichten is onderworpen, wel de feitelijke relatie die hem met de vennootschap verbindt.²¹⁰ Het heet dat officers die

²⁰² ERNST, P., ‘Belangenconflicten in naamloze vennootschappen’, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 296, nr. 319.

²⁰³ SHEPERD, J.C., ‘The law of fiduciaries’, Toronto, Carswell Co Ltd, 1981, 386.

²⁰⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE, ‘Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations’, St. Paul, Minnesota, 1994, 137.

²⁰⁵ J.H. FARRAR, B. HANNIGAN, e.a., ‘Farrar’s Company Law’, London, Butterworths, 4de editie, 1998, 380.

²⁰⁶ THE LAW COMMISSION, ‘Company directors: regulating conflicts of interest and formulating a statement of duties’, Law Com No 261, London, September, 1999, 282 p.

²⁰⁷ Voor Frankrijk zie Cass. Fr 7 juni 1994, Bull. Joly. Soc. 1994, 1232. In de Duitse rechtsleer is onbetwist dat elk individueel lid van een Vorstand gebonden is door een Treupflicht, zie bijvoorbeeld HOPT, K., ‘Grosskommentar Aktiengesetz, 4, Neubearbeitete Auflage, Berlin, de Gruyter, 1999, §93, nr. 144. Ook de leden van de Aufsichtsrat zijn aan deze principes gebonden, zie P. ULMER, ‘Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision’, NJW 1980, 1604.

²⁰⁸ DE WULF, H., ‘Taak en loyautéitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap’, Intersentia, 2002, p. 396 e.v.

²⁰⁹ Hier zie ik tevens een tegenargument in om enkel formeel benoemde mandatarissen onder artikel 16 OESO te laten ressorteren.

²¹⁰ PICOD, Y., ‘Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat’, Paris, L.G.D.J. 1989, 138 e.v.

als manager optreden, aan fiduciaire plichten worden onderworpen. Men dient zich daarbij steeds de vraag te stellen of iemand in een zodanige relatie tot een lichaam staat dat fiduciaire plichten moeten opgelegd worden. Vandaar dat bijvoorbeeld in de Verenigde Staten niet alleen directors maar ook senior executives en controlling shareholders aan het algemeen beginsel van de getrouwheidsplicht zijn onderworpen.²¹¹ In de praktijk zijn het verder ook diegenen die aan de fiduciaire verplichtingen zijn onderworpen, die onderhevig zijn aan de wetgeving op de bestuurdersaansprakelijkheid. Diegene die de rechtspraak er op naslaat zal snel bemerken dat zowel executive als non executive directors onderworpen zijn aan de regelgeving op de bestuurdersaansprakelijkheid.²¹² Een gegeven dat geenszins opgaat voor andere actoren in een lichaam.

Op basis van de positieve verschijningsvormen van het vennootschapsbelang, dien ik dienvolgens te concluderen dat niet alleen de commissaris of bestuurder hieraan onderworpen is (meestal statutair). Ook de top level managers zijn aan dit vennootschapsbelang onderworpen. Precies dit vennootschapsbelang onderscheidt de top level manager van andere managers binnen de onderneming. In onderdeel 3.3.4. ga ik dieper in op de vraag wie deze top level managers dan zijn. Hierbij mag men ook niet uit het oog verliezen dat het vennootschapsbelang als onderscheidend criterium geldt vanuit de toewijzing van de heffingsbevoegdheid over directors' fees. Immers, de bronstaat is heffingsbevoegd zodat er een rechtstreekse link is met het dienen van het lichaam dat gevestigd is in deze bronstaat.

3.3.4. Beperkt extensieve interpretatie van artikel 16 OESO

Hierboven werd aangetoond dat er wel degelijk onderscheidingscriteria voorhanden zijn om managers en executive directors van elkaar te onderscheiden. Tevens werd gesteld dat ingevolge nieuwe tendensen het ook voor executive directors moeilijk is om vast te stellen waar zij hun activiteiten ontplooiën. Ik stel mij dan ook de vraag of dit repercussies heeft voor de constellatie van artikel 16 OESO gezien het daaraan gekoppelde vereiste dat de director lid moet zijn van een vennootschapsorgaan, wat *de facto* een formeel criterium inhoudt. Immers, indien men executive directors onder artikel 16 OESO plaatst, heeft dit noodgedwongen een materiële invulling van het verdragsartikel tot gevolg. Het

²¹¹ Zo zijn er in de Principles of Corporate Governance van het ALI twee aparte hoofdstukken over de duty of loyalty, een gewijd aan directors en senior executives en een ander hoofdstuk aan controlling shareholders.

²¹² Voorbeeld zijn de Smith v. Van Gorkum case (Delaware) en de Cointreau case (Frankrijk). Voor een overzicht: MANNING, 'Reflections and practical tips on life in the boardroom after Van Gorkum', *Bus. Law* 1985, 1.

huidige artikel 16 OESO kent echter een *formele* invulling doordat er sprake van is dat de director ‘member of the board of directors’ moet zijn. Voor de duidelijkheid meld ik dat het in dit hoofdstuk geenszins de bedoeling is een technische analyse te maken van het toepassingsgebied *intuitu personae* binnen artikel 16 OESO. Dat komt in hoofdstuk 2 voldoende aan bod.

Een *materiële* invulling van artikel 16 OESO zou mogelijk onnodig veel problemen kunnen veroorzaken m.b.t. het toepassingsgebied. Het zou de deur wagenwijd kunnen openzetten om heel wat personen in een lichaam onder artikel 16 OESO te plaatsen. Dit kan echter geen bezwaar zijn om executive directors tevens onder artikel 16 OESO te brengen. De hierboven aangehaalde onderscheidingscriteria kunnen soelaas brengen. Op die wijze kunnen directors die het vennootschapsbelang dienen en aan strategiebepaling doen, ressorteren onder artikel 16 OESO. Deze criteria onderscheidt hen namelijk van gewone werknemers. Om die reden pleit ik voor een *beperkt extensieve interpretatie* van artikel 16 OESO, dit op een *de lege ferenda* basis. Het gaat dan om een autonome interpretatie – waar goede redenen voor zijn zoals eerder al aangegeven – en waarbij er geen plaats is voor artikel 3(2) OESO waarbij de bronstaat het begrip ‘director’ invult. Een autonome invulling voorkomt bijgevolg dat staten artikel 16 OESO interpreteren volgens hun nationaal recht en de onduidelijkheid opnieuw troef gaat worden. Een uitgebreide autonome interpretatie van artikel 16 OESO heeft echter noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO geherdefinieerd moet worden. De OESO vult thans namelijk het begrip ‘director’ niet in maar het is vanuit een historische hoek duidelijk dat enkel non executive directors onder het verdragsartikel vallen. Zonder ten gronde en technisch het begrip ‘director’ in dit hoofdstuk te willen invullen, zal toch duidelijk moeten worden hoe een beperkte materiële invulling van het begrip kan luiden. In wat volgt geef ik weer hoe een nieuwe definitie daartoe aangereikt kan worden en *de lege ferenda* kan gebruikt worden. Deze nieuwe autonome interpretatie zal m.i. de kans op dubbele belasting niet verhogen aangezien zal blijken dat in essentie het begrip ‘director’ wel wordt uitgebreid maar de scope ervan nog steeds gelimiteerd blijft (beperkt extensief).

De managers die – voor doeleinden van artikel 16 OESO – het vennootschapsbelang dienen en aan strategiebepaling doen, zijn m.i. te kwalificeren als zgn. ‘top level managers’. Voor een weergave van het begrip ‘top level management’ in artikel 16 OESO kan teruggrepen worden naar het Modelverdrag van de Verenigde Naties. Niettegenstaande het opzet van beide verdragsartikelen verschilt, kan het dienst doen als een inspiratiebron. Hierbij acht ik het tevens relevant

dat het VN-verdrag in hoofdorde traditioneel wordt beschouwd als een modelverdrag dat eerder bronstaat-gericht is²¹³, een verdeling van heffingsbevoegdheid die ook in dit onderzoek verder zal onderzocht worden.

Artikel 16 §2 van dit Modelverdrag bepaalt het volgende: *‘Salaries, wages and other similar remuneration derived by a resident of a Contracting State in his capacity as an official in a top-level managerial position of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.’* De commentaren op het V.N. - Modelverdrag bepalen dat de term ‘top-level managerial position’ verwijst naar de beperkte categorie van personen: ‘a limited group of positions that involve primary responsibility for the general direction of the affairs of the company, apart from the activities of the directors’. In de praktijk zal het meestal gaan om de volgende personen die op een dagelijkse basis op topniveau voor een lichaam werkzaam zijn: managing director, de chief executive officer (CEO), e.a. Het gaat dus om personen die mee de hoofdleiding van een lichaam ter harte nemen. Personen die mee kernbeslissingen nemen met betrekking tot investeringen en financieringen, diegenen die de eerste stap zetten in de keten van het geven van instructies aan de binnen een lichaam werkzame personen en diegenen die eindverantwoordelijkheid opnemen. In een arrest van de ITAT in India werd reeds verdere invulling gegeven aan het begrip ‘top level managerial position’.²¹⁴ In eerste instantie werd al duidelijk gemaakt welke activiteiten/personen er niet onder vallen. Zoals SENGUPTA heeft gesteld zal ‘the function of supporting, establishing and preparing the organization’ er niet onder vallen.²¹⁵ Voorts deed het ITAT beroep op woordenboeken om de term in te vullen. Deze instantie stelde eveneens dat het gaat om ‘the highest ranking executives (with titles such as chairman/chairperson, chief executive officers, managing director, president, ...). Het ITAT geeft zelfs vaardigheden mee dewelke aanwezig dienen te zijn alvorens kan gesproken worden van een top level manager. Zo moet deze persoon beschikken over een ‘broadened understanding of how competition, world economies, politics and social trends affects organizational effectiveness’. Hoewel ik mij kan inbeelden dat dergelijke vaardigheden eigen zijn aan top level managers, kan het m.i. moeilijk ingeschreven worden als onderscheidingscriterium tussen top level managers en gewone managers.

²¹³ LENNARD, M., ‘The purpose and current status of the United Nations tax work’, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2008, 25.

²¹⁴ ITAT 4 mei 2012, DCIT v. Mohan Balakrishnan Pookulanagara, 2012-TII-46-ITAT-AHM-INTL.

²¹⁵ SENGUPTA, D.P., ‘India: Mohan Balakrishnan Pookulanagara’, in *Tax Treaty Case Law around the Globe* (eds. M. Lang et al), IBFD 2013.

Ook in Zuid-Afrika – alwaar een ruime invulling wordt gegeven aan het begrip *director*²¹⁶ – is dit al uitvoerig aan bod geweest in de rechtspraak. In *Ex Parte Bennett* 1994 OPD 112 De Beer werd gesteld dat ‘management of a company is ‘the collective control, regulation, conduct or direction of the affairs of the business’. Verder wordt gesteld: ‘(...) the words management of a company mean management of the whole of the affairs of a company, the overall management of the company’. Ook in de Australische rechtspraak is dat reeds aan bod gekomen. In *Commissioner of Corporate Affairs v. Bracht* (1989) 14 ACLR 725 SC werd gesteld: ‘It may be difficult to draw the line in particular cases, but in my opinion the concept of management for the present purposes comprehends activities which involve policy and decision making, related to the business affairs as a whole or a substantial part of that corporation, to the extent that the consequences of the formation of those policies or the making of those decisions has some significant bearing on the financial standing of the corporation or the conduct of its affairs’.

M.i. geeft artikel 16 §2 VN-Modelverdrag duidelijk weer welke managers het vennootschapsbelang dienen en aan strategiebepaling doen niettegenstaande het opzet ervan afwijkt van artikel 16 OESO. Het VN-Modelverdrag laat m.i. ook duidelijk zien dat top level managers wel degelijk te onderscheiden zijn van andere managers. Het kan m.i. dus een duidelijke inspiratiebron zijn om *de lege ferenda* artikel 16 OESO uit te breiden. Noch de benaming van de positie noch de statutaire inhoud²¹⁷ is m.i. doorslaggevend om executive directors onder artikel 16 OESO te plaatsen.²¹⁸ Wel het gegeven dat er mee beslissende sturing wordt gegeven aan de strategie van het lichaam en het vennootschapsbelang hiermee wordt gediend, is doorslaggevend. Om die reden kan een persoon die enkel vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gekregen teneinde een lichaam te vertegenwoordigen niet onder artikel 16 OESO vallen, dit zowel niet de *lege ferenda* als de *lege lata*.²¹⁹ Bestuur en vertegenwoordiging moeten wel degelijk goed worden onderscheiden.²²⁰ Zo is het in België bijvoorbeeld mogelijk om een persoon publiek bekend te maken als gevolmachtigde de post van het bedrijf in ontvangst te nemen. Dit maakt van deze persoon nog geen director.

²¹⁶ Sec. 1 Companies Act, 61

²¹⁷ Sommige nationale wetgevingen voorzien daar al in. Zo denk ik bijvoorbeeld aan Zuid Afrika. Zo wordt aldaar in Sec. 1 v. d. Companies Act gesteld dat ‘directors includes any person occupying the position of director or alternative director, by whatever name he may be designated’.

²¹⁸ Hoge Raad 26 oktober 1945, NJ 1946, nr. 48.

²¹⁹ Deze persoon zal namelijk geen member of the board of directors zijn.

²²⁰ Hoge Raad 22 december 1999, B.N.B. 2000/94.

Om al deze redenen is de titel van artikel 16 OESO niet meer up to date. Het is duidelijk dat de titel ‘directors’ fees’ geen weerspiegeling is van de directors die een lichaam leiden – en bijgevolg het vennootschapsbelang dienen – en dus onder artikel 16 OESO vallen. Om die reden kan volgens mij beter als titel worden gebruikt ‘Company managers’. Het inkomstenbegrip wordt hiermee niet vernoemd. Dat hoeft m.i. ook niet langer. Het inkomstenbegrip zoals thans gebruikt in artikel 16 OESO is wel van belang. Immers door gebruik van de term ‘fee’, wordt m.i. het personeel toepassingsgebied afgebakend. In mijn herschreven versie van artikel 16 OESO is dit verdragsartikel van toepassing op een bredere groep dan enkel de non executive directors. Deze groep wordt mooi samengevat in de titel ‘company managers’. Het feit dat ik niet langer het inkomstenbegrip vernoem in de titel, is bovendien niet afwijkend voor het opzet van het OESO-Modelverdrag. Het volstaat daarvoor te verwijzen naar artikel 17 OESO dat ook geen inkomstenbegrip hanteert in de titel; enkel het personele toepassingsgebied waarop het artikel toeziet.

Door de aanpassing van de titel van artikel 16 OESO, kan de OESO duidelijk maken dat er een aparte categorie van high level managers bestaat die – naast de non executive directors – een lichaam stuurt. Behoudens de aanpassing van de titel, dient dus ook de inhoud²²¹ van artikel 16 OESO te worden gewijzigd, en wel in deze (voorlopige) zin:

‘Directors’ fees and other compensation derived by a resident of a Contracting State in his capacity as a member of the board of directors or as an official in a top-level managerial position of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.’

4. Heffingsbevoegdheid

‘In what ways and to what extent can a man be served by two or more governments that he should owe them and duty?’²²²

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid van de directors’ fees is in hoofdzaak gebaseerd op de ratio legis van het verdragsartikel. In wat volgt ga ik na in welke mate deze toewijzing dient gehandhaafd te blijven. De OESO hanteert als principe dat de heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam. Deze toewijzing van de heffingsbevoegdheid heeft – zoals reeds eerder gesteld – een historische achtergrond luidende dat het voor directors niet

²²¹ Op de inhoud en de bewoording van het salariscomponent zal later worden teruggekomen.

²²² League Of Nations Rapport van 1923.

steeds makkelijk is om vast te stellen waar zij hun activiteiten uitvoeren. Het is relevant na te gaan of dit principe van toewijzing van heffingsbevoegdheid behouden moet blijven of – in ontkenkend geval – niet eerder de woonstaat of werkstaat van de director heffingsbevoegdheid moet krijgen.

De toewijzing van heffingsbevoegdheid moet wel steeds in overeenstemming zijn met de fundamentele principes inzake toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen het internationale belastingrecht.²²³ In wat volgt, analyseer ik deze fundamentele principes waarna ik in een volgend deel deze principes toets aan de verdeling van de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO.

4.1. Fundamentele principes bij de toewijzing van heffingsbevoegdheid in het internationaal belastingrecht²²⁴

4.1.1. Source principle²²⁵

Het 'source principle' houdt in dat een staat geen heffingsbevoegdheid kan claimen op inkomsten van geleverde prestaties die verricht worden buiten de staat en geleverd door een niet-inwoner. Dit hangt nauw samen met het territorialiteitsbeginsel.²²⁶ Dit source principle is o.a. verder uitgelegd in het OESO-Commentaar van artikel 5 en 7 OESO die het volgende bepaalt: '*The mere fact that the payer of the consideration for services is a resident of a state, or that such consideration is borne by a permanent establishment situated in that state or that the result of the services is used within the state does not constitute a sufficient nexus to warrant allocation of income taxing rights to that state*'.²²⁷ Maar, als er diensten worden geleverd in een andere staat, mogen de winsten van deze diensten in deze staat worden belast op voorwaarde dat de dienstverlener over een vaste inrichting in deze staat beschikt. Het gaat hier om een soort van drempel welke overschreden moet worden alvorens besloten kan worden dat de dienstverlener participeert in het economische leven van deze staat. KEMMEREN is steeds een groot voorstander geweest van dit source principle. Hij stelt in dat verband: '*From the above, it follows that the principle of source is one of the basic principles on which the taxation of the production of income and the possession of*

²²³ ARNOLD, B.J., 'The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess', *Bull. Int. Tax.* 2011.

²²⁴ Deze fundamentele principes vindt men bijvoorbeeld ook terug in Note E/C.18/2010/CRP.7 betreffende het VN Modelverdrag

²²⁵ Voor een uitgebreide bespreking van dit source principle verwijs ik o.a. naar de volgende literatuur: AVI-YONAH, R.S., 'International taxation of electronic commerce', *Tax Law Review*, 1997, 507. KAUFMAN, N., 'Fairness and the taxation of international income', *Law and Policy in International Business*, 1998, 145.

²²⁶ MARTHA, R.S.J., '*The jurisdiction to tax in International Law*', Kluwer, 1989, p. 23-41.

²²⁷ 5/42.18 OESO - Commentaar

wealth is/should be allocated to states'.²²⁸ KEMMEREN heeft er m.i. ook terecht op gewezen dat het bronstaatbeginsel dan wel een ingeburgerd stelsel van toewijzing van heffingsbevoegdheid insluit maar dat de definitie van de bron daarvoor niet steeds duidelijk is.²²⁹ In dat verband kan ik reeds stellen dat ook voor doeleinden van dit onderzoek het van belang is de bronstaat duidelijk te definiëren indien bronstaatheffing voor doeleinden van artikel 16 OESO wordt onderzocht.

Het bronstaatbeginsel staat tegenover het woonstaatbeginsel. Op basis van dit laatste beginsel zal een staat enkel diegenen belasten die in de desbetreffende staat woont.²³⁰ Dit woonstaatbeginsel wordt vaak in verband gebracht met de zgn. ability-to-pay-theorie. Deze theorie heeft als uitgangspunt dat elk gemeenschapslid belastingen moet betalen in functie van zijn financiële draagkracht.²³¹ Deze theorie staat tegenover de benefits theorie. Deze leer luidt dat elk gemeenschapslid belastingen moet betalen in overeenstemming met de voordelen en diensten die hij van de overheid ontvangt.²³²

4.1.2. Threshold principle

Het threshold principe is nauw vervlochten met het source principle. Het threshold principe gaat ook uit van een bronstaatheffing maar verbindt er voorwaarden aan.²³³ Immers, het kan voorvallen dat de economische band tussen een dienstverlener van de ene staat in de andere staat te gering is om er heffingsbevoegdheid aan toe te wijzen. De zgn. drempel (threshold) voor toewijzing van heffingsbevoegdheid wordt dan niet gehaald. Voorbeelden van een threshold kunnen zijn: de 183 dagenregel uit artikel 15 OESO, een vaste inrichting in de zin van artikel 5 OESO²³⁴, ... Sommige auteurs hebben steeds bepleit dat wat betreft business-inkomsten bepaalde threshold vereisten noodzakelijk zijn. Deze auteurs relateren deze stelling aan de idee dat de afwezigheid van een threshold

²²⁸ KEMMEREN, E., 'Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin based approach', *Bull. Int. Tax.* 2006, p. 432.

²²⁹ In dezelfde zin: AVERY JONES, J.F. e.a., 'Tax treaty problems relating to source', *European Taxation*, 1998, 78.

²³⁰ GRAETZ, M.J. en O'HEAR, M.M., 'The original intent of US International Taxation', *Duke Law Journal*, 1997, 1021-1107.

²³¹ HOLMES, K., 'The concept of income-a multidisciplinary analysis', in Doctoral Series, Vol. 1, Amsterdam, IBFD, 2001, 21-27.

²³² BIRD, R.M., 'Why tax corporations?', *Bulletin for International Taxation*, 2002, 196.

²³³ ARNOLD, B.J., 'Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties', *Bull. Int. Tax* 2003, p. 476 e.v.

²³⁴ BLUM, D.W., 'Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative-The Nexus Criterion Redefined?', *Bull. Int. Tax.* 2015/69.

problematisch is om de belastingplichtigen te identificeren en aldus de inkomsten te kunnen belasten.²³⁵

4.1.3. Base erosion principle

De toewijzing van heffingsbevoegdheid kan evenzeer gebaseerd zijn op het zgn. 'base erosion principle'.²³⁶ Binnen deze theorie wordt toewijzing van heffingsbevoegdheid gelinkt aan de staat die de kosten mag aftrekken wegens betaling van de prestaties.²³⁷ Een voorbeeld van het base erosion principle vindt men bijvoorbeeld terug in artikel 15j2 OESO. Dit verdragsartikel gaat in op de voorwaarde dat de bezoldigingen betaald worden door of namens een werkgever die geen inwoner is van de werkstaat, dit alles ter verdeling van de heffingsbevoegdheid.

De voorwaarde kan complex worden doordat kosten vaak worden door gefactureerd omwille van korte detacheringen. De Nederlandse rechtspraak oordeelde daar trouwens over dat er voldoende direct verband moet bestaan tussen de aan de werkstaat doorbelaste kosten en de individuele beloning van de werknemer om te kunnen spreken van een vergoeding die door of namens de werkgever in de werkstaat is betaald (Hoge Raad 19 juni 1996, *B.N.B.* 1996/369). *In casu* rijst de vraag of deze doorfacturatie globaal mag zijn dan wel dat de loonkost geïndividualiseerd moet worden doorgerekend? De Hoge Raad is van mening dat bij betaling door de werkgever in de woonstaat de arbeidsbeloning slechts dan kan worden beschouwd als gedragen door de werkgever in de werkstaat, als de werkgever in de woonstaat de kosten geïndividualiseerd heeft doorgerekend aan de werkgever in de werkstaat (Hoge Raad 1 december 2006, *B.N.B.* 2007/79). Het Hof Amsterdam vindt dat aan deze voorwaarde is voldaan indien bij de doorbelasting is uitgegaan van de globaal per dag berekende loonkosten, zonder rekening te houden met de pensioenrechten, de firmawagen en de belastingvrije kostenvergoeding (Hof Amsterdam 31 oktober 2007, nr. 06/00529). De Belgische fiscus onderschrijft echter een andere visie. In de circulaire van 25 mei 2005²³⁸ wordt gesteld dat 'de werkgever wordt geacht de economische last van de bezoldigingen te dragen wanneer de onderneming die de werknemer

²³⁵ McLURE, C., 'Substituting consumption based direct taxation for income taxes as the international norm', *National Tax Journal*, 1992, 6; ARNOLD, B.J., 'Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties', *Bull. Int. Tax* 2003, p. 482.

²³⁶ LANG, M., 'Article 19(2): The complexity of the OECD Model can be reduced', *Bull. Int. Tax.*, 2007, 2.3.

²³⁷ ARNOLD, B.J., 'The Taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning Up the Mess', *Bull. Int. Tax.* 2011/2; Schmidt, O., 'Der BFH zum wirtschaftlichen Arbeitgeber-Konsequenzen für die Besteuerungspraxis', *IstR* 3, 2006, p. 78 e.v.

²³⁸ Circulaire nr. AFZ 2005/0652 (AFZ 08/2005) dd. 25.05.2005

tijdelijk tewerkstelt of huurt, aan die werkgever de kost terug factureert van de bezoldigingen die ze aan de werknemer betaalt. In dit opzicht doet het er weinig toe of de bezoldigingen afzonderlijk gefactureerd of afzonderlijk vermeld zijn op de factuur dan wel of het bedrag van de bezoldigingen gewoon begrepen is in een globale factuur'. In de ruling van 29 juli 2014 wordt er echter belang aan gehecht dat de loonkosten op individuele basis worden doorgerekend teneinde het materiële werkgeversbegrip in te vullen.²³⁹

4.1.4. Enforcement principle

Dit principe houdt in dat toewijzing van heffingsbevoegdheid alleen maar mogelijk is, als de belastingheffing effectief en efficiënt kan verlopen. Het principe moet geenszins in verband worden gebracht met de effectiviteit van nationale belastingadministraties. Het principe betekent eenvoudigweg dat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid niet aan de bronstaat moet gebeuren indien deze bronstaat niet in staat is om de belasting efficiënt en effectief te heffen.²⁴⁰ Het gaat er dus om in welke mate belastingadministraties in staat zijn om voldoende informatie te vergaren om belastingen te kunnen heffen.²⁴¹ ARNOLD wijst erop dat het enforcement principle nauw verweven is met het threshold principle, namelijk hoe hoger de threshold van bronstaatheffing, hoe efficiënter bronstaatheffing kan plaatsgrijpen.²⁴²

4.2. Toetsing van deze principes aan artikel 16 OESO

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid van directors' fees aan de vestigingsstaat van het lichaam, is thans vervat in artikel 16 OESO. Sommige auteurs hebben deze toewijzing van heffingsbevoegdheid als inconsistent bestempeld. Zo poneert ARNOLD dat inzake heffingsbevoegdheid artikel 16 OESO fundamenteel afwijkt van de principes in artikel 15 OESO en artikel 17 OESO. Deze laatste verdragsartikelen hechten namelijk belang aan de fysieke aanwezigheid terwijl artikel 16 OESO geenszins belang hecht aan de fysieke aanwezigheid van de director.²⁴³ Om die reden zou het als inconsistent te bestempelen zijn dat ongelimiteerde heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de inwonersstaat

²³⁹ COOLS, A., 'Rulingcommissie geeft visie over werkgeversbegrip in artikel 15 OESO-modelverdrag, maar er blijven onduidelijkheden', *Int. Fisc. Act.* 2014/11.

²⁴⁰ STRASSER, C., 'Die Auslegung von Quellenstaatsregelungen in Doppelbesteuerungsabkommen', Linde Verlag, 2005, p. 46.

²⁴¹ FLEMING, J.C., PERONI, R.J. en SHAY, S.E., 'What's source got to do with it?-Source rules and US International Taxation: The David R. Tillinghast Lecture', *Tax Law Review*, 2002, p. 106.

²⁴² ARNOLD, B.J., 'The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess', *Bulletin for International Taxation*, 2011/2.

²⁴³ VOGEL, K., 'Klaus Vogel on Double Taxation Conventions', Kluwer, 2015, p. 1229-1230.

van het lichaam waarin het mandaat wordt uitgeoefend.²⁴⁴ Ook luidt de visie van ARNOLD dat de uitbreiding van de digitale mogelijkheden geen verantwoording kunnen bieden aan de toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO vanuit het threshold principle. Het biedt in zijn visie geen verantwoording voor voldoende economische nexus met de vestigingsstaat.

Bepaalde auteurs achten het *base erosion principle* een aannemelijke basis voor artikel 16 OESO.²⁴⁵ Dat betekent dan dat dit principe voorrang heeft op het source principle en het threshold principle. Dat wordt verantwoord vanuit de gedachte dat de ontvanger van de diensten, de betaalde kosten fiscaal in aftrek kan brengen van zijn belastbare basis. Daartegenover moet dan taxatie staan. Deze visie is m.i. ernstig vatbaar voor kritiek. Enerzijds sprak het commentaar op de modellen van de League of Nations nog wel over de fiscale cohesie als één van de motieven voor een apart verdragsartikel voor directors' fees. Maar, dit argument is weggefallen bij de introductie van het OESO-Modelverdrag 1963 waar het commentaar daarop trouwens niets daarover voorziet.²⁴⁶ Anderzijds spreekt artikel 16 OESO zich niet uit over de schuldenaar van de directors' fees. Daaruit leid ik af dat het onmogelijk is dat de base erosion theorie als basis kan dienen voor toewijzing van de heffingsbevoegdheid ervan. Sommige auteurs zijn in deze context van mening dat *'the remuneration must be paid by a company which is a resident of the other contracting state.'*²⁴⁷ Het standpunt van deze auteur wordt gemotiveerd vanuit de gedachte dat een director geacht wordt zijn bezoldiging te verdienen op de zetel van de vennootschap.²⁴⁸ Dit betekent dus dat het loon van de director moet betaald of gedragen worden door het lichaam waarbinnen hij het mandaat bekleedt.²⁴⁹ Sommige auteurs zijn van mening dat de relevantie van de schuldenaar inderdaad al van betekenis was in de modelovereenkomst

²⁴⁴ ARNOLD, B.J., 'Threshold requirement for taxing business profits under tax treaties', in B.J. ARNOLD, J. SASSEVILLE & E.M. ZOLT (eds.), *The taxation of business profits under tax treaties*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2003, 77-79.

²⁴⁵ PROKISCH, R., 'Directors' Fees (Article 16 OECD Model Convention)', in: M. Lang (red.), *Source versus residence: Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 210 en 211.

²⁴⁶ PAMPERL, E., 'Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future', IBFD, 2015, p. 38.

²⁴⁷ VOGEL, K., 'Double Taxation Conventions', p. 831.

²⁴⁸ SCHOONVLIET, E., 'Artikel 16 van het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag: wie is schuldenaar van de bestuurdersbezoldiging?', *T.F.R.* 163, p. 8.

²⁴⁹ Ook de Belgische rechtspraak is deze mening toegedaan (vb. Antwerpen 11 juni 2002, *Fisc.* 864, p. 9). Eveneens de Belgische Rulingcommissie is deze mening toegedaan (Voorafgaande Beslissing van 30 maart 2010, besproken door COOLS, A., 'Rulingcommissie acht betaler ontslagvergoeding relevant in internationale context', *Int. Fisc. Act.* 2010/8, p. 4 e.v.

van de League of Nations in 1928.²⁵⁰ KEMMEREN stelt dat de toewijzingsregel die vervat zit in artikel 16 OESO gebaseerd is op de aanname dat de diensten worden verricht in de staat waar het uitkerende lichaam voor verdragstoepassing is gevestigd.²⁵¹ Andere auteurs weerleggen dit standpunt. Zo stelt BAKER dat artikel 16 OESO geenszins vereist dat het directors-inkomen wordt betaald door het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed. Daarentegen is het mogelijk dat een derde lichaam deze vergoeding uitbetaald.²⁵²

Deze ‘schuldenaars-visie’ wordt alleszins ook gedeeld door de Hoge Raad.²⁵³ De Hoge Raad was namelijk van mening dat de bestuurdersbezoldiging van een Nederlandse inwoner voor de gepresteerde werkzaamheden ten behoeve van een Belgische vennootschap ook betaald konden worden door een derde, i.c. een Nederlandse moedermaatschappij maar dan ‘door of namens’²⁵⁴ de Belgische vennootschap waarin het mandaat werd uitgeoefend. Hoewel op grond van de feiten de Hoge Raad besloot dat er onvoldoende band was tussen de uitgeoefende werkzaamheid voor de Belgische vennootschap en de door de Nederlandse vennootschap uitbetaalde vergoeding (het betrof een doorrekening van een algemene concernkost en dus niet van een bestuurdersloon alleen), lijkt de Hoge Raad te aanvaarden dat er een rechtstreeks verband moet bestaan tussen de vennootschap waarin het mandaat wordt uitgeoefend en de uitbetaling van de vergoeding. PEETERS leidde uit de uitspraak van de Hoge Raad af dat de conclusie wellicht anders zou geweest zijn indien de Nederlandse vennootschap de beloning als dusdanig zou door gefactureerd hebben aan de Belgische onderneming.²⁵⁵

Sommige auteurs hebben deze uitspraak van de Hoge Raad als een gelegenheidsarrest bestempeld.²⁵⁶ Nochtans werd de moraal van de uitspraak nadien nog eens bevestigd waardoor moeilijk staande kan gehouden worden dat het om

²⁵⁰ PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Michael Lang & Pasquale Pistone (eds.), p. 232.

²⁵¹ KEMMEREN, E.C.C.M., ‘Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models’, Dongen, Pijnenburg, 2001, p. 405.

²⁵² BAKER, P., ‘Double Taxation Conventions and International Tax Law’, Sweet & Maxwell, 1994, P. 16-2.

²⁵³ Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298.

²⁵⁴ Het begrip ‘namens’ ziet op de bedrijfseconomische tenlastelegging ervan via doorfacturatie door de entiteit die formeel juridisch betaalt. Zie SCHOONVLIET, E., ‘Handboek Internationaal Fiscaal Recht’, Kalmthout, Biblo, 1996, 137.

²⁵⁵ PEETERS, B., ‘Door of namens in het bestuurdersartikel’, *Fisc. Int.* 1997, 167, p. 3-4.

²⁵⁶ VAN ELDONK, H.E.P.J. & POTGENS, F.P.G., ‘Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België’, *W.F.R.* 1998/6312, 1522.

een gelegenheidsarrest ging.²⁵⁷ Er moet m.i. echter vastgesteld worden dat een letterlijke lezing van artikel 16 OESO geen enkele voorwaarde m.b.t. de schuldenaar van de vergoedingen bevat. Het is dan ook als vreemd te bestempelen dat de Hoge Raad de terminologie hanteert ‘door of namens’. VAN DER GELD stelde dat de introductie van deze begrippen in artikel 16 OESO ongewenst is en wel om twee redenen.²⁵⁸ Ten eerste horen deze woorden thuis in artikel 15 OESO in het kader van de 183-dagenregel alwaar ze het voorwerp uitmaken van discussie.²⁵⁹ Het gebruik van deze termen binnen het toepassingsgebied van artikel 16 OESO zou dan gewild of ongewild associaties kunnen oproepen die beter vermeden kunnen worden. Daarnaast zouden de woorden ook niet exact weergeven welke relatie er tussen de beloning en de director wordt vereist. Zo stelt artikel 16 OESO niet dat de vergoeding wordt betaald door of namens het lichaam. Er wordt slechts geëist dat de vergoeding wordt genoten in de hoedanigheid van director van het lichaam.²⁶⁰

De visie dat de staat van het uitbetalende lichaam heffingsbevoegdheid bekommt over de director fee, sluit nochtans aan bij een vrij algemene strekking dat de staat die de belastingfaciliteiten verleende, ook het recht op belastingheffing hierover bekommt.²⁶¹ Dit is op zich natuurlijk een eerbare gedachte. Nochtans is de problematiek bij directors m.i. complexer. Immers, indien een werknemer wordt gedetacheerd, zal het loon voor diens prestaties vaak worden doorgerekend. Dit is ook logisch want de prestaties van de werknemer zullen kunnen worden *toegerekend* aan het betrokken lichaam bij wie de werknemer is tewerkgesteld. Torekenbare toegevoegde waarde, belastingfaciliteit en taxatie van het arbeidsinkomen zijn bij werknemers vaak mooi in evenwicht. Dat is anders bij directors. De werkzaamheden van directors strekken zich uit over de ganse groep en zijn niet makkelijk toe te rekenen aan een groepsonderdeel. Bij direc-

²⁵⁷ HR 11 juni 2004, *B.N.B.* 2004/344; HR 1 december 2006, *B.N.B.* 2007/77.

²⁵⁸ VAN DER GELD, J.A.G., noot onder Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298.

²⁵⁹ Er is hoegenaamd geen overeenstemming omtrent de vraag hoe dergelijke kosten dienen doorbelast te worden. Zo vereisen Duitsland (BFH 23 februari 2005, BB 2005, nr. 27, p. 1482) en Nederland (Hoge Raad 19 juni 1996, *B.N.B.* 1996/369) dat deze kosten op identificeerbare wijze dienen doorbelast te worden. De U.K. en België achten een indirecte doorbelasting dan weer voldoende.

²⁶⁰ Er zou nochtans een spanningsveld kunnen ontstaan met de gedachte dat de heffingsbevoegdheid moet worden toegewezen aan de staat die de uitbetaling van het loon fiscaal honoreert (fiscaal in aftrek brengt). Nochtans lijkt het mij een vreemde gedachte dat andere ondernemingen het directorsloon zullen betalen zonder dat daar prestaties tegenover staan. Het fenomeen lijkt me wel mogelijk in concernverhoudingen maar precies dan weegt de benefit theorie op tegen het vraagstuk van de schuldenaar van de vergoedingen. De gevolgen voor de uitbetalen van directorsloon door ondernemingen waarin het mandaat niet wordt bekleed, kunnen m.i. dan ook enkel gevolgen met zich meebrengen op het gebied van de vennootschapsbelasting.

²⁶¹ DE BONT, G. en VAN DER GELD, J., ‘*Het Nederlandse fiscale verdragsbeleid*’, Fiscaal Instituut Tilburg, 1998, p. 48.

tors is het niet makkelijk aan te tonen tot welke groepsentiteit de toegevoegde waarde van hun prestaties zich uitstrekt. Hun prestaties komen vaak het ganze concern ten goede. Dit verstoort het evenwicht tussen belastingfaciliteit, toegevoegde waarde en taxatie van het inkomen. Ik acht de schuldenaar van de directors' fees om deze reden dan ook niet relevant voor doeleinden van artikel 16 OESO. Dat geldt evenzeer voor de directors van de dochterondernemingen van MNO's. Immers, hun activiteiten zullen finaal ook de topholding ten goede komen. Vanuit dat perspectief ben ik het dan ook niet eens met bepaalde auteurs die bepleit hebben om de hoger genoemde rechtspraak van de Hoge Raad te integreren in een verdragsbeleid.²⁶² De visie van PÖTGENS is ingegeven vanuit de gedachte dat de uitspraak van de Hoge Raad van 15 juli 1997 geen gelegenheidsarrest meer kan genoemd worden omwille van het feit dat de filosofie ervan daarna nog tweemaal herhaald werd.

Bovendien kan het *base erosion principle* m.i. ook niet functioneren als uitgangspunt voor toewijzing van de heffingsbevoegdheid over de directors' fees omdat niet alle staten voorzien in fiscale aftrekbaarheid van directors' fees. Als voorbeeld haal ik Brazilië aan. Artikel 357 Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) stelt duidelijk dat betalingen aan niet - inwonende leden van de board of directors van Braziliaanse ondernemingen, niet fiscaal aftrekbaar zijn.

4.3. Moet er een threshold in artikel 16 OESO staan?

Volgens ARNOLD is de toewijzing van de heffingsbevoegdheid binnen de arbeidsartikelen niet consistent geregeld (zie hoger). De vraag is of diens stelling correct is en zo ja, welke threshold dan vervat moet zitten in artikel 16 OESO? Het gaat m.a.w. om de toetsing of de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO geregeld moeten worden volgens het threshold-principe. Persoonlijk zie ik in hoofdorde 2 vormen van mogelijke threshold dewelke desgevallend ingevoegd zouden kunnen worden in artikel 16 OESO: een dagencriterium zoals ingesloten in artikel 15 OESO en een vaste-basis (inrichting) criterium, zoals destijds vervat in artikel 14 OESO en in artikel 7 OESO

4.3.1. Threshold van fysieke aanwezigheid?

Directors zullen vaak internationaal opereren. Ten gevolge van deze internationale mobiliteit zullen directors vaak al dan niet kortstondig gedetacheerd worden naar andere staten om er controle- of werkprestaties te verrichten. Deze

²⁶² PÖTGENS, F.P.G., 'Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011 en arbeidsinkomsten', *T.F.O.* 2012/119, p. 88.

internationale mobiliteit zou – net als in artikel 15 OESO – een heffingsbevoegdheid voor de werkstaat kunnen rechtvaardigen. In wat volgt ga ik na of deze toewijzingsregel aangewezen is. In hoofddeorde toets ik daarbij af of een fysieke aanwezigheid-criterium noodzakelijk is binnen artikel 16 OESO.

Als men de werkstaat heffingsbevoegd wil maken, moet deze toewijzing in beginsel verbonden worden aan fysieke aanwezigheid in de werkstaat. De toewijzing van heffingsbevoegdheid m.b.t. *directors' fees* is momenteel echter helemaal niet verbonden aan een vereiste van fysieke aanwezigheid.²⁶³ Het vereiste van fysieke aanwezigheid vindt men bijvoorbeeld wel terug in de 183 –dagen regel in artikel 15 OESO alwaar deze internationaal aanvaard werd.²⁶⁴ Op het eerste zicht zou een 183-dagen regeling voor directors kunnen verdedigd worden en waarschijnlijk – vanuit een bepaalde hoek – ook gerechtvaardigd kunnen worden. De lange aanwezigheid van een director in een werkstaat zou vanuit het *threshold principle* voldoende basis kunnen geven voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid aan deze werkstaat. Dat is trouwens ook de gedachte achter artikel 15 OESO.

Een detacheringsgedachte – met inherente fysieke aanwezigheid – in artikel 16 OESO botst m.i. echter op heel wat fundamentele bezwaren.²⁶⁵ Vooreerst is het niet steeds duidelijk waar een director zijn activiteiten ontplooit zodat een detacheringsgedachte in artikel 16 OESO moeilijk praktisch hanteerbaar is. PÖTGENS heeft erop gewezen dat ingevolge de toenemende mobiliteit van de werknemers (mede als gevolg van de technische ontwikkeling zoals het internet, e-commerce, ...) het toepassen van het criterium van artikel 15 OESO op reguliere werknemers ook tegen de nodige praktische problemen oploopt. De auteur stelt dienvolgens dat op die manier de grens tussen artikel 15 en 16 OESO ver-

²⁶³ Sommige belastingverdragen voorzien echter wel in een aanwezigheids criterium. Te denken valt bijvoorbeeld aan artikel 15 van het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

²⁶⁴ De OESO-commentaren lijken deze fysieke aanwezigheid bij de 183-dagenregel als essentieel te beschouwen (OESO-Commentaar 15/5). Ook de Nederlandse Hoge Raad onderschrijft deze vereiste van fysieke aanwezigheid (HR 15 oktober 1986) Ook de Duitse rechtspraak (BFH, 12 augustus 1960, BStBl.III 1960, p. 441) en rechtsleer (HERMANN, C., HEUER, G. en RAUPACH, A., *Ein-kommensteuer-und Körperschaftssteuergesetz*, Art. 49 EStG, para. 740; NEYER, W., *Besteuerungsprobleme bei international tätigen geschäftsführen und Vorstandsmitgliedern*, in Handbuch der internationalen Steuerplanung, edited by S. Grotherr, neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin, 2000, p. 1062) lijkt de fysieke aanwezigheid doorslaggevend te vinden.

²⁶⁵ Contra; DE JAEGHER, C., 'International taxation of directors' fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreements among neighbours', *World Tax Journal*, 2013, 260. De auteur bepleit dat 'a sufficiently low day threshold could be appropriate if the provision is maintained in the Model'.

vaagt.²⁶⁶ Deze visie is m.i. ongenueanceerd als men kijkt naar het takenpakket van bestuurders en topmanagers. De werkzaamheden van directors strekken zich vaak uit over concernonderdelen zodat de toerekening van de inkomsten aan de werkstaat niet voor de hand liggend is.²⁶⁷ De toerekening aan een bepaalde staat is dan niet bepaald een sinecure. De toerekening van de inkomsten aan de plaats waar de arbeidswerkzaamheden plaatsvinden, is dan niet evident.

Tevens is er een duidelijk verschil in de detacheringopdracht van directors en werknemers. Een director wordt vaak kortstondig gedetacheerd om opdrachten te vervullen. De kortstondige buitenlandse verblijven van directors rechtvaardigen m.i. niet de territoriale rattachering (aantrekking van heffingsbevoegdheid) in de werkstaat. Ook ressorteren de prestaties die een director in een werkstaat vervult vaak effect in de vestigingsstaat van het lichaam waarin zij het mandaat bekleden of als een uitloeiSEL beschouwd worden van diens taak als director bij het moederbedrijf.²⁶⁸ De plaats van de uitvoering van de werkzaamheden is m.i. dan ook niet doorslaggevend voor toewijzing van heffingsbevoegdheid. Wel het 'werkelijke centrum van beroepswerkzaamheden' van waaruit de werkzaamheden in feite worden vervuld. Auteurs die dergelijke motivatie afwijzen onder de noemer dat eenzelfde redenering ook van toepassing is op managers, negeren m.i. overduidelijk de taakinhoud van een director.²⁶⁹ Binnen een lichaam beschikken vele personen over gespecialiseerde kennis. Vandaar dat het management over meerdere personen en meerdere niveaus binnen een lichaam verspreid zal liggen. Directors zijn te weinig bij het dagelijkse ondernemingsgebeuren betrokken om voldoende specifieke informatie te hebben. De juridische taak van een director, is gans anders en wordt sloganesk wel eens een 'monitoringfunctie' genoemd of ook nog een 'oversight function'.²⁷⁰ Deze opdracht bestaat erin er voor te zorgen dat het management de zaken van een lichaam beheert en gecorrigeerd wordt waar nodig. Zo vat de Cadbury Code deze taak bijvoorbeeld mooi samen: 'the direction and control of the company is firmly in its hands'.²⁷¹ Deze taak is duidelijk onderscheiden van een taak die uitgeoefend wordt als 'gewone' manager. Fysieke aanwezigheid toekennen aan de uitvoering van dergelijke taken is m.i. zeer moeilijk, zo niet onmogelijk.

²⁶⁶ PÖTGENS, F.P.G., 'Het bestuurdersartikel in belastingverdragen (art. 16 OESO Modxverdrag); lessen uit het verleden, in: *'Vriendenbundel Henk van Arendonk'* (red. A.C.G.A.C. de Graaf, S.J.C. Hemels en J.C.M. van Sonderen), Sdu, 2013, blz. 285 t/m 299.

²⁶⁷ KAVELAARS, P., 'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid', *M.B.B.* 2011, 168 e.v.

²⁶⁸ ROELOFFS, P.E., 'De salary split. Een economisch verhaal', *I.B.B.* 2000, nr. 3, p. 7.

²⁶⁹ VAN HULTEN, L.C., 'Bestuurdersartikel in verdrag overbodig?', *W.F.R.* 2013/1264.

²⁷⁰ DE WULF, H., *'Taak en loyauiteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap'*, Intersentia, 2002, p. 126 e.v.

²⁷¹ *The Financial Aspects of Corporate Governance-the Code of Best Practice*, 1 december 1992, §1.4.

Een voorbeeld van mijn standpunt kan worden gevonden in de zgn. Tokyo – doctrine. Volgens deze leer is het feitelijke verblijf elders niet relevant en komt het heffingsrecht toe aan de staat waar het centrum der werkzaamheden van de werknemer ligt.²⁷² Een zelfde redenering werd reeds toegepast door bepaalde Duitse en Oostenrijkse rechtspraak.²⁷³ Wat betreft de Duitse rechtspraak stel ik vast dat zich in recente rechtspraak een vaste lijn begint te ontwikkelen die de Tokyo-leer huldigt.²⁷⁴ De Tokyo-doctrine vindt haar oorsprong in een oude uitspraak van de Hoge Raad uit 1957.²⁷⁵ De naam van de Tokyo-doctrine is toch later pas ontleend aan een uitspraak van het gerechtshof van ‘s-Hertogenbosch in 1975.^{276/277} Ook sommige Franse rechtspraak lijkt de Tokyo-doctrine te onderschrijven. Zo stelde de rechtbank van Parijs bijvoorbeeld dat een journalist die was gestationeerd in Parijs – en geregeld beroepshalve trips moest maken naar het buitenland – zijn gehele werkzaamheid geacht wordt uit te oefenen in Frankrijk.²⁷⁸

Een zelfde filosofie vindt men bijvoorbeeld terug bij de taxatie van internationale vrachtwagenchauffeurs.²⁷⁹ Hier is de Belgische rechtspraak al meermaals tot de conclusie gekomen dat de plaats van tewerkstelling zich bevindt op de vestigingsplaats van de transportfirma.²⁸⁰ Ook het Belgische Hof van Cassatie bevestigt deze rechtspraak en oordeelt dat voor dergelijke functies geen fysieke test kan opgelegd worden.²⁸¹ BAX heeft er trouwens voor gepleit om deze Belgische cassatierechtspraak uit te breiden naar alle werknemers met een ambulante activiteit.²⁸² Het hof van beroep van Gent heeft dit *de facto* afgewezen door te stellen dat de regeling voor internationale vrachtwagenchauffeurs onmogelijk

²⁷² Hof ‘s-Hertogenbosch 19 september 1975, *B.N.B.* 1976/103. Het Hof van Amsterdam heeft deze leer opnieuw bevestigd, zie Hof Amsterdam 11 oktober 1998, *Fiscaal-Up-To-Date* 98/1398.

²⁷³ Het Duitse BFH en het Oostenrijkse Supreme Administrative Court hebben gesteld dat de plaats van werken van een managing director van een Oostenrijkse onderneming die inwoner is van Duitsland onderworpen is aan Oostenrijkse taxatie, zie BFH 15 november 1971, *BStBl* 1972 II, p. 68. In een latere uitspraak kwam het BFH echter terug op haar stappen en heeft geponeerd dat de werkzaamheden van een managing director gesitueerd zijn op de plaats waar de werkzaamheden worden uitgeoefend, zie BFH 5 oktober 1994, *BStBl* II 1995, p. 95.

²⁷⁴ Bundesfinanzhof 11 november 2009, I R 83/08; Bundesfinanzhof 25 oktober 2006, I R 81/04.

²⁷⁵ Hoge Raad 24 april 1957, Rolnummer 13 182.

²⁷⁶ Hof ‘s-Hertogenbosch 19 september 1975, Rolnummer 728/1974.

²⁷⁷ Hof Amsterdam 11 oktober 1989, *Fiscaal Up to Date* 89/1398. Voor een bespreking, zie: H.A. VOLLEBREGT, ‘Salary splits: fiscale aanvaarding van een buitenlandse dienstbetrekking’, *W.F.R.* 1990, p. 266-270.

²⁷⁸ Rb. Parijs 8 februari 1978, 2097/76.

²⁷⁹ LIEVENS, B. en VALKENBORG, G., ‘Mobiele werknemers: welke staat is heffingsbevoegd?’, *Fiscoloog Internationaal* 271, p. 5.

²⁸⁰ Brussel 24 september 1993, *F.J.F.*, nr. 94/180, Brussel, 12 januari 1993, *Fisc. Koer.* 93/341.

²⁸¹ Cass. 28 mei 2004, *T.F.R.* 270, p. 992.

²⁸² BAX, A., ‘Tewerkstelling over de grens: ik werk niet altijd waar ik ben’, *T.F.R.* 192, p. 1074.

toepasbaar kan verklaard worden op bedrijfsrevisoren.²⁸³ Echter, het hof van beroep van Brussel oordeelde dat een treinmachinist zijn activiteit geacht wordt uit te oefenen op de plaats van de aanvang van de werkzaamheden.²⁸⁴ Eensgezindheid over deze materie bestaat er dus geenszins.

In de Amerikaanse literatuur zijn er ook al stemmen opgegaan om afstand te nemen van de 'fysieke aanwezigheidsleer' en beroep te doen op het principe van de impact, m.a.w. waar de handelingen gevolg ressorteren.²⁸⁵ Zo haalt KIRSCH het voorbeeld van de 'telesurgery' aan om na te gaan of de fysieke aanwezigheid nog een vereiste kan zijn bij internationale belastingheffing van grensoverschrijdende tewerkstelling.²⁸⁶ Hij haalt dit voorbeeld aan om aan te tonen dat de globalisering bijzonder beïnvloed is door het internet en andere communicatietechnologie. De impact van deze moderne communicatiemiddelen op de principes van het internationale belastingrecht, heeft reeds het voorwerp uitgemaakt van ettelijke studies.²⁸⁷ Veel van deze studies richten zich op elektronische handel via het internet, zoals de handel in goederen, downloaden van software e.a. Maar de impact van de moderne communicatiemiddelen op grensoverschrijdende tewerkstelling is minder bestudeerd.²⁸⁸ Nochtans zijn er trends in de economische ontwikkelingen die inzake grensoverschrijdende tewerkstelling de fysieke aanwezigheid niet meer vooropstellen. Hierbij kan gedacht worden aan offshoring in sectoren als radiologie, accounting en juridische dienstprestaties naar India en andere staten.²⁸⁹ Zoals reeds gesteld haalt KIRSCH het voorbeeld van telesurgery om dit alles aan te tonen. Het fenomeen houdt in dat een patiënt op grote afstand kan geopereerd worden door een chirurg die een robot bedient zonder fysiek aanwezig te zijn in het operatiekwartier. KIRSCH stelt hieromtrent dat indien een patiënt – bedlegerig in een ziekenhuisbed in de U.S. – wordt geopereerd via een robot in hetzelfde ziekenhuis maar door een chirurg

²⁸³ Gent 27 mei 2004, *Fiscoloog Internationaal* nr. 247, p. 5.

²⁸⁴ Brussel 8 december 2006, *T.F.R.* 329, p. 858. Het hof verwoordde dit als volgt: '(...) pourvu que l'intéressé ait eu, comme en la présente, le centre même de son activité dans ladite zone, où il prenaît notamment chaque jour son service'.

²⁸⁵ Een zelfde visie vind ik terug in de Duitse en Oostenrijkse rechtspraak, dewelke in hoofdzaak stelden dat instructies effect ressorteren op de vestigingsplaats van de onderneming, zie German Federal Finance Court 15 November 1971, *BStBl II*, 1972 en Austrian High Administrative Court, 7 mei 1979, No 2669/78..

²⁸⁶ KIRSCH, M.S., 'The role of physical presence in the taxation of cross border personal services', Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper N° 09-47.

²⁸⁷ SHAY, FLEMING & PERONI, 'What's source got to do with it?', *Source Rules and U.S. international taxation* 56, *Tax. L. Rev.* 81 (2002).

²⁸⁸ Ruth Mason, 'Tax expenditures and global labor mobility', 84 *N.Y.U.L. Rev.* (51) 2009.

²⁸⁹ Alan S. BLINDER, 'How many U.S. jobs might be offshorable', *CEPS Working Paper* nr° 142, 1 (March 2007).

gevestigd in een andere staat, de verworven inkomsten moeten beschouwd worden als U.S. inkomen. Als onderbouw voor deze redenering wordt eveneens de argumentatie van billijkheid en de benefit theorie aangehaald (voor een bespreking van de benefits theorie, zie punt 4.4.1.). De redenering wordt vervolgens doorgetrokken naar werknemers werkzaam in een internationaal verband. In dat opzicht wordt door KIRSCH gesteld dat arbeid weliswaar minder mobiel blijft dan kapitaal maar dat de mobiliteit van arbeid de laatste jaren wel fel is toegenomen. Hieromtrent wordt gesteld dat deze stelling meer waarheid bevat voor arbeid dewelke hogere inkomsten genereert. Deze visie kan m.i. verder ondersteund worden door te stellen dat er ook een bijzondere binding tussen een director en het lichaam bestaat. Dat komt bijvoorbeeld tot uiting in de parlementaire werken van de Nederlandse Wet IB 1964 waar argumenten werden genoemd voor het betrekken van buitenlandse bestuurders in de Nederlandse inkomstenbelasting.²⁹⁰

Ook PAMPERL heeft reeds bepleit dat een threshold van fysieke aanwezigheid moeilijk implementeerbaar zal zijn in artikel 16 OESO. Vooreerst stelt zij dat '*In practice it might, however, prove difficult to define a suitable amount of days the director or the person acting on his behalf, must be present in the residence state of the company and it does not seem possible to include a figure in the OECD Model that is acceptable for all contracting states*'.²⁹¹ Haar argumentatie vind ik echter niet overtuigend. Zo verwijst zij vooreerst ter ondersteuning van haar visie naar artikel 5(3)(b) van het VN-Modelverdrag dat een 183-dagen-criterium weerhoudt voor een service – vaste inrichting maar in paragraaf 7 van het commentaar op artikel 5 de optie openhoudt om een kortere periode in acht te nemen. Ik vind de ontstaansgeschiedenis van deze commentaar onvoldoende geduid. Voorts stelt PAMPERL dat de onmogelijkheid van het bereiken van een dagencriterium te wijten is aan '*the fact that contracting states might wish to align a time threshold with domestic company law and corporate governance requirements for board meetings*'. Enerzijds vind ik deze visie niet onderbouwd door middel van een studie van verschillende corporate governance codes. Er wordt enkel een verwijzing gemaakt naar het Oostenrijks vennootschapsrecht dat stelt dat non-executive directors elkaar vier maal per jaar ontmoeten op de board. Wel zie ik hierin opnieuw een pleidooi voor een autonome verdragsinterpretatie van artikel 16 OESO. Immers, indien een auteur zou bepleiten een fysieke threshold te integreren in artikel 16 OESO op basis van corporate governance regels, botst men

²⁹⁰ Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, p. 72.

²⁹¹ PAMPERL, E., 'Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future', IBFD, 2015, p.

daar op de corporate governanceregels van de andere verdragspartner. De kans dat die gelijklopend zijn, is m.i. klein.

Ik stel eveneens vast dat bepaalde staten onderling afspreken dat afstand wordt genomen van de fysieke aanwezigheid. Zo hebben België en Luxemburg bijvoorbeeld in een onderling akkoord²⁹² afgesproken dat zij weliswaar vasthouden aan het principe van de fysieke aanwezigheid maar eveneens toleranties inbouwen. Zo zal voor doeleinden van artikel 15 OESO voorzien worden in een afwijking in de situatie waarin een inwoner van een verdragsstaat een dienstbetrekking uitoefent in de andere verdragsstaat (werkstaat) en hij in de loop van het belastbaar tijdperk fysiek aanwezig is buiten deze werkstaat om aldaar een dienstbetrekking uit te oefenen gedurende een tijdvak of tijdvakken die een totaal van 24 dagen niet te boven gaan. Deze beperkte fysieke afwezigheid buiten de gebruikelijke werkstaat belet niet dat de werknemer toch wordt geacht zijn dienstbetrekking daadwerkelijk in de gebruikelijke werkstaat uit te oefenen gedurende het gehele belastbare tijdperk.

Het is om al deze redenen niet wenselijk om een fysiek criterium te integreren in artikel 16 OESO. Ik besluit dat een detacheringgedachte in artikel 16 OESO niet gewenst is. Zo is het niet aangewezen een criterium van fysieke aanwezigheid te integreren noch van expliciete vermelding van relevantie van de schuldenaar van de vergoedingen. Deze vaststelling is met name van belang. Immers, het betekent uitdrukkelijk dat directors niet onder artikel 15 OESO kunnen vallen. Artikel 15 OESO - dat handelt over werknemers in private dienstbetrekking - hecht groot belang aan de fysieke aanwezigheid en de schuldenaar van de vergoedingen.

4.3.2. Vaste basis criterium

Artikel 14 OESO handelt over de toewijzing van de heffingsrechten n.a.v. zelfstandige arbeid, respectievelijk vrij beroep. De heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de woonstaat. De bronstaat mag evenwel heffen indien aldaar geregeld over een vast middelpunt wordt beschikt en voor zover de voordelen aan het vast middelpunt kunnen worden toegerekend.

Artikel 14 OESO werd echter geschrapt op 29 april 2000 op basis van het rapport 'Issues related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention'.²⁹³ Thans

²⁹² Onderling akkoord van 16 maart 2015, besproken door BUYSSEZ, C., 'DBV België-Luxemburg: activiteit van maximal 24 dagen buiten werkstaat', *Fisc. Int.* 376, p. 1 e.v.

²⁹³ OECD, 'Issues Related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention', 1 april 2000, 48 p.

stel ik mij de vraag in welke mate een begrip als ‘vaste basis’ als threshold zou kunnen functioneren binnen artikel 16 OESO. De gedachte lijkt niet eens zo gek nu de OESO bijvoorbeeld ook een begrip als ‘service vaste inrichting’ heeft geïntroduceerd. Op 17 juli 2008 werd in dat verband een belangrijke wijziging aan het OESO-Commentaar voorgesteld. Er werd vastgesteld dat het concept van artikel 5 OESO m.b.t. vaste inrichtingen niet makkelijk toe te passen is op intellectuele dienstprestaties.²⁹⁴ Vaak werd men ermee geconfronteerd dat het verstreken van diensten niet aan alle voorwaarden van artikel 5 OESO voldeed hetgeen bronstaten frustreerde. Om die reden werd door het Fiscaal Comité van de OESO een fictiebepaling voorgesteld op grond waarvan tot het bestaan van een vaste inrichting kan worden besloten, zelfs indien de dienstverstreker niet over een vaste bedrijfsinrichting in de bronstaat beschikt. Het ging ‘slechts’ om een voorstel dat geen deel uitmaakt van het OESO-Modelverdrag. Luidens het voorstel zal er sprake zijn van een vaste inrichting wanneer een lichaam van een staat diensten verricht in een andere staat. Verder moet de natuurlijke persoon in de andere staat verblijven – binnen een tijdperk van 12 maanden – voor een periode die de 183 dagen te boven gaat en mits ten minste 50% van de bruto-inkomsten uit de eigenlijke bedrijfsactiviteit van het lichaam in deze periode uit de diensten wordt behaald. Het gaat hierbij niet om een louter verblijf. Het 183-dagencriterium geldt enkel voor de uitoefening van de diensten. Er moeten dan ter plaatse activiteiten worden verricht. Verder moet het 183-dagencriterium per project worden beoordeeld. Projecten die vanuit commercieel oogmerk verbonden zijn, worden als één project bekeken.

M.i. is het niet wenselijk om een threshold m.b.t. vaste basis-criterium te introduceren binnen artikel 16 OESO. Ik haal daartoe twee argumenten aan. Zo is het vooreerst nooit echt duidelijk geweest wat precies wordt bedoeld met het begrip ‘vaste basis’ binnen artikel 14 OESO (noteer trouwens dat er geen sprake is van ‘vaste inrichting’).²⁹⁵ Het Fiscaal Comité stelde dat een vaste inrichting een hogere vorm van aanwezigheid vereiste. Een regelmatige beschikbaarheid zou daarentegen volstaan voor een vaste basis.²⁹⁶ Als een threshold m.b.t. een vaste basis zou geïntroduceerd worden in artikel 16 OESO, zou dit noodzakelijk tot gevolg hebben dat een commissaris die enkele keren per jaar een boardmee-

²⁹⁴ WUSTENBERGHS, T., ‘OESO introduceert services permanent establishment’, *Fisc. Int.* 301, 1.

²⁹⁵ MICHAUX, E., ‘An analysis of the notion ‘fixed base’ and its relation to permanent establishment in the OECD-Model’, *Intertax*, 1987, 68.

²⁹⁶ De Belgische rechtsleer en rechtspraak vergelijkt de vaste basis uit artikel 14 OESO vaak met de zgn. materiële vaste inrichting uit artikel 5 OESO. Zie voor deze rechtsleer: PEETERS, B., ‘Vast middelpunt en relatieve werking van de verdragen’, *Fisc. Int.* 179, 6. Inzake relevante rechtspraak, zie Antwerpen 15 januari 1996, *A.F.T.* 1996/6-7.

ting bijwoont, over een vaste basis beschikt in de staat waar deze meeting wordt georganiseerd. De vraag die ik mij hierbij stel luidt of dit wel voldoende nexus creëert om heffingsbevoegdheid toe te wijzen. Hieraan kan m.i. ernstig getwijfeld worden. Ik zie niet alleen toepassingsproblemen voor commissarissen. Ook voor bestuurders en top level managers kunnen problemen ontstaan indien een dergelijke threshold zou worden geïntroduceerd binnen artikel 16 OESO.²⁹⁷ Zo is het namelijk nooit duidelijk geweest of artikel 14 OESO van toepassing is op zowel natuurlijke personen alsook op rechtspersonen. In het al geciteerde OESO-Rapport wordt aangehaald dat er vaak werd verdedigd dat ingevolge de letterlijke lezing van artikel 14 OESO, namelijk 'his activities', enkel natuurlijke personen kunnen gevisieerd worden. Het Comité van de OESO vond deze argumentatie verre van overtuigend gelet op het feit dat artikel 4 §1 OESO eveneens de terminologie 'his' hanteert en wel toepasselijk is op natuurlijke personen en rechtspersonen voor de vaststelling van de heffingsbevoegdheid. Het Comité beschouwde de onduidelijkheid van het toepassingsgebied van artikel 14 OESO mede als één van de factoren die hebben bijgedragen tot de afschaffing van dit verdragsartikel. Als dienvolgens overwogen zou worden het begrip 'vaste basis' te introduceren als threshold binnen artikel 16 OESO, is het onduidelijk dat dit zal gelden voor zowel natuurlijke personen-directors als voor rechtspersonen-directors. Mogelijk zou dit argument nog gepareerd kunnen worden door te stellen dat artikel 16 OESO toeziet op zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Maar dan blijft m.i. nog steeds het argument overeind luidende dat er onvoldoende nexus is in de andere staat en de handelingen vaak toewijsbaar zijn aan het hoofdhuis. En laat nu precies dit nexus-criterium een belangrijke factor zijn in de toewijzing van heffingsbevoegdheid.²⁹⁸

Finaal rest dan nog de vraag in welke mate de directors' fees onder artikel 7 OESO zouden kunnen vallen. Dit verdragsartikel stelt dat de winst van een lichaam dat door een inwoner van een staat gedreven wordt, uitsluitend in die staat mag belast worden, tenzij dat lichaam ook in de andere staat (bronstaat) door middel van een vaste inrichting gedreven wordt. Is dit het geval, dan mag de andere staat (bronstaat) de winst van het lichaam belasten, maar uitsluitend voor zover de winst aan die vaste inrichting toerekenbaar is. Teneinde te beoordelen of artikel 7 OESO van toepassing kan zijn op directors's fees, dient voor-

²⁹⁷ Ook andere auteurs kwamen reeds tot deze bevinding. Zie DE JAEGHER, C., 'International taxation of directors' fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreements among neighbours', *World Tax Journal*, 2013, 213.

²⁹⁸ BIRD, R.M. en WILKIE, J.S., 'Source vs residence based taxation on the European Union: the wrong question?', in *Taxing Capital Income in the European Union*, OUP, 2000, p. 94.

eerst ingevuld te worden of er al dan niet sprake is van een vaste inrichting. WUSTENBERGHS wees er al op dat het niet evident is om het vaste inrichting concept van artikel 5 OESO toe te passen op intellectuele dienstprestaties.²⁹⁹ Ook ARNOLD wees er al op dat de threshold van een vaste inrichting teruggaat tot de tijd waarin de meeste business activiteiten handelden over de productie van goederen etc. De dienstenindustrie kwam historisch niet meteen aan bod.³⁰⁰ Het zal m.i. dan ook niet meteen makkelijk zijn om een vaste inrichting - threshold te vinden *'which does not only guarantee sufficient economic nexus between the director and the residence state of the company, but which also takes into account the specificity of the activities of a director'*.³⁰¹ DE JAEGHER stelt in dat verband dat de threshold van een vaste inrichting het meest aangewezen is. Zij stelt echter een light versie voor van het vaste inrichtingsbegrip aangezien zij stelt dat bijvoorbeeld non executive directors raar of zelden zullen beschikken over een vaste kantoorruimte. Hiervoor kan volgens haar teruggegrepen worden naar het vaste basisbegrip. Hierboven heb ik echter reeds uiteengezet waarom dit vaste basisbegrip m.i. niet toepasselijk kan zijn op directors's fees. Ook de threshold in de vorm van een dagencriterium is m.i. niet wenselijk aangezien de korte buitenlandse verblijven van directors geenszins een nexus scheppen dewelke heffingsbevoegdheid kan rechtvaardigen. Het commentaar op artikel 5 OESO stelt weliswaar dat *'a place of business may constitute a permanent establishment even though it exists only for a very short period of time because of the nature of the business'*.³⁰² Contracterende staten zullen echter nauwelijks een tijds criterium onder de zes maanden hanteren teneinde te besluiten tot een vaste inrichting. De introductie van een dagencriterium (dat leidt tot een vaste inrichting) als threshold voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid van directors's fees, zou m.i. eveneens indruisen tegen de natuur van de taken van een director. Diens werkzaamheden hebben een impact op het lichaam waarin hij een mandaat bekleedt.

4.4. Source principle als uitgangspunt

Hierboven heb ik uiteengezet dat een nieuwe threshold m.i. moeilijk implementeerbaar is binnen artikel 16 OESO. Artikel 16 OESO kan m.i. dan ook geen heffingsbevoegdheid regelen op basis van het threshold-principe. Ook stuitte het base erosion principle op bezwaren gelet op het fenomeen dat de schuldenaar

²⁹⁹ WUSTENBERGHS, T., 'OESO introduceert services permanent establishment', *Fisc. Int.* 301, p. 1 e.v.

³⁰⁰ ARNOLD, B.J., 'The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess-expanded version', *Bull. Int. Tax.* 2011/2, 2.3.6.

³⁰¹ DE JAEGHER, C., 'International taxation of directors' fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours', *World Tax Journal* 2013, p. 259.

³⁰² OESO - Commentaar 5/6

van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO en niet alle staten voorzien in de fiscale aftrekbaarheid voor de uitbetaling van directors' fees. Dat maakt dat nog slechts twee principes over blijven om de heffingsbevoegdheid van directors' fees te regelen: het source principle en het enforcement principle.

Vooreerst is er het *source principle*. In een verdeling van heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees vanuit een source principle, dient eerst de identiteit van de bronstaat bekend te zijn. Vanuit een source-gedachte kan dit zowel de vestigingsstaat van het lichaam zijn als de werkstaat waarin de director zijn activiteiten ontplooit. Hierboven heb ik reeds uiteengezet waarom de werkstaat van de director m.i. niet heffingsbevoegd kan zijn. Dit maakt dat enkel nog de vestigingsstaat van het lichaam als bronstaat kan geïdentificeerd worden. Dit zou willen betekenen dat de huidige regeling m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO behouden dient te blijven.

4.4.1. Benefits theory

Bepaalde sociale normen geven uitdrukking aan de manier waarop belastingen zouden moeten worden geïnd. Tevens zal het streven naar de voorkoming van dubbele belasting de vraag opwerpen, op grond van welke argumenten een staat zijn nationale heffingsbevoegdheid (gedeeltelijk) prijsgeeft.³⁰³ Dat wordt in hoofdzaak vaak verduidelijkt vanuit twee belangrijke theorieën, wetende de zgn. *benefits theory* en anderzijds de *ability to pay theory*. De laatste theorie heeft als uitgangspunt dat elk gemeenschapslid belastingen moet betalen in functie van zijn financiële draagkracht.³⁰⁴

De benefits theory gaat uit van de veronderstelling dat elk gemeenschapslid belastingen moet betalen in overeenstemming met de voordelen en diensten die hij vanwege de overheid ontvangt.³⁰⁵ Men spreekt in dat verband ook wel eens van de profijtgedachte of het profijtbeginself. De overheid zorgt voor een juridisch en institutioneel kader en voorziet in de noodzakelijke infrastructuur om handelsactiviteiten te kunnen laten plaatsgrijpen. Hierdoor ontstaat noodge-

³⁰³ KAVELAARS, P., 'Toewijzingsregels in het internationaal fiscaal-en sociaal-verzekeringsrecht', Kluwer, 2003, p. 73.

³⁰⁴ HOLMES, K., 'The concept of income: a multi-disciplinary analysis', in *Doctoral Series*, Vol. 1, Amsterdam, IBFD, 2001, 21-27.

³⁰⁵ SELIGMAN, E.R.A., 'Progressive Taxation in Theory and Practice', *American Economic Association Quarterly* 1908, Vol. 9, nr. 4, 155.

dwongen een band tussen de overheid en de belastingplichtige die door BIRD ‘*corporate government partnership*’ wordt genoemd.³⁰⁶

Artikel 16 OESO sluit historisch de benefits theory in. In de bronstaat (wetende de staat van vestiging van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed), wordt in grotere mate van de voorzieningen geprofiteerd, wetende de mogelijkheid om arbeid af te nemen. Deze bepaalde profijtgedachte rechtvaardigt daarom een beperkte bronstaatheffing, wetende de vergoedingen die uit deze mogelijkheid van arbeid volgen. Deze zienswijze gaat reeds terug tot het verslag van de League of Nations in 1923. Dit rapport gaat uit van het principe van de zgn. ‘economic allegiance’ hetgeen ik hier vrijuit zal vertalen als economische afhankelijkheid. Dit principe had als uitgangspunt dat de plaats van de werkelijke economische belangen van een persoon moest vastgesteld worden. Deze plaats werd omschreven als ‘*the place where wealth is produced, that is, the community of economic life which makes possible the yield of the acquisition of the wealth*’. Hierbij is het van belang dat het rapport geenszins vereiste dat er fysieke aanwezigheid voorhanden was in een staat om bepaalde inkomsten te taxeren. Het is voldoende dat de staat waar het lichaam is gevestigd, het fysiek mogelijk maakt om entiteiten op te richten en dus inkomsten uit dit lichaam te genereren om er heffingsbevoegdheid over te eisen. Ook VOGEL argumenteerde trouwens dat het normaliter de bronstaat³⁰⁷ zal zijn die de voordelen verschaft aan belastingplichtigen om inkomsten te produceren en dus ook de kosten draagt om dergelijke inkomsten te produceren. Om die reden zou volgens VOGEL als compensatie de bronstaat heffingsbevoegd zijn.³⁰⁸ GEORG VON SCHANZ – naar wie VOGEL verwijst in zijn bijdrage – stelde eveneens dat de bronstaat een groter gedeelte moet kunnen taxeren als de woonstaat aangezien de economische afhankelijkheid groter is in de bronstaat i.p.v. in de woonstaat.³⁰⁹ SCHANZ heeft het over de zgn. ‘wirtschaftliche Zugehörigkeit’.

Uit de benefits theory volgt dat de staat die het mogelijk gemaakt heeft om inkomsten te produceren, heffingsbevoegdheid kan opeisen. M.a.w. een beperkte bronstaatheffing wordt hierdoor gerechtvaardigd. Omwille van het feit dat het lichaam is gevestigd in een staat – en het inkomen voortspruit uit dit lichaam–

³⁰⁶ BIRD, R.M., ‘Why tax corporations?’ *Bull.* 2002, 196.

³⁰⁷ Ik interpreteer dit als de vestigingsstaat

³⁰⁸ VOGEL, K., ‘Worldwide vs. source taxation of income-A review and re-evaluation of arguments’, in three parts: Part I, *Intertax* 393, 398.

³⁰⁹ VOGEL, K., ‘Worldwide vs. source taxation of income-A review an re-evaluation of arguments’, Part I, *Intertax* 216, 219.

rechtvaardigt de heffingsbevoegdheid van de staat over deze inkomsten.³¹⁰ Ook het Australische Asprey Committee stelde dit principe voorop.³¹¹ De theorie biedt dus een grondslag om de heffingsbevoegdheid toe te wijzen aan de vestigingsstaat voor doeleinden van artikel 16 OESO.³¹² Ook KEMMEREN deelt deze visie in globo.³¹³ Hij schrijft hierover namelijk het volgende: ‘a person who receives income from a person or property situated in a state has such a close relationship with the state in which that person or property is *physically* located that the relationship justifies an obligation to support that state’. Ik merk op dat deze visie ook gesteund wordt door het enforcement principle. ARNOLD wees er op dat het enforcement principle nauw verweven is met het threshold principle, namelijk hoe hoger de threshold van bronstaatheffing, hoe efficiënter bronstaatheffing kan plaatsgrijpen.³¹⁴ Welnu, ik zie niet in waarom het enforcement principle niet van toepassing zou kunnen zijn zonder een threshold van fysieke aanwezigheid of vaste basis. Als de vestigingsstaat van het lichaam heffingsbevoegd is over de director fee, lijkt het mij helemaal niet moeilijk om middels een loonheffing belasting te heffen ten laste van de director fee. Efficiëntie en effectiviteit van belastingheffing lijken mij ten volle gewaarborgd in deze omstandigheid.

Anderzijds heeft men het zgn. draagkrachtbeginsel (ability to pay).³¹⁵ Het beginsel houdt *in globo* in dat iedere belastingplichtige naar zijn vermogen moet bijdragen aan de financiering van de collectieve voorzieningen die door de overheid tot stand worden gebracht. Wanneer men een hoger inkomen heeft, zal men relatief meer belastingen betalen. Op deze manier wordt de belastingdruk over alle individuen verdeeld. Het beginsel is m.a.w. gebaseerd op een solidari-

³¹⁰ O'DONNELL, T. & DI SANGRO, P., ‘United States tax policy on electronic commerce’, 25 *Intertax* 429, 431-432; AULT H., ‘Comparative income taxation’, The Hague, London & Boston, Kluwer Law International, 1997, 431.

³¹¹ Asprey Report, 1975. Hierin staat het volgende verwoord: ‘the justification for imposing income tax on non-residents on the basis of origin in Australia rests on the ‘benefit’ principle, that is, the non resident’s income has been generated by economic activity conducted under the protection of the country of origin and relying on facilities provided, at least in part, at public expense’.

³¹² In dezelfde zin: FORST, D., ‘The continuing vitality of source based taxation in the electronic age’, 15 *Tax Notes International* 1997, 1455; KEMMEREN, E., ‘Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models’ (diss. 2001, Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg), 37-39.

³¹³ KEMMEREN, E., ‘Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach’, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, November 2006, p. 431.

³¹⁴ ARNOLD, B.J., ‘The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess’, *Bulletin for International Taxation*, 2011/2.

³¹⁵ Het begrip zou zijn ontleend aan Adam Smith.

teitsgedachte.³¹⁶ Dit principe als uitgangspunt voor de verdeling van heffingsbevoegdheid, wordt ernstig in vraag gesteld, o.m. omdat het te vaag zou zijn.³¹⁷ Nochtans hebben bepaalde staten het beginsel geïntroduceerd in de grondwet zodat het eventuele gewone wetswijzigingen zou kunnen doorstaan.³¹⁸

Het draagkrachtbeginsel is nauw verweven met het woonstaatprincipe en houdt dus op fiscaal gebied rekening met een wereldwijde taxatie van inkomsten.³¹⁹ De persoonlijke draagkracht van een niet-inwoner wordt gevormd door zijn totale inkomen en niet enkel door zijn beroepsinkomsten. De woonstaat is om die reden het best geplaatst om de persoonlijke draagkracht in kaart te brengen. Hierdoor is de woonstaat bij voorkeur geplaatst om bij de belastingheffing rekening te houden met de persoonlijke situatie van een belastingplichtige³²⁰, *in casu* een director. Een woonstaatheffing wordt dus ingegeven vanuit persoonlijke belangen van een belastingplichtige director. M.i. pleit net tegen een woonstaatheffing dat het de persoonlijke situatie van de director dient. Hoger werd er reeds op gewezen dat het *vennootschapsbelang* als doorslaggevend criterium naar voor wordt geschoven om de heffingsbevoegdheid van directors' fees te motiveren. Directors dienen met name het vennootschapsbelang, niet het persoonlijk belang. Werknemers dienen daarentegen wel het persoonlijk belang. De handelingen van directors daarentegen treffen het lichaam waarbij hun persoonlijke situatie irrelevant is. Indien een director handelt, heeft dit een impact op het ganse lichaam; het lichaam dat – uitgaande van de benefits theorie – er gekomen is dankzij de regelgeving van de staat die voorziet in vennootschapsrecht daaromtrent. De director is verantwoordelijk voor de goede gang van zaken in de organisatie en draagt eindverantwoordelijkheid. De relatie tussen diens handelingen en het vennootschapsbelang is dus realistisch. Precies dit vereiste (dienen van vennootschapsbelang) rechtvaardigt de nexus en hieruit volgende bronstaatheffing.

³¹⁶ MUSGRAVE, R.A., *The theory of public finance*, McGraw/Hill, New York, 1959, p. 90; LANG, J. en ENGLISCH, J., 'A European legal tax order based on ability to pay', in Amatucci, A. (ed), *International Tax Law*, The Hague, Kluwer, 2006, p. 251.

³¹⁷ GASSNER, W. en LANG, M., *Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht*, 14 ÖJT Band III, 2000, p. 53 e.v.

³¹⁸ TIPKE, K., *Die Steuerrechtsordnung*, Ed2, Vol. 2, Cologne, Otto Schmidt, 2003, p. 488 e.v.

³¹⁹ AULT, H.J. en BRADFORD, D.F., 'Taxing international income: an analysis of the U.S. system and its economic premises', Cambridge, NBER Working Paper, 1989, 3056; McLURE, C., 'Source-based taxation and alternatives to the concept of the permanent establishment', in Canadian Tax Foundation (ed), *World Tax Conference*, Toronto, 2000, p. 6; VOGEL, K., 'Worldwide vs. source taxation of income-a review and reevaluation of arguments', *Intertax*, 1988, p. 216.

³²⁰ GREEN, R.A., 'The future of source based taxation of the income of multinational enterprises', *Cornell Law Review*, 1993, 31.

Tegen een woonstaatheffing pleit m.i. eveneens dat het geenszins de woonstaat zal zijn die een claim indient tegen de director in de hypothese van bestuurdersaansprakelijkheid.³²¹ Dat zal wel degelijk de staat zijn waar het lichaam is gevestigd en waarin het mandaat wordt bekleed. Ook dit gegeven maakt m.i. duidelijk dat er een grote verbondenheid bestaat met de handelingen van de director en de bronstaat. En, het zijn precies deze handelingen die aanleiding geven tot zijn director fee.

Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat er vanuit het internationaal publiek recht geen enkele verplichting bestaat om verdeling van heffingsbevoegdheid te organiseren op basis van het draagkrachtbeginsel.³²²

5. Gevolgen voor de positie van artikel 16 t.o.v. de andere verdragsartikelen

5.1. Inleiding

Het OESO-Modelverdrag is een samenspel van verdragsartikelen waarin bepaalde hiërarchische afspraken zijn gemaakt. Nochtans is het niet steeds eenvoudig om de samenhang van verschillende verdragsartikelen te ontrafelen. Verdragsartikelen kunnen namelijk uitzonderingen vormen op andere verdragsartikelen, voorgaan op andere verdragsartikelen of *lex specialis* zijn t.o.v. andere verdragsartikelen. Artikel 15 OESO hanteert de terminologie ‘Subject to the provisions of the articles 16, 18 and 19’. Hieruit wordt afgeleid dat artikel 16 OESO *lex specialis* is t.o.v. artikel 15 OESO.³²³ Hier kan men m.i. ernstig aan twijfelen, ook al wordt deze visie vaak als ‘aangenomen’ bestempeld.³²⁴ Hiervoor grijp ik terug naar het OESO-Commentaar 1963 waar de artikelen 18 en 19 OESO werden omschreven als uitzonderingen op artikel 15 OESO daar waar artikel 16 werd omschreven als een ‘special provision’ in verhouding tot artikel 15 OESO. PROKISCH heeft daarvoor een verklaring gegeven. Deze auteur stelde namelijk dat de remuneratie van personen met een superviserende functie niet altijd als beroepsinkomen werd beschouwd in respectievelijke nationale rechtstelsels. Vanuit de visie van deze staten is artikel 16 OESO geen uitzondering op artikel 15 OESO maar vertegenwoordigt het simpelweg een andere inkomsten-

³²¹ In bijna alle EU-staten zijn de directorsverantwoordelijkheden en hun aansprakelijkheid gecodificeerd. Voor een recent overzicht, zie CARSTEN, G.B., PAECH, P. en SCHUSTER, E.P., ‘*Study on Directors duties and liability*’, London School of Economics, 2014, p. 44.

³²² SCHÖN, W., ‘International tax coordination for a second-best world (part 1)’, *World Tax Journal*, 2009, p. 73.

³²³ PÖTGENS, F.P.G., ‘Het ‘sluitend systeem’ van artikel 15 e.v. van het OESO - Modelverdrag’, *MBB* 2000/11, p. 397-403.

³²⁴ BRÄHLER, G., ‘*Internationales Steuerrecht*’, Springer Gabler, 2014, p. 196.

vorm.³²⁵ Het lijkt mij aannemelijk dat de OESO daarmee destijds rekening heeft gehouden.³²⁶ Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat taxatie van directors' fees enkel en alleen het gevolg is van het aanhouden van een *hoedanigheid*, namelijk die van director. Een causaal verband met arbeid wordt dus niet gelegd door de OESO. Om die reden kan het m.i. niet gaan om een uitzondering³²⁷ op artikel 15 OESO noch om een *lex specialis* daarop aangezien het historisch gaat om een volledig ander type van inkomsten. Sommige staten stellen directors' fees bijvoorbeeld gelijk met aandeelhoudersinkomsten. Er kan dan ook geen sprake zijn van een *lex specialis* t.o.v. artikel 15 OESO aangezien de inkomstenbron van directors zich historisch niet in de beroepsfeer situeert. Het commentaar op artikel 6 van de eerste Modelovereenkomst 1927 biedt daartoe verdere ondersteuning (zie eerder).

Dit is lang niet alles. Niet enkel vanuit historisch oogmerk valt uit te sluiten dat artikel 16 OESO *lex specialis* is t.o.v. van artikel 15 OESO. Ik heb er namelijk ook voor gepleit een autonome betekenis toe te kennen aan artikel 16 OESO, o.m. gesteund op de gedachte dat door het gebruik van de term 'fee' de scope van artikel 16 OESO duidelijk autonoom omlijnd is. Om die reden dient m.i. aangenomen te worden dat artikel 16 OESO een *onafhankelijke* bepaling is t.o.v. artikel 15 OESO en dus geen speciale bepaling.³²⁸ Artikel 16 OESO dient autonoom te worden geïnterpreteerd hetgeen aansluit bij de historische waarheid. Anders zou het m.i. ook nutteloos zijn dat reeds vanuit de historie van de belastingverdragen de directors als een aparte categorie van belastingplichtigen werden aanzien. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees wijkt ook ten volle af van de tijdsgeest waar woonstaatheffing als uitgangspunt werd gehanteerd. Ook PAMPERL heeft deze visie verdedigt weliswaar met andere argumenten. Zij stelt dat het begrip 'special' door de League of Nations meerdere malen werd gehanteerd in de context van artikel 16 OESO maar dat dit evengoed geldt voor andere verdragsartikelen om later niet meer opgenomen te wor-

³²⁵ PROKISCH, R., 'Directors' fees (article 16 OECD Model Convention), in *Source versus Residence, Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, M. LANG & PISTONE, P. (eds.), Taxmann, 2008, p. 220.

³²⁶ Het gegeven dat directors' fees niet steeds als beroepsinkomsten worden beschouwd, is vandaag nog steeds het geval voor bepaalde staten. Als voorbeeld haal ik Griekenland aan waar het inkomen van directors zonder werknemerscontract als roerend inkomen wordt beschouwd (categorie C, artikel 24 (1) ITC)

³²⁷ OESO-Commentaar 15/2 hanteer o.a. de term exception.

³²⁸ PÖTGENS stelt dat artikel 16 OESO een bijzondere bepaling is t.o.v. artikel 15 OESO maar geen uitzonderingsbepaling. Zie PÖTGENS, F., 'Income from international private employment', IBFD, 2006, p. 120. Zie ook: PÖTGENS, F., 'The 'closed system' of the provisions on income from employment in the OECD Model', *European Taxation*, 2001, p. 252.

den in finale versies van het OESO-Modelverdrag of het commentaar daarop.³²⁹ Aangezien de termen ‘exception’ en ‘special provision’ door elkaar worden gebruikt, is het verschil van geen betekenis.

Om al deze redenen is het m.i. aangewezen om de huidige aanhef van artikel 15 OESO zodanig te wijzigen dat er geen verwijzing meer wordt gemaakt naar artikel 16 OESO. Artikel 15 OESO zou in deze zin aangepast moeten worden. Op die wijze komt artikel 16 OESO verder de autonome betekenis toe die het *de facto* reeds vanaf de League of Nations heeft gekregen.

5.2. Gevolgen van de verwerping van de *lex specialis* redenering

Uit het adagium *lex specialis derogat generalibus* volgt dat de uitzonderingswet moet voorgaan op de meer algemene wet. Dat is een algemeen aanvaard rechtsbeginsel. De toepassing van dit beginsel brengt een aantal gevolgen met zich. Zo moeten uitzonderingen, bijvoorbeeld, steeds restrictief worden geïnterpreteerd. Dat betekent dat een beperkende uitleg moet gegeven worden aan een uitzonderingsbepaling indien deze van toepassing is. Indien een verdragsbepaling dus geen *lex specialis* is, moet deze niet beperkend worden geïnterpreteerd, maar moet er natuurlijk wel nog steeds rekening worden gehouden met een juiste interpretatie van het belastingverdrag.

Een niet beperkende interpretatie van artikel 16 OESO motiveert m.i. de gedachte dat het verdragsartikel een zgn. verticale catch all bepaling inhoudt (zie verder). Als artikel 16 OESO een uitzonderingsbepaling zou zijn op artikel 15 OESO, zou deze stelling veel moeilijker verdedigbaar zijn. Een beperkende interpretatie zou verder – gewild of ongewild – m.i. de deur nog steeds kunnen openzetten om enkel non executive directors onder artikel 16 OESO te plaatsen. Een gegeven dat m.i. precies moet worden vermeden.

Traditioneel neemt men echter aan dat de arbeidsartikelen als een zgn. ‘gesloten systeem’ functioneren.³³⁰ Dat wil zeggen dat alle inkomsten uit arbeid altijd onder één van de arbeidsartikelen zullen vallen. Artikel 15 OESO wordt in dat verband als een restartikel beschouwd voor arbeidsinkomsten. Daaruit volgt traditioneel dat artikel 21 OESO in beginsel niet van toepassing kan zijn op

³²⁹ PAMPERL, E., ‘Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future’, IBFD, 2015, p. 44.

³³⁰ PÖTGENS, F.P.G., ‘Het sluitend systeem van artikel 15 e.v. van het OESO-Modelverdrag’, *M.B.B.* 2000/397; KAVELAARS, P., ‘Arbeidsinkomsten en verdragstoepassing’, *T.F.O.* 2005/56; BOSMAN, A., ‘Other income under tax treaties: an analysis of article 21 of the OECD Model Convention’, Diss, 2015, p. 86.

arbeidsinkomsten.³³¹ De verwerping van de *lex specialis* redenering, heeft tot gevolg dat het zgn. gesloten systeem van de arbeidsartikelen in beginsel geen toepassing kan vinden op artikel 16 OESO. M.a.w., artikel 15 OESO zal niet als restartikel fungeren voor de directors inkomsten.³³² Artikel 16 OESO is een verdragsartikel dat op zichzelf staat. Wat daarvan het effect is, komt helder tot uiting in het hoofdstuk 4 dat over de aard van de vergoedingen handelt.

5.3. Verschillende hoedanigheden in hoofde van één persoon

Ik heb hierboven duidelijk gemaakt dat ik pleit voor een autonoom artikel 16 OESO. De gevolgen voor de rangorde van artikel 16 OESO t.o.v. artikel 15 OESO heb ik ook geschetst. Het is echter niet uitgesloten dat een persoon verschillende hoedanigheden heeft binnen hetzelfde lichaam. Zo kan een persoon bijvoorbeeld tegelijk directeur en werknemer zijn binnen hetzelfde lichaam. Deze duale verwevenheid van posities sluit een gelijktijdige en onafhankelijke toepassing van artikel 15 en 16 OESO niet uit. Ook de OESO heeft dit reeds erkend. Immers, paragraaf 2 van het OESO-Commentaar op artikel 16 stelt het volgende: ‘a member of the board of directors of a company often also has other functions with the company, e.g. as ordinary employee, adviser, consultant, etc. It is clear that the article does not apply to remuneration paid to such a person on account of such other functions’. Er dient dan ook een splitsing te worden opgemaakt tussen de vergoedingen die werden bekomen in onderscheiden posities binnen hetzelfde lichaam. VOGEL is eveneens van mening dat theoretisch een dergelijke splitsing dient te worden gemaakt. Daartoe stelt VOGEL het volgende:

‘When a person is a member of a companies organ which exercises both a supervisory and a managerial function ... the question may arise as to whether the remuneration should be divided into one element to be treated as director’s fee falling under article 16 and another element to be treated for instance as managers remuneration falling under article 15, or whether the crucial point is to determine which of the two elements is preponderant. A division would appear to be impossible for practical reasons.’³³³

³³¹ Niet alle auteurs delen deze visie echter. Zie in dat verband: PROKISCH, R., ‘Severance payments’, *European Taxation* 1998, nr. 5/6, p. 180.

³³² Noteer trouwens dat inmiddels ook al kritische stemmen opgegaan zijn m.b.t. het zgn. gesloten systeem van de arbeidsartikelen. Zie bijvoorbeeld COOLS, A., ‘OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid’, *T.F.R.* 477, p. 191 e.v.; KAVELAARS, P., ‘Herziening OESO-Modelverdrag 2014 (1)’, *N.T.F.R.B.* 2014/46.

³³³ VOGEL, K., ‘On double taxation conventions’, Kluwer Law International, London - The Hague-Boston, 1997, p. 957- 958; VOGEL, K., ‘Klaus Vogel On Double Taxation Conventions’, Kluwer, 2015, p. 1253-1254.

VAN ELDONK en PÖTGENS vinden deze laatste zinsnede van VOGEL niet relevant voor de theoretische rechtsvraag of een splitsing wel of niet mag worden toegepast.³³⁴

De contracterende partijen zullen bijgevolg op een deugdelijke wijze contractueel moeten vastleggen en ervoor zorg dragen dat deze contractuele vastlegging overeenstemt met de feitelijke gang van zaken, zodat ook praktisch gezien een splitsing kan worden toegepast en onderbouwd.³³⁵ Ook DE BROECK stelt om – teneinde eindeloze discussies met de belastingdienst te vermijden – het in de praktijk aangewezen is om het bedrag van de vergoeding van de director ofwel statutair te bepalen, ofwel te laten vaststellen in de notulen van de algemene vergadering. Tevens kan ervoor geopteerd worden om de bezoldiging van de director contractueel vast te leggen.³³⁶ Het contractueel vastleggen van de vergoeding van een director zou eveneens als een onderbouw kunnen dienen voor een rechtvaardiging ervan. In België zal de belastingdienst bijvoorbeeld soms nagaan welke onderliggende prestaties als grondslag dienen voor de hoegrootheid van de vergoeding van de director.³³⁷

In dit onderdeel bespreek ik ook nog kort de situatie waarin een sportman/artiest director is van zijn eigen zgn. star-company. Er is dan eveneens sprake van een duale hoedanigheid: sportman/artiest en director. De vraag rijst dan of de director fee onder artikel 17 OESO dan wel onder artikel 16 OESO valt. In eerste instantie wordt aangenomen dat artikel 17 OESO *lex specialis* is t.o.v. artikel 7 en 15 OESO.³³⁸ Artikel 17 OESO zet m.a.w. artikel 16 niet opzij. Artikel 16 blijft derhalve als onafhankelijk verdragsartikel zijn volle werking hebben ten aanzien van artikel 17 OESO, allebei conform de eigen toepassingsmodaliteiten. Voorts is het op basis van de bewoordingen van artikel 17 OESO duidelijk dat de specifieke verdeling van de heffingsbevoegdheid die voorzien is in het verdragsartikel gelieerd is aan de prestaties van sportlui/artiesten op zich. De vergoedingen bekomen in de hoedanigheid van director van het eigen lichaam dienen

³³⁴ VAN ELDONK, H.E.P.J. & PÖTGENS, F.P.G. 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998/1517.

³³⁵ In dezelfde zin: M. H. PIETERSZ & D.T.J. JOL, 'Netherlands: Tax treatment of a statutory director in a dual role', *Bulletin* 2005, p. 534 e.v.

³³⁶ DE BROECK, L., 'Bestuursbezoldigingen in internationale context', *Fiscaal Praktijkboek 1993-94-Internationaal*, p. 73.

³³⁷ POPPE, G., 'Mag de fiscus een vergoeding aan een gedelegeerd bestuurder inkrimpen?', *Accountancy & Fiscaliteit* 2005/29, p. 2 e.v.

³³⁸ ARORA, S.A., 'Directors fees and artistes and Sportsmen', *History of tax treaties. The relevance of the OECD Documents for the interpretation of tax treaties*, Linde Verlag, Österrike, 2011, p. 592.

hiervan onderscheiden te worden. Men dient m.a.w. de onderscheiden hoedanigheden te respecteren.

5.4. Tussentijdse conclusie

Het inkomstenbegrip dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO determineert historisch het personele toepassingsgebied in hetzelfde verdragsartikel. Vanuit het gehanteerde inkomstenbegrip, dient afgeleid te worden dat enkel non executive directors onder artikel 16 OESO kunnen vallen.

Artikel 16 OESO wordt historisch verantwoord vanuit de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar non executive directors hun directorsactiviteiten ontplooiën. De trend naar de digitalisering van boardmeetings en internationalisering van onafhankelijke directors brengt m.i. met zich dat de ratio legis van artikel 16 OESO nog steeds actueel is. Meer nog. Ik zou durven stellen dat het vandaag nog moeilijker is geworden om na te gaan waar een non executive director precies zijn activiteiten ontplooit.

De OESO geeft aan dat het gemakkelijk is om de werkplaats van een executive director vast te stellen. In het OESO-Modelverdrag kan men daar ook voorbeelden van terugvinden, te weten artikel 4 (3) OESO. Indien de OESO van mening was dat het makkelijk vast te stellen is waar executive directors opereren, zou er nooit een belangrijk concept als 'the place of effective management' aan verbonden zijn. Uit de geschiedenis van artikel 4(3) OESO kan men echter twee zaken leren: Vooreerst is het zeer onduidelijk *wat* precies ressorteert onder het begrip 'place of effective management'. Ook is het niet evident aan te duiden welke directors precies worden ondergebracht in het begrip. Het is ook helemaal niet zo eenvoudig om te lokaliseren waar uitvoerende directors hun activiteiten ontplooiën. Bestuurders en topmanagers van publieke en private lichamen worden ook steeds vaker gevraagd een visie te hebben op de toekomst van hun organisatie in het licht van de globalisering. Dat is niet alleen zo voor mno's. Ook mkb's staan voor de uitdaging van de internationalisering. Tal van studies tonen aan dat de trend tot internationalisering is toegenomen binnen het mkb. De visie van de OESO luidende dat het voor executive directors makkelijker vast te stellen is waar zij hun activiteiten uitoefenen is dus derhalve achterhaald te noemen. Uitgaande van louter de ratio legis van artikel 16 OESO, is het dus gerechtvaardigd om tevens executive directors (bestuurders, topmanagers, ...) onder artikel 16 OESO te plaatsen. Maar, het is niet eenvoudig om een topmanager van een gewone manager te onderscheiden. Daartoe stel ik twee onderscheidingscriteria voor: het dienen van het vennootschapsbelang en aan

strategiebepaling doen. In beginsel zal het steeds om de hoofdleiding van een lichaam gaan.

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid van de directors' fees is in hoofdzaak gebaseerd op de ratio legis van het verdragsartikel. De OESO hanteert als principe dat de heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam, de bronstaat. Dit principe moet gehandhaafd blijven. Immers, de introductie van een nieuwe threshold is m.i. moeilijk implementeerbaar binnen artikel 16 OESO. Ook botst het base erosion principle op bezwaren gelet op het fenomeen dat de schuldenaar van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO en niet alle staten voorzien in de fiscale aftrekbaarheid voor de uitbetaling van directors' fees.

Het source principle moet doorgang vinden in de verdeling van de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO. In een verdeling van heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees vanuit een source principle, dient wel de identiteit van de bronstaat benoemd te zijn. Vanuit een source-gedachte kan dit zowel de vestigingsstaat van het lichaam zijn als de werkstaat waarin de director zijn activiteiten ontplooit. Hierboven heb ik reeds uiteengezet waarom de werkstaat van de director niet heffingsbevoegd kan zijn. Dit maakt dat enkel nog de vestigingsstaat van het lichaam als bronstaat kan geïdentificeerd worden. Dit zou betekenen dat de huidige regeling m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO behouden dient te blijven.

Artikel 16 OESO sluit historisch de benefits theory in. In de bronstaat (wetende de staat van vestiging van het lichaam waar het mandaat in wordt bekleed) wordt van de voorzieningen geprofiteerd, wetende de mogelijkheid om arbeid af te nemen. Deze beperkte profijtgedachte rechtvaardigt daarom een beperkte bronstaatheffing, wetende de vergoedingen die uit deze mogelijkheid van arbeid volgen.

Artikel 16 OESO is geen *lex specialis* t.o.v. artikel 15 OESO aangezien het historisch gaat om een volledig ander type van inkomsten. Dat heeft tot gevolg dat artikel 16 OESO niet restrictief kan geïnterpreteerd worden. Dit rechtvaardigt de ruime personele reikwijdte van artikel 16 OESO alsook het argument dat het gesloten systeem van de arbeidsartikelen niet van toepassing is op directors.

6. Corporate governance ontwikkelingen

6.1. Inleiding

In de voorgaande passages heb ik *in globo* geschetst hoe de ratio legis en de verdeling van de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO verweven zijn. De gevolgtrekkingen zijn van toepassing op mno's en mkb's. Nochtans zal niemand ontkennen dat mno's op het eerste zicht meer geconfronteerd worden met corporate governance³³⁹, hoewel er steeds meer aandacht komt voor corporate governance binnen mkb's.³⁴⁰ Corporate governance gaat over het deugdelijke bestuur van een lichaam.³⁴¹ Men beschrijft er op welke manier een lichaam het best kan worden beheerd. Daartoe wordt een juridische zoektocht ondernomen naar de eigenlijke vennootschapsstructuur en naar de machtsverhoudingen tussen de diverse delen ervan. De interne verhoudingen tussen de aandeelhouders, de directors en de managers staan centraal. Door tal van evoluties wijzigen de machtsverhoudingen tussen deze drie actoren voortdurend. In wat volgt schets ik beknopt deze evoluties.

In een volgend onderdeel (deel 6.3.) zal ik nagaan welke impact deze evoluties hebben voor doeleinden van artikel 16 OESO. In het bijzonder wordt nagegaan of bepaalde corporate governance evoluties de machtsverhoudingen tussen de hoger genoemde actoren niet door elkaar hebben geschud. Eén en ander zou dan tot gevolg kunnen hebben dat actoren bijvoorbeeld niet meer onder artikel 16 OESO vallen. Deze impact is tot dusver onbelicht gebleven.³⁴² Ik acht het daarom opportuun hieraan een apart onderdeel toe te besteden. In deze inleiding wil ik heel expliciet stellen dat ik er voldoende bewust van ben dat corporate governance op het eerste zicht niets te maken heeft met belastingverdragen. Een director is echter een actor binnen een lichaam, net als bijvoorbeeld werknemers of aandeelhouders. Indien men rechtvaardigt dat directors-inkomsten een aparte categorie van inkomsten vertegenwoordigen, acht ik het verdedigbaar na te gaan waar deze director zich in een lichaam thans situeert gelet op bepaalde corporate governance evoluties. Men kan hier m.a.w. niet blind voor blijven.

³³⁹ DIETRICH, D. en JINDRA, B., 'Corporate governance in the multinational enterprise: a financial contracting perspective', *International Business Review*, 2010, p. 446-456.

³⁴⁰ Denk in dat verband bijvoorbeeld aan de Code Buysse in België. Zie voorts: HESSELS, S.J.A. en HOOGE, E.H., '*Small Business Governance. Een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het M.K.B.*', EIM, 2006, 82 p.

³⁴¹ VAN DEN BERGHE, L., 'Het corporate governance debat vanuit internationaal perspectief', in X, *Corporate Governance: Het Belgisch perspectief*, Deventer, Tjeenk-Willink, 1998, 151; LAGA, H., 'Europese initiatieven inzake corporate governance', *T.R.V.* 2006/8, p. 659-672.

³⁴² De relatie tussen fiscaliteit en corporate governance is m.i. tot op vandaag nog steeds onderbelicht gebleven.

Meer nog, de relatie tussen het internationaal belastingrecht en corporate governance is vaak onbelicht gebleven tot op vandaag.

6.2. Corporate governance evoluties

In wat volgt zal ik twee recente corporate governance evoluties schetsen. Enerzijds schets ik de vervlechting van het monistische en het duale bestuursstelsel. Anderzijds bespreek ik de toenemende evolutie van het aandeelhoudersactivisme.

6.2.1. Monistische en duale bestuurssystemen in evolutie

Grosso modo kan men twee verschillende vennootschapsrechtelijke boardsystemen onderscheiden.³⁴³ Zo is er enerzijds het Britse model waar de board of directors zowel een superviserende taak heeft als een managementtaak.³⁴⁴ Anderzijds is er het Duitse corporate governance model waar er een onderscheid wordt gemaakt tussen een superviserend en een managementorgaan. In staten met een duaal bestuursstelsel wordt een organisch onderscheid gemaakt tussen het uitvoerende en het toezichthoudende orgaan.³⁴⁵ Als men het vennootschapsrecht erop naslaat van diverse staten alsook de rechtsleer³⁴⁶ over deze problematiek, kan vastgesteld worden dat beide systemen meer en meer vervlochten raken met elkaar.

Zo voorziet Nederland in een raad van commissarissen die als kerntaak heeft het toezicht houden op en adviseren van de raad van bestuur.³⁴⁷ In dat opzicht spreekt men wel eens van de 'klankbordfunctie' van de raad van commissarissen.³⁴⁸ Doorheen de adviesverlening, houdt de raad van commissarissen toezicht op het algemeen beleid en zal een bestuursbeslissing in sommige gevallen on-

³⁴³ COOLS, A., *'Internationaal Belastingrecht in Hoofdlijnen'*, Maklu 2012, p. 217.

³⁴⁴ Een zelfde model vindt men o.a. terug in België, Italië en de Scandinavische landen. Ook Portugal voorziet in een monistische vennootschapsstructuur.

³⁴⁵ Dit overzicht is mede ontleend uit het doctoraatproefschrift van Hans De Wulf. (DE WULF, H., *'Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap'*, Intersentia, 2002, p. 136 e.v.)

³⁴⁶ GARRATT, B., 'Is your board up to its job?' *Director*, juni 1996.

³⁴⁷ VAN DER GRINTEN, W.C.L., *'Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap'*, Zwolle, Tjeenk Willink, twaalfde druk, 1992, 475; VAN SCHILFGAARDE, P., *'Van de BV en de NV'*, Arnhem, Gouda Quint, tiende druk, 1995, 203; BIESHEUVEL-HOITINGA, J., BOOTSMA, A.A. en VLETTER-VAN DORT, H.M., 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders (vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2012/29; VAN SCHILFGAARDE, P., *'Van de BV en de NV'*, Vijftiende druk, Kluwer, 2009, p. 235.

³⁴⁸ ASSER-MAEIJER, J.M.M., 'Vertegenwoordiging en rechtspersoon', III, *De naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 450; S.E. EISMA, 'Haalt het structuurregime de volgende eeuw?', *N.V.* 1998, 93-95; ASSER, C., *'Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht'*, 2-II, *De Naamloze Vennootschap en besloten vennootschap*, Deventer, Kluwer, 2009, 601.

derworpen zijn aan de goedkeuring door de raad van commissarissen.³⁴⁹ Door het vermelden van de adviesplicht heeft de Nederlandse wetgever volgens sommige auteurs willen aangeven dat de toezichtfunctie niet passief mag waargenomen worden, maar een actief optreden van de commissarissen veronderstelt.³⁵⁰ Het handboek van SANDERS en WESTBROEK wijst op de spanning die bestaat tussen de advies- en toezichtplicht. Door te adviseren neemt de raad van commissarissen deel aan de besluitvorming waarop hij tegelijk controle uitoefent.³⁵¹ Ook wordt voorzien in een goedkeuringsmechanisme (wettelijke catalogoog) die in de Nederlandse rechtsliteratuur wordt beschouwd als een vorm van medebestuur.³⁵² Deze wettelijke catalogoog kan zonder beperkingen via de statuten van het lichaam worden uitgebreid. SANDERS en WESTBROEK hebben in hun handboek aangetoond dat dergelijke clausules vaak voorkomen.³⁵³

Een gelijkaardige duale structuur vinden we terug in Duitsland. De Vorstand is het executieve bestuursorgaan van de Duitse Aktiengesellschaft. Overeenkomstig § 76 van het AktG leidt hij de vennootschap op eigen verantwoordelijkheid. De Vorstand is als enige orgaan bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen. De Aufsichtsrat is het toezichtorgaan van de Aktiengesellschaft. Zijn functie binnen een lichaam, wordt bepaald door de belangrijkste bevoegdheden die hem toegewezen zijn: de aanduiding, controle en het ontslaan van de leden van de Vorstand. De Duitse rechtsleer heeft talrijke pogingen ondernomen om de zgn. 'Überwachungspflicht' te definiëren. Oorspronkelijk, d.w.z. in het ADHGB van 1861 was het de bedoeling van de Aufsichtsrat een soort spiegelbeeld van het management te zijn, die het bestuur moest controleren. In 1884 werd er zelfs aan toegevoegd dat het toezicht erop gericht was 'sich von dem Gang der Angelegenheit der Gesellschaft zu unterrichten'. Het hoeft geen betoog dat deze

³⁴⁹ BLANCO FERNANDEZ, J.M., 'De raad van commissarissen bij NV en BV', Deventer, Kluwer, 1993, 21; DEKKER, H.C.S., 'Verantwoording door de raad van commissarissen van structuurvennootschappen', *N.V.* 1983, 148. De besluiten waarvoor de goedkeuring van de raad van commissarissen vereist is, kunnen *grosso modo* in vier thema's worden gegroepeerd: de financiële structuur van de vennootschap, de samenwerking met andere vennootschappen, het personeelsbestand en ten vierde enkele belangrijke beslissingen rondom statutenwijzigingen, ontbinding,...

³⁵⁰ BOS, J.A.M., 'Commissaris, taak en aansprakelijkheid', in J.R. GLASZ, H. BECKMAN en J.A.M. BOS, *Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 1994, 160.

³⁵¹ SANDERS en WESTBROEK, bewerkt door F.K. BUIJN en P.M. STORM, *BV en NV*, Deventer, Kluwer, 1994, zevende druk, 183; SANDERS, P. en WESTBROEK, W., 'BV en NV, *Het nieuwe ondernemingsrecht*', 9de druk, Kluwer, 2005; VAN MONTFORT, C.J. en BOERS, I., 'Raden van Toezicht', in T. SCHILLEMANS en M. BOVENS (eds.), *Handboek Publieke Verantwoording*, 2009, Den Haag, p. 143-160.

³⁵² W.C.L. VAN DER GRINTEN, 'Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap', Zwolle, Tjeenk Willink, twaalfde druk, 1992, 478; KROEZE, M.J. e.a., 'Bestuur en Toezicht', Kluwer, 2009, p. 62.

³⁵³ SANDERS en WESTBROEK, *o.c.*, 184.

instructie neerkwam op een managementtaak. In de rechtsleer is stilaan de gedachte doorgesijpeld dat de taak van het toezichtorgaan niet kon inhouden dat het management in zijn details moest gecontroleerd worden.³⁵⁴ Om de toezichtplicht van de Aufsichtsrat preciezer af te bakenen, worden in de rechtsleer overwegend drie wegen gevolgd. Zo heeft het BGH meermaals geoordeeld dat de Aufsichtsrat moet doen wat noodzakelijk is met het oog op een efficiënte controle in het belang van de aandeelhouders en de schuldeisers.³⁵⁵ Andere auteurs vullen dit criterium aan met een ander beginsel, namelijk dat de Aufsichtsrat zijn opdracht moet vervullen met de zorgvuldigheid die de gemiddelde koopman aan de dag zou leggen. Andere auteurs gaan er van uit dat het beginsel dat de bevoegdheden van een orgaan tevens een plicht inhoudt om van deze bevoegdheden gebruik te maken.³⁵⁶

In alle gevallen dient onderkend te worden dat ook in het Duitse rechtstelsel de bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan verregaand is. De Aufsichtsrat heeft namelijk de mogelijkheid van een zgn. *'Zustimmungsvorbehalt'* voor bestuursbeslissingen waarvoor hij dat gepast acht. Het gaat hier om een vetorecht dat blijkens de wet moet slaan op bepaalde soorten van handelingen. De statuten kunnen een catalogoog van dergelijke handelingen voorzien maar de Aufsichtsrat kan ook buiten de statuten in een ander document kenbaar maken welke handelingen aan zijn toestemming onderworpen moeten worden. Zo heeft het BGH bijvoorbeeld ook geoordeeld dat de Aufsichtsrat zijn vetorecht ook op een *ad hoc* basis kan gebruiken.³⁵⁷ Hij is verplicht van dit recht gebruik te maken wanneer dit de enige manier is om te verhinderen dat de Vorstand een wetsovertreding zou begaan. Bepaalde auteurs stellen dat de plicht ook geldt voor de voorkoming van schendingen van de statuten.³⁵⁸ Het vetorecht van de Aufsichtsrat tegen bepaalde beslissingen leidt ertoe dat deze betrokken raakt bij het eigenlijke bestuur van een lichaam. Hij kan weliswaar geen initiatieven nemen tot bestuursbeslissingen maar krijgt toch ruime inwerkingmogelijkheden. In dat opzicht moet gesteld worden dat het onderscheid tussen bestuur en toezicht wel bijzonder klein wordt.

³⁵⁴ MUTTER, S., *'Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschafts'*, Otto Schmidt, Köln 1994, 31.

³⁵⁵ BGH 4 juli 1977, AG1978, 79; BGH 7 november 1977, AG1978, 106, BGH 22 oktober 1979, AG1980, 109.

³⁵⁶ K. LARENZ, *'Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts'*, München, Beck, 4 de ed. 1997, §10 IIb.

³⁵⁷ BGH 4 juli 1977, AG1978, 79

³⁵⁸ K.-H. BOUJONG, *'Rechtliche Mindestanforderungen an eine ordnungsgemässe Vorstandskontrolle und beratung'*, AG 1995, 203.

Ook in Frankrijk kunnen bepaalde lichamen opteren voor een duale bestuursstructuur waarbij de bevoegdheden dan worden opgedeeld tussen een directoire en een conseil de surveillance. De bevoegdheden van het directoire vallen ongeveer samen met die van een conseil d'administration in het monistische systeem. Zoals in Duitsland en Nederland het geval is, is in Frankrijk voor sommige bestuurshandelingen de medewerking van het toezichtorgaan vereist.³⁵⁹ De algemene opdracht van de conseil de surveillance bestaat erin een permanente controle uit te oefenen op het bestuur van het directoire. De controle slaat zowel op de legaliteit als op de opportuniteit van de handelingen van het directoire.³⁶⁰ De statuten kunnen de lijst van handelingen waarvoor toestemming vereist is, vrij uitbreiden. De conseil heeft echter niet de mogelijkheid zoals de Duitse Aufsichtsrat zichzelf een goedkeuringsbevoegdheid toe te kennen op een *ad hoc* basis en dus op een *ad hoc* basis in het beleid in te grijpen. In de rechtsleer is tevens geponeerd dat de statutaire catalogoog zeer precies moet zijn en beperkend dient geïnterpreteerd te worden.³⁶¹ Niettegenstaande de algemene opdracht van de conseil de surveillance erin bestaat een permanente controle uit te oefenen op het bestuur van het directoire, dient gezegd dat ook in Frankrijk de scheidingslijn tussen controle en bestuur erg vaag wordt.³⁶²

Welke conclusies kunnen hieruit nu worden getrokken? Vooreerst wordt vastgesteld dat in de duale bestuursystemen de scheiding van bestuur en toezicht verre van absoluut is. De wettelijke catalogoog van beslissingen waarbij de raad van toezicht over een vetorecht beschikt, maakt de toezichthoudende organismen vaak tot een echte mede-bestuurder. Zoals gesteld kan deze catalogoog vaak nog eens via de statuten worden uitgebreid. Anderzijds voorzien staten met een monistisch bestuursstelsel er ook vaak in dat de raad van bestuur op basis van zijn macht beslissings- en/of vertegenwoordigingsbevoegdheid kan delegeren. Vaak zal dan ook voorzien worden in een orgaan van dagelijks bestuur. Zo voorziet de Belgische wetgeving bijvoorbeeld in de mogelijkheid van de installatie van een zgn. directiecomité. De raad van bestuur kan aan dit directiecomité bevoegdheden delegeren die het dagelijks bestuur overstijgen. Niettegenstaande dit begrip zeer eng wordt opgevat door het Belgische Hof van Cassatie³⁶³, blijkt

³⁵⁹ COZIAN, M. en VIANDIER, A., '*Droit des sociétés*', Paris, Litec, 9 de editie, 1996, 295, 794.

³⁶⁰ LE CANNU, P., 'La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme', *Bull. Joly Soc.* 1989, 479.

³⁶¹ Y. GUYON, *Droit des Affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés*, Paris, Economica, 9 de editie, 1996, 370.

³⁶² Noteer echter dat in Frankrijk vaak voor een one tier board systeem wordt gekozen. Zie bijvoorbeeld: KROEZE, M.J. e.a., 'Bestuur en toezicht', Kluwer, 2009, p. 27.

³⁶³ Cass. 17 september 1968, *Pas.* 1968, I, 61.

uit onderzoek dat dit directiecomité een belangrijke rol wordt toebedeeld inzake de omschrijving van de strategie van een lichaam.³⁶⁴Ik kan dus besluiten dat zowel in monistische als in duale bestuurssystemen de grens tussen toezichthoudende en uitvoerende organismen erg vaag geworden is. Tevens blijkt uit statistieken dat een aantal lichamen met een monistisch bestuursysteem is toegenomen.³⁶⁵ Ook kan men in de Cromme Code voor corporate governance in Duitsland lezen: ‘In practice the dual board system, also established in other continental European countries, and the internationally widespread system of management by a single management body (Board of Directors) converge because of the intensive interaction of the Management Board and the Supervisory Board’.

Het is ook de literatuur niet ontgaan dat er een belangrijke internationale trend bezig is op het terrein van corporate governance. Deze literatuur stelt dat de vervlechting tussen zgn. one-tier en two-tiersystemen al bezig is sedert de jaren negentig.³⁶⁶ Sommige auteurs merken op dat Angelsaksische staten elementen adopteren van scheiding tussen toezicht en uitvoering.³⁶⁷ Germaanse staten streven dan weer naar een grotere betrokkenheid van commissarissen bij de totstandkoming van de besluitvorming. Hieruit kan tevens afgeleid worden dat beide systemen dichter bij elkaar zijn gaan aanleunen waardoor bestuur en toezicht door elkaar loopt.

Voor wat betreft Nederland hebben bepaalde auteurs trouwens gesteld dat de functie van commissaris in de loop der decennia verschoven is van een toezichtsorgaan ten behoeve van de aandeelhouders tot een onafhankelijk orgaan – naast het bestuur – dat zich naar het vennootschapsbelang richt.³⁶⁸ Een auteur heeft de taak van de commissaris zelfs expliciet omschreven als een soort van ‘meebestuur’.³⁶⁹ Het is algemeen aanvaard dat het toezicht tegenwoordig veel meer preventief dan repressief van aard moet zijn. Zo stelt ASSINK bijvoorbeeld

³⁶⁴ KEUTGEN, G., ‘L’organisation de la gestion des sociétés: l’exemple du comité de direction’ *Revue dr. Int. Comp.* 1995, 6.

³⁶⁵ Spencer Stuart, ‘The Netherlands Board Index, Board trends and practices at leading Dutch companies’, 9th edition, Amsterdam 2007.

³⁶⁶ GARRATT, B., ‘Is your board up to its job?’, Director, Juni 1996; DOUMA, S., ‘The two-tier system of corporate governance: an interdisciplinary agenda’, *Journal of Law and Society* 24, 1997.

³⁶⁷ KENNEDY, C., ‘A call for revolution in America’s boardrooms’, Director, September 1990; FIRSTENBERG, P. & BURTON, G.M., ‘The twenty first century boardroom: who will be in charge?’, *Sloan Management Review*, Fall 1994.

³⁶⁸ VAN SCHILFGAARDE, P., ‘Van de BV en de NV’, Deventer, Kluwer, 2009, 235.

³⁶⁹ DUMOULIN, S., ‘De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistisch bestuursmodel’, *Ondernemingsrecht* 2005/91, p. 269; DEN BOOGERT, M.W., ‘De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governancecode’, *Ondernemingsrecht* 2004/38, p. 115.

dat de taak van de commissaris niet alleen bestaat uit het toezien op het bestuur. De commissaris moet ook erop toezien dat het bestuur zich verantwoord gedraagt en waar mogelijk tijdig moet ingrijpen.³⁷⁰ De meest treffende verwoording vind ik terug bij BECKMAN die stelde dat ‘*De nieuwe wetgeving, zichtbaar in onder andere de Code Tabaksblat en sarbanes Oxley, legt de eindverantwoordelijkheid voor het beleid nadrukkelijk bij de commissaris. Hij wordt er door toezichthouders en aandeelhouders op aangesproken en afgerekend. Deze – juridisch niet onberispelijke – uitspraak laat wel een trend zien in die zin dat de raad van commissarissen wel wordt gezien als een soort bovenbaas, de baas van de raad van bestuur en kennelijk niet als een onafhankelijke interne toezichthouder*’.³⁷¹

6.2.2. Aandeelhoudersactivisme

Uit het corporate governance-debat blijkt niet enkel dat het duale en het monistische bestuursstelsel meer vervlochten zijn dan men op het eerste zich zou denken. Ook is een trend van aandeelhoudersactivisme waarneembaar die duidelijk de traditionele verhoudingen tussen bestuurder-commissaris en aandeelhouder door elkaar hebben geschud. Dit aandeelhoudersactivisme wordt traditioneel omschreven als de wijze waarop aandeelhouders, door gebruik te maken van hun rechten als aandeelhouder, de handelswijze van een lichaam actief trachten te beïnvloeden.³⁷²

Heel wat debatten binnen het leerdomein van de corporate governance gaan dan ook over de trend van het aandeelhoudersactivisme.³⁷³ Activistische aandeelhouders proberen hun stempel te drukken op het beleid van een lichaam. Een strekking heeft het als volgt omschreven: ‘Niet alleen komt de algemene vergadering van aandeelhouders als orgaan een belangrijke rol toe binnen de vennootschappelijke verhoudingen, steeds vaker wordt door individuele of samenwerkende aandeelhouders invloed uitgeoefend op het ondernemingsbeleid. De invloed van individuele aandeelhouders is onder meer toegenomen als gevolg van het aan hen toegekende agenderingsrecht. Een ander belangrijk

³⁷⁰ ASSINK, B.F., ‘Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur’, in *Preadviezen voor de Vereniging handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 93.

³⁷¹ BECKMAN, H., ‘Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle’, *Ondernemingsrecht* 2005, 86.

³⁷² S.L. GILLAN & L.T. STARKS, ‘The evolution of shareholder activism in the United States’, *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 19, Issue 1, Winter 2007, 5-6.

³⁷³ DE JONGH, J.M., ‘Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2007, 11.

machtsmiddel betreft de enquêtebevoegdheid van aandeelhouders'.³⁷⁴ Om die reden is er de laatste jaren veel meer aandacht gekomen voor het functioneren van aandeelhouders, die meer en meer worden aangesproken op hun gedrag. Zelfs in Verenigde Staten, een staat waarin van oudsher de nadruk voornamelijk ligt op aandeelhoudersbelangen en de creatie van aandeelhouderswaarde, wordt gepleit voor een introductie van 'duties to the corporation' voor aandeelhouders.³⁷⁵ Een aandeelhouder die – kort gezegd – zijn controlerende positie aanwendt, neemt volgens sommige auteurs een fiduciaire positie in jegens de vennootschap. Daarom wordt er soms wel eens voor gepleit om de toepassing van de fiduciaire plichten uit te breiden naar aandeelhouders met een aanzienlijke invloed.³⁷⁶

Welnu, ingevolge de meer actieve rol van aandeelhouders, kan vastgesteld worden dat de rol van de commissaris drastisch is gewijzigd en derhalve in weinig opzichten nog verschilt van de taak van de uitvoerende director.³⁷⁷ Op die manier wordt het corporate governance landschap dan ook drastisch door elkaar geschud. Omdat het duale bestuursstelsel in de praktijk om deze reden gaat werken op onderdelen van het Angelsaksische unitaire model, wordt in dat verband gesproken van het *anderhalf-tiermodel*, zoals ik kort al heb aangehaald. Dit is mede ingegeven vanuit het feit dat de commissaris zelf in toenemende mate verantwoordelijk gesteld wordt voor de kwaliteit van besturing van een lichaam. Dat zorgt ervoor dat de commissaris zelf zal optreden als bestuurder i.p.v. als toezichthouder. In heel wat regelgeving wordt inderdaad in de aansprakelijkheidswetgeving geen onderscheid meer gemaakt tussen executive directors en non executive directors.³⁷⁸

De rol van de drie actoren in het corporate governance landschap is m.i. derhalve grondig door elkaar geschud. De commissaris zal naar de toekomst toe dus – in volle samenspraak met het bestuur – een actief beleid moeten voeren. Nieu-

³⁷⁴ BIESHEUVEL-HOITINGA, J., BOOTSMAN, A.A. en VLETTER-VAN DORT, H.M., 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2012/29.

³⁷⁵ KARMEL, R.S., 'Should a duty to the corporation be imposed on institutional shareholders?', *Business Lawyer* 2004, 60, p. 1-21.

³⁷⁶ ANABTAWI, I. en STOUT, L.A., 'Fiduciary duties for activist shareholders', *Stanford Law Review* 2008, 60, p. 1255-1308.

³⁷⁷ Zo schrijven PEIJ en BOONSTRA het volgende: 'De commissaris wordt in toenemende mate zelf verantwoordelijk geacht voor de kwaliteit van besturing van de onderneming. Bij grotere vennootschappen is dat al langer het geval en dat leidt steeds meer tot opschuiving van taken en activiteiten richting die van directie.' (PEIJ e.a., '*Handboek Corporate Governance*', Kluwer, 2007, 19).

³⁷⁸ PEIJ, S.C. en BOONSTRA, J.J., 'De rol van commissarissen bij grootschalige organisatieveranderingen', *Bedrijfskunde*, jaargang 74, nummer 2, 2002.

we corporate governance tendensen dwingen hem daartoe. De commissaris zal zich nadrukkelijker richting aandeelhouders moeten manifesteren³⁷⁹ en zich niet enkel maar beperken tot een afstandelijke rol als toezichthouder. Hij krijgt hierdoor omzeggens een instructiemacht over de uitvoerende directors om geen aansprakelijkheden op te lopen. Ook sommige auteurs hebben al opgemerkt dat de rol van de toezichthouder zwaarder en complexer wordt.³⁸⁰ Het vak van toezichthouder is dus sterk aan het veranderen. Toezichthouders gaan zich steeds professioneler opstellen met de invoering van corporate governance codes. Ze voelen zich verantwoordelijk en stellen kritische vragen aan het bestuur.

6.2.3. Corporate governance en het mkb

Het thema corporate governance is in hoofdorde vaak gericht op beursgenoteerde lichamen. Meer nog, bepaalde auteurs zijn van mening dat corporate governance issues niet of minder spelen bij het mkb.³⁸¹ Dit is nog maar de vraag. Er zijn duidelijk ontwikkelingen merkbaar van globalisering waardoor mkb – ondernemingen steeds meer betrokken raken in het internationale handelsverkeer hetgeen zwaardere eisen met zich brengt ten aanzien van het bestuur en het toezicht van een lichaam. Een ander veel gehoord argument luidt dat de corporate governance vraagstukken – zoals die doorgang vinden in grotere beursgenoteerde bedrijven – niet spelen bij het mkb.³⁸² Bij mno 's zijn er vaak issues m.b.t. de relatie tussen bestuur-commissaris en aandeelhouder. Voor het midden- en kleinbedrijf ligt dit anders. Immers, bij mkb's zal de directeur vaak ook aandeelhouder zijn, vaak de directeur-groootaandeelhouder of DGA genoemd. De DGA zal vaak in hoofde van dezelfde persoon de functie van aandeelhouder, bestuurder en toezichthouder verenigen.

Nochtans is de laatste jaren meer en meer een trend zichtbaar dat het corporate governance vraagstuk bij het mkb anders moet opgevat worden dan bij mno 's, dit alles in een breder perspectief. Vanuit de visie van mno 's zullen de aandeelhouders vaak de belangrijkste stakeholders zijn van het lichaam. FREEMAN heeft er echter op gewezen dat ook een andere invulling van corporate gover-

³⁷⁹ KROEZE, M.J. en VERBRUGH, M.A., 'Rechterlijke bemiddeling bij Stork is OK', *N.J.B.* 2007/8, p. 440-441; PAAPE, L. e.a., 'Aandeelhoudersbetrokkenheid in Nederland. Onderzoek onder institutionele beleggers en hun relatie met Nederlandse beursfondsen', *Onderzoek in opdracht van de Monitoring Commissie*, uitgevoerd door Neyenrode Business Universiteit, Breukelen November 2010, p. 80-81.

³⁸⁰ PEIJ, S.C., 'Maak je borst maar nat, commissaris', *Het financiële dagblad*, 14 april 2006.

³⁸¹ BIK, O.P.G. e.a., '*Baas in eigen zaak. Ondernemers aan het woord over bestuur en financiering*', Stichting Maatschappij en Onderneming/Price Water House Coopers, Den Haag, 2004.

³⁸² HESSELS, S.J.A. & HOOGE, E.H. Hooge, '*Small Business governance: Een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het MKB*', 2006, EIM, 82 p.

nance kan gegeven worden waarbij de stakeholders een veel ruimere groep vormt dan enkel de aandeelhouders.³⁸³ Te denken valt aan de werknemers, de leveranciers, afnemers, kapitaalverschaffers, de overheid, etc... Dit breder perspectief op corporate governance brengt dan ook een andere vorm van toezicht met zich. Daarbij merk ik vooreerst op dat mkb-bedrijven veelal niet gehouden zijn om een raad van commissarissen in te stellen. Nochtans kan vastgesteld worden dat onder invloed van de toegenomen aandacht voor corporate governance, er een toenemend aantal mkb-bedrijven vrijwillig een raad van commissarissen gaat installeren.³⁸⁴ Veelal blijkt dat deze raad van commissarissen ook eerder een klankbordfunctie heeft i.p.v. een toezichhoudende functie.³⁸⁵ Op deze manier zullen zij er samen met de directie op toezien dat er passende relaties worden gelegd met de stakeholders in de brede zin van het woord.

6.3. Gevolgen voor de personele reikwijdte van artikel 16 OESO

In dit deel ga ik na welke gevolgen de corporate governance evoluties hebben voor doeleinden van artikel 16 OESO, dit alles uitgaande van een verdrag autonome interpretatietechniek. Deze gevolgen moeten m.a.w. worden belicht voor in hoofdzaak de executive en de non executive director (commissaris) als ook voor de aandeelhouder.

Uit de vervlechting van het monistische en het duale stelsel kan vooreerst geconcludeerd worden dat de taken van executive en non executive directors naar elkaar toegroeien. Bij de opzet van artikel 16 OESO in 1963 was dit minder het geval. Corporate governance is nu eenmaal in evolutie. Door de vervlechting van beide posities is er m.i. eerder sprake van een collectief bestuur van de executive director en de non executive director. Deze tendens maakt dat hierin een bijkomend argument kan worden gevonden om beide functies onder artikel 16 OESO te brengen.

Vervolgens is er het aandeelhouderactivisme. Deze tendens heeft het corporate governance landschap en haar actoren ook grondig door elkaar geschud. Vooreerst behandel ik de non executive director waarover ik kort kan zijn. Deze is *de*

³⁸³ FREEMAN, R.E., 'Strategic Management: A stakeholder approach', Pitman Publishing Company, Boston, 1984.

³⁸⁴ UHLANER, L.M., DEKKERS, E. en VERHEUL, I., 'Ondernemen in het familiebedrijf', in P.A. RISSEEUW en A.R. THURIK (eds.), *Handboek Ondernemers en Adviseurs: Management en economie van het midden- en kleinbedrijf*, Kluwer, Deventer, 279-299.

³⁸⁵ EIM, *Kleinschalig ondernemen 2005. Structuur en ontwikkeling van het Nederlandse MKB*, EIM, Zoetermeer, 2005.

facto de taak gaan vervullen van de executive director.³⁸⁶ Hoger werd er reeds voor gepleit deze categorie te plaatsen onder artikel 16 OESO ingevolge een beperkt extensieve interpretatiemethode. De verschuiving van de rol van de non executive director heeft m.i. dus geen gevolgen voor de toewijzing van de heffingsbevoegdheid. Zowel executive als non executive directors vallen namelijk onder artikel 16 OESO.

De rol van de executive director is m.i. daarentegen *de facto* opgeschoven naar de rol van werknemer. PEIJ en BOONSTRA hebben dit fenomeen treffend verwoord: 'De commissaris wordt in toenemende mate zelf verantwoordelijk geacht voor de kwaliteit van besturing van de onderneming en dat leidt, ook al betreft het hier een reagerende rol, steeds meer tot opschuiving van taken en activiteiten richting die van de directie.'³⁸⁷ BECKMAN stelt zelfs dat de commissaris de bovenbaas is geworden van de raad van bestuur.³⁸⁸ Er ontstaat omzeggens een gezagsverhouding naar twee partijen, namelijk de toezichthouder die bestuurder werd en de actieve aandeelhouder. Vergeet hierbij niet dat de commissaris toeziet op verantwoord gedrag van de executive director en adequaat ingrijpt waar nodig. N.a.v. het Nederlandse wetsvoorstel tot verplichte installatie van een raad van commissarissen³⁸⁹ heeft een auteur zelfs gesteld dat 'Slot van het verhaal zal zijn dat de nieuwe RvC in overwegende mate, zo niet volledig, de door aandeelhouders verlangde strategische wijziging ondersteunt of, beter gezegd, laat uitvoeren door het door haar zo nodig te vervangen bestuur.'³⁹⁰ In beginsel zou artikel 15 OESO hierop van toepassing kunnen zijn. Dit is echter niet wenselijk omdat de executive director nog steeds het vennootschapsbelang zal dienen i.p.v. het persoonlijk belang, op zijn minst vanuit juridisch perspectief. De relatie tussen de beide soorten directors moet m.i. bestempeld worden als een 'bestuurlijk partnership'. Beide types van director ressorteren daarom onder artikel 16 OESO vanuit een autonome verdragsinterpretatie *de lege ferenda*.

³⁸⁶ PEIJ, S.C., 'Commissaris op de Bestuurdersstoel', Van Gorcum, Assen, 2005.

³⁸⁷ PEIJ, S.C. en BOONSTRA, J.J., 'De rol van commissarissen bij grootschalige organisatieveranderingen', *Bedrijfskunde*, 2002/2.

³⁸⁸ BECKMAN, H., 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht* 2005, 86.

³⁸⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de zgn. Structuurregeling, tot stand gekomen aan de hand van het advies van de Sociaal-Economische Raad van 19 januari 2001.

³⁹⁰ WAKKIE, P.N., 'De positie van commissarissen onder het nieuwe model van de structuurregeling', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 87 e.v.

Ten slotte blijft de actieve aandeelhouder over. Deze neemt de rol van toezicht- houder op zich zodat de actieve aandeelhouder in beginsel onder artikel 16 OE- SO ressorteert. Nochtans kan dit m.i. niet de bedoeling zijn. Aandeelhouders kunnen niet zomaar veranderingen aanbrengen in een lichaam zoals directors dat wel kunnen. Wel zijn er verscheidene activiteiten die bijdragen aan die ver- anderingen. Hun stemrecht bevat veel van die activiteiten om het management en de directie te beïnvloeden, met als doel de stijging van hun beleggingen. Voorbeelden van deze activiteiten zijn, directe onderhandeling met het ma- nagement, het verkopen van stukken waar men geen vertrouwen meer in heeft, het doen van voorstellen op de aandeelhoudersvergadering en het gebruik van media om informatie over te brengen naar aandeelhouders en alle benodigde veranderingen binnen het lichaam aan het licht te brengen.

Welnu, veel van de aandeelhoudersactivisten oefenen druk uit om de bedrijfs- voering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch oogpunt is veelal ingegeven vanuit een individueel belang. Elke aandeelhouder, particulier of institutioneel, heeft een eigen individueel belang. Dit eigen belang is vaak een (korte termijn) visie om spoedig dividendrechten te bekomen. Dat is geens- zins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang dat bij een schending juridisch sanctioneerbaar is. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennoot- schapsbelang. Nochtans is het niet uitgesloten dat sommige directors ook uitbe- taald worden in aandelenopties. Hun strategie zou er dan eveneens op gericht kunnen zijn een korte termijn visie te hanteren uit snel winstbejag. Het onder- scheid met een actieve aandeelhouder bestaat dan echter nog steeds. Immers, ingeval van falen van het lichaam zien de directors zich geconfronteerd met bestuurdersaansprakelijkheid, een juridische werkelijkheid waarmee actieve aandeelhouders zich normaliter niet geconfronteerd zien.

Dit maakt dat een aandeelhouder op geen enkele manier kan gelijk gesteld wor- den met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder onder artikel 16 OESO te plaatsen.

7. Conclusie en aanbevelingen

De OESO heeft m.i. duidelijk gemaakt dat artikel 16 OESO verdrag autonoom dient te worden geïnterpreteerd (cf. door het gebruik van de term *fee* heeft de OESO een afgebakend toepassingsgebied *ratione personae* weerhouden in het verdragsartikel).

De rechtvaardiging van een apart directorsartikel in het OESO-Modelverdrag is onmiddellijk verbonden met de verdeling van heffingsbevoegdheid in artikel 16 OESO. Een historische analyse van artikel 16 OESO leert dat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de vestigingsstaat van het lichaam gemotiveerd wordt vanuit de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar een director zijn activiteiten ontplooit. De trend naar verdere internationalisering van mandaten en de digitalisering van boardmeetings brengt m.i. met zich dat de ratio legis van artikel 16 OESO nog steeds actueel is. Dit geldt evenzeer voor mkb's aangezien binnen deze groep o.a. steeds meer beroep wordt gedaan op internationale onafhankelijke directors.

De OESO gaat er blijkbaar van uit dat het voor executive directors niet moeilijk is om te achterhalen wij zij hun activiteiten ontplooiën. Dat kan worden afgeleid uit artikel 4 (3) OESO. Deze gedachte lijkt al te naïef te zijn. Uit de pogingen een tweetal Discussion Drafts hun weg te laten vinden naar het OESO-Commentaar blijkt dat de OESO terdege erkent dat het lastig kan zijn – zeker gezien de technologische ontwikkelingen – vast te stellen waar de plaats van feitelijke leiding kan worden gesitueerd. Als we de ratio legis van artikel 16 OESO in gedachten houden, zou het gerechtvaardigd kunnen zijn om *de lege ferenda* tevens executive directors onder artikel 16 OESO te plaatsen. Het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn om iedereen die een managementpositie heeft in een lichaam, onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Om die reden wordt de strategiebepaling en het vennootschapsbelang als onderscheidingscriteria naar voren geschoven om managers van top level managers te onderscheiden. Deze criteria lijken op het eerste zicht vatbaar voor een brede invulling van het begrip 'director'. Deze stelling klopt niet aangezien de personen die ressorteren onder de noemer 'top level management' meestal de CEO, de managing director, etc zijn. Veelal zijn deze personen al 'member of the board of directors'.

Ik pleit voor een beperkt extensieve interpretatie van het begrip 'director'. Het gaat dan om een autonome interpretatie waarbij er geen plaats meer kan zijn voor artikel 3(2) OESO voor de invulling van het begrip. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO geherdefinieerd moet worden. Voor een weergave van het begrip 'top level management' in artikel 16 OESO kan teruggrepen worden naar artikel 16§2 Modelverdrag van de Verenigde Naties.

Uit wat hierboven werd uiteengezet, blijkt dat de ratio legis een belangrijke motivatie is om de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO te regelen. De heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam

waarin het mandaat wordt uitgeoefend. Dit dient m.i. zo behouden te blijven. De twee alternatieven zijn de toewijzing aan de werkstaat en de woonstaat. In dit onderzoek heb ik de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO tegen het licht gehouden van belangrijke principes binnen het internationale belastingrecht m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid, wetende het source principle, het threshold principle, het base erosion principle en het enforcement principle. Voornamelijk de introductie van twee potentiële thresholds werd geanalyseerd, wetende fysieke aanwezigheid en een vaste basis. De introductie van een criterium m.b.t. fysieke aanwezigheid werd afgewezen. Een dergelijke threshold is m.i. niet wenselijk aangezien het vooreerst niet steeds duidelijk is waar een director zijn activiteiten ontplooit zodat een detacheringgedachte in artikel 16 OESO moeilijk praktisch hanteerbaar is. Ook strekken werkzaamheden van directors zich vaak uit over concernonderdelen zodat de toerekening van de inkomsten aan de werkstaat niet voor de hand liggend is.³⁹¹ Tevens is er een duidelijk verschil in de detacheringopdracht van directors en werknemers. Een director wordt vaak kortstondig gedetacheerd om opdrachten te vervullen. De kortstondige buitenlandse verblijven van directors rechtvaardigen m.i. niet de territoriale rattachering (aantrekking van heffingbevoegdheid) in de werkstaat. De prestaties die een director in een werkstaat vervult, zullen vaak effect ressorteren in de vestigingsstaat van het lichaam waarin zij het mandaat bekleden of als een uitvloeisel beschouwd worden van diens taak als director bij het moederbedrijf. Hiervoor haal ik inspiratie bij de zgn. Tokyo-doctrine dewelke ik onderschrijf.

Tevens acht ik de introductie van een threshold die gelinkt is aan het begrip ‘vaste basis’ of vaste inrichting-begrip binnen artikel 14 OESO, c.q. artikel 7 OESO evenmin wenselijk. Daartoe ontbreekt m.i. economische nexus voor wat betreft non executive directors die slechts enkele keren per jaar een boardmeeting bijwonen (in de veronderstelling dat de boardmeeting niet plaatsgrijpt op de zetel van het lichaam). Evenzeer is het bijzonder onduidelijk hoe het begrip ‘vaste basis’ moet geïnterpreteerd worden. Dat is tevens ook een reden die aanleiding heeft gegeven tot het opzeggen van artikel 14 OESO in 2000.

Toewijzing van heffingsbevoegdheid op basis van het base erosion principle, stuit m.i. ook op bezwaren gelet op het fenomeen dat de schuldenaar van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO en niet alle staten voorzien in de fiscale aftrekbaarheid voor de uitbetaling van directors’ fees.

³⁹¹ KAVELAARS, P., ‘Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2011, 168 e.v.

Finaal kom ik dan uit bij het *source principle* als enige belangrijke criterium voor toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO. In een verdeling van heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees vanuit een source principle, dient eerst de identiteit van de bronstaat benoemd te zijn. Vanuit een source-gedachte kan dit zowel de vestigingsstaat van het lichaam zijn als de werkstaat waarin de director zijn activiteiten ontplooit. Hierboven heb ik reeds uiteengezet waarom de werkstaat van de director niet heffingsbevoegd kan zijn. Dit maakt dat enkel nog de vestigingsstaat van het lichaam als bronstaat kan geïdentificeerd worden. Dit zou willen betekenen dat de huidige regeling m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO behouden dient te blijven. Vanuit de filosofie van de *'benefits theory'* is dit een correcte gevolgtrekking.

Anderzijds acht ik een woonstaatheffing niet aangewezen omdat het inherent is aan een woonstaatheffing om de persoonlijke belangen van een belastingplichtige te dienen. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid van een director fee, moet m.i. ingegeven zijn vanuit het vennootschapsbelang. Het dienen van het vennootschapsbelang ressorteert noodzakelijk in de vestigingsstaat van het lichaam zodat deze staat belasting kan heffen over de director fee. Het zal bovendien niet de woonstaat zijn die een vordering voor bestuurdersaansprakelijkheid instelt ingeval van fout.

Al deze bevindingen maken dat de positie van artikel 16 OESO t.o.v. artikel 15 OESO moet herzien worden. Sommige auteurs zijn de mening toegedaan dat artikel 16 *lex specialis* is t.o.v. artikel 15 OESO. Hier kan m.i. ernstig aan getwijfeld worden. Vooreerst is het vanuit historisch oogmerk duidelijk dat de inkomsten van non executive directors niet steeds beschouwd worden als beroepsinkomen. Artikel 15 OESO daarentegen gaat over beroepsinkomen. De non executive director - functies maken vaak ook geen hoofdberoep uit voor dergelijke personen. Anderzijds heb ik gepleit voor een autonome betekenis toe te kennen aan artikel 16 OESO. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO een onafhankelijk verdragsartikel is dat niet beperkend mag worden uitgelegd. De niet restrictieve interpretatie van artikel 16 OESO rechtvaardigt m.i. zijn personele toepassingsgebied en de verticale catch all bepaling die ik bepleit voor doeleinden van dit onderzoek.

De hoger genoemde aanbevelingen zijn gemaakt voor zowel mno's als voor mkb's. Een tweedeling in artikel 16 OESO is m.i. dan ook niet noodzakelijk. Nochtans doen zich binnen de mno's specifieke corporate governance evoluties voor, evoluties die te onderscheiden zijn van de corporate governance-evoluties

in het mkb. Ik heb het nodig geacht hierover een aparte passage te schrijven. Corporate governance gaat over de machtspositie en de interne verhoudingen tussen veelal 3 actoren: de bestuurder, de toezichthouder en de aandeelhouder. Er kan vastgesteld worden dat de rol van de toezichthoudende director en de uitvoerende director dicht naar elkaar is toegegroeid. Tevens voorzien heel wat nationale vennootschapsrechtelijke bepalingen dat de toezichthoudende director een uitgebreide lijst van medebestuur bekommt. Daarnaast is er het fenomeen van het aandeelhoudersactivisme. Aandeelhouders worden actiever en dringen zo de toezichthoudende director in de hoek van de uitvoerende director. De toezichthoudende director en de uitvoerende director vormen alzo een bestuur partnership. Deze corporate governance tendensen hebben gevolgen voor doeleinden van artikel 16 OESO. Ze motiveren dat executive en non executive directors onder artikel 16 OESO vallen. Hiermee geef ik aan het m.i. een stap te ver is om voor doeleinden van artikel 16 OESO de uitvoerende director als werknemer in de zin van artikel 15 OESO te bestempelen en de actieve aandeelhouder als director in de zin van artikel 16 OESO. Zowel de uitvoerende als de niet uitvoerende director dienen het vennootschapsbelang hetgeen vreemd is aan de aandeelhouder die individuele belangen nastreeft.

Hoofdstuk 2: Toepassingsgebied intuitu personae

1. Algemeen

In wat volgt, bespreek ik het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO. Dit hoofdstuk onderscheidt zich van het vorige hoofdstuk door zijn technische invulling. Er zal uitgegaan worden van een poging tot invulling van het begrip ‘member of the board of directors’. In een eerste deel ga ik dieper in op de nationaalrechtelijke invulling van het begrip. Een aantal nationaalrechtelijke invullingen wordt geschetst en besproken. In het tweede deel ga ik in op een aantal corporate governance evoluties. Met name wordt bestudeerd in welke mate zgn. board – comités – kunnen beschouwd worden als zgn. ‘similar organs’. In een volgend deel bestudeer ik in welke mate ‘lichamen’ tevens kunnen worden bestempeld als een director en dus kunnen kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO. Ten slotte ga ik dieper in op het vraagstuk welke zgn. gelijkaardige functies ook zouden kunnen kwalificeren als director voor doeleinden van artikel 16 OESO. In dat verband haal ik de werkende vennoten aan, de werknemersvertegenwoordigers en de interim managers.

Ik eindig dit hoofdstuk met enkele conclusies en aanbevelingen.

2. Member of the board of directors

2.1. Invulling volgens het interne recht

Artikel 16 OESO is van toepassing op ‘a member of the board of directors’. Een definitie ontbreekt in zowel het OESO-Modelverdrag als in de commentaren erop. Men kan omtrent de invulling van het begrip *in globo* twee interpretatietechnieken hanteren: een autonome verdragsinterpretatie of een interpretatie overeenkomstig artikel 3 §2 OESO.³⁹² Deze laatste interpretatietechniek betekent dat het begrip in beginsel ingevolge artikel 3 §2 OESO door het interne recht van de heffingsbevoegde staat zal moeten worden ingevuld tenzij de context natuurlijk anders vereist.³⁹³

³⁹² Zie bijvoorbeeld conclusie van NIESSSEN bij Hoge Raad 4 december 2009,, *N.T.F.R.* 2009/2692

³⁹³ AVERY JONES, J., ‘The interpretation of tax treaties with particular reference to Art. 3(2) OECD Model’, *British Tax Review*, 1984, p. 14; VOGEL, K. en PROKISCH, R., ‘Interpretation of double taxation conventions’, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 78a, Deventer, Kluwer, 1993; VAN DER BRUGGEN, E., ‘Unless the Vienna Convention otherwise requires: notes on the relationship between article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties’, *European Taxation*, 2003, 142 e.v.; ENGELN, F. en GUNN, A., ‘Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and the Scope of Domestic Law’, *Bulletin for International Taxation* 2012/9.

Indien men het begrip invult conform artikel 3 §2 OESO, rijst de vraag naar welk recht hiervoor verwezen dient te worden. Immers, artikel 3 §2 OESO stelt dat in beginsel de betekenis in het *belastingrecht* moet prevaleren. Deze visie lijkt te stroken met de visie van bepaalde auteurs. Gezaghebbende auteurs stellen namelijk dat er alleen maar mag verwezen worden naar de interne belastingwetgeving. Zo stelde HUYGHE bijvoorbeeld dat indien een begrip dat aan de hand van het interne recht uitgelegd moet worden, en een verschillende betekenis heeft in het gemeen recht en in het fiscaal recht, op grond van de rechtsspreuk ‘*lex specialis derogat legi generali*’ de voorkeur moet worden gegeven aan de betekenis die voorkomt in het belastingrecht.³⁹⁴ VOGEL stelde dan weer dat verwijzing naar het gemeen recht alleen maar mogelijk is, als een term eveneens gebruikt wordt in het fiscaal recht.³⁹⁵ Hij stelde daaromtrent: ‘If a term has a meaning only in a field other than that of tax law or a meaning under tax law only with respect to taxes not covered by the treaty, article 3 (2) OECD will be inapplicable.’³⁹⁶

De oplossing wordt volgens mij aangereikt door de bewoordingen van artikel 3 §2 OESO zelf. Dit verdragsartikel stelt duidelijk dat er tevens kan verwezen worden naar het gemeen recht, op voorwaarde dat het belastingrecht zelf geen eigen definitie kent. Het begrip ‘director’ – zoals gebruikt in artikel 16 OESO-is een begrip dat eerder voorkomt in het vennootschapsrecht dan in het belastingrecht. Niets sluit m.i. dan ook uit dat – indien men de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO aanhangt – de betekenis in de zin van het vennootschapsrecht wordt gehanteerd voor doeleinden van artikel 16 OESO (althans indien er geen fiscale duiding voorhanden is in de heffingsbevoegde staat). In een uitspraak heeft de Nederlandse Hoge Raad trouwens beslist dat het begrip ‘director’ moet worden ingevuld aan de hand van het vennootschapsrecht.³⁹⁷

Indien men de interpretatieregel van artikel 3 §2 OESO doorgang laat vinden, stuit men echter op het fenomeen dat staten een onderscheiden corporate governance model kunnen hebben. *In globo* bestaan er twee dergelijke corporate governance modellen, dewelke vaak neergeschreven staan in het lokale vennootschapsrecht van staten. Zo is er enerzijds het Britse model waar de board of directors zowel een superviserende taak heeft als een managementtaak (monistisch stelsel). Anderzijds is er het Duitse corporate governance model waar er

³⁹⁴ HUYGHE, A., ‘Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder’, *T.F.R.* 1992, p. 28 e.v.

³⁹⁵ VOGEL, K., ‘*Double Taxation Conventions*’, 1997, Kluwer, 42.

³⁹⁶ VOGEL, K., ‘*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*’, Kluwer, 2015, p. 207.

³⁹⁷ HR 22 december 1999, *B.N.B.* 2000/94

een onderscheid wordt gemaakt tussen een superviserend en een management-orgaan (dual stelsel). In wat volgt ga ik na hoe – deze verschillende boardstructuren indachtig – invulling is gegeven aan artikel 16 OESO in een aantal onderscheiden staten.

2.1.1. Visie Duits en Oostenrijks recht

Vooreerst ga ik na hoe het Duitse recht omgaat met de invulling van het begrip ‘board of directors’ uit artikel 16 OESO. Duitsland kent – zoals reeds gesteld – een dual stelsel.³⁹⁸ De huidige Duitse versie van artikel 16 OESO spreekt van ‘Mitglied des Aufsichts- oder Verwaltungsrats’. Beide zijn superviserende organen al vindt men een Verwaltungsrat eerder terug bij bankinstellingen en publieke instellingen.³⁹⁹ Enkel superviserende organen vallen volgens de Duitse visie onder artikel 16 OESO.⁴⁰⁰ Dat is bevestigd door het Bundesfinanzhof.⁴⁰¹ Weliswaar moet volgens sommige rechtspraak de term superviserende organen breed worden geïnterpreteerd.⁴⁰² Artikel 16 OESO kan in dat opzicht ook van toepassing zijn op andere organen met superviserende taken. Tevens acht ik een arrest van het Finanzgericht Nordrhein-Westfalen van belang.⁴⁰³ Het hof stelde dat gelet op het feit dat het belastingverdrag tussen Duitsland en Zwitserland geen onderscheid maakt tussen superviserende en managementorganen (hoewel beide staten een onderscheiden corporate governanceregeling hebben), alle tegoeden die ontvangen werden door een director in een Zwitserse entiteit onder artikel 16 van het verdrag vallen. Het hof wijst hiermee dus het standpunt af dat artikel 16 OESO enkel superviserende functies beoogt.

Niet enkel het Duitse recht voorziet in een restrictieve interpretatie van het begrip ‘board of directors’ binnen artikel 16 OESO. Ook het Österreichischer Verwaltungsgerichtshof verdedigde de visie dat alleen leden van superviserende organen beoogd worden.⁴⁰⁴ Het Oostenrijkse Ministerie van Financiën deelt deze visie trouwens.⁴⁰⁵

³⁹⁸ EBERSPÄCHER, F., in German Stock Corporation Act, SE-Regulation, art. 38, mn. 3 et seq.

³⁹⁹ DEBATIN en WASSERMEYER, ‘Doppelbesteuerung: DBA’, C.H. BECK, Munich, 2012, art. 16 OECD-MA, nr. 15.

⁴⁰⁰ DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours’, *World Tax Journal* 2013, p. 233.

⁴⁰¹ Bundesfinanzhof 27 april 2000, I B 114/99.

⁴⁰² BFH BStBl. II 1979, 193, BFH BStBl. II 1981, 623

⁴⁰³ Finanzgericht Nordrhein-Westfalen 15 december 1998, 2 K 5021/96 E

⁴⁰⁴ VwGH 31.7.1966, 92/13/0172

⁴⁰⁵ BMF 1.3.1999, EAS 1420

2.1.2. Visie Belgisch recht

M.b.t. de interpretatie van het begrip ‘director’ in artikel 16 OESO, duiken er in België twee strekkingen op.⁴⁰⁶ In een ruime visie worden mandatarissen van artikel 32 WIB92⁴⁰⁷ die niet enkel bestuurders omvatten maar ook bijvoorbeeld de vereffenaars en de beoefenaars van andere soortgelijke functies beoogd. Tevens gaat het in de ruime visie ook om natuurlijke personen die in een lichaam een werkzaamheid of een leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard uitoefenen buiten een arbeidsovereenkomst (bedrijfsleiders van de tweede categorie). De Belgische belastingadministratie is alleszins voorstander van een dergelijke ruime interpretatie.⁴⁰⁸ Ook het hof van beroep van Brussel kwam tot een dergelijke ruime interpretatie in een situatie waarin het belastingverdrag met Duitsland van toepassing was.⁴⁰⁹

Hierbij is het van belang op te merken dat België steeds een voorbehoud heeft geformuleerd bij artikel 16 OESO en zich het recht heeft voorbehouden om artikel 16 OESO ook toe te passen op de uitoefening van andere werkzaamheden dan die van bestuurder maar die overeenkomstig de Belgische fiscale wetgeving met dergelijke activiteiten gelijk worden gesteld.⁴¹⁰ Zo heeft de Belgische belastingdienst, bijvoorbeeld, reeds gesteld dat bedrijfsrevisoren onder artikel 16 OESO ressorteren.⁴¹¹ De circulaire is een bewijs van de ruime interpretatie door de Belgische belastingdienst. De circulaire komt diepgaander aan bod in deel 2 van dit onderzoek.

In een tweede visie – die eerder als beperkt kan bestempeld worden⁴¹² – is het toepassingsgebied van artikel 16 OESO beperkt tot leden van de raad van bestuur of van andere organen waarvan sprake in het verdragsartikel maar bevat het verdragsartikel geenszins de andere mandatarissen uit artikel 32 WIB92.

⁴⁰⁶ DE BROECK, L., ‘Bestuurdersbezoldigingen in een internationale context’, *Fiscaal Praktijkboek* 1993-1994, p. 76. Timmerman, I., VASTMANS, S. en WALLYN, T., ‘Het bestuurdersartikel in dubbelbelastingverdragen’, *T.R.V.* 2001, p. 202; DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ Fees: Article 16 of the OECD Model or How to Reconcile disagreement among neighbours’, *World Tax Journal*, 2013, p. 227.

⁴⁰⁷ Dat is het Belgische artikel in het Wetboek Inkomstenbelasting hetwelk het woord ‘bedrijfsleider’ poogt te definiëren.

⁴⁰⁸ Parlementaire Vraag van 29 mei 1980, *Bull. Bel.* Nr. 587, 1506.

⁴⁰⁹ Brussel 14 juni 1972, *Bull. Bel.* 1972, 2313.

⁴¹⁰ Com. OESO 1997, nr. 16/6

⁴¹¹ Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* Nr. 834, p. 347 e.v.

⁴¹² DE BROECK, L., ‘Bestuurdersbezoldigingen in een internationale context’, *Fiscaal Praktijkboek*, 1993-94, 76.

2.1.3. Visie Hongaars recht

Het hoogste gerechtshof van Hongarije heeft uitspraak gedaan in een interessante casus die betrekking had op het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO.⁴⁴³ Twee Oostenrijkse belastingplichtigen vervulden respectievelijk de taak van productie - supervisor en kwaliteitsmanager in een Hongaars lichaam. Tevens werd een salaris uitbetaald aan een Duitse belastingplichtige die in de executive board zat van het Hongaars lichaam. Het hoogste Hongaarse gerechtshof stelde dat de twee Oostenrijkse belastingplichtigen als werknemers moesten worden gekwalificeerd voor verdragsdoeleinden. De Duitse executive director werd dan weer onder artikel 16 van het belastingverdrag geplaatst.

2.1.4. Visie Frans recht

Bepaalde Franse rechtspraak geeft ook een beeld van het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO. Zo is het duidelijk dat het verdragsartikel van toepassing is op superviserende functies.⁴⁴⁴ Deze uitspraak verschaft echter geen beeld over de vraag of ook executive directors onder de personele reikwijdte van artikel 16 OESO vallen.

Een andere casus handelde over een Italiaanse chairman (President Directeur General) van de board (Conseil d'Administration) in een Franse entiteit.⁴⁴⁵ De chairman ontving een salaris terwijl de andere leden van de board zgn. 'jetons de presence' ontvingen. De Conseil d'Etat stelde dat een dergelijk salaris niet onder artikel 16 OESO kan vallen.

2.1.5. Visie India

In India vallen niet alleen superviserende functies onder het toepassingsgebied van het verdragsartikel m.b.t. directors' fees. Ook zgn. top level managerial functies worden namelijk beoogd. In een arrest van de ITAT in India werd reeds verdere invulling gegeven aan het begrip 'top level managerial position'.⁴⁴⁶ Er werd duidelijk gemaakt welke activiteiten/personen er niet onder vallen. Zo volstaat het niet om binnen een entiteit de hoogste autoriteit te zijn m.b.t. de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ook volstaat het niet om managementbevoegdheden te hebben.

⁴⁴³ Hongaars Supreme Court 2 juli 2009, Kfv.I.35.496/2008/8

⁴⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Conseil D'Etat 4 oktober 2013, zaak nr. 351065.

⁴⁴⁵ Conseil d'Etat 10 juni 1983, zaak nummer 27.391

⁴⁴⁶ ITAT 4 mei 2012, DCIT v. Mohan Balakrishnan Pookulanagara, 2012-TII-46-ITAT-AHM-INTL.

2.1.6. Nederlands recht

De uitdrukking ‘member of the board of directors of a company’ is niet nader gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag. Dit betekent volgens de rechtspraak dat deze uitdrukking naar nationaal recht dient te worden ingevuld. Zo heeft de Hoge Raad⁴¹⁷ beslist dat deze uitdrukking vanuit Nederlands perspectief dient te worden ingevuld aan de hand van het vennootschapsrecht. Het gaat dan om een bestuurder of commissaris in de zin van Boek 2 BW. Overigens heeft de Hoge Raad in de hier voorgenoemde uitspraak expliciet bepaald dat loutere vertegenwoordigingsbevoegdheid niet voldoende is om van bestuur te kunnen spreken. Op dezelfde gronden⁴¹⁸ is beslist dat een gérant van een Franse SARL niet onder het directorsartikel van het verdrag Nederland-Frankrijk valt, omdat hij geen lid is van de raad van bestuur of van een raad van toezicht.

2.1.7. Tussentijdse conclusie

Uit hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, volgt dat er een grote verscheidenheid bestaat in het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO. Eén en ander is m.i. het gevolg van de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO en dus ook van de corporate governance modellen die staten aanhangen.

2.2. Pleidooi voor een extensieve interpretatie

Hierboven heb ik duidelijk gemaakt dat staten een verschillende invulling (kunnen) geven aan het begrip ‘director’ voor doeleinden van artikel 16 OESO. Hierbij kunnen problemen rijzen die dubbele belasting tot gevolg kunnen hebben hetgeen duidelijk niet de opzet van een belastingverdrag is. Indien een staat een restrictieve interpretatie hanteert van het materiele toepassingsgebied van artikel 16 OESO (vb. Oostenrijk) en een andere staat een uitgebreide interpretatie geeft (vb. België), sluit dit geenszins dubbele belasting uit. Ook kunnen onderscheiden verdragsartikelen van toepassing worden verklaard op eenzelfde feitelijke situatie. Dit is hoogst onwenselijk en strookt niet met het doel van een belastingverdrag. Het kan niet alleen dubbele belasting tot gevolg hebben. Ook zorgt het voor heel veel onduidelijkheid nopens het toe te passen verdragsartikel. Stel bijvoorbeeld dat een Oostenrijks rijksinwoner een positie van managing director bekleedt in een Belgisch lichaam. Normaliter zal Oostenrijk artikel 15 OESO toepasselijk verklaren op deze situatie. België zal echter artikel 16 OESO willen toepassen. Indien de Oostenrijkse inwoner vervolgens minder dan 183 dagen

⁴¹⁷ HR 22 december 1999, nr. 35 024, *BNB* 2000/94 (m.nt. Zwemmer; V-N 2000/6.10; *FED* 2000/109; m.aant. Flutsch).

⁴¹⁸ HR 10 december 2004, nr. 38 317, *BNB* 2005/195 (concl. A-G Wattel; m.nt. Happé; V-N 2005/2.9; *FED* 2005/116; m.aant. Weerepas)

aanwezig is op Belgisch grondgebied, is dubbele belasting m.i. niet uit te sluiten.

De OESO heeft voor dergelijke kwalificatieconflicten sedert 2000 een oplossing aangereikt, dit alles ten gevolge van het in het commentaar geïmplementeerde Partnership Rapport.⁴¹⁹ Volgens paragraaf 32.3 van het commentaar op artikel 23 OESO is er sprake van een dergelijk kwalificatieconflict indien de bron- en de woonstaat verschillende verdragsartikelen toepassen als gevolg van de in artikel 3 (2) OESO vervatte referte naar het nationale recht.⁴²⁰ De voorgedragen oplossing luidt dat de woonstaat verplicht is om de kwalificatie van de bronstaat te volgen. Ik wijs er op dat deze interpretatiemethode vereist dat beide staten artikel 3 (2) OESO toepassen.⁴²¹ Eerder heb ik er al op gewezen dat dit geenszins altijd het geval is.

Hier komt nog eens bij dat in verschillende staten de superviserende en managementtaken door elkaar beginnen te lopen. Dit kan o.a. problemen geven voor staten die enkel superviserende organen onder artikel 16 OESO plaatsen. Dat zou het dan helemaal onduidelijk maken wie een superviserende dan wel een managementtaak heeft. Vele auteurs hebben al langer onderzocht dat de scheiding tussen bestuur en toezicht die duale systemen kenmerkt, verre van absoluut is.⁴²² Zo wordt, bijvoorbeeld, het vetorecht van de Aufsichtsrat tegen bepaalde beslissingen van de Vorstand aangehaald. Sommige Duitse auteurs spreken in dat verband over een verregaande vervaging tussen bestuur en toezicht.⁴²³ Mijn vraag luidt dan ook in welke mate de Duitse restrictieve interpretatie van artikel 16 OESO in dergelijke omstandigheden nog doorgang kan vinden hetgeen verder in dit betoog *in globo* zal behandeld worden.

In alle geval, het OESO-Modelverdrag bevat m.i. geen overtuigende aanwijzingen om te kunnen stellen dat het begrip ‘director’ beperkend, dan wel extensief moet geïnterpreteerd worden. Een correcte interpretatie van dit begrip (en dus de bepaling van het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO) kan m.i. – zoals reeds gesteld in hoofdstuk 1 – enkel gebeuren vanuit het inkomstenbe-

⁴¹⁹ The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Parijs, OECD Publications 1999.

⁴²⁰ STEVENS, A.J.A., ‘Hybride entiteiten en belastingverdragen’, *M.B.B.* 2010/4, p. 139; PÖTGENS, F.P.G., ‘Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten’, *W.F.R.* 2010/6870, p. 1025.

⁴²¹ LANG, M., ‘2008 OECD Model: conflicts of qualification and double non-taxation’, *Bulletin for International Taxation* 2009, 5/6, p. 205.

⁴²² Voor een mooi overzicht: DE WULF, H., ‘*Taak en loyaleitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*’, *Intersentia*, 2002, p. 156.

⁴²³ MEYER-LANDRUT, *Großkommentar*, §III, Anm. 14

begrip dat wordt gehanteerd in artikel 16 OESO. Als men naar dit inkomstenbegrip kijkt, dient men historisch artikel 16 OESO te limiteren tot superviserende boardleden. Artikel 16 OESO spreekt namelijk van het het begrip ‘fees’ hetgeen enkel non executive directors ontvangen. De visie van TOIFL kan ik dan ook onderschrijven: ‘*It is not the question which function the board as such should have, rather it has to be focused on the person receiving the respective income*’.⁴²⁴

Artikel 16 OESO kan historisch dus enkel superviserende organen beogen. Nochtans zijn er m.i. heel veel elementen die *de lege ferenda* pleiten voor een (beperkte) extensieve interpretatie van artikel 16 OESO. In eerste instantie verwijs ik daarvoor naar het eerste hoofdstuk van dit onderzoek. Een restrictieve interpretatie zou m.i. indruisen tegen de geactualiseerde ratio legis van artikel 16 OESO. In het eerste hoofdstuk werd gesteld dat de gedachtegang achter de verdeling van de heffingsbevoegdheid van directors’ fees luidt dat het voor deze categorie van inkomsten soms moeilijk te achterhalen is waar de functies worden uitgeoefend. Ik heb aangetoond dat deze visie niet enkel opgaat voor superviserende organen maar tevens voor bepaalde uitvoerende directors-mandaten. Ook de (geupdate) ratio legis van artikel 16 OESO is m.a.w. een verantwoording voor een extensieve interpretatie van artikel 16 OESO.

Sommige belastingverdragen voorzien trouwens zelf in een dergelijk ruim toepassingsgebied van het begrip ‘director’. Ik verwijs daarvoor naar het belastingverdrag tussen Nederland en Maleisië. Artikel 16 van dit belastingverdrag stelt dat ‘Directeursbeloningen en andere beloningen verkregen door een inwoner van één van de staten in zijn hoedanigheid van lid van de raad van beheer, van bestuurder of van een commissaris van een lichaam dat inwoner is van de andere staat, mogen in die andere staat worden belast.’ Welnu, in artikel IV van het Protocol bij het belastingverdrag wordt een definitie gegeven van het begrip ‘bestuurder’, luidende als volgt: ‘Het is wel te verstaan dat de uitdrukking bestuurder of commissaris van een Nederlands lichaam slaat op personen, die als zodanig zijn benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders of door elk ander bevoegd orgaan van dat lichaam en zijn belast met de algemene leiding van het lichaam, onderscheidenlijk met het toezicht daarop.’⁴²⁵

Nochtans kan het m.i. niet de bedoeling zijn dat door de vertalingen van OESO-Modelverdragen de scope ervan beperkend wordt. Vertalingen van belastingver-

⁴²⁴ TOIFL, ‘Die Besteuerung von Geschäftsführern, Vorständen und Aufsichtsräten international tätiger Unternehmen’, in *Besteuerung und Bilanzierung*, Gassner/Lang (eds.), 1998, p. 386.

⁴²⁵ Besproken door PÖTGENS, F., ‘Hoge Raad verduidelijkt begrip bestuurder onder belastingverdragen’, *Internationaal Belasting Bulletin* 2000/4, p. 21.

dragen vormen sowieso een probleem omdat staten geneigd zijn hun interne recht erin te verwerken. Een treffend voorbeeld vind ik in een arrest van het Duitse Bundesfinanzhof⁴²⁶. De zaak handelde over een managing director die voor fiscale doeleinden als een Duits rijksinwoner werd beschouwd en die zijn functie bekleedde ten behoeve van een Belgische vennootschap. Het hof stelde vast dat hoewel de Duitstalige versie van het belastingverdrag gelimiteerd was tot superviserende functies, de Nederlandstalige versie veel uitgebreider was. Dat wil zeggen dat gelet op de Duitstalige versie artikel 15 DBV toepasselijk was terwijl op basis van de Nederlandstalige versie artikel 16 DBV van toepassing was. Het Bundesfinanzhof besliste finaal tot toepassing van artikel 16 OESO maar het voorbeeld is treffend. Immers, het laat duidelijk zien hoe interpretatiewesties kunnen opduiken doordat staten het begrip director anders vertalen in hun belastingverdragen.

Al deze factoren maken dat m.i. het niet aangewezen is om de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO *exclusief* te hanteren voor doeleinden van interpretatie van het begrip ‘member of the board of director’ in artikel 16 OESO. O.a. het onderscheid tussen monistische en duale bestuursstelsels, de vervaging tussen beide stelsels, de vertaling van belastingverdragen die maken dat begrippen conform het interne recht worden opgenomen, zijn elementen die pleiten in het voordeel van een eenduidige internationale betekenis voor de term. Deze eenduidige internationale betekenis moet m.i. extensief zijn. Doordat een autonome interpretatietechniek wordt gehanteerd, is er verder geen plaats meer voor artikel 3 (2) OESO. Hiermee wordt ook de interpretatietechniek van paragraaf 32.3 van het commentaar op artikel 23 buiten spel gezet.

2.3. Gelijkaardige organen als een ‘board of directors’

2.3.1. Algemeen

In het OESO-Commentaar wordt gesteld dat *‘In some countries organs of companies exist which are similar in function to the board of directors. Contracting States are free to include in bilateral conventions such organs of companies under a provision corresponding to Article 16’*.⁴²⁷

Men kan zich inderdaad de vraag stellen in welke mate ‘similar organs’ – dit betekent organen gelijkaardig aan een board of directors - eveneens onder het

⁴²⁶ BFH I R 54, 55/07, BFH/NV 2008, 1487.

⁴²⁷ OESO - Commentaar 16/3

toepassingsbereik van artikel 16 OESO moeten/kunnen vallen. In wat volgt, wordt dit door mij bestudeerd.

In alle geval, het fenomeen in belastingverdragen is geenszins nieuw. Zo verwijs ik naar de belastingverdragen die Brazilië sluit. Een mooie illustratie is het belastingverdrag tussen Brazilië en Italië alwaar ‘the board of officers or any other similar board of a company’ vernoemd wordt. Sommige belastingverdragen – zoals het belastingverdrag tussen Brazilië en Israël – spreken van ‘member of the board of directors or any other boards of a company resident in the other contracting state’. Hetzelfde geldt voor het belastingverdrag tussen België en het Verenigd Koninkrijk dat het volgende weerhoudt: *‘Directors’ fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as a member of the board of directors or other similar organ of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.’*

2.3.2. Board-comités

2.3.2.1. Algemeen

Vanuit een historisch perspectief vallen ‘similar organs’ niet onder artikel 16 OESO.⁴²⁸ Men vindt deze term namelijk niet terug in het verdragsartikel zelf. Working Group 28 (WG28)⁴²⁹ was er echter wel voorstander van om dergelijke ‘similar organs’ in het commentaar bij artikel 16 OESO op te nemen. Zij wilden het begrip echter niet formeel integreren in artikel 16 van het modelverdrag zelf. Nochtans heeft bepaalde Duitse rechtspraak bepleit dat ook organen die gelijkwaardig zijn aan bijvoorbeeld de Aufsichtsrat in aanmerkingen kunnen komen.⁴³⁰

Men dient echter vast te stellen dat er – mede ingevolge corporate governance regelgeving – tal van comités ontstaan die een welbepaalde bevoegdheid krijgen toegewezen om een lichaam in een welbepaald vak domein richting te geven.⁴³¹ Deze comités ontstaan bijgevolg autonoom naast de leidinggevende en toezichthoudende organen en worden vaak opgericht in bestuur domeinen waar het risico op belangenconflicten groot is (vb.: benoemingen, remuneratie, etc...). Het ontstaan van deze comités is mede ingegeven vanuit de vaststelling dat het toezicht in een lichaam door het bestuursorgaan met de tijd meer divers en

⁴²⁸ PAMPERL, E., *‘Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future’*, Doctoral thesis, p. 43.

⁴²⁹ CFA/WP1(71)7, 23 December 1971, Report on articles 16, 17 and 19 and the question concerning residence of diplomats, 23 december 1971, p. 3.

⁴³⁰ BFH BStBl, II, 1979, 193; BFH BStBl, II, 1981, 623.

⁴³¹ JANSSENS, E., ‘Remuneratiecomité verplicht voor genoteerde vennootschappen’, *T.R.V.* 2011/1, p. 5-31; HARRISON, J.R., ‘The strategic use of corporate board committees’, *California Management Review*, 1987, 109.

specialistisch van aard is geworden. De comités rapporteren bijgevolg hun bevindingen en kunnen voorstellen doen aan het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan blijft echter vaak als geheel verantwoordelijk voor haar taken en de in dit kader door de comités uitgevoerde werkzaamheden.

Het ontstaan van deze comités situeert zich – zoals reeds gesuggereerd – binnen de leer van de corporate governance. Corporate governance gaat over het deugdelijke bestuur van lichamen.⁴³² De meeste staten hebben thans voorzien in een code m.b.t. corporate governance.⁴³³ Hierbij wordt vaak in de mogelijkheid voorzien om in de schoot van een board tal van comités op te richten. In de praktijk zal het vaak gaan om comités die voorzien in het dagelijkse bestuur van een lichaam⁴³⁴, benoemingscomités, remuneratiecomités en auditcomités. M.b.t. de laatste drie comités kunnen zich mogelijks belangenconflicten voordoen indien men deze domeinen enkel en alleen zou overlaten aan executive directors. Vandaar dat de Europese Commissie in haar aanbeveling van 5 mei 2004 stelt dat beslissingen in deze domeinen bij voorkeur moeten genomen worden door non executive directors.⁴³⁵

De comités hebben als hoofdtak om de beslissingen binnen de board beter voor te bereiden en zullen derhalve aanbevelingen doen. Zo stelt artikel 39 van de door de Europese Commissie voorgestelde Richtlijn inzake statutaire audit (2004) bijvoorbeeld dat het auditcomité toezicht houdt op het financiële rapporteringssysteem, de effectiviteit van de interne controle, de interne auditfunctie (indien aanwezig) en de risicobeheersing systemen.⁴³⁶ Daarenboven geeft het auditcomité aanbevelingen aan de raad van bestuur aangaande de selectie, benoeming en herbenoeming van de commissaris en houdt het toezicht op het externe auditproces en de onafhankelijkheid van de commissaris. Die verantwoordelijkheden komen terug in de meeste nationale en internationale corporate governance aanbevelingen. Zo kennen zowel de Belgische als de Franse corporate governance code een auditcomité, onafhankelijk van het aantal leden waaruit de board is samengesteld. In Nederland moet de board slechts een au-

⁴³² VAN DER ELST, C., 'Corporate Governance: een wettelijke (r)evolutie?', *T.R.V.* 2004/2, p. 69-86; GILLAN, S.L., 'Recent Developments in Corporate Governance: an overview', *Journal of Corporate Finance*, 2006, p. 381-402.

⁴³³ LAGA, H., 'Europese initiatieven inzake corporate governance', *T.R.V.*, 2006/8, p. 659-672.

⁴³⁴ Denk maar aan het Directiecomité in België

⁴³⁵ Raadpleging (afgesloten op 4 juni 2004) van het Directoraat-Generaal 'Interne markt' van de Europese Commissie, getiteld 'Recommendation on the role of (independent) non-executive or supervisory directors', 5 mei 2004, 20 p.

⁴³⁶ Voorstel tot Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke accountantscontrole van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen en tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad.

ditcomité installeren wanneer de board uit meer dan vier leden bestaat. De Nederlandse Corporate Governance Commissie heeft deze toegeving gedaan onder druk van kleinere beursgenoteerde bedrijven die het praktisch en financieel niet haalbaar achtten om dergelijke comités te installeren. Ook Duitsland stelt de installatie van een dergelijk comité afhankelijk van de omvang van de board, maar vermeldt geen eenduidige criteria. In Frankrijk installeert men binnen sommige ondernemingen niet alleen een auditcomité maar ook een comité dat verantwoordelijk is voor de financiële staten. In dit geval houdt het auditcomité zich in hoofdzaak bezig met risk management. In de Duitse code wordt de term 'auditcomité' weinig gebruikt. Men schrijft dat de geconsolideerde jaarrekening gecontroleerd wordt door de bedrijfsrevisor en door de board of directors. In deze taakomschrijving kiest men voor de board in zijn geheel en niet voor het auditcomité dat specifiek voor deze doeleinden geïnstalleerd wordt. Indien er binnen een bepaalde onderneming geen auditcomité wordt geïnstalleerd, wordt de voltallige board geacht deze taak te behartigen.

Het concept van het auditcomité is al het onderwerp geweest van vele pogingen tot definiëring. KEEGAN en DEGEORGE definiëren het begrip als volgt: *'The audit committee is a committee of the board of directors. Its primary function is to assist the board in fulfilling its oversight responsibilities by reviewing the financial information which will be provided to the shareholders and others, the system of internal controls which management and the board of directors have established, and the audit process'*.⁴³⁷ In de Verenigde Staten bestonden auditcomités al voor 1978, toen de New York Stock Exchange alle beursgenoteerde lichamen verplichtte om een dergelijk comité in hun raad van bestuur te installeren. De publicatie van het Treadway Rapport in 1987 benadrukte de rol van het auditcomité. Volgens dit rapport was de primaire rol van het auditcomité om toezicht te houden op de financiële rapportering. In die tijd hadden vele mensen twijfels over de effectiviteit van dergelijke comités in de praktijk.

Welke definitie men er ook op naslaat, steeds zal een aantal essentiële kenmerken terugkomen om het begrip 'auditcomité' te definiëren. Zo is het duidelijk dat het auditcomité een sub comité is van de board of directors. Meer specifiek zal het auditcomité samengesteld zijn uit een aantal niet uitvoerende directors van de board. De leden rapporteren niet aan de aandeelhouders maar aan de board zelf waar zij deel van uitmaken. Ook kan het auditcomité aanbevelingen formuleren om de interne controlesystemen te verbeteren. De leden van het

⁴³⁷ KEEGAN, M.; DEGEORGE, F., 'Audit Committees-a Study in European Corporate Governance, *Corporate Governance-An International Review*' 6(2), 1998, 116-119.

auditcomité hebben wel degelijk een beslissingsbevoegdheid. Namelijk, het comité heeft de macht om opdracht te geven tot het uitvoeren van onderzoeken die onder hun verantwoordelijkheden vallen. Zo zijn de leden van het auditcomité bijvoorbeeld ook gemachtigd om informatie op te vragen bij elke werknemer van een lichaam en om op gepaste tijden juridisch advies in te winnen.

2.3.2.2. Similar organs?

Men kan zich de vraag stellen in welke mate dergelijke comités als een ‘similar organ’ – d.w.z. gelijkaardig aan de board of directors – kunnen gekwalificeerd worden? Artikel 16 OESO laat – zoals reeds gezegd – geen ruimte voor degelijke gelijkaardige organen maar de OESO commentaren voorzien hier wel in.⁴³⁸ Zo stellen de commentaren het volgende: ‘*In some countries organs of companies exist which are similar in function to the board of directors. Contracting States are free to include in bilateral conventions such organs of companies under a provision corresponding to Article 16.*’

De leden van dergelijke comités zullen m.i. een leidinggevende rol opnemen en mee de beleidslijnen van een lichaam uittekenen, weliswaar binnen een bepaalde materie (vb. benoemingen, verloningen, ...). Het fenomeen dat dergelijke comités worden geïnstalleerd om voorbereidend werk te verrichten, verandert daar m.i. niets aan. Enerzijds worden de comités meestal opgericht in materies die het dagelijkse bestuur overtreffen.⁴³⁹ Anderzijds worden de comités geïnstalleerd in materies die vaak tot de kerntaak van een board of directors behoort. In België is bijvoorbeeld bepaald dat het overlaten van louter voorbereidende, adviserende werkzaamheden aan een comité, juridisch te beschouwen is als een taakverdeling binnen de raad van bestuur.⁴⁴⁰ Anderzijds is het ook steeds mogelijk om de comités statutair een daadwerkelijke beslissingsmacht te geven. Men dient m.i. dan ook te besluiten dat er een professionalisering optreedt van dergelijke board comités wiens taken niet meer als zuiver voorbereidend kunnen bestempeld worden.

Deze hoger genoemde elementen hebben m.i. tot gevolg dat de leden van dergelijke comités onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO vallen. Zo is het bijvoorbeeld perfect denkbaar dat een executive director een mandaat uitoefent in tal van remuneratiecomités van onderscheiden lichamen. Volgens de huidige

⁴³⁸ OESO 16/3

⁴³⁹ Denk hierbij aan het auditcomité hetwelk taken zal waarnemen in verband met de controle en de voorbereiding van de ontwerp-jaarrekening, hetwelk geen taken van dagelijks bestuur, maar van bestuur zijn.

⁴⁴⁰ Artikel 522 §1 W. Ven.

stand van het OESO-Modelverdrag, kwalificeert deze director niet onder artikel 16 OESO in de gegeven omstandigheden. Hij behoort namelijk niet tot een 'board of directors'. Echter, men kan onmogelijk ontkennen dat deze persoon meewerkt aan een strategisch beleid van deze lichamen en het vennootschapsbelang dient zodat hij in de context van dit onderzoek onder artikel 16 OESO ressorteert.

Gelet op deze ontwikkelingen binnen de corporate governance regelgevingen, is het aangewezen dat de OESO het begrip 'board of directors' zodanig aanpast dat ook de besproken comités hieronder kunnen vallen. Deze comités zijn dan wel niet te bestempelen als een 'board of directors' maar zij worden wel opgericht in de schoot van een board.

2.3.2.3. Enkel 'similar organs' voorzien door het vennootschapsrecht?

Voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 OESO, rest m.i. dan nog de vraag of dergelijke comités noodzakelijk enkel kunnen opgericht worden door het interne vennootschapsrecht of het volstaat dat deze ingevolge de statuten van een lichaam kunnen opgericht worden? Er dient vastgesteld te worden dat het OESO-Commentaar daarover het stilzwijgen bewaart.

Gelet op de zich steeds verder ontwikkelende corporate governance wetenschap, is het m.i. wijs om hier een marge in te bouwen en niet enkel te verwijzen naar het interne vennootschapsrecht. Het vennootschapsrecht reageert vaak niet snel op zich voordoende corporate governance tendensen. Dit maakt dat het interne vennootschapsrecht geen goede bron is om de board comités voor doeleinden van artikel 16 OESO te vatten.

Nochtans zal er natuurlijk ergens een grens moeten ingebouwd worden om alzo te vermijden dat elk comité als een 'similar organ' zal bestempeld worden waarvan de leden onder artikel 16 OESO kwalificeren. In de doctrine is dezelfde visie reeds opgeworpen met de melding dat een dergelijk orgaan met een zekere permanentie moet worden geïnstalleerd.⁴⁴¹ In deze visie zit m.i. een kern van waarheid maar de argumentatie overtuigt m.i. onvoldoende. Een permanentie-criterium is niet adequaat om te bepleiten dat een comité als een 'similar organ' kwalificeert voor doeleinden van artikel 16 OESO. Deze auteurs vergeten te vermelden dat de comités op de ene of de andere manier moeten betrokken zijn

⁴⁴¹ SUTTER/BURGSTALLER, 'Der Manager im DBA-recht', in *Arbeitnehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Gassner/Lang/Schuch/Staringer (eds.), 2003, p. 62.

bij de bestuursfunctie van een lichaam om onder het materieel toepassingsgebied van artikel 16 OESO te vallen.

M.i. dient een ‘similar orgaan’ aan één fundamenteel criterium te voldoen teneinde te kwalificeren onder artikel 16 OESO. Dit onderscheidingscriterium luidt dat het comité geïnstalleerd moet zijn om het *vennootschapsbelang* te dienen. Dergelijke comités zijn namelijk organen die worden opgericht om een taakverdeling binnen de board te organiseren. Comités die daartoe niet werden opgericht, vallen niet onder artikel 16 OESO.

2.3.2.4. Tussentijds besluit en aanbeveling

Om al deze redenen, dient de OESO artikel 16 zodanig aan te passen dat deze boardcomités begrepen worden onder het toepassingsgebied van dit verdragsartikel. De idee om boardcomités onder artikel 16 OESO te brengen, is trouwens hoegenaamd niet nieuw. Tijdens de besprekingen van WP 28 had de Belgische delegatie reeds gevraagd om ‘similar organs’ onder artikel 16 OESO te brengen. Echter, WP 28 verwierp dit voorstel en voelde er meer voor om een dergelijk voorstel te regelen via een aanpassing van het OESO-Commentaar en het initiatief verder over te laten aan verdragsluitende staten.⁴⁴²

Voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 16 OESO naar deze comités, zou de volgende definiëring kunnen aangenomen worden: ‘administrative, managing and supervisory body’. Deze omschrijving voldoet m.i. aan tal van comités die kunnen opgericht worden in de schoot van een board dewelke worden bedeed met een taak van beleid binnen een lichaam. De definitie van artikel 16 OESO zou – mede gelet op de vorige passages in dit onderzoek – dan als volgt luiden:

Directors’ fees and other compensation derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.’

Hiermee geef ik dan expliciet aan niet het OESO-Commentaar te willen volgen. Immers, paragraaf 3 van het OESO-Commentaar op artikel 16 stelt het volgende: ‘*In some countries organs exist which are similar in function to the board of directors. Contracting States are free to include in bilateral conventions such organs of companies under a provision corresponding to article 16*’. Nochtans heeft de OESO

⁴⁴² CFA/WP1(71)7, p. 3-4.

nooit enige informatie gegeven omtrent de karakteristieken die dergelijke ‘similar organs’ moeten hebben. Corporate governance is echter volop in ontwikkeling en tal van comités duiken op in lichamen.⁴⁴³ Het is m.i. dus wel relevant om *de lege ferenda* eenduidig en autonoom aan te duiden welke ‘similar organs’ dan onder artikel 16 OESO vallen. Hiermee duiken m.i. geen nieuwe interpretatievraagstukken op. Zoals ik eerder al aangaf, moet het om een bestuursfunctie gaan. Dat impliceert dat het om meer gaat dan louter het dagelijks bestuur, het vennootschapsbelang moet gediend worden en aan strategiebepaling moet worden gedaan.

2.4. Lichaam als director

2.4.1. Algemeen

In deze afdeling ga ik na in welke mate een lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO als director kan worden aangesteld en zo ja, onder welke voorwaarden en in welke gevallen dan. Daarover kan in beginsel geen twijfel bestaan nu het OESO-Commentaar daarin duidelijk voorziet.⁴⁴⁴ Deze visie is trouwens vrij algemeen aangenomen.⁴⁴⁵ Ook België voorziet er bijvoorbeeld in dat rechtspersonen als director kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO.⁴⁴⁶ Nochtans voorziet de Duitse wetgeving erin dat rechtspersonen niet kunnen optreden als een ‘member of the board of directors’.⁴⁴⁷ Dat geldt bijvoorbeeld in Nederland ook voor wat betreft de commissarissen.⁴⁴⁸ Deze functie kan aldaar enkel worden uitgeoefend als natuurlijk persoon. Echter, dit kan m.i. geen uitwerking hebben op belastingverdragen die gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag, gelet op de brede definitie van het begrip ‘person’ zoals gehanteerd door artikel 3 (1) (a) OECD.

Dat de OESO de keuze maakt om rechtspersonen die een mandaat bekleden als director onder artikel 16 OESO te plaatsen, is niet vanzelfsprekend. Het had namelijk ook anders gekund. Want, in feite levert het lichaam die de director ter beschikking stelt een dienst. Op deze dienst zou dan het winstartikel van artikel 7 OESO van toepassing kunnen zijn.

⁴⁴³ Denk hierbij bijvoorbeeld aan bepaalde adviserende comité’s. Voor een overzicht: VAN DER ELST, C., ‘Corporate governance: een wettelijke (r)evolutie?’, *T.R.V.* 2004/2, p. 69-86.

⁴⁴⁴ OESO 16/1

⁴⁴⁵ DE JAEGHER, C., ‘International taxation of directors’ fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours’, *World Tax Journal* 2013, p. 226.

⁴⁴⁶ HINNEKENS, P., ‘De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders’, *Biblio dossier*, 12, 1990, 161.

⁴⁴⁷ §§ 100 Abs. 1; 52 Abs 1 GmbHG

⁴⁴⁸ Wet 16 mei 1986

2.4.2. Zouden lichamen-director onder artikel 7 OESO kunnen vallen?

Bepaalde auteurs zijn van mening dat de director fee bekomen door een lichaam als director onder artikel 7 OESO ressorteert.⁴⁴⁹

Teneinde te weten te komen of artikel 7 OESO aangewezen is om directors' fees te vatten, is het nuttig om naar de Amerikaanse praktijk te gaan kijken. De Verenigde Staten hebben namelijk een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO-Modelverdrag 1977 waaruit blijkt dat zij van mening zijn dat directors' fees als inkomsten uit zelfstandige arbeid moeten belast worden. Om die reden had het Amerikaanse Modelverdrag uit 1981 dan ook niet voorzien in een apart artikel m.b.t. directors' fees. Echter, het Modelverdrag 1996 voorzagt plots wel in een apart artikel m.b.t. directors' fees. Dit wordt verklaard vanuit het gegeven dat het ontbreken van een apart artikel m.b.t. directors' fees resulteerde in een belastingvrijstelling van dergelijke inkomsten in de bronstaat tenzij een vaste inrichting aanwezig was in de staat alwaar het lichaam waarin het mandaat werd bekleed, inwoner was. Tevens leidt het tot rechtsonzekerheid dat er geen apart verdragsartikel is m.b.t. directors' fees. Verschillende verdragsartikelen komen dan nl. in aanmerking hetgeen in een internationale context niet wenselijk is.

M.i. is het aangewezen lichamen-mandatarissen onder artikel 16 OESO te vatten en niet onder artikel 7 OESO. Het valt niet in te zien waarom er een onderscheid zou moeten gemaakt tussen individuen en rechtspersonen voor doeleinden van artikel 16 OESO. De ratio legis van artikel 16 OESO is van toepassing op zowel individuele als op rechtspersonen-mandatarissen. Deze laatste categorie zal trouwens steeds rechtsgeldig moeten worden vertegenwoordigd door natuurlijke personen. Dat doet echter geen afbreuk aan het feit hoe staten daar verder mee omgaan in hun interne wetgeving. Sommige staten laten namelijk niet toe dat directors onder een vennootschapsverband operationeel zijn (ik haalde Duitsland al aan). In dat verband haal ik tevens Nederland aan. Volgens het BW kan de functie van een commissaris slechts door een natuurlijk persoon worden uitgeoefend.⁴⁵⁰ Nochtans merk ik op dat de interne vennootschapswetgeving van staten van ondergeschikt belang is aan het gegeven dat artikel 16 OESO tevens lichamen insluit. Dat betekent dat bijvoorbeeld wat Nederland

⁴⁴⁹ HINNEKENS, P., *'De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders'*, in X, De Belastinghervorming 1989, p 137-187.

⁴⁵⁰ Bij wet van 16 mei 1986, Stb. 275 (Derde Anti - Misbruikwet, Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen) is bepaald dat rechtspersonen per 1 januari 1987 geen commissaris meer kunnen zijn.

betreft – m.i. een commissaris die grensoverschrijdend operationeel is met een vennootschap – onder artikel 16 OESO valt.

2.5. Gelijkaardige functies

2.5.1. Algemeen

In wat volgt, onderzoek ik in welke mate personen die geen ‘member of the board of directors’ zijn noch van een ‘similar organ’, toch behandeld kunnen worden als een director in de zin van artikel 16 OESO. In beginsel moet gesteld worden dat gelijkaardige functies *de lege lata* niet onder artikel 16 OESO kunnen vallen aangezien dit verdragsartikel een formeel vereiste inhoudt, wetende, ‘member of the board of directors’.⁴⁵¹ Dat is de reden dat sommige Nederlandse rechtspraak bijvoorbeeld heeft geoordeeld dat procuratiehouders niet onder artikel 16 OESO kunnen vallen.⁴⁵²

België heeft echter een aantal belastingverdragen gesloten waarin gelijkaardige functies opgenomen werden in artikel 16. In dat verband, is er reeds in België een uitgebreide rechtspraak ontstaan. In de praktijk gaat het vaak om discussies in het geval van algemeen directeurs die uitgebreide bevoegdheden hebben inzake dagelijks bestuur, maar geen ‘member of the board of directors’ zijn.⁴⁵³ België heeft een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO luidende dat het verdragsartikel evengoed van toepassing is op inkomsten die personen ontvangen als hun hoedanigheid gelijk gesteld kan worden met die van leden van de raad van bestuur of raad van toezicht. In deze context werd ook reeds een ophefmakende parlementaire vraag gesteld. De zaak handelde over de bezoldigingen die een Nederlandse inwoner verkreeg van een Belgische NV uit hoofde van een functie die gelijkaardig werd bestempeld en in welke mate deze onder artikel 16§2 DBV tussen België en Nederland valt.⁴⁵⁴ De Belgische Minister van Financiën was wel degelijk van oordeel dat dergelijke persoon onder artikel 16§2 DBV valt. Deze zienswijze is door bepaalde auteurs scherp bekritiseerd.⁴⁵⁵ Zo stelt HUYGHE dat de visie van de minister neerkomt op een ongeoorloofde uitbreiding van de notie ‘leden van de raad van bestuur’, in de zin van artikel

⁴⁵¹ PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, LANG, M. en PISTONE, P. (eds.), Taxmann, 2008, p. 223.

⁴⁵² Rechtbank ‘s Gravenhage 6 juli 2011, *N.T.F.R.* 2011, 1785.

⁴⁵³ HUYGHE, A., ‘Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder’, *T.F.R.* 1992, 12-13.

⁴⁵⁴ PV nr. 248 van 29 mei 1980, *Bull. Bel.* Nr. 587, 1506.

⁴⁵⁵ HUYGHE, A., ‘Evaluatie van de begrippen bij de belastingheffing van inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid’, *T.F.R.* 1995/248.

16§2 DBV. Nochtans wordt de visie van HUYGHE tegengesproken door heel wat rechtspraak.⁴⁵⁶ De Nederlandse Hoge Raad volgt ook eerder de visie van HUYGHE.⁴⁵⁷ De zaak handelde over een Nederlandse belastingplichtige die gérant was van een Franse SARL. Het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk spreekt in artikel 16 van ‘vergoedingen verkregen door een inwoner van Nederland die lid is van de raad van beheer of van de raad van toezicht’ van een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Een gérant maakt daar geen deel van uit.

De aangehaalde rechtspraak geeft in een bepaalde mate een inzicht in de criteria die gehanteerd worden om een functie als ‘gelijkaardig’ te kwalificeren.⁴⁵⁸ Het hof van beroep van Antwerpen kwalificeerde een functie als gelijksoortig aangezien er zeer ruime bevoegdheden werden toegekend aan een individu. Zo mag het individu, naast de gewone handelingen van dagelijks bestuur – tot een onbeperkt bedrag –, alle briefwisseling tekenen, alle grondstoffen aan- en verkopen en alle contracten afsluiten.⁴⁵⁹ Eveneens werd het feit dat een individu de vennootschap in het bestuur van haar vermogen kan vertegenwoordigen als voldoende beschouwd om een functie als gelijksoortig te bestempelen.⁴⁶⁰

Ook de Belgische belastingdienst heeft gepoogd te omschrijven wat wordt bedoeld met ‘gelijksoortige functies’.⁴⁶¹ Volgens de Belgische belastingdienst dient onder ‘werkzaamheden van soortgelijke aard’, het volgende begrepen te worden:

- Personen die zich in een identieke rechtstoestand bevinden als die van bestuurder, zaakvoerder, etc., maar die een andere titel dragen;
- Personen die, hoewel ze zich niet in een soortgelijke rechtstoestand bevinden, in feite bevoegdheden uitoefenen die eigen zijn aan bestuurders, zaakvoerders, etc.

Echter, artikel 16 OESO heeft duidelijkheid gegeven over de vraag in welke mate gelijksoortige functies ingesloten kunnen worden in het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 16 OESO. Dat is niet het geval door de formele invul-

⁴⁵⁶ Brussel 17 september 1998, *F.J.F.* 1999, 99/2; Gent 14 mei 1998, *A.F.T.* 1998; Gent 30 oktober 1997, *F.J.F.* 1998, 98/65, 174.

⁴⁵⁷ Hoge Raad 10 december 2004, *N.T.F.R.* 2004, 1830.

⁴⁵⁸ DE JAEGHER, C., ‘International taxation of directors’ fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours’, *World Tax Journal*, June 2013, p. 230.

⁴⁵⁹ Antwerpen 24 augustus 1988, *Bull.* 682, p. 867.

⁴⁶⁰ Gent 5 april 1965.

⁴⁶¹ Ci. Nr. AFZ/Intern.IB/2002-0026 van 17 december 2002

ling van het begrip 'board of directors'. Nochtans moet m.i. onderzocht worden of bepaalde analoge functies toch niet onder het personeel toepassingsgebied van artikel 16 OESO moeten gebracht worden. De criteria uit de rechtspraak, zijn echter vaak uiteenlopend en zijn vaak casuïstisch van aard. Ik stel dan ook voor om in hoofdzaak op basis van de aangereikte criteria in het eerste deel van dit onderzoek⁴⁶² na te gaan in welke mate bepaalde individuen *de lege ferenda* als een director kunnen bestempeld worden. Doorslaggevend is m.a.w. in welke mate zij aan strategiebepaling doen en het vennootschapsbelang dienen.

2.5.2. Werkende vennoten

2.5.2.1. Algemeen

In de passage die volgt, ga ik na in welke mate zgn. werkende vennoten onder artikel 16 OESO kunnen vallen. Voor doeleinden van deze subafdeling is het van cruciaal belang aan te duiden wie ik precies bedoel met een 'werkend vennoot'. Een werkende vennoot is een vennoot die in een vennootschap een activiteit uitoefent om het kapitaal dat gedeeltelijk het zijne is te doen renderen. Die activiteit kan het kenmerk van een zaakvoering of van een beheer bezitten. Dit hoeft echter niet noodzakelijk het geval te zijn. De werkende vennoot hoeft niet noodzakelijk bestuurshandelingen te stellen. Dit onderscheidt hem van de director wiens takenpakket vaak wettelijk is geregeld.

In het algemeen komen werkende vennoten het vaakst voor in personenvennootschappen (in de context met rechtspersoonlijkheid).⁴⁶³ Dat hoeft echter niet uitsluitend het geval te zijn. In wat volgt, beschouw ik een werkende vennoot als elke aandeelhouder die duurzaam of niet werkzaam is in een lichaam en hiervoor een vergoeding bekommt. Het gaat m.a.w. om een actieve aandeelhouder dewelke ik plaats versus een passieve aandeelhouder in lichamen met rechtspersoonlijkheid. De passieve aandeelhouder zal in beginsel geen vergoeding bekomen, enkel een dividend.

Artikel 16 OESO bevat m.i. geen bepaling over de zgn. werkende/actieve vennoten. In beginsel ressorteren louter werkende vennoten dus niet onder artikel 16 OESO. Griekenland heeft nochtans een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO stellende dat het verdragsartikel tevens van toepassing is op vergoedingen die een aandeelhouder bekommt als hij optreedt als manager van een Griekse vennootschap of partnership. Sommige bilaterale belastingverdragen voorzien ook in een clause over werkende vennoten. Zo bevat het belastingverdrag

⁴⁶² Desgevallend ook nog andere criteria

⁴⁶³ In België wordt de BVBA bijvoorbeeld als een personenvennootschap bestempeld.

tussen België en Frankrijk een specifieke toewijzingsregel m.b.t. werkende vennoten. Zo wordt bepaald dat de bezoldiging van vennoten-zaakvoerders en andere gelijkaardige mandatarissen van een Belgische CV of BVBA of van een Franse SARL onder het artikel m.b.t. directors' fees vallen. Ook andere belastingverdragen voorzien in een specifieke bepaling rond werkende vennoten. Evenzo hebben Duitsland en Oostenrijk bijvoorbeeld een overeenkomst ondertekend waarin zij overeenkwamen dat de inkomsten uit arbeid van een meerderheidsaandeelhouder door Duitsland als een inkomen uit een dienstbetrekking wordt bestempeld en door Oostenrijk als een zelfstandig beroep. Deze overeenkomst was een aanvulling op het belastingverdrag van 1954. Andere staten voorzien dan weer in een expliciete bepaling rond werkende vennoten in hun standaardbelastingverdrag. Als voorbeeld haal ik artikel 15 §2 aan van het Belgische standaardverdrag.

Niettegenstaande het OESO-Modelverdrag niet voorziet in een expliciete bepaling rond werkende vennoten, is het toch van belang om *in globo* na te gaan onder welk verdragsartikel het inkomen van een werkende vennoot ressorteert aangezien niet elk bilateraal belastingverdrag expliciet in een regeling rond werkende vennoten voorziet.

In het algemeen kunnen m.i. in hoofdzaak zowel artikel 7, 10, 15, 16 en 21 OESO in aanmerking komen om de vergoeding van een werkende vennoot te vatten. Indien een werkende vennoot geen formeel mandaat bekleedt in een lichaam en een salaris ontvangt voor zijn (dagelijkse) werkzaamheden, valt deze vergoeding volgens bepaalde visies onder de noemer 'salaries, wages and other similar remuneration' in de zin van artikel 15 OESO. Zo aanvaardt de Belgische belastingdienst bijvoorbeeld de toepassing van artikel 15 van een belastingverdrag voor werkende vennoten die onder een arbeidscontract werkzaam zijn en daarin geen enkele leidende functie vervullen.⁴⁶⁴ Deze visie kan volgens bepaalde auteurs maar doorgang vinden indien deze werkende vennoot een minderheidsaandeelhouder is. Zo merkt HUYGHE op dat vennoten in een personenvennootschap slechts als loontrekkenden kunnen worden beschouwd, indien zij slechts een beperkt aantal aandelen bezitten en geen enkele leidinggevende functie in de vennootschap verrichten.⁴⁶⁵ Indien een werkende vennoot namelijk meerderheidsaandeelhouder is, kan onmogelijk gesteld worden dat deze een dienstbetrekking betreft in de zin van artikel 15 OESO. Dit wordt door het Bel-

⁴⁶⁴ Circulaire nr. AFZ/Intern.IB/2002-0026 (AFZ 26/2002) dd. 17.12.2002

⁴⁶⁵ ⁴⁶⁵ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 1992, 12-13.

gische Hof van Cassatie impliciet aanvaard doordat het heeft geoordeeld dat artikel 15 van een belastingverdrag enkel verwijst naar bezoldigingen van werknemers die vallen onder de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten of onder een soortgelijk wettelijk of reglementair statuut.⁴⁶⁶

2.5.2.2. Werkende vennoten met meerderheidsdeelneming onder artikel 16 OESO?

Vennoten hebben vaak een welomschreven vennootschapsrechtelijke taak. Ook hebben aandeelhouders vaak bepaalde rechten in relatie tot een lichaam. Heel vaak gaat het om zeggenschapsrechten. Men kan in dat opzicht niet ontkennen dat diegene die fondsen in een vennootschap belegt en, als *actief* meerderheidsaandeelhouder kan bestempeld worden in een poging dit kapitaal vruchtbaar te maken, een sturende rol zal waarnemen.⁴⁶⁷

De meerderheidsaandeelhouder die een leidinggevende activiteit ontplooit voor een lichaam, zou om die reden bestempeld kunnen worden als een director die aan strategiebepaling doet zodat de uitbreiding van de ratio legis van artikel 16 OESO (zie hoofdstuk 1) ook hier van toepassing is. Het gaat dan met name om een gelijkaardige (similar) functie. Nochtans bepleiten twee argumenten m.i. contra een uitbreiding van artikel 16 OESO naar werkende vennoten met een meerderheidsparticipatie:

(a) Wat is een meerderheidsdeelneming: onduidelijk?

Vooreerst is het niet makkelijk te bepalen wat precies verstaan dient te worden onder het begrip ‘meerderheidsdeelneming’. Indien men het begrip relateert aan strategisch leiding geven, is noodzakelijk vereist dat er *zeggenschap* voorhanden is. Namelijk, indien deze zeggenschap ontbreekt, zal men geen beslissende invloed kunnen uitoefenen op het beleid. Zeggenschap dient m.i. gedefinieerd te worden als een relatie die gebaseerd is op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of in combinatie en gelet op de desbetreffende feitelijke of juridische omstandigheden, de mogelijkheid biedt om beslissende invloed uit te oefenen op de besluitvorming van een lichaam.

Het meest gewone middel voor het verwerven van zeggenschap of beslissende invloed, is de aankoop van aandelen van het lichaam, eventueel na goedkeuring

⁴⁶⁶ Cass. 18 maart 1994, *Fisc. Koer.* 1994, 287.

⁴⁶⁷ SANTELLA, P., BAFFI, E., DRAGO, C. en LATUCCE, D., ‘A comparative analyses of the legal obstacles to institutional investor activism in Europe and in the U.S.’, onuitg., 24 mei 2008, 12-13; GILLAN, S.L. en STARKS, L.T., ‘The evolution of shareholder activism in the United States’, *Journal of Applied Corporate Finance*, 2007, 5-6.

van de bestaande aandeelhouders in het geval van gezamenlijke zeggenschap. Een deelneming in het kapitaal kan worden verkregen, hetzij door een directe investering, hetzij indirect via een aandeel in de eigendom van een lichaam dat direct heeft geïnvesteerd in het onderliggende lichaam. De daarmee verworven rechten of vertegenwoordiging in de raad van bestuur of een ander beheersorgaan, geeft de aandeelhouder de mogelijkheid om een beslissende invloed uit te oefenen, d.w.z. de mogelijkheid voor de werkende vennoot om beslissingen te nemen of beslissingen te blokkeren met betrekking tot het beheer van zaken. De zeggenschap die verworven is door een werkende vennoot die een meerderheidsdeelneming bezit, zal in principe op *de jure* basis verworven zijn. Dit zal tot gevolg hebben dat de werkende vennoot met een meerderheidsdeelneming ook de meerderheid van de stemrechten heeft in een lichaam. Men kan dit desgevallend *exclusieve* zeggenschap noemen. Exclusieve zeggenschap is m.i. zelfs mogelijk door minderheidsaandeelhouders wanneer deze de zeggenschap exclusief verwerven in situaties waarin specifieke rechten met het aandeelhouderschap zijn verbonden, bijvoorbeeld de macht om meer dan de helft van de raad van toezicht of de raad van bestuur aan te wijzen.

Anderzijds moet aangestipt worden dat een minderheidsaandeelhouder eveneens exclusieve zeggenschap kan verwerven op *de facto* basis. Zo kan soms worden verwacht dat een minderheidsaandeelhouder op basis van zijn aandeelhouderschap en het historische stempatroon op de aandeelhoudersvergadering een stabiele meerderheid van stemmen kan verkrijgen. Dit kan met name eveneens afhangen van factoren als daar zijn de mate van spreiding van de overige aandelen, de structurele en economische banden tussen de aandeelhouders en de strategische belangen van de overige aandeelhouders in een lichaam. Dergelijke criteria moeten geval per geval worden geëvalueerd.

Een motivatie voor deze invulling van het begrip ‘meerderheidsdeelneming’, vind ik bijvoorbeeld in een uitspraak van de Hoge Raad van 14 maart 2008.⁴⁶⁸ De feiten die aan het arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden weergegeven. TNT heeft 51% van de aandelen van Cendris BSC. De overige 49% is in handen van Essent. In de statuten van Cendris BSC is bepaald dat aandeelhoudersbesluiten slechts genomen kunnen worden met een 2/3 meerderheid van de uitgebrachte stemmen. TNT heeft dus op grond van de statutaire bepalingen geen exclusieve zeggenschap in Cendris BSC. De Hoge Raad oordeelde hieromtrent dat wanneer aandelen in een vennootschap volgens een onderlinge regeling tot samenwerking worden gehouden, de overwegende zeg-

⁴⁶⁸ HR 14 maart 2008, *JOR* 2008/94 met annotatie van M. HOLTZER.

genschap bij de groep ligt. De Hoge Raad nam dus geen genoegen met het gegeven dat TNT 51% had in Cendris BSC om te besluiten tot exclusieve zeggenschap.

Mij lijkt het al te complex – en zelfs ondoenbaar in de praktijk – om op deze basis na te gaan welke werkende vennoot een zeggenschap heeft in een lichaam. Een dergelijk criterium lijkt mij niet internationaal inzetbaar voor doeleinden van artikel 16 OESO.

(b) Individueel belang

In hoofdstuk 1 heb ik reeds gesteld dat de aandeelhouders vaak druk uitoefenen om de bedrijfsvoering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch oogpunt is ingegeven vanuit een *individueel* belang en geenszins vanuit het vennootschapsbelang. Elke aandeelhouder heeft een eigen individueel belang.⁴⁶⁹ Dit eigen belang is vaak een visie om spoedig dividendrechten te bekomen. Dat is geenszins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid. Bepaalde regels zijn daartoe vaak juridisch uitgewerkt voor directors, hetgeen de director onderscheidt van de werknemer in deze. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennootschapsbelang.

Dit maakt dat een actieve aandeelhouder op geen enkele manier kan gelijk gesteld worden met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder *de lege ferenda* onder artikel 16 OESO te plaatsen.

2.5.2.3. Conclusie m.b.t. werkende vennoten

Bij wijze van besluit kan ik stellen dat voor wat betreft het begrip ‘werkend vennoot’, voor doeleinden van artikel 16 OESO gekeken dient te worden in welke mate er een *de jure* dan wel een *de facto* zeggenschap is in een lichaam waarin

⁴⁶⁹ FRANCIS stelde: ‘Zo stelt Alain François mijns inziens geheel terecht dat de verplichting tot behartiging van het vennootschapsbelang niet noodzakelijk hoeft gepaard te gaan met een gelijke behandeling van de vennoten. Zeker de moderne vennootschap zoals we ze vandaag de dag kennen, kenmerkt zich door een toenemende diversiteit in het aandeelhouderschap. Vele aandeelhouders hebben een verschillende toegang tot kapitaal en beogen verschillende doelstellingen via hun participatie. De grootste gemene deler van de verschillende individuele belangen zal in een hedendaagse kapitaalvennootschap bijgevolg nog maar een beperkte draagwijdte hebben, en vaak beperkt zijn tot een verhoging van individuele welvaart van elk van de aandeelhouders. In dergelijk geval is het niet noodzakelijk dat een gelijke behandeling van de verschillende vennoten zal bijdragen tot deze grootste gemene deler.’ Zie: FRANCIS, S., ‘Aandeelhoudersgelijkheid: mythe of fundamenteel principe?’, T.R.V. 2010/8, p. 621-640.

een deelneming wordt aangehouden. Zonder deze zeggenschap kan er m.i. namelijk geen sprake zijn van strategiebepaling. Mij lijkt het echter al te moeilijk om voor doeleinden van artikel 16 OESO dit na te gaan. Tevens streven aandeelhouders individueel belang na. Op die manier voldoen zij m.i. niet aan de criteria die ik opgeworpen heb in hoofdstuk 1 om te kwalificeren als een director.

2.6. Werknemersvertegenwoordiging

In tal van lichamen wordt medezeggenschap voorzien voor werknemers, onder welke vorm dan ook. Het fenomeen komt in Europa zowel voor in de *one tier* als in de *two tier* boardsystemen.⁴⁷⁰ Voor doeleinden van artikel 16 OESO, werpt zich de vraag op in welke mate de personen die deze medezeggenschap wordt toegewezen, als director kunnen beschouwd worden. Daartoe is het vooreerst van belang het begrip verder te duiden. In beginsel kan een dergelijke werknemersvertegenwoordiging *de lege lata* m.i. echter niet onder artikel 16 OESO vallen. Hiervoor zou een formele aanstelling als ‘member of the board of directors’ noodzakelijk zijn. Teneinde na te gaan of een bepaalde vorm van werknemersvertegenwoordiging desgevallend in artikel 16 OESO moet worden geïntegreerd, doe ik eerst een beknopt rechtsvergelijkend onderzoek naar het fenomeen.⁴⁷¹

2.6.1. Duitsland

De werknemersvertegenwoordiging gaat om de zgn. Mitbestimmung binnen vennootschapsorganen. In sommige staten, voornamelijk in Duitsland, geeft men sommige werknemers medebeslissingsrechten op bestuursvlak door hen op te nemen in het bestuursorgaan. Onder ‘Mitbestimmung’ verstaat men ‘die rechtlich institutionalisierte Beteiligung der Arbeitnehmer an den unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsprozessen’. De doelstellingen van de wetgever bij het invoeren van werknemersvertegenwoordiging laten zich als volgt samenvatten: controle van het machtpotentieel van de ondernemingen, democratisering van de ondernemingen, samenwerking tussen kapitaal en arbeid, het afbouwen van buitenlandse invloed, optimalisering van de bescherming van de werknemers.

⁴⁷⁰ FINKIN, M.W. en MUNDLAK, G., ‘*Comparative Labor Law*’, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 351.

⁴⁷¹ Het onderzoek is in hoofdzaak gebaseerd op de volgende publicaties waar men tevens de verwijzingen naar het interne recht terugvindt: VAN HET KAAR, R.H., ‘Medezeggenschap en internationale holdings’, *Ondernemingsrecht* 2009-3, 33, p. 131-137; SMIT, E. En VAN HET KAAR, R., ‘Die Zukunft der Mitbestimmung in den Niederlanden - Vier Szenarios’, *WSI Mitteilungen* 2/2009, p. 94-101.

De facto zijn er drie verschillende Mitbestimmungsregimes. Een vennootschap kan vooreerst onder de Montanmitbestimmungsregels vallen uit 1951. Dit is in hoofdzaak van toepassing op de mijn- en staalnijverheid. Dit regime impliceert een elfkoppige Aufsichtsrat, bestaande uit vier vertegenwoordigers van aandeelhouders en vier van de werknemers, aangevuld met drie die als vertegenwoordigers van het algemeen belang worden beschouwd. Anderzijds heeft men het Betriebsverfassungsregime uit 1952. Onder dit systeem is de Aufsichtsrat voor twee derden samengesteld uit vertegenwoordigers van de aandeelhouders en voor een derde uit vertegenwoordigers van de werknemers.

Anderzijds is de echte Mitbestimmungsregeling gekend uit 1976. Dan moet de onderneming wel meer dan 2.000 werknemers tellen en een kapitaalvennootschap zijn. Onder dit systeem is de Aufsichtsrat paritair samengesteld uit vertegenwoordigers van werknemers en van aandeelhouders. De vertegenwoordigers van de werknemers, worden via een bepaalde vooropgestelde procedure verkozen waardoor gewaarborgd wordt dat de vakbonden enerzijds verzekerd zijn van een bepaalde vertegenwoordiging maar anderzijds geen meerderheid hebben. Onder het regime van het Mitbestimmungsgesetz 1976 moet eveneens in de Vorstand een Arbeitsdirektor benoemd worden, die dezelfde rechten heeft als de andere leden van de Vorstand. Hij wordt in hoofdzaak verantwoordelijk gemaakt voor arbeids – en sociale materies. De Arbeitsdirektor is een van de meest omstreden en politiek gevoelige functies in Duitsland omdat hij in het uitvoerende orgaan, de Vorstand zetelt en eveneens een specifieke band met de werknemers heeft. Nochtans wordt de Arbeitsdirektor door de Aufsichtsrat op dezelfde manier benoemd als alle andere leden van de Vorstand. Er bestaan geen uitzonderingen op de Mitbestimmungsregelen voor dochtervennootschappen. Ook deze dochtervennootschappen zullen aan de Mitbestimmung onderworpen worden als zij aan de voorwaarden voldoen.

2.6.2. Nederland

In Nederland heeft de Ondernemingsraad o.a. het recht om commissarissen voor benoeming voor te dragen. De Ondernemingsraad heeft naast het recht van aanbeveling ook het recht om betrokken te worden bij de formulering en vaststelling van de profielschets van de Raad van Commissarissen.

2.6.3. Verenigd Koninkrijk

Het Verenigd Koninkrijk kent per definitie weinig wetgeving m.b.t. werknemersvertegenwoordiging maar stilaan ontwikkelt zich een tendens van zgn. Workcouncils. Binnen lichamen zijn namelijk vaker zgn. 'shop stewards' actief.

Zij worden gekozen door de werknemers die lid zijn van een vakbond. Britse werknemers hebben echter geen recht om een vertegenwoordiging op board level te hebben. Hetzelfde geldt voor Ierland waar er sprake is van de zgn. workers directors. Dit zijn werknemers die direct verkozen zijn om als werknemersvertegenwoordiger deel uit te maken van de board. Omdat ze niet kunnen samenwerken met een ondernemingsraad, hebben ze een kwetsbare positie en is het sterk afhankelijk van hun ervaring en uitstraling, in welke mate ze invloed kunnen uitoefenen op het bestuur van een lichaam.

2.6.4. België

In België is er geen sprake van werknemersvertegenwoordiging in het ondernemingsbestuur, wel in andere organen. Zo moeten lichamen met 100 werknemers of meer een zgn. ondernemingsraad instellen. Lichamen met 50 werknemers of meer moeten een zgn. comité voor preventie en bescherming instellen. Dit comité houdt zich met de arbeidsomstandigheden in het lichaam bezig. Verder heeft de ondernemingsraad het recht om over informatie te beschikken betreffende sociale en economische aangelegenheden. Echter, een werknemersvertegenwoordiging in het bestuur van een lichaam, komt niet voor. Er bestaan echter wel uitzonderingen in de publieke sector.

2.6.5. Frankrijk

In Frankrijk bestaat er een groot verschil in werknemersmacht tussen de staatsbedrijven en de lichamen die in private handen zijn. In staatsbedrijven worden werknemersvertegenwoordigers gekozen in het ondernemingsbestuur. Dit is een monopolie van de vakbonden. Er zijn drie zetels voor de werknemersvertegenwoordigers in de board gereserveerd wanneer lichamen tussen de 200 en de 1000 medewerkers in dienst hebben. Wanneer staatsbedrijven meer dan 1000 werknemers in dienst hebben, ligt het aantal op een derde van de board.

Werknemers in Franse commerciële lichamen, kennen nauwelijks een vertegenwoordiging. Weliswaar is het in private lichamen mogelijk dat er werknemersvertegenwoordigers in het bestuur worden gekozen, maar dan louter met een adviserende stem en dus zonder effectieve stemrechten.

2.6.6. Scandinavië

De Scandinavische staten verschillen onderling maar hebben belangrijke gemeenschappelijke kenmerken: een hoge organisatiegraad, veel invloed van vakbonden in de bedrijven en een sterke oriëntatie op gemeenschappelijke belangen. Vakbonden en de ondernemingsraad benoemen bijvoorbeeld in Zweden

twee leden van de raad van bestuur. Dat zijn altijd werknemers die volledig stemrecht hebben behalve als het gaat om arbeidsconflicten en CAO-onderhandelingen. Midden Europese staten bouwen opnieuw aan structuren voor werknemersvertegenwoordiging. Vakbonden spelen daarin een belangrijke rol. De vertegenwoordiging in het hoogste bestuursorgaan, lijkt op het Duitse model. In het algemeen gaat het om de benoeming van commissarissen door de ondernemingsraad, veelal voor een derde van de zetels. In alle geval, uit al deze gegevens kan afgeleid worden dat de benoeming van werknemers in de board al dan niet samengaat met de formele installatie van een ondernemingsraad. Uit een onderzoek onder board level employees, zijn weliswaar de volgende gemeenschappelijke elementen naar voren gekomen. De vertegenwoordigers vinden de relatie met de werknemers en met de ondernemingsraad nog belangrijker dan hun relatie met de vakbonden. Minder belangrijk vinden ze hun relatie met de andere leden van de board en met het andere management. Dit wijst erop dat de vertegenwoordigers zich niet meteen identificeren als collega-bestuurders. Ook ziet minder dan de helft zich als vertegenwoordiger van de board die het algemeen belang van een lichaam mee bepalen. Zij zien zich in hoofdzaak als vertegenwoordiger van het personeel en het personeel ziet hen trouwens ook zo. Zij schatten in dat zij in hoofdorde een invloed uitoefenen op domeinen als arbeidsvoorwaarden, personeelsopleiding, arbeidsverhoudingen waaronder bijvoorbeeld de relaties met de vakbonden.

2.6.7. Conclusies

Artikel 16 OESO bevat in beginsel geen mogelijkheid om werknemersvertegenwoordigers te beogen. Het formeel aspect, wetende 'member of the board of directors' zal vaak ontbreken. In sommige staten is nochtans wel boardvertegenwoordiging voorzien. Maar, dat betekent *de lege feranda* niet dat deze leden onder het beperkt extensieve toepassingsgebied van artikel 16 OESO moeten worden gebracht. Uit al deze aangehaalde systemen blijkt dat deze werknemersvertegenwoordigers geenszins het vennootschapsbelang nastreven. Ook dragen de werknemersvertegenwoordigers in de board geenszins bij tot een strategiebepaling van het lichaam; ze hebben hoogstens een adviserende stem. Zij waken daarentegen exclusief over de belangen van werknemers en hun rechten. Om die reden kunnen werknemersvertegenwoordigers m.i. niet onder artikel 16 OESO ressorteren.

2.7. Interim management

Interim management is – vanuit een historisch perspectief gezien – nog een relatief jong vakgebied. In wat volgt ga ik na in welke mate de zgn. interim ma-

nager onder artikel 16 OESO kan vallen. Noch het OESO-Modelverdrag, noch het commentaar daarop zeggen daar iets over. Bij mijn weten zijn er ook geen gepubliceerde vonnissen of arresten over het vraagstuk in welke mate interim managers onder artikel 16 OESO vallen. Dat brengt mij dan tot de volgende vraag of het wenselijk is dat interim managers onder het personele toepassingsgebied van artikel 16 OESO zouden vallen?

2.7.1. Geschiedenis

In België heeft het interim management zich sinds de start in begin negentiger jaren geconcentreerd op veranderingsopdrachten (anticiperend management) en pas in een zeer recent stadium op crisismanagementopdrachten. In Nederland – de bakermat van het vakgebied nota bene – is dit in de jaren zeventig juist gestart toen er door velerlei omstandigheden sprake was van een economische crisis. Het zittende management leek niet in staat passende operationele antwoorden te geven, met als gevolg dat tal van ervaren senior managers zich aanboden om orde op zaken te stellen. Zij analyseerden niet alleen de bestaande situatie maar stelden ook een overlevingsplan op én voerden het noodzakelijk veranderingsproces vervolgens door terwijl ze tevens de dagelijkse operaties leidden. Deze benadering vormt ook het grote verschil met managementadviseurs, die noch verantwoordelijk zijn voor de verandering noch voor de dagelijkse leiding. Ook WICHARD stelt dat hierin de interim manager zich onderscheidt van de managementadviseur.⁴⁷² Het criterium is dus de beslissingsbevoegdheid.

2.7.2. Wat is een interim manager?

Alvorens beoordeeld kan worden of een interim manager onder artikel 16 OESO kan ressorteren, moet een duidelijke definitie kunnen gegeven worden van het begrip. Deze definitie wordt m.i. wetenschappelijk correct weergegeven door Prof. REIJNIERS: *'het op topmanagement (met statutaire verantwoordelijkheden) of het niveau er juist onder en met voldoende invloed op beleidsaanpassingen tijdelijk vervullen van een managementfunctie, met als verantwoordelijkheden het operationeel managen van de dagelijkse gang van zaken én het voorbereiden en verankerd doorvoeren van een strategisch veranderingsproces.'*⁴⁷³

REIJNIERS spreekt in dit verband van drie rollen die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd alvorens van een interim manager sprake kan zijn, te weten (1) manager: het leiden van de dagelijkse operaties (en noodzakelijkerwijs een ge-

⁴⁷² WICHARD, G.M., *'Interim Management. Profiel van een professie in wording'*, Assen, 1993.

⁴⁷³ REIJNIERS, J.A.M., *'De interim manager in de praktijk'*, Garant, 2003, p. 14.

bied dat ieder interim manager alvorens het vak te beoefenen vanuit de historische ervaring dient te bezitten; (2) adviseur: het in kaart brengen van de bestaande situatie en probleemanalyse, het ontwerpen van de oplossingsrichting en het ontwikkelen van het verander- en vernieuwingsplan; (3) verander(project)manager: het daadwerkelijk doorvoeren en in de organisatie verankeren van de strategische en operationele verandering.

2.7.3. Interim manager als director in de zin van artikel 16 OESO

Hoger werden criteria aangereikt om te kunnen beoordelen wanneer een individu als interim manager kan bestempeld worden. Dat betekent dus dat de échte interim manager zich van het reguliere management onderscheidt qua verantwoordelijkheden en het doorvoeren van structureel strategische veranderingen. De interim-manager is om die reden een toplevel manager aangezien hij het vennootschapsbelang dient en aan strategiebepaling doet. Om die reden kan m.i. gesteld worden dat dergelijke interim managers *de lege ferenda* onder artikel 16 OESO moeten vallen. Om alle twijfel weg te nemen, is het m.i. aangewezen dat dit expliciet wordt ingeschreven in het commentaar op artikel 16 OESO.

2.8. Besluit en aanbevelingen

Het begrip ‘member of the board of directors’ is niet gedefinieerd in artikel 16 OESO. Men kan omtrent de invulling van het begrip *in globo* twee interpretatietechnieken hanteren: een autonome verdragsinterpretatie of een interpretatie overeenkomstig artikel 3 §2 OESO.

Een aantal factoren maakt dat het m.i. niet aangewezen is om de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO *exclusief* te hanteren voor doeleinden van interpretatie van het begrip ‘member of the board of director’ in artikel 16 OESO. Zowel het onderscheid tussen monistische en duale bestuursstelsels, de verving tussen beide stelsels, de vertaling van belastingverdragen die maken dat begrippen conform het interne recht worden opgenomen, zijn elementen die pleiten in het voordeel van een eenduidige internationale betekenis voor de term. Deze eenduidige internationale betekenis moet extensief zijn.

Corporate governance is in voortdurende ontwikkeling. Artikel 16 OESO moet voldoende flexibel opgesteld worden zodat het rekening houdt met deze nieuwe ontwikkelingen. Een voorbeeld van deze corporate governance ontwikkelingen, is terug te vinden in de vele board comités die ontstaan. Het ontstaan van deze comités is vaak ingegeven vanuit de gedachte dat het bestuur en het toezicht op lichamen meer en meer specialistisch van aard wordt. Deze comités kunnen als

een 'similar organ' in de zin van punt 16.3. van het OESO - Commentaar worden bestempeld. De leden van dergelijke comités zullen namelijk een leidinggevende rol vervullen waarbij de krijtlijnen – weliswaar vaak binnen een specifiek beleidsdomein – strategisch worden uitgetekend. Deze comités onderscheiden zich van minder permanente comités door het dienen van het vennootschapsbelang en het overstijgen van het dagelijks bestuur. Een louter permanentie criterium integreren lijkt mij op zich niet voldoende om alle geschikte comités onder artikel 16 OESO te vatten. Gelet op deze evolutie binnen de boards, is het aangewezen dat de OESO artikel 16 zou aanpassen aan deze realiteit.

Vervolgens werd onderzocht in welke mate een lichaam als director kan fungeren voor doeleinden van artikel 16 OESO. Deze vraag dient positief beantwoord te worden. Dit alles staat met zoveel woorden te lezen in punt 16.1 van het OESO - Commentaar. Dit is een goede keuze aangezien het m.i. niet aangewezen is de lichamen - mandatarissen onder artikel 7 OESO te plaatsen. Er kan dan een vrijstelling van belasting ontstaan in de bronstaat en tevens zal het voor veel onduidelijkheid zorgen omtrent het toepasselijke verdragsartikel. Nochtans laten staten niet steeds toe dat lichamen fungeren als director. Als voorbeeld haal ik de commissaris aan in Nederland die geacht wordt steeds in persoonlijke naam te handelen. Nochtans dient besloten te worden dat het toepassingsbereik van artikel 16 OESO prevaleert op de interne vennootschapswetgevingen.

Werkende vennoten – dit zijn voor doeleinden van dit onderzoek - actieve aandeelhouders zonder formeel mandaat – worden niet afzonderlijk geregeld in de arbeidsartikelen van het OESO-Modelverdrag. Verschillende verdragsartikelen kunnen dan ook in aanmerking komen om hun arbeidsinkomsten te vatten. M.i. zijn werkende vennoten met een meerderheidsdeelneming geenszins te vatten onder artikel 16 OESO. Er dient een *de jure* of een *de facto* zeggenschap voorhanden te zijn. Deze criteria lijken mij al te moeilijk om na te gaan voor doeleinden van artikel 16 OESO. Bovendien streven aandeelhouders het individueel belang na, en dus geenszins het vennootschapsbelang. Dit vennootschapsbelang nastreven is nochtans een essentieel criterium om als director bestempeld te kunnen worden.

In tal van lichamen wordt medezeggenschap voorzien voor werknemers. Op basis van een analyse kan besloten worden dat deze personen de belangen van de werknemers dienen. Zij voldoen dus niet aan de criteria – zoals beschreven in hoofdstuk 1 van dit onderzoek – om te kunnen spreken van een director in de zin van artikel 16 OESO.

Gelet op de grote toename van de discipline van interim managers, werd deze categorie van personen eveneens behandeld in dit onderzoek. Gelet op het takenpakket zal een interim manager zich onderscheiden van het reguliere management. Interim managers houden zich bezig met strategiebepaling en dienen also het vennootschapsbelang. Om die reden zijn zij te vatten onder artikel 16 OESO.

Om al deze redenen, dient artikel 16 OESO m.i. woordelijk te worden aangepast. Een voorlopig aangepast artikel 16 OESO (aanpassing aan het toepassingsgebied *intuitu personae* met suggesties uit hoofdstuk 1 en 2 zou er thans also moeten uitzien:

Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State.

Hoofdstuk 3: De aard van het lichaam dat de vergoedingen uitkeert

1. Algemeen

Ingevolge de bewoordingen van artikel 16 OESO moeten de vergoedingen van directors bekomen worden van een ‘company’ dat inwoner is van de andere verdragsluitende staat dan waar de director zijn woonplaats heeft. Het verdragsartikel spreekt in dat verband over ‘*a company which is a resident of the other contracting state*’.

In wat volgt, wordt de draagwijdte van het begrip ‘company’ verder geanalyseerd. Vooreerst wordt het begrip *an sich* nagekeken en onderzoek ik wat de reikwijdte ervan is. Indien duidelijk geworden is wat het toepassingsgebied van het begrip is voor doeleinden van artikel 16 OESO, wordt verder ingegaan op het ‘inwonerschap’ van een lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO. Zo ga ik na wat precies moet worden begrepen onder de onderworpenheidseis van artikel 4 OESO. Artikel 4 van het OESO-Modelverdrag merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid (personele aanknopingsfactor).⁴⁷⁴ Welnu, indien een lichaam op grond van de respectievelijke interne wetgevingen inwoner blijkt te zijn van beide staten (dual resident company), wordt hij verdragsrechtelijk – althans voor doeleinden van het OESO-Modelverdrag – geacht inwoner te zijn van de staat waar de plaats van zijn werkelijke leiding is gelegen. Men dient dus te stellen dat het OESO-Modelverdrag voor doeleinden van artikel 16 OESO de invulling van het begrip ‘inwoner’ van een lichaam overlaat aan de interne wetgeving van de staten.

In globo kan gesteld worden dat voor deze invulling twee theorieën zich opwerpen: de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer. Beide leren worden geanalyseerd en hierbij zal rekening worden gehouden met o.a. de rechtspraak van het Hof van Justitie. Er wordt onderzocht welke leer voor doeleinden van artikel 16 OESO doorgang moet vinden aangezien het niet ondenkbeeldig is dat een lichaam door de onderscheiden leren inwoner blijkt te zijn van meerdere staten.⁴⁷⁵ Ook de gevolgen voor de tie breaker zullen hier zo nodig belicht worden

⁴⁷⁴ Hierbij gaat het om een onbeperkte belastingplicht, namelijk de belastbaarheid op het wereldwijd inkomen, OESO 4/3-4 en 8.

⁴⁷⁵ VAN DAELE, J., ‘Tax residence and the mobility of companies: borderline cases under private international law and tax law’, *European Taxation* 2011/5.

aangezien artikel 4 (3) OESO in de huidige stand van de regelgeving voorrang geeft aan de ‘place of effective management’.

De werkelijke zetelleer en de incorporatieleer zijn echter begrippen die ontleend zijn aan het vennootschapsrecht. Nochtans acht ik beide leren ook vanuit het belastingrecht relevant, te meer staten deze vennootschappelijke criteria soms integreren in hun nationale belastingstelsels.⁴⁷⁶ Bovendien verwijst artikel 4 OESO naar de interne wetgeving van staten ter vaststelling van het inwonersbegrip van lichamen. De internrechtelijke invulling van het inwonerschap van elke OESO-staat gaat dit onderzoek ver te buiten. Om toch een gegroepede illustratie te geven van het inwonersbegrip van lichamen binnen nationale stelsels, is een verwijzing naar het Europees recht m.i. gerechtvaardigd. Het Hof van Justitie toetst het vestigingsbegrip van lichamen namelijk aan de vrijheid van vestiging zoals vervat in artikel 49 VwEU. M.i. is het vandaag echter nog onontgonnen terrein om helder de verhouding tussen belastingverdragen en het Europees recht te benoemen. Zoals reeds gesteld zijn heel wat OESO-staten tevens EU-lidstaat. Welnu, EU-lidstaten zijn verplicht om de zgn. unietrouw te respecteren. Zij moeten m.a.w. het EU-verdrag nakomen.⁴⁷⁷ Aangezien alle lidstaten de unietrouw moeten respecteren, kunnen zij geen belastingverdragen afsluiten die in strijd zijn met het Europees gemeenschapsrecht.⁴⁷⁸ Of zoals PÖTGENS het treffend heeft verwoord: ‘De Unie-trouw waaraan lidstaten gebonden zijn, brengt mee dat zij geen belastingverdragen kunnen sluiten die in strijd zijn met het Unierecht.’⁴⁷⁹ Tevens heeft PÖTGENS erop gewezen dat het Hof van Justitie in de zgn. Open Sky-arresten gesteld heeft dat de vrijheid van vestiging eraan in de weg staat dat EU-lidstaten een verdrag sluiten indien geen rekening wordt gehouden met bepaalde EU-connecties.⁴⁸⁰ De auteur wijst er op dat deze arresten beperkt zijn tot luchtvaartverdragen, maar dat uit het GOTTARDO-arrest⁴⁸¹ afgeleid kan worden dat deze filosofie zich ook uitstrekt tot andere verdragen, *in casu* belastingverdragen. Tevens zijn heel wat OESO-staten tevens lid van de

⁴⁷⁶ Zie bijvoorbeeld België dat in ComIB92’ het volgende stelt: Onder ‘binnenlandse vennootschappen’ wordt verstaan de (in België en in het buitenland opgerichte) vennootschappen die in België hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur of beheer hebben, d.w.z. die in België hun ‘fiscale woonplaats’ hebben. Australië weerhoudt dan weer in zijn nationale wetgeving dat het de incorporatieleer huldigt (ITAA 36). Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld Canada dat dus ook voorziet in de incorporatieleer (section 250(4) of the ITA).

⁴⁷⁷ WATTEL, P.J., ‘Europees recht en direct belastingrecht’, *FED* 1991/407, p. 1302.

⁴⁷⁸ TER KUILE, B.H., ‘*Enige aspecten van Europese belastingharmonisatie*’, *bijlage bij het NOB-Preadvies* 1991, p. 218.

⁴⁷⁹ PÖTGENS, F.P.G., ‘De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2013/2, p. 86.

⁴⁸⁰ PÖTGENS, F.P.G., ‘De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2013/2, p. 87

⁴⁸¹ HvJ 15 januari 2002, zaak C-55/00, Gottardo.

Europese Unie. Indien men dus het verdragennetwerk gaat bekijken van al deze EU-staten, komt men aan een aanzienlijk groot aantal belastingverdragen.

Vervolgens is het relevant om na te gaan in welke mate artikel 16 OESO toeziet op zowel private als publieke lichamen. In dat verband wordt de verhouding van artikel 16 OESO t.o.v. artikel 19 §3 OESO verder onderzocht. Immers, dit laatste verdragsartikel voorziet dat ‘the provisions of articles 15, 16, 17 and 18 shall apply to salaries, wages, pensions, and other similar remuneration in respect of services rendered in connection with a business carried on by a contracting state or a political subdivision or a local authority thereof’. Het is niet aanstonds duidelijk wanneer artikel 16 OESO toepasselijk is dan wel artikel 19 § 3 OESO. Dit laatste verdragsartikel stelt dat artikel 19 OESO niet van toepassing is op bezoldigingen toegekend door een op winst gericht overheidsbedrijf. Het onderscheidend criterium is gelegen in een ‘businessvoorwaarde’. Wat echter bedoeld wordt met die term is onduidelijk zodat ik op zoek ga naar verhelderende criteria.

In dit hoofdstuk onderzoek ik bijgevolg twee grote vraagstukken: (1) wat is de vestigingsplaats van een lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO? (2) vallen ook publiekrechtelijke lichamen onder artikel 16 OESO en zo niet, wat is het onderscheid dan precies tussen een publiek en een privaat lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO? Bijgevolg is het hoofdstuk als volgt opgebouwd. In punt 2 ga ik dieper in op het begrip ‘company’. Punt 2.1. gaat dieper in op het inwonerschap (vestigingsplaats) van een lichaam waarbij tevens aandacht zal worden besteed aan partnerships in punt 2.2. Punt 2.3. bespreekt het verschil tussen overheidsbedrijven en private lichamen voor doeleinden van artikel 16 OESO. Ten slotte eindig ik met aanbevelingen en conclusies.

2. Het begrip ‘company’

Artikel 16 OESO spreekt over het begrip ‘company’ maar voorziet zelf niet in een definitie daarvan. Het begrip ‘company’ staat echter wel gedefinieerd in artikel 3(1) b van het OESO-Modelverdrag. Het gaat om elke rechtspersoon of elke eenheid die in de overeenkomst sluitende staat waarvan hij inwoner is voor de belastingheffing, als een rechtspersoon wordt behandeld. In de Engelse versie van het OESO-Modelverdrag wordt de term ‘company’ als volgt gedefinieerd: *any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*.⁴⁸² De OESO-Commentaren geven in bepaalde mate verdere

⁴⁸² Artikel 3 §1 b° OESO

duiding.⁴⁸³ Zo wordt gesteld dat *'the term company means in the first place any body corporate. In addition, the term covers any other taxable unit that is treated as a body corporate according to the tax laws of the contracting state in which it is organised'*. Verder specificeert het OESO-Commentaar dat de definitie van het begrip in hoofdzaak gemaakt is voor het dividendartikel maar evengoed toepasselijk is op artikel 16 OESO. Naar Belgische maatstaven is rechtspersoonlijkheid de enige maatstaf om te kunnen spreken van een afzonderlijke 'company'.⁴⁸⁴In Italië wordt het begrip 'company' ook ruim ingevuld. In Italië bestaat er een numerus clausus wat betreft de invulling van het begrip 'company'. Zo bestaat er een lijst die wordt weergegeven in artikel 73 van de Italiaanse Income Tax Code. Niet alleen commerciële lichamen met rechtspersoonlijkheid worden beoogd, ook trusts en lichamen zonder business oogmerk.⁴⁸⁵In Duitsland zie ik hetzelfde fenomeen opduiken. Duitsland hanteert namelijk ook een exclusieve lijst om belastbare lichamen te benoemen. Niet alleen commerciële lichamen worden beoogd; ook bijvoorbeeld instituten en stichtingen.⁴⁸⁶In Nederland worden lichamen afzonderlijk belast als zij erkend zijn onder de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Niet enkel commerciële lichamen worden beoogd; ook bijvoorbeeld zgn. volkshuisvestinginstituten etc.⁴⁸⁷

Sommige belastingverdragen wijken af van de OESO definitie. Zo stelt het belastingverdrag tussen Brazilië en Chili dat 'company' als volgt moet bekeken worden: 'Any collective or legal person or any entity which is considered a legal person for tax purposes'. Sommige andere belastingverdragen beperken zich ook niet tot een invulling van het begrip 'company' in de zin van het OESO-Modelverdrag, maar duiden de beoogde lichamen aan. Zo wordt onder 'companies' bijvoorbeeld ook wel eens begrepen partnerships, limited partnerships, vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen, ... Dit was met name het geval voor het belastingverdrag tussen België en Nederland 1970.

Als men de OESO definitie van het begrip 'company' analyseert, moet men m.i. wel tot de slotsom komen dat het toepassingsgebied niet beperkt is tot de eigenlijke lichamen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Er zit na-

⁴⁸³ OESO-Commentaar 3/3

⁴⁸⁴ Artikel 179 juncto 2, §1, (a) WIB92'. Voor een bespreking zie FAES, P., 'Belgium', in *IFA 2014 Onderwerp 2-Qualification of taxable entities and treaty protection* (Kwalificatie van belastbare entiteiten en verdragsbescherming-Belgisch verslag), p. 153.

⁴⁸⁵ CRAZZOLARA, A., 'Italy', in *IFA 2014-Qualification of taxable entities and treaty protection*, p. 441.

⁴⁸⁶ DORFMUELLER, P., 'Germany', *IFA 2014-Qualification of taxable entities and treaty protection*, p. 361.

⁴⁸⁷ DE GRAAF, M. en GOOIJER, J., 'The Netherlands', *IFA 2014-Qualification of taxable entities and treaty protection*, p. 559.

melijk geen winstvereiste begrepen in de definitie.⁴⁸⁸ Elk(e) rechtspersoon/lichaam die als rechtspersoon wordt belast, ressorteert bijgevolg onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO-Modelverdrag. Ook de V.Z.W.'s (verenigingen zonder winstoogmerk) en de publieke rechtspersonen kwalificeren hier dus onder. Daar is een historische reden voor terug te vinden. De League of Nations bevatte geen 'definitie-artikel' zoals de OESO modelverdragen die wel kennen. De Anglo-Amerikaanse staten kenden wel een praktijk om een definitie-catalogoog te integreren in hun belastingverdragen. Het eerste belastingverdrag dat een dergelijke catalogoog kende, was het belastingverdrag tussen de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk van 16 april 1945. Daarna volgde het Verenigd Koninkrijk hetzelfde patroon in bijna al zijn belastingverdragen. Andere staten volgden stilaan en in 1948 begon de Verenigde Staten het patroon ook te volgen. De stelling van VOGEL⁴⁸⁹ dat de definitie-catalogoog van artikel 3 OESO oorspronkelijk werd opgemaakt door Britse fiscalisten om nadien door de OESO overgenomen te worden, is dus heel aannemelijk. In dat verband wijs ik op de ruime invulling van het begrip 'company' voor Britse doeleinden die bijvoorbeeld ook steeds trusts hebben ingesloten in belastingverdragen.

Bovendien vind ik reeds vanaf het OESO-Commentaar 1977 het volgende terug in het kader van de invulling van het begrip 'person': *'From the meaning assigned to the term 'company' by the definition contained in sub-paragraph b) it follows that, in addition, the term 'person' includes any entity which, although itself not a body of persons, is treated as a body corporate for tax purposes'*.⁴⁹⁰ Vervolgens zegt het OESO-Commentaar: *'Thus, e.g. a foundation ('fondation', 'Stiftung') may fall within the meaning of the term 'person'*. Het is dus heel aannemelijk om te stellen dat bijvoorbeeld in Duitsland Vereine (clubs) ingesloten kunnen zijn, evenals Anstalten (instituten), Stiftungen (Stichting), etc.

Ten slotte wijs ik erop dat de OESO een aparte definitie heeft weerhouden voor het begrip 'enterprise'. Dat wijst er m.i. ook op dat het begrip 'company' ruim ingevuld dient te worden. Anders had men beide begrippen tot één versmolten. Dat beide begrippen een ander toepassingsgebied hebben, blijkt al uit de Mexicomodelovereenkomst dat verwijst naar 'income from any industrial, commercial or agricultural business'.⁴⁹¹ Hieruit is vervolgens dan in artikel 3(1)(c) OESO

⁴⁸⁸ In dezelfde zin: DE BROE, L. en NEYT, R., 'General definitions', *The new US-Belgium Double Tax Treaty*, Larcier, 2009, p. 42.

⁴⁸⁹ VOGEL, K., 'Double tax treaties and their interpretation', 4 *INT'L TAX & BUS. LAW.* 1 (1986).

⁴⁹⁰ OESO - Commentaar 3/2

⁴⁹¹ Article IV(1)

gesteld dat het begrip ‘enterprise’ gelinkt wordt aan het uitoefenen van een business. Een voorwaarde die ik niet lees bij de invulling van het begrip ‘company’.

2.1. Inwonerschap

2.1.1. Algemeen

Het inwonerschap van een lichaam – voor doeleinden van artikel 16 OESO – is belangrijk. Immers, men mag niet uit het oog verliezen dat het lichaam inwoner moet zijn van een andere staat dan de director. Zo niet, dan ontbreekt het grensoverschrijdende (bilaterale) gehalte zodat de toepassing van artikel 16 het OESO niet aan de orde is.⁴⁹²

Artikel 4 OESO merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonstaat, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid. Voor het begrip ‘inwoner’ verwijst het OESO-Modelverdrag aldus naar het nationale recht van de staten. Indien er een woonplaatsconflict is, voorziet het OESO-Modelverdrag in criteria om dit op te lossen.⁴⁹³ Indien op basis van de *tie - breaker* geen oplossing wordt gevonden, dan moeten de staten onderling tot een overeenstemming komen. Er kan worden vastgesteld dat Nederland trouwens steeds meer en meer een overlegbepaling integreert in belastingverdragen i.p.v. de traditionele *tie-breaker*.⁴⁹⁴ Een recenter voorbeeld is het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk dat op 25 december 2010 in werking is getreden. Onder het verdrag wordt voor een dual resident het inwonerschap niet per definitie toegewezen aan de staat waar de plaats van de werkelijke leiding is gelegen, maar dienen de bevoegde autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk en Nederland in onderling overleg vast te stellen van welke staat die persoon geacht wordt inwoner te zijn voor de toepassing van het verdrag. Bij het ontbreken van onderlinge overeenstemming tussen de bevoegde autoriteiten, wordt de persoon geacht van geen van de verdragsluitende staten inwoner te zijn ten behoeve van

⁴⁹² Voor een voorbeeld zie Antwerpen 21 juni 2011, *T.F.R.* 411, p. 925.

⁴⁹³ VAN RAAD, K., ‘Belastingverdragen: effect en uitlegging in het bijzonder wat betreft personen met dubbele vestigingsplaats’, *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, Kalmthout, Biblio, 1989, 43.

⁴⁹⁴ In dat verband wijs ik bijvoorbeeld op het belastingverdrag tussen Nederland en Canada. Deze laatste staat wilde in het belastingverdrag geïntegreerd zien dat ingeval van dubbele woonplaats van lichamen, het incorporatiecriterium doorgang zou vinden. Bij wijze van compromis werd dan besloten om ingeval van dubbele woonplaats van een lichaam met elkaar in overleg te gaan (Zie Kamerstukken II 1985/86, 19 614, nr. 1, p. 4 en 5).

het aanspraak maken op de voordelen van het nieuwe verdrag.⁴⁹⁵ Ten slotte wijs ik er nog op dat BEPS-actiepunt 6 voorziet in het opnemen van een corporate tie breaker bepaling die gebaseerd is op de onderling overlegprocedure (in plaats van op de ‘place of effective management’) als enige criterium.⁴⁹⁶

Uit wat verder blijkt, zijn er twee dominante strekkingen om het inwonerschap (vestigingsplaats) van een lichaam te achterhalen, namelijk de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. De werkelijke zetelleer is thans de dominante strekking binnen het OESO-Modelverdrag.⁴⁹⁷ Echter, deze leer kan volgens bepaalde auteurs de deur wagenwijd open zetten voor *treaty shopping*.⁴⁹⁸ Ook rijst de vraag of de werkelijke zetelleer als dominante strekking binnen artikel 4 (3) OESO nog aansluit bij bijvoorbeeld de plaats van hoofdzakelijke bedrijvigheid in de context van een uitzaaiing van filialen en exploitatie-eenheden. Uit wat volgt, zal daarom onderzocht worden welke leer *de lege ferenda* de dominante strekking dient te zijn binnen artikel 16 OESO en of het dan aangewezen is om anti-misbruikbepalingen te introduceren in het verdragsartikel. In bevestigend geval zullen de gevolgen voor de tie breaker moeten onderzocht worden. Vooreerst wordt echter een onderzoek gestart naar een andere passage uit artikel 4 OESO: de onderworpenheideis.

2.1.2. Onderworpen (‘liable to tax’)

Artikel 4 OESO merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid (personele aanknopingsfactor).⁴⁹⁹ Een lichaam is voor de verdragstoepassing dus te bestempen als ‘inwoner’ indien het lichaam ‘onderworpen’ is.

Het OESO-Commentaar is echter niet helder in hetgeen moet begrepen worden onder ‘*liable to tax*’. Er kunnen daaromtrent twee visies worden weerhouden. Vooreerst stelt een meerderheid van de OESO-lidstaten dat er geen materiële

⁴⁹⁵ BENDER, T. en KAMMAN, S., ‘Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008’, *W.F.R.* 2011/344.

⁴⁹⁶ OESO, 14 maart 2014, BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances en OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Dit finaal Rapport werd gepubliceerd op 5 oktober 2015.

⁴⁹⁷ Artikel 4(3) OESO

⁴⁹⁸ CABRAL, P. en CUNHA, P., ‘Presumed innocent: companies and the exercise of the right of establishment under community law’, *E.L. Rev.* 2000, 164.

⁴⁹⁹ Hierbij gaat het om een onbeperkte belastingplicht, namelijk de belastbaarheid op het wereldwijd inkomen, OESO 4/3-4 en 8.

maar wel een formele theoretische onderworpenheid vereist is.⁵⁰⁰ Een minderheid van de OESO-lidstaten vereist daarentegen wel degelijk een materiële onderworpenheid.⁵⁰¹ In Zwitserland weerhoudt de meerderheid van de belastingverdragen twee criteria om de ‘full tax liability’ vast te stellen, te weten het registratieadres en de plaats van werkelijke leiding. Voor Franse doeleinden is het aanvaard dat een lichaam liable to tax is (‘assujettie à l’impôt’), zelfs al is er geen effectieve liable to tax (‘soumise à l’impôt’).⁵⁰² Dit laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn ingevolge een verliessituatie. Echter, lichamen die vrijgesteld zijn van vennootschapsbelasting, zijn in beginsel niet gerechtigd om belastingverdragen in te roepen.⁵⁰³ Dit is bijvoorbeeld anders in België waar sommige lichamen omzeggens vrijgesteld zijn van Belgische taxatie. Ik denk hierbij in eerste instantie aan BEVEK’s en BEVAK’s. Deze lichamen zijn in België verdragsgerechtigd. Hetzelfde geldt voor lichamen die onderworpen zijn aan de rechtspersonenbelasting en bijgevolg slechts belastbaar zijn op bepaalde onderdelen van hun inkomsten.⁵⁰⁴ Deze lichamen worden opgesomd in artikel 220 WIB92: het betreft met name (a) de Staat en de staatkundige onderdelen, de OCMW’s en de openbare kerkelijke instellingen, (b) de niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen rechtspersonen opgesomd in artikel 180 WIB92 (o.a. de intercommunales⁵⁰⁵, de Vlaamse vervoermaatschappij, e.d.) en (c) verenigingen zonder winstoogmerk en andere rechtspersonen die geen winstoogmerk nastreven zoals beroepsverenigingen, onderwijsinstellingen, verenigingen die bedrijvig zijn op gebied van wetenschappelijk onderzoek, cultuur, natuurbehoud, e.d. Anders was het gesteld voor de zgn. Belgische coördinatiecentra.

Zoals PÖTGENS opmerkt, heeft de Nederlandse Hoge Raad zich achter de minderheidsvisie geschaard en impliceert ‘liable to tax’ een materiële onderworpenheid over de wereldwinst of het wereldinkomen.⁵⁰⁶ Dit impliceert echter geen feitelijke onderworpenheid.⁵⁰⁷ De visie van de Nederlandse Hoge Raad

⁵⁰⁰ OESO-Commentaar 4/8.6

⁵⁰¹ OESO-Commentaar 4/8.7

⁵⁰² DE BOYNES, N., ‘Chapter 15: France’, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 453.

⁵⁰³ Doc. Adm, 4 H 1422, No. 5

⁵⁰⁴ K. MORBEE, ‘Double non-taxation. National report: Belgium’ in *IFA (ed.), Double non-Taxation, Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 89a, Amersfoort, Sdu Fiscale & financiële uitgevers, 2004, (201) 213.

⁵⁰⁵ Noteer dat intercommunales sedert de Wet van 19 december 2014 in beginsel wel aan vennootschapsbelasting onderworpen zijn.

⁵⁰⁶ PÖTGENS, F.P.G., ‘Verdragstoegang en inwonerschap in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011’, *W.F.R.* 6903, 533.

⁵⁰⁷ HR 16 januari 2009, *B.N.B.* 2009/93. Dit arrest handelde over een in Nederland wonende bestuurder van een naar Nederlands recht opgerichte vereniging die geen ondernemingsactiviteiten

werd in hoofdzaak uiteengezet in drie verwante zaken.⁵⁰⁸ DE GRAAF en PÖTGENS stellen dat de overwegingen van de Hoge Raad zo algemeen geformuleerd zijn dat ze ook voor alle andere door Nederland gesloten belastingverdragen gelden.⁵⁰⁹

M.i. zijn er – niettegenstaande de visie van de Hoge Raad – ernstige motieven om te bepleiten dat de meerderheidsvisie van de OESO-lidstaten doorgang moet vinden. Namelijk, het criterium om tot de onbeperkte belastingplicht te besluiten, is de aanwezigheid van persoonlijke betrekkingen tussen de belastingplichtige en de betreffende staat. Immers, artikel 4, lid 1, OESO verwijst naar aanknopingspunten die een persoon met een bepaalde staat kan hebben die typisch een belasting op het wereldwijde inkomen in die staat met zich brengen. Echter, deze bepaling vereist niet dat de persoon in wiens hoofde dergelijk aanknopingspunt aanwezig is in die staat daadwerkelijk op zijn wereldinkomen belast wordt. VOGEL verwoordt het nog anders.⁵¹⁰ Deze auteur verduidelijkt namelijk dat men bij het interpreteren van artikel 4, lid 1, OESO, rekening moet houden met de functie van deze bepaling: inwonerschap is immers een noodzakelijke voorwaarde om de regels inzake heffingsbevoegdheid uit het OESO-Modelverdrag te kunnen toepassen. De toepassing van de regels inzake heffingsbevoegdheid is niet afhankelijk van het feit dat de persoon effectief onderworpen wordt aan belasting. De enige vereiste is dat de persoon in kwestie een persoonlijke verbondenheid heeft met ten minste een van de contracterende staten die zou kunnen resulteren in onbeperkte belastingplicht.

Eén en ander betekent m.i. dat het begrip ‘liable to tax’ moet gezien worden als een objectieve onderworpenheid waarbij een subjectieve vrijstelling niet aan verdragsinwonerschap in de weg staat. Hiervan kan m.i. gesproken worden indien het buitenlandse inkomstenbestanddeel van een belastingplichtige in beginsel in de andere staat in de belastingheffing wordt betrokken. Het is dan ook niet relevant of feitelijk al dan niet een belasting werd geheven. Dezelfde visie wordt gevolgd door DE GRAAF en PÖTGENS die stelden: ‘*De achterliggen-*

uitoefende. Een deel van de beloning die hij voor zijn activiteiten ontving, had betrekking op in de Verenigde Staten gewerkte dagen. De Hoge Raad besliste dat het bestuurdersartikel niet kon worden toegepast, omdat de vereniging geen inwoner in verdragszin was aangezien het verdrag in artikel 4 een aantal naar Nederlands nationaal recht vrijgestelde lichamen uitdrukkelijk als verdragsinwoner aanwijst. Een vereniging die geen ondernemingsactiviteiten uitoefent, wordt niet genoemd in deze opsomming en is daarom geen verdragsinwoner.

⁵⁰⁸ HR 4 december 2009, nr. 07/10382, 07/1010383 en 07/10384

⁵⁰⁹ DE GRAAF, A.C.G.A.C en PÖTGENS, F.P.G., ‘Verontrustende Hoge Raad uitleg verdragsbegrip inwoner’, *W.F.R.* 2010/66.

⁵¹⁰ VOGEL, K., ‘*On double taxation conventions*’, 1997, 4/24a.

de gedachte van het verdragsbegrip ‘inwoner’ is in onze optiek veeleer dat de persoon een zodanige nexus heeft met een verdragspartij dat hij aldaar volledig onder diens belastingjurisdictie valt. De persoon moet derhalve dusdanige aanknopingspunten met een verdragsluitende staat hebben dat hij op basis van woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid normaal gesproken onderworpen is aan belastingheffing over zijn wereldinkomen (‘full liability to tax’). Of de staat vervolgens daadwerkelijk van deze persoon belasting heft, is in onze optiek niet relevant.⁵¹¹ Deze visie is trouwens m.i. ook de meerderheidsstrekking in België waar het algemeen aanvaard wordt dat de uitdrukking ‘onderworpen aan belasting’ geen effectieve belastingheffing op het wereldwijde inkomen van de belastingplichtige vereist.⁵¹² Hetzelfde geldt bijvoorbeeld in Duitsland.⁵¹³

2.1.3. Incorporatieleer versus werkelijke zetelleer

2.1.3.1. Algemeen

Artikel 4 van het OESO-Modelverdrag merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid (personele aanknopingsfactor).⁵¹⁴ Welnu, indien een lichaam op grond van de respectievelijke interne wetgevingen inwoner blijkt te zijn van beide staten (dual resident company), wordt het verdragsrechtelijk – althans voor doeleinden van het OESO-Modelverdrag – geacht inwoner te zijn van de staat waar de plaats van zijn werkelijke leiding is gelegen.⁵¹⁵ Men dient dus te stellen dat het OESO-Modelverdrag voor doeleinden van artikel 16 OESO de invulling van het begrip ‘inwoner’ van een lichaam overlaat aan de interne wetgeving van de staten. Dat houdt op zich risico’s in aangezien het niet uitgesloten is dat staten een andere visie hebben op de invulling van het inwonerschap van een lichaam.

⁵¹¹ DE GRAAF, A.C.G.A.C en PÖTGENS, F.P.G., ‘Verontrustende Hoge Raad uitleg verdragsbegrip inwoner’, *W.F.R.* 2010/66.

⁵¹² N. BAMMENS, ‘Residence of companies under tax treaties. National report: Belgium’ in G. MAISTO (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, (375) 393.

⁵¹³ ENGLISCH, J., ‘National Report: Germany’, in MAISTO (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, 497.

⁵¹⁴ Hierbij gaat het om een onbeperkte belastingplicht, namelijk de belastbaarheid op het wereldwijd inkomen, *OESO* 4/3-4 en 8.

⁵¹⁵ Artikel 4 §3 OESO

In globo kan gesteld worden dat voor deze invulling twee theorieën zich opwerpen: de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer.⁵¹⁶ Hierbij dient nochtans opgemerkt te worden dat sommige rechtstelsel combinaties kennen van de twee grote theorieën. Hierbij kan gedacht worden aan de Duitse *Differenzierungslehre* waarbij voor interne doeleinden de incorporatieleer wordt gehuldigd maar voor externe redenen, de werkelijke zetelleer.⁵¹⁷ In essentie zal het fiscale rijksinwonerschap van lichamen vaak aan een van deze twee principes gelinkt worden. In België wordt een lichaam voor fiscale doeleinden bijvoorbeeld geacht Belgisch inwoner te zijn wanneer het zijn maatschappelijke zetel, zijn voornaamste inrichting of zijn zetel van bestuur of beheer in België heeft.⁵¹⁸ Het gaat dan om een toepassing van de vennootschapsrechtelijke werkelijke zetelleer. Idem dito wat Nederland betreft. Heeft de oprichting van een lichaam plaatsgevonden naar Nederlands recht, dan wordt het geacht in Nederland gevestigd te zijn voor fiscale doeleinden.⁵¹⁹ Het gaat hier dan om een toepassing van de vennootschapsrechtelijke incorporatieleer.

Het is dus relevant om deze twee theorieën verder te bestuderen. Ik acht het opportuun om summier deze twee dominante strekkingen te onderzoeken alsook hun invulling door de rechtspraak van het Hof van Justitie. Men zou kunnen opmerken dat het EU-recht niets van doen heeft met de invulling van verdragsartikelen uit belastingverdragen. Deze stelling is echter al te simplistisch. Wat betreft lichamen zullen het vennootschapsrecht en het belastingrecht namelijk vaak dezelfde criteria hanteren ter invulling van hun inwonerschap.⁵²⁰ Deze criteria duiden namelijk ook de nationaliteit van lichamen aan wat functioneert als aanknopingspunt voor het vrije vestigingsrecht. In *common law* landen zal de incorporatiestaat ten andere steeds als de domiciliestaat van het lichaam beschouwd worden.⁵²¹ Anderzijds zijn de EU lidstaten – zoals reeds gezegd – verplicht om de unietrouw te respecteren. Zij moeten m.a.w. de nakoming van het EU-recht verzekeren, ook wanneer zij aldus belastingverdragen sluiten. Zij kunnen geen belastingverdragen sluiten die in strijd zijn met deze

⁵¹⁶ AVERY JONES, J.F., 'Corporate residence in common law: the origins and current issues', in MAISO, G. (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC law*, 2009, 121.

⁵¹⁷ EIDENMÜLLER, H., 'Ausländische Kapitalgesellschaften im Deutschen Recht', München: Verlag C.H. Beck München 2004, p. 6; FROMMEL, S.N., 'The real seat doctrine and dual resident companies under German law', *European Taxation* 1990/10, p. 267-274.

⁵¹⁸ Artikel 2 §1, 5° WIB92'

⁵¹⁹ Artikel 2 lid 4 Wet Vennootschapsbelasting 1969

⁵²⁰ PISTONE, P., 'EC Law and Tax Residence of Companies', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 183.

⁵²¹ AVERY JONES, J. e.a., 'The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by states', *Bulletin for International Taxation* 2006, p. 230.

unietrouw.⁵²² Zo heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld geoordeeld dat het EU-verdrag voorrang heeft op internationale overeenkomsten die tussen lidstaten zijn gesloten.⁵²³ Sommige auteurs leiden hier m.i. terecht uit af dat bepalingen uit bilaterale belastingverdragen die strijdig zijn met het EU-recht, niet verbindend zijn en dat het bilaterale belastingverdrag in dat geval buiten toepassing moet blijven.⁵²⁴ Voorts heeft een aantal auteurs⁵²⁵ reeds gesteld dat binnen de Europese Unie twee systemen bestaan ter invulling van het inwonerschap van lichamen, te weten de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Wetende dat heel wat OESO staten lid zijn van de Europese Unie en deze staten vaak bilaterale belastingverdragen sluiten, komt men tot de slotsom dat het EU-recht hierdoor op vele belastingverdragen van toepassing is.

(a) Werkelijke zetelleer

Omtrent het fiscale interne inwonerschap van een lichaam, werpen zich – zoals hierboven reeds gesteld - vanuit het vennootschapsrecht twee theorieën op. Volgens de zgn. ‘werkelijke zetelleer’ (*siège réel* of *siège effectif*) worden lichamen als inwoner van een staat gekwalificeerd (binnenlandse lichamen) indien de maatschappelijke zetel, de voornaamste inrichting of de zetel van bestuur of beheer van het lichaam in die staat is gevestigd.⁵²⁶ De *werkelijke zetelleer* wordt o.a. gevolgd door Duitsland (Sitztheorie)⁵²⁷, Frankrijk (*siège réel*)⁵²⁸, Grieken-

⁵²² HEITHUIS, E.J.W., ‘Europees belastingrecht in relatie tot de bilaterale belastingverdragen vanuit Nederlands perspectief’, *W.F.R.* 1993/1649; HINNEKENS, L., ‘Compatibility of bilateral tax treaties with European Community Law. The rules’, *EC Tax Review* 1994/4, p. 148.

⁵²³ HvJ 27 september 1988, C-235/87, Annunziata Matteuci; HvJ 22 september 1988, C-286/86, Deserbais

⁵²⁴ PÖTGENS, F.P.G., ‘De kernwaarden van het fiscaal verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2013/2, p. 86 e.v.; TER KUILE, B.H., ‘Enige aspecten van Europese belastingherziening in Europese vennootschapsbelasting’, NOB Preadvies nr. 9, IBFD, 1991, p. 218.

⁵²⁵ AVERY JONES, J.F., ‘Corporate Residence in Common Law: the origins and current issues’, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, DE BROE, L. en MAISTO, G. (eds.), 2009, p. 121-182; RIBES, A.R., ‘Tax residence and the mobility of companies in the European Union: The desirable harmonization of the tax connecting factors’, *Intertax* 2012, p. 607.

⁵²⁶ Dit geldt voor zowel privaatrechtelijke als voor publiekrechtelijke rechtspersonen, als voor vennootschappen en VZW’s, stichtingen en andere rechtspersonen.

⁵²⁷ De *Sitztheorie* gaat dus voor op de *Gründungstheorie*. Dit is niet opgenomen in de Duitse wetgeving maar is algemeen aangenomen door de Duitse rechtspraak. Zie bijvoorbeeld Bundesgerichtshof 30 januari 1970, *BGHZ* 53, p. 181. Zie ook: WYMEERSCH, E., ‘The transfer of the company’s seat in European company law’, *Common Market Law Review* 2003, nr. 40, p. 661; SIEMS, M., ‘Convergence, competition, *Centros* and conflicts of law: European company law in the 21 st. century’, *European Law Review*, Sweet & Maxwell, Volume 27, 2002, p. 48. Voor een overzicht, zie WILKE, K.M., ‘Neue Rechtsprechung des Bundes gerichtshofes zur Sitztheorie’, *Internationale Wirtschafts Briefe* 2009/2, p. 63-66.

⁵²⁸ In Frankrijk is de werkelijke zetelleer neergeschreven in wetboeken. Zo kan verwezen worden naar artikel 3 van de Wet van 24 juli 1966 en naar artikel 1837 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 1837 van het Franse Burgerlijk Wetboek bevat het volgende: ‘*Toute société dont le siège est situé sur le*

land, Luxemburg, België⁵²⁹, Oostenrijk⁵³⁰ en Spanje. Duitsland heeft lange tijd nogal een radicale toepassing gemaakt van de werkelijke zetelleer.⁵³¹

Volgens de gebruikelijke interpretatie bevindt de werkelijke zetel van een lichaam zich daar waar het effectief wordt geleid.⁵³² Hiervoor kan men dan allerlei factoren laten meespelen, zoals bijvoorbeeld het bijeenkomen van de organen van het lichaam of het bijhouden van de boeken en de archieven⁵³³. Er zijn dus niet bepaald algemeen aanvaarde criteria om de werkelijke zetel van een lichaam vast te stellen. Dat is een vaak gehoorde kritiek.⁵³⁴

De werkelijke zetelleer is in enige mate vergelijkbaar met de Place of Effective Management-leer (POEM) binnen de *tiebreaker* van artikel 4 (3) OESO dat volgens de OESO autonoom moet worden geïnterpreteerd. Het OESO-Commentaar omschrijft namelijk dit begrip als *'the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made'*.⁵³⁵ Hoewel een autonome interpretatie noodzake-

territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu'.

⁵²⁹ TUBEUF, C., 'Article 110-droit applicable à la personne morale', in *het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 547; WAUTELET, P., 'Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé', *RPS* 2006, 43; JAFFERALI, R., 'L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la lex societatis', *TBH* 2004, 764. Voor een toepassing, zie Rb. Bergen, 6 mei 2003. Voor een bespreking: MATTELIN, C., 'Bestuursbezoldigingen: waar belastbaar?', *Fiscoloog* 236, p. 1.

⁵³⁰ Artikel 10 van de Act on International Private Law

⁵³¹ Zie MARESCEAU, K., 'De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio en Vale*', Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2012, p. 7. Zo oordeelde de Duitse rechtspraak zonder meer dat de verplaatsing van de werkelijke zetel door naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen naar het binnenland ertoe leidt dat het Duitse vennootschapsrecht toepassing vindt. Het gevolg hiervan was dat de vennootschap opnieuw moest worden heropgericht conform de Duitse regels, wou aan haar procesbekwaamheid toekomen en wilden haar vennoten de beperkte aansprakelijkheid genieten (zie bv. BGH 21 maart 1986. *BGHZ* 97, 269). Naar aanleiding van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de vrijheid van vestiging werd in een eerste fase beslist om immigrerende vennootschappen als een 'maatschap' met procesbekwaamheid te beschouwen (zie BGH 1 juli 2002, *ZIP* 2002, 1763). Thans past Duitsland niet langer de werkelijke zetelleer toe ten aanzien van vennootschappen die in de EU zijn opgericht (zie bv.: BGH 3 maart 2003, *BGHZ* 154, 185; BGH 14 maart 2005, *RIW* 2005, 542; BGH 7 mei 2007, *ZIP* 2007, 1306), maar wel nog ten aanzien van andere vennootschappen (zie bv.: BGH 27 Oktober 2008, *ZR* 158/06, de zgn. 'Trabrennbahn'-zaak waarin werd beslist dat een Zwitserse NV met werkelijke zetel in Duitsland voor de Duitse gerechten kon optreden, maar slechts als *'offene Handelsgesellschaft'* zonder rechtspersoonlijkheid, welke vennoten persoonlijk aansprakelijk zijn).

⁵³² VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., 'Internationaal Privaatrecht', Brussel, Story-Scientia, 1986, 338.

⁵³³ LENAERTS, K., 'Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland', *T.R.V.* 1988, 114.

⁵³⁴ RIBES RIBES, A., 'Tax residence and the mobility of companies in the European Union: the desirable harmonization of the taks connecting factors', *Intertax* 2012, 607.

⁵³⁵ OESO-Commentaar 4/24.

lijk is, hebben vele staten de neiging dit begrip in te vullen volgens de intern-rechtelijke criteria.⁵³⁶ In België, bijvoorbeeld, bestaat daar tal van rechtspraak over.⁵³⁷ Vaak wordt er *in concreto* rekening mee gehouden waar het beslissingscentrum is gelegen. Ook in Zwitserland hebben sommige auteurs bepleit dat het begrip moet worden ingevuld overeenkomstig het nationale recht. Zo werd verdedigd dat de plaats waar het hoger uitvoerende management, of zelfs het lager management, zijn werkzaamheden uitoefent, bepalend is.⁵³⁸

Deze werkelijke zetel zal uiteraard niet altijd samenvallen met de statutaire zetel of de exploitatiezetel. Het gaat echter om een feitenkwestie. MEEUSEN stelt dat de werkelijke zetelleer de uitdrukking is van een beleidsoptie ten gunste van controle door en bescherming van de rechtsorde die bij veronderstelling het sterkst wordt geraakt door het optreden van de vennootschap. Haar belangen en die van haar actoren worden per hypothese gevrijwaard door middel van de verzekerde toepassing van de eigen wetgeving op vennootschappen waarvan de activiteiten nauw met haar zijn verbonden. Op die manier zouden schijn – en brievenbusvennootschappen worden bestreden.⁵³⁹

Nochtans moet vastgesteld worden dat de werkelijke zetelleer op heel wat kritiek is gebotst. Zo is reeds – zoals ook verder zal onderzocht worden – de vraag gerezen of de werkelijke zetelleer wel aansluit bij de eisen van het hedendaagse economische verkeer. MEEUSEN poneert dat het allerminst zeker is dat de staat waar zich het bestuurscentrum van een lichaam bevindt, het meest wordt geraakt door het bestaan en het optreden van dit lichaam. MEEUSEN stelt dan ook dat bijvoorbeeld de effectieve sociaal-economische inschakeling van het lichaam d.m.v. financiële investeringen, tewerkstelling en bedrijfsactiviteiten ter zake doorgaans een meer relevant criterium is. De toename van internationaal optreden in combinatie met het gebruik van moderne communicatiemiddelen (vi-

⁵³⁶ SASSEVILLE, J., 'The meaning of place of effective management', in MAISTO, G. (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, 294; BROSENS, L., 'Het woonadres van de zaakvoerder als criterium om het inwonerschap van de éénpersoons-BVBA vast te stellen', *T.F.R.* 2013, 281.

⁵³⁷ Voor een verwijzing, zie MEEUSEN, J., 'De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen', *T.R.V.* 2003, 97. De werkelijke zetelleer wordt in België bevestigd door artikel 56 W. Ven. dat stelt dat een vennootschap waarvan de werkelijke zetel zich in België bevindt aan de Belgische wet is onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden.

⁵³⁸ MARAIA, J.F., 'Country report Switzerland', in G. MAISTO (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, 295; BROSENS, L., 'De plaats van werkelijke leiding van financieringsvennootschappen naar Zwitsers fiscaal recht', *T.F.R.* 2015, p. 173.

⁵³⁹ MEEUSEN, J., 'De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen', *T.R.V.* 2003, p. 98.

deconferentie, netmeeting, chatten, ...) zal de lokalisering van de werkelijke zetel m.i. trouwens steeds moeilijker maken.⁵⁴⁰ Ook BROSENS heeft hier op gewezen.⁵⁴¹ Zij heeft gesteld dat de plaats van werkelijke leiding in bepaalde omstandigheden moeilijk toepasbaar is omdat het criterium voornamelijk gestoeld is op de economie van het begin van de 20 ste eeuw waar directors fysiek duurzaam aanwezig waren in de staat waar ze tevens vergaderden, waar de vennootschap was opgericht en operationeel actief was. De hedendaagse praktijk toont evenwel aan dat dergelijk uitgangspunt niet steeds kan worden getransponeerd naar onze moderne samenleving. Zo zetten bijvoorbeeld de IT-ontwikkelingen de werking van de tie breaker voor lichamen onder druk. Door de mobiliteit van natuurlijke personen enerzijds en de beschikbaarheid van telecommunicatiemiddelen zoals video-conferencing anderzijds, worden beslissingen dikwijls niet meer genomen op één plaats. Tevens vormt de opstoot van de elektronische handel, waar een centraal management veelal ontbreekt, een grote uitdaging om dit traditionele concept in te vullen.⁵⁴² Hierdoor wordt in de schoot van de OESO erkend dat de plaats van werkelijke leiding als tie breaker moeilijkheden kan stellen voor rechtspersonen.⁵⁴³ Hier vindt men dus een eerste aanwijzing in dat – gelet op de *historische ratio legis* van artikel 16 OESO – de werkelijke zetelleer geen afdoende criterium is voor doeleinden van het inwonerschap (artikel 4 OESO) van het lichaam in artikel 16 OESO niettegenstaande de OESO tot op vandaag the place of effective management nog steeds als dominante strekking naar voren schuift. Dat blijkt uit artikel 4 (3) OESO.

Bovendien worden niet steeds dezelfde criteria gehanteerd om te bepalen waar de werkelijke zetel van een lichaam ligt. In een aantal rechtstelsels is de plaats van waaruit het lichaam geleid wordt, doorslaggevend. Toch is het denkbaar dat men de plaats van waaruit het lichaam geleid wordt, niet eerder ‘formeel’ benadert, nl. aan de hand van de plaats waar het bestuur doorgaans vergadert of het topmanagement professioneel verblijft, maar wel ‘functioneel’. Doorslaggevend

⁵⁴⁰ HINNEKENS, L., ‘De niet erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van het Belgisch belastingrecht’, *T.R.V.* 1993, 438.

⁵⁴¹ BROSENS, L., ‘De plaats van werkelijke leiding van financieringsvennootschappen naar Zwitsers fiscaal recht’, *T.F.R.* 2015, p. 172.

⁵⁴² HINNEKENS, L., ‘Revised OECD-TAG definition of place of effective management in the treaty tie-breaker rule’, *Intertax* 2003, 315.

⁵⁴³ OECD, The impact of the communications revolution on the application of place of effective management as a tie breaker rule. A discussion paper from the technical advisory group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits, 2001.

is dan de plaats van waaruit werkelijk de leidinggevende beslissingen genomen worden.⁵⁴⁴

De bovengenoemde stelling wordt nog eens versterkt door het argument dat het nog steeds onduidelijk is welke personen precies worden beoogd door 'the place of effective management'. Veelal in grotere lichamen worden managementfuncties verdeeld over een heel aantal personen. In dat opzicht is opgeworpen het management op te delen in drie categorieën: strategic management, day-to-day management en shop floor management.⁵⁴⁵ *Strategic management* verwijst naar beleidsbeslissingen over fundamentele bedrijfspolitieke issues die de lange termijn richting van de ganse onderneming aangaan. Wat hieronder begrepen dient te worden, hangt vaak af van de aard van het lichaam. Zo zal, bijvoorbeeld, het strategische management van een holding of een financieringsvennootschap voornamelijk bestaan uit een evaluatie van investeringen. Day-to-day management wordt als volgt omschreven: 'It includes the implementation of the key management decisions and lower level of decision making driven by the daily progress of the company's business'. *Shop floor management* is dan weer het volgende: 'It refers to immediate supervision of the day-to-day operations'. Welk management beoogd wordt door 'the place of effective management' is dus niet duidelijk en vaak onderhevig aan de aard van het lichaam, c.q. de maatschappelijke activiteit. Sommige auteurs hebben weliswaar gepoogd de verschillende types management toe te wijzen aan types van lichamen teneinde *the place of effective management* vast te stellen. Zo heeft DE BROE het volgende gesteld: '*In determining the place of effective management priority should be given to the strategic management, although in smaller companies the number of strategic management decision may not be very important and one may as a practical matter better focus on the place where day-to-day management is performed.*'⁵⁴⁶ Echter, uit de praktijk van diverse staten blijkt dat de onenigheid daarover groot blijft. In Nederland hecht men eerder belang aan het strategische management dat zich uitstrekt over het ganse lichaam. Toch houdt de Nederlandse rechtspraak soms ook rekening met de door het lichaam feitelijk uitgeoefende activiteiten.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Voor een goed overzicht hiervan, zie: DE WULF, H. & VAN DEN STEEN, L., 'Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS', WP-2009-06.

⁵⁴⁵ De termen zijn ontleend aan The Report of the Working Party on Company Residence, Tax Havens and Upstream Loan, IFS Report Series, N°3, The Institute for Fiscal Studies, London, 1982.

⁵⁴⁶ DE BROE, L., 'Corporate tax residence in civil law jurisdictions', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 103.

⁵⁴⁷ In de uitspraak die aanleiding gaf tot HR 14 oktober 2005, B.N.B. 2006/79, oordeelde het Hof Amsterdam dat moet worden uitgegaan van de kernactiviteiten, zijnde de activiteiten die de vennootschap krachtens haar statutaire doelstelling en haar economische taakstelling feitelijk verricht

ROMYN⁵⁴⁸ en SEVERENS⁵⁴⁹ benadrukken, bijvoorbeeld, ook het belang van de (aard van de) activiteiten van het lichaam. Wat in een concreet geval onder leiding dient te worden verstaan, is in deze context afhankelijk van de werkzaamheid van het lichaam. De leiding van een beleggingsmaatschappij zal immers gemakkelijker kunnen worden uitbesteed aan een trustmaatschappij (die zich specialiseert in het voeren van directies over andere maatschappijen) dan de leiding van een handels- of productiemaatschappij).⁵⁵⁰ Frankrijk lijkt exclusief uit te gaan van het strategische management. Dat kan afdoende blijken uit het voorbehoud dat Frankrijk heeft geformuleerd bij alinea 24 van het OESO-Commentaar op artikel 24.⁵⁵¹ Zwitserland lijkt dan weer de tegenovergestelde mening te onderschrijven. Immers, de Zwitserse rechtspraak lijkt belang te hechten aan de day-to-day management⁵⁵² Sommige Spaanse rulings verwijzen dan weer naar strategisch management.⁵⁵³ De Duitse rechtspraak lijkt dan weer te opteren voor de day-to-day management.⁵⁵⁴

(b) Incorporatieleer

In een aantal staten wordt het inwonerschap (vestigingsplaats) van lichamen bepaald aan de hand van het bij de oprichting⁵⁵⁵ gehanteerde rechtssysteem (lex societatis).⁵⁵⁶ Dat kan tot gevolg hebben dat een staat de incorporatieleer huldigt. Dit geldt voor, bijvoorbeeld, Nederland⁵⁵⁷ en voor de Angelsaksische staten.⁵⁵⁸

(Hof Amsterdam 26 mei 2004). Voor een bespreking zie bijvoorbeeld GOOIJER, J., 'Vestiging van (tussen)houdstervennootschappen in Nederland: substancevoorwaarden in belastingverdragen?', *M.B.B.* 2015, p. 39 e.v.

⁵⁴⁸ ROMYN, M., *Internationaal belastingrecht*, zevende druk, blz. 11, Tilburg 1999.

⁵⁴⁹ SEVERENS, P.J.H., De vaststelling van de vestigingsplaats van lichamen, *W.F.R.* 1989/5875, blz. 775 e.v.

⁵⁵⁰ HR 1 juli 1987, *BNB* 1987/306.

⁵⁵¹ Daar staat namelijk het volgende: France considers that the definition of the place of effective management in paragraph 24, according to which 'the place of effective management is the place where key management decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made', will generally correspond to the place where the person or group of persons who exercises the most senior functions (for example the board of directors or management board) makes its decisions. It is the place where the organs, management and controle of the entity are, in fact, mainly located.

⁵⁵² ATF, 4 december 2003, *StR* 2004, 524.

⁵⁵³ Ruling Vo106-08 van 18 januari 2008.

⁵⁵⁴ BFH 7 december 1974, I K 1/93, *BStBl.* II 1995, 175; BFH 16 december 1998, I R 138/97, *BStBl.* II, 1999, 437.

⁵⁵⁵ RAMMELOO, S., *'Corporations in private international law: a European perspective'*, Oxford 2001.

⁵⁵⁶ BELLINGWOUT, J.W., *'Zetelverplaatsing van rechtspersonen'*, Deventer, Kluwer 1996, p. 19.

⁵⁵⁷ In principe is Boek 2 belissend. Zie ook: SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., 'De implicaties van het Cartesio arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen', *M.B.B.* 2009/9, p. 301-310; VLAS, P., *'Internationaal Rechtspersonenrecht, Groene Serie Rechtspersonen'*, Deventer, Kluwer, loose-leaf; WOUTERS, J en H. SCHNEIDER (eds.), *'Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union'*, Antwerpen, Maklu, 1995, (47) 52-63.

Deze leer noemt men de *incorporatieleer*.⁵⁵⁹ Deze vindt men ook nog terug in o.a. Denemarken, Zwitserland⁵⁶⁰, Finland, Ierland en Zweden. Ook Oostenrijk volgde de werkelijke zetelleer maar sinds het arrest van het Oostenrijkse Hoogerechtshof werd de deur op een kier gezet voor de incorporatieleer⁵⁶¹. In Portugal treffen wij een mengvorm aan van de beide vennootschapsrechtelijke benaderingen.⁵⁶² Ook het VS-Modelverdrag voorziet in artikel 4 §3 in een clause die de incorporatieleer aanhangt.⁵⁶³

Bij staten die de incorporatieleer aanhangen, is het duidelijk dat de statutaire bepalingen beslissend zijn. De incorporatieleer stelt dus in beginsel de wil van de oprichters centraal. Het lichaam zal derhalve worden beheerst door het recht van de staat volgens wiens wet hij werd opgericht. De plaats waar de werkelijke leiding is gevestigd, is irrelevant. Het OESO-Commentaar heeft zijn afkeur voor een dergelijk formeel criterium voor doeleinden van de tie breaker reeds geponeerd en stelde dat *'it would not be an adequate solution to attach importance to a purely formal criterion like registration'*.⁵⁶⁴ Nochtans zijn er historische aanwijzingen om de vestigingsplaats van een 'company' te verbinden aan een formeel criterium. Zo is er bijvoorbeeld artikel II van het Protocol bij de Mexico Modelovereenkomst. Dit Protocol is overeenkomstig de bewoordingen ervan 'an integral part of the convention'. Welnu, artikel II van het Protocol stelt zeer duidelijk dat *'the fiscal domicile of partnerships, companies and other legal entities or de facto bodies shall be the state under the laws of which they were constituted'*. De visie van PAMPERL stellende dat *'Article II of the Protocol to the Mexico draft,*

⁵⁵⁸ De incorporatieleer is niet legislatief geregeld in het Verenigd Koninkrijk maar wordt vaak geciteerd in de rechtspraak. Zie bijvoorbeeld *Lazard Brothers & Co vs. Midland Bank, A.C.* 289, p. 297. Voor Schotland kan verwezen worden naar *Carse vs. Coppen, S.C.* 233, p. 241. Voor een bespreking, zie bijvoorbeeld EDWARDS, V., *'EC Company Law'*, Oxford, Clarendon Press 1999, 335. Voor een overzicht, zie SCHWARZ, J., *'Booth: residence, domicile and UK taxation'*, Haywards Heath, Tottel 2008, 270 p; L. COLLINS e.a., *'Dicey, Morris and Collis on the Conflict of Laws'*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 1337; P. DAVIES, *'Gower and Davies. Principles of Modern Company Law'*, Londen, Sweet & Maxwell, 8ste ed., 2008, 138-139; D. PRENTICE, *'The Incorporation Theory-The United Kingdom'*, *European Business Law Review* 2003, (631) 633).

⁵⁵⁹ De incorporatie is binnen de incorporatieleer het doorslaggevende element. Nochtans dient gemeld te worden dat eveneens factoren als 'organisatie' of 'de plaats van registratie' hetzelfde vertegenwoordigen als de incorporatieleer. Zo hanteert Zwitserland bijvoorbeeld *'the place of organization'* als criterium voorop. *'The place of registration'* wordt dan weer gehanteerd in Denemarken.

⁵⁶⁰ Artikel 154(1) van de Federal Law on Private International Law van 18 december 1987. Zie verder: R. DRURY, *'The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the „Delaware Syndrome“'*, *Cambridge Law Journal* 1998, (165) 172-173).

⁵⁶¹ OGH 15 juli 1999, *JZ* 2000, 201.

⁵⁶² G. DI MARCO, *'Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie. Stand und Perspektiven'*, *Z.G.R.* 1999, 5.

⁵⁶³ Te downloaden via: <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/model996.pdf>.

⁵⁶⁴ OESO - Commentaar 4/22

however, includes evidence that the fiscal domicile of companies is located in the contracting state where the real center of management is situated', is m.i. dan ook vreemd.⁵⁶⁵

Het hoeft geen betoog dat de incorporatieleer een liberaal systeem is waarbij lichamen de keuze wordt gelaten tot oprichting van bedrijven.⁵⁶⁶ Er wordt dan een aantrekkelijke juridische structuur daarvoor ontwikkeld. In dat opzicht wordt vaak gesteld dat een toepassing van de incorporatieleer aanleiding geeft tot een *race to the bottom*⁵⁶⁷, waarbij wetgevers met elkaar concurreren d.m.v. eenzijdige wetgeving de incorporatie van vennootschappen aan te trekken.⁵⁶⁸ Er wordt gesteld dat op die manier binnen de Europese Unie maar ook daarbuiten een zgn. Delaware-effect zou kunnen ontstaan.⁵⁶⁹ De staat Delaware voorzagt namelijk in een incorporatieleer dewelke lichamen toeliet zich te laten oprichten in Delaware zonder dat er sprake moest van zijn dat '*the primary place of business*' zich in Delaware situeerde. Dit heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat op een bepaald ogenblik het merendeel van de Fortune 500-vennootschappen en ongeveer de helft van de op de New Yorkse beurs genoteerde vennootschappen waren opgericht in en naar het recht van de staat Delaware.⁵⁷⁰

Delaware-achtige lichamen zijn veelal lichamen die in een andere (lid)staat zijn opgericht om de justitiabele toegang te verlenen tot een rechtsstelsel waardoor hij ontsnapt aan een voor hem minder gunstige wetgeving.⁵⁷¹ Men spreekt in dat verband ook wel eens van *shopping* en *hopping*.⁵⁷² Wetsontduiking is niet ondenkbaar onder dit regime zodat staten met een incorporatieleer vaak overgaan

⁵⁶⁵ PAMPERL, E., '*Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future*', Doctoral thesis, p. 34.

⁵⁶⁶ RAMMELOO, S.F.G., 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR-zetelleercontroverse beslecht?', *NiPR* 2003, 134-144.

⁵⁶⁷ CHEFFINS, B., '*Company law: theory structure and operation*', Oxford, 1997, p. 421-451.

⁵⁶⁸ Men zou desgevallend van mening kunnen zijn dat een gelijkaardige *race to the bottom* zich ook kan manifesteren via de werkelijke zetelleer. Nochtans, m.i. kan men zich niet meer regulatory competition inbeelden dan wanneer landen die de incorporatieleer hanteren hun vennootschapsrecht kunnen 'aanbieden' aan vennootschappen die hun werkelijke zetel in een ander land hebben.

⁵⁶⁹ CABRAL, P. & CUNHA, P., 'Presumed innocent: companies and the exercise of the right of establishment under Community law', *E.L. Rev.* 2000, 164.

⁵⁷⁰ VAN DUUREN, T.P., 'De positie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar buitenlandse equivalenten en de Europese BV', *Ondernemingsrecht* 2004, 4.

⁵⁷¹ HINNEKENS, L., 'De niet erkenning van Delaware-achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht', *T.R.V.* 1993, 431.

⁵⁷² Brussel 9 juni 1992, *T.R.V.* 1993, 475 met noot HINNEKENS, L.

tot het invoeren van anti-rechtsmisbruikbepalingen voor wat betreft pseudo-buitenlandse vennootschappen.⁵⁷³

Als men spreekt van Delaware-achtige vennootschappen, spreekt men enerzijds over de zgn. *brievensbusvennootschappen*. Het gaat om een regelmatig opgerichte vennootschap maar op de plaats waar de vennootschap statutair is gevestigd, wordt geen economische activiteit uitgeoefend. De vestiging van de vennootschap bestaat in feite alleen maar uit een brievensbus. Nochtans zijn brievensbusvennootschappen niet verboden. Dit blijkt uit het verder te bespreken *Centros*-arrest van het Hof van Justitie alsook uit bijvoorbeeld de Belgische rechtspraak.⁵⁷⁴ Nochtans kan een brievensbusvennootschap geveinsd zijn. Dit zal het geval zijn als deze brievensbusvennootschap een regelmatig opgerichte vennootschap is maar haar vestiging aldaar is geveinsd. Sommige auteurs gaan onder die omstandigheden over tot de kwalificatie van wetsontduiking.⁵⁷⁵ De meeste redenen van wetsontduiking zijn vnl. fiscale redenen: men kan via de brievensbusvennootschap in een zogenoemd 'vluchtland' genieten van een lagere belastingdruk.

Als men spreekt van Delaware-achtige vennootschappen, spreekt men anderzijds ook van de zgn. *offshore vennootschappen*. Het zijn vennootschappen die in belangrijke mate of in zijn geheel hun commerciële activiteiten buiten de staat van oprichting van de vennootschap ontplooiën.⁵⁷⁶

2.1.3.2. Toetsing aan het Europese Unierecht

2.1.3.2.1. Algemeen

Uit hetgeen ik hierboven heb besproken, blijkt dat niet alle staten dezelfde criteria hanteren ter invulling van het inwonersbegrip (vestigingsplaats) van licha-

⁵⁷³ WOUTERS, J., 'Over vennootschappen, verwijzingsregels en vrijheid van vestiging', *T.R.V.* 1991, 458-460; VLAS, P., 'Paal en perk aan puur formeel buitenlandse vennootschappen', *T.V.V.S.* 1993, nr. 93/3, p. 57.

⁵⁷⁴ Cass. 13 januari 1978 (Een in het buitenland overeenkomstig de aldaar toepasselijke wetgeving opgerichte eenhoofdige rechtspersoon is wegens het enkele feit dat het een eenpersoonsvennootschap betreft, niet strijdig met de Belgische openbare orde. Zij kan in België in rechte optreden voor zover zij niet wegens wetsontduiking of simulatie of enige andere reden strijdig is met de openbare orde). Zie ook Brussel 29 juni 1982 (Een vennootschap werd opgericht met als enig maatschappelijk doel de exploitatie van een concessie van een pyrietmaatschappij in Portugal en waarvan de aandeelhouders hoofdzakelijk Panamese, Liberiaanse en Luxemburgse holdings waren. Het hof besliste dat 'het voor eiseres niet ongeoorloofd was haar banden met België welbewust te verbreken, zelfs voor deels fiscale redenen; dat de keuze van de minst belaste weg niet verboden is').

⁵⁷⁵ DE WULF, H., 'Brievensbusvennootschappen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer', *Vennootschapsrecht & Fiscaliteit* 1999, p. 12.

⁵⁷⁶ CABRAL, W., 'Bermuda, in *Offshore Trusts*', *The Comparative Law Yearbook of International Business*, 1995, Kluwer Law International, London.

men. Hieruit volgt dan dat dit aanleiding kan geven tot dubbele belasting. Zoals ik al eerder heb aangegeven in dit onderzoek, zal het inwonersbegrip in diverse staten zoals omschreven in het vennootschapsrecht vaak aansluiten bij het inwonersbegrip voor fiscale redenen. Daarom is het m.i. van belang om na te gaan hoe het Europese Unierecht er op dit ogenblik uitziet m.b.t. de invulling van het inwonersbegrip voor lichamen (vestigingsrecht). Ook RIBES heeft dit bijvoorbeeld al gesteld. In dat opzicht oordeelde hij dat ‘the plurality of double tax treaties involved implies that different connecting factors are applied in order to establish the residence of a company. For these reasons, it is evident that the current regulations should be harmonized at the European level.’⁵⁷⁷

Er zal niet alleen naar de supranationale wetgeving worden gekeken. In wat volgt onderzoek ik ook welke strekking domineert in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het is echter geenszins de bedoeling hier een al te ruim onderzoek naar te verrichten; de grote lijnen volstaan.

2.1.3.2.2. Europees Unierecht en het inwonersbegrip

Artikel 49 VwEU omvat het vrije vestigingsrecht in de Europese Unie. Het verdragsartikel waarborgt de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van lichamen, en met name van lichamen in de zin van de tweede alinea van artikel 54 VwEU, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van de staat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Het begrip ‘vestiging’ wordt in de rechtspraak ruim opgevat en houdt in dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de EU op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen.⁵⁷⁸ De vrijheid van vestiging heeft echter niet dezelfde inhoud voor natuurlijke personen als voor lichamen.⁵⁷⁹ Aan naar het recht van een lidstaat opgerichte lichamen, kent het gemeenschapsrecht wel een secundair vestigingsrecht toe maar niet het primaire recht om de zetel te verplaatsen.⁵⁸⁰ De wettelijke regelingen van de lidstaten vertonen aan-

⁵⁷⁷ RIBES, A., ‘Tax residence and the mobility of companies in the European Union: the desirable harmonization of the tax connecting factors’, *Intertax*, 2012, 606;

⁵⁷⁸ HvJ 30 november 1995, C-55/94, Gebhard.

⁵⁷⁹ LENAERTS, K., ‘*Europees Recht in Hooflijnen*’, Maklu, 2008, p. 124. Zie bijvoorbeeld ook HvJ 30 november 1995, C-55/94, Gebhard.

⁵⁸⁰ Het Hof van Justitie heeft wel geoordeeld dat een vennootschap die haar zetel verplaatst naar een andere lidstaat, recht heeft op een uitstel van betaling van de extheffing totdat de betreffende activa daadwerkelijk worden gerealiseerd (Hof van Justitie, 29 november 2011, National Grid Indus, C-371/10).

zienlijke verschillen met betrekking tot de band met het eigen grondgebied die vereist is met het oog op de oprichting van een vennootschap krachtens het nationale recht en met betrekking tot de mogelijkheid om die aanknopingspunt te wijzigen. Vandaar erkent artikel 54 VwEU drie criteria om aan een lichaam de nationaliteit van een lidstaat te verlenen: de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdzetel. Doordat de vrijheid van vestiging kan worden bemoeilijkt doordat lidstaten onderscheiden rechtsregels hanteren, zijn er door de EU harmonisatiemaatregelen genomen. Op het gebied van het vennootschapsrecht heeft de EU de mogelijkheid geschept om een zgn. Europese Vennootschap op te richten (Societas Europea of kortweg 'SE'), die lichamen die naar het recht van verschillende lidstaten zijn opgericht, toelaat te fuseren, een holdingvennootschap of een gemeenschappelijke dochtervennootschap op te richten.⁵⁸¹ Ook is voorzien dat een zgn. Europese Coöperatieve Vennootschap kan worden opgericht.⁵⁸²

2.1.3.2.3. Jurisprudentie

In wat volgt, ga ik na welke invulling het Hof van Justitie reeds gegeven heeft aan de hierboven weergegeven theorie. In eerste instantie vermeld ik het arrest *Segers*.⁵⁸³ Aan dit arrest lagen de volgende feiten ten grondslag.⁵⁸⁴ In april 1981 werd een Engelse vennootschap met zetel te London opgericht. In juni 1981 namen Segers, een Nederlandse ondernemer, en zijn echtgenote voor gelijke delen over. In juli 1981 bracht Segers zijn in Nederland gevestigde eenmanszaak integraal als filiaal in de Engelse vennootschap in. Het filiaal verrichtte alle bedrijfsactiviteiten, die geheel in Nederland werden geconcentreerd. De Engelse vennootschap was dus te bestempelen als een pseudo buitenlandse rechtspersoon. In verband met ziekte, vroeg Segers een uitkering krachtens de Ziektewet aan, die door de bedrijfsvereniging werd geweigerd. De bedrijfsvereniging stelde zich op het standpunt dat de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep krachtens welke een directeur-groootaandeelhouder aanspraak kan maken op voorzieningen krachtens de sociale verzekeringswetgeving, niet geldt voor directeuren van buitenlandse vennootschappen.⁵⁸⁵ Om die reden heeft de Centrale Raad van Beroep aan het Hof van Justitie gevraagd of het beginsel van vrije

⁵⁸¹ Verordening nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001, *Pb.* 2001, L 294/1.

⁵⁸² Verordening nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003, *Pb.* 2003, L 207/1.

⁵⁸³ HvJ 10 juli 1986, 79/85, *ECR* 1986/2375, *Segers*

⁵⁸⁴ Noteer wel dat het in arrest *Segers* om het *secundaire* vestigingsrecht ging. Dit betreft de vrijheid om in een andere lidstaat agentschappen, filialen en dochterondernemingen op te richten. Daartegenover staat het *primaire* vestigingsrecht. Hierbij gaat het om het recht om vennootschappen op te richten en te beheren in een andere lidstaat overeenkomstig de bepalingen die voor de eigen vennootschappen in die lidstaat gelden.

⁵⁸⁵ Inmiddels is deze rechtspraak door de Centrale Raad van Beroep verlaten. Zie hiervoor de uitspraak van 4 oktober 1985, *AB* 1986, 38.

vestiging binnen de Europese Unie met zich brengt dat een Nederlandse rechter bij de beoordeling van de verzekeringsplicht krachtens een Nederlandse sociale verzekeringswet geen onderscheid mag maken tussen directeur-grootaandeelhouders van een besloten vennootschap naar Nederlands recht en die van een besloten vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, ook indien de buitenlandse vennootschap kennelijk niet in de betrokken andere lidstaat, doch uitsluitend in Nederland daadwerkelijke bedrijfsactiviteiten ontplooit. Deze vraag werd door het Hof van Justitie bevestigend beantwoord. Zo heeft het Hof van Justitie erop gewezen dat door discriminatie van personeel op het vlak van sociale bescherming, indirect de vrijheid van lichamen van een andere lidstaat wordt beperkt om zich via een agentschap, dochteronderneming of filiaal in de betrokken lidstaat te vestigen. De rechtsleer heeft erop gewezen dat uit het arrest *Segers* kan afgeleid worden het Hof van Justitie aan lidstaten ontzegt om het stelsel van de werkelijke leiding toe te passen op in andere lidstaten opgerichte lichamen.⁵⁸⁶ Het arrest *Segers* impliceert dus dat wanneer alleen de statutaire zetel van een vennootschap in een lidstaat is gevestigd, de vennootschap gebruik kan maken van het recht van vestiging.⁵⁸⁷

Vervolgens kan het arrest *Daily Mail* van het Hof van Justitie vernoemd worden.⁵⁸⁸ De volgende feiten liggen ten grondslag aan het arrest. In 1984 vroeg *Daily Mail*, een naar Engels recht opgerichte en in London gevestigde houdstermaatschappij aan de Engelse belastingdienst om toestemming voor de verplaatsing van haar bestuurszetel van het Verenigd Koninkrijk naar Nederland. *Daily Mail* was van plan om de vergaderingen van de raad van bestuur in Nederland te houden en er ook kantoren te huren voor het voeren van haar administratie. De Britse fiscale wetgeving stelt dat lichamen die hun fiscale vestiging in het Verenigd Koninkrijk hebben, onderworpen zijn aan Britse vennootschapsbelasting. Als fiscale vestiging geldt de plaats waar de centrale bestuurszetel is gevestigd. De Income and Corporations Taxes Act uit 1970 verbodde lichamen met fiscale vestiging in het Verenigd Koninkrijk die vestiging zonder toestemming van het Ministerie van Financiën op te geven. Echter, zonder op die toestemming te wachten heeft *Daily Mail* reeds in Nederland een kantoor geopend voor het beheer van beleggingen met het oog op dienstverrichting ten behoeve van derden. De reden voor de verplaatsing van de bestuurszetel van *Daily Mail*

⁵⁸⁶ TIMMERMANS, C.W.A., 'Europeesrechtelijke erkenning van pseudo-buitenlandse vennootschappen', in *Tot Vermaak van Slagter*, 1988, p. 321-331.

⁵⁸⁷ KEMMEREN, E.C.C.M., 'Principle of origin in tax conventions-A rethinking of models', 2001, Pijnenburg, Dongen, p. 184-185.

⁵⁸⁸ HvJ 27 september 1988, zaak 81/87, *Jur.* 1988, p. 5483, *Daily Mail*.

was gelegen in een belastingbesparing. *Daily Mail* wilde een omvangrijk pakket aandelen verkopen om met die opbrengst ervan eigen aandelen in te kopen. De vermogenswinst die gepaard zou gaan met de verkoop, was naar Brits recht belast doch zou na de verplaatsing van de fiscale zetel naar Nederland onbelast blijven. Het geschil is finaal terecht gekomen bij het Britse gerecht. De Queen's Bench Division heeft vervolgens aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld in welke mate het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat een lidstaat een rechtspersoon met centrale bestuurszetel in die staat verbiedt die zetel zonder voorafgaande toestemming naar een andere lidstaat te verplaatsen, indien daardoor betaling van belasting kan worden ontweken. Het Hof van Justitie stelt allereerst dat vennootschappen hun bestaan ontleenen aan nationale wetgeving. De nationale wet bepaalt de oprichtings – en werkingsvoorwaarden van vennootschappen. De wetgevingen van lidstaten vertonen echter aanzienlijke verschillen, zowel met betrekking tot de aanknoping met het nationale grondgebied, als met betrekking tot de mogelijkheid dat die aanknopingsfactor later wijzigt. Het Hof van Justitie stelt vast dat bepaalde lidstaten verlangen dat niet alleen de statutaire zetel maar ook het hoofdbestuur van de vennootschap zich op hun grondgebied bevindt. Verplaatsing van het hoofdbestuur naar een andere staat veronderstelt in een dergelijk geval dat de vennootschap wordt ontbonden met alle fiscale gevolgen daarbij. Andere lidstaten – die de incorporatieer huldigen – stellen dat vennootschappen hun hoofdbestuur naar het buitenland kunnen verplaatsen maar in sommige staten is dat recht aan bepaalde beperkingen onderworpen, terwijl de rechtsgevolgen van een verplaatsing belastingtechnisch van lidstaat tot lidstaat verschillen. Het Hof van Justitie stelt dat in het gemeenschapsrecht rekening is gehouden met deze verschillen tussen nationale regelgevingen. In het gemeenschapsrecht wordt namelijk gesteld dat de statutaire zetel, het hoofdbestuur en hoofdvestiging van een vennootschap op gelijke voet worden geplaatst als elementen van aanknoping. Tevens poneert het gemeenschapsrecht dat de lidstaten onderling in overleg treden en overeenkomsten sluiten nopens de verzekering en de handhaving van rechtspersoonlijkheid ingeval van verplaatsing van de zetel van vennootschappen van de ene staat naar de andere. Bijgevolg moet volgens het Hof van Justitie geconcludeerd worden dat het gemeenschapsrecht niet het recht geeft om de centrale bestuurszetel en het hoofdbestuur naar een andere lidstaat te verplaatsen met behoud van de hoedanigheid van de vennootschap naar het recht van de eerste lidstaat. Het Hof van Justitie heeft dus eigenlijk in het arrest *Daily Mail* een oordeel geveld over de verhouding van het vennootschapsrecht t.o.v. het gemeenschapsrecht. In de rechtsleer is erop gewezen dat één van de gevolgen van het arrest erin bestaat dat het Hof van Justitie een verplaatsing van de werkelijke zetel van de

ene lidstaat (waar het incorporatiestelsel wordt gehuldigd) naar een andere lidstaat (waar dit stelsel eveneens geldt) op basis van het gemeenschapsrecht niet wenst te beschermen. Het Hof van Justitie heeft dus *de facto* gesteld dat het vestigingsrecht geen gevolgen heeft t.a.v. de door de lidstaten gehuldigde aanknopng. M.a.w. het bestaansgebrek van een lichaam kan niet worden verholpen door het vrije vestigingsrecht. Als een lidstaat dus vereist dat een lichaam dat opgericht is volgens haar interne recht eveneens haar werkelijke zetel op haar grondgebied heeft, dan zal de verplaatsing van die zetel naar een andere lidstaat leiden tot ontbinding en vereffening in de eerste lidstaat. Het lichaam kan zich voor haar voortbestaan niet beroepen op het vrije vestigingsrecht. Het Hof van Justitie is dus van mening dat zolang de erkenning van lichamen niet geregeld is door een richtlijn of een verdrag, de kwestie moet overgelaten worden aan de nationale rechtstelsels van de lidstaten. WOUTERS heeft de terughoudendheid van het Hof van Justitie verklaard vanuit de stelling dat de feiten duidelijk aantonen dat de transactie uitsluitend of hoofdzakelijk fiscaal geïnspireerd was zonder dat het de hoofdbedoeling was om duurzaam een daadwerkelijke – en dus niet louter formele – activiteit voor onbepaalde tijd in Nederland uit te oefenen.⁵⁸⁹

Een volgende evolutie in de discussie kan worden teruggevonden in het arrest *Centros*, eveneens van het Europese Hof van Justitie.⁵⁹⁰ De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden samengevat. Een in Denemarken woonachtig echtpaar richtte in het Verenigd Koninkrijk de vennootschap *Centros Ltd.* op. Het echtpaar verzocht het Deense Ministerie van Handel om vervolgens een filiaal van *Centros* in Denemarken in te schrijven hetgeen deze dienst weigerde met als argument dat *Centros* in het Verenigd Koninkrijk geen enkele bedrijfsactiviteit ontplooide. Voorts stelde het Deense Ministerie van Handel dat het Deense echtpaar poogde om in Denemarken geen filiaal op te richten maar wel een hoofdvestiging om aldus de storting van het Deense minimumkapitaal te omzeilen. Toen het geschil ten slotte aanhangig werd gemaakt bij de rechtbank, werd het Hof van Justitie geadieerd en werd de vraag voorgelegd of de weigering door het Deense Ministerie van Handel verenigbaar was met het gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie ziet wel degelijk een belemmering van het vrije vestigingsrecht. Denemarken werd dus verplicht om het filiaal van een naar Brits recht opgerichte vennootschap die bestuurd wordt vanuit Denemarken te erkennen en in te schrijven. Het *Centros*-arrest heeft

⁵⁸⁹ WOUTERS, J., 'Directe belastingen in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie: thema en variaties', *T.R.V.* 1994, 35.

⁵⁹⁰ HvJ 9 maart 1999, C-212/97, *Centros*.

inmiddels in binnenlandse en buitenlandse literatuur veel inkt laten vloeien. Voornamelijk in Duitsland is aan dit arrest veel aandacht besteed waarbij gesteld werd dat het in Duitsland gehanteerde criterium van de werkelijke zetel op de helling is komen te staan ten gunste van de incorporatieleer.⁵⁹¹ Het *Daily Mail* arrest zou om die reden achterhaald zijn.⁵⁹²

In het arrest *Überseering*⁵⁹³ vervolgens handelde het om een zaak waarin een in Nederland geïncorporeerde vennootschap wilde procederen in Duitsland. De Duitse rechtbanken stelde dat de werkelijke zetel van de vennootschap dan wel in Duitsland was gevestigd (en dit omwille van een Duits meerderheidsbelang) maar het Duitse procesrecht stelt dat er maar een vordering in Duitsland kan ingesteld worden indien de vennootschap ook daadwerkelijk in Duitsland is geïncorporeerd. Het Duitse recht erkent slechts de rechtsbekwaamheid van vennootschappen in zoverre ze tegelijk geïncorporeerd zijn en hun werkelijke zetel in dezelfde staat hebben. Het Hof van Justitie stelde echter dat het vrije vestigingsrecht Duitsland verhindert om zich ten aanzien van Nederlandse vennootschappen te beroepen op hun erkenningsleer. Het arrest *Überseering* wordt als een unitaire bekrachtiging van de incorporatieleer aanzien.⁵⁹⁴ Dit kwam dus *de facto* neer op een afwijzing van de Duitse zetelleer in een Europese context.

De vraag die hierbij rijst, is of deze rechtspraak een bevestiging inhoudt van de incorporatieleer? M.i. bevat artikel 54 VwEU wel degelijk een regel die enkel de incorporatieleer toelaat. Dit blijkt m.i. afdoende uit de geciteerde opsomming van de rechtspraak terzake. Voornamelijk de arresten *Centros* en *Überseering* brengen mijn visie tot uiting. Primo is er de strenge visie van het Hof van Justitie dat er geen mogelijkheid is om de dwingende belangen van de ontvangstaat

⁵⁹¹ Sedemund, J. & Hausmann, F.L., 'noot in *Betriebsberater* 1999, 810; Meilicke, W., 'noot in *Der Betrieb* 1999, 627; Neye, H.W., 'Kurzkomentar in *EwiR* 1999, 259; Roth, G.H., 'Gründungstheorie: ist der Damm gebrochen?' *ZIP* 1999, 861; Werlauff, E., 'Centros aus dänischer Sicht', *ZIP* 1999, 867; Casacante, J.C., 'noot in *RIW* 1999, 450; Freitag, R., 'Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht', *EuZW* 1999, 269; Ebke, W.F., 'Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH', *JZ* 1999, 656; Ulmer, P., 'Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz', *JZ* 1999, 662; Höfling, B., 'Die Centros-Entscheidung des EuGH auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie', *Betriebsberater* 1999, 1337.

⁵⁹² DE WULF, H., 'Brievenbusmaatschappijen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer', *Vennootschapsrecht & Fiscaliteit* 1993, p. 3; VAN DEN BRAAK, S.M., 'Het Centros-arrest en het Nederlandse internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen', *WPNR* 00/6402, p. 347; RAMMELOO, S.F.G., 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na Hof van Justitie EG Centros', *NiPR* 2000/3, p. 273; WOUTERS, J., 'Europees vestigingsrecht van vennootschappen en internationaal privaatrecht', *NiPR* 2000/3, p. 259.

⁵⁹³ HvJ 5 november 2002, ECR 2002/I-09919, *Überseering*.

⁵⁹⁴ RIBES, A., 'Tax residence and the mobility of companies in the European Union: the desirable harmonization of the tax connecting factors', *Intertax*, 2012, p. 607.

als *rule of reason* tegen te werpen tegen de erkenning van de leer van de staat van herkomst. Zo laat het Hof van Justitie in diens arrest *Centros* weliswaar toe dat lidstaten maatregelen treffen ter bestrijding van fraude en omwille van andere redenen van algemeen belang, maar het Hof van Justitie voegt daar onmiddellijk aan toe dat fraudebestrijding geen rechtvaardiging kan vormen voor een praktijk waarbij de inschrijving van een filiaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap wordt geweigerd. Tevens werd in *Centros* duidelijk gesteld dat het verdrag niet belet dat onderdanen het meest gunstige nationale systeem opzoeken om een lichaam op te richten voor zover alle wettelijke vereisten maar worden gevolgd. Dat betekende volgens het Hof van Justitie niet dat misbruikbestrijding niet mogelijk blijft, maar dan wel onder zeer strikte voorwaarden. Samen met mij zijn ook tal van Duitse rechtsgeleerden van mening dat in artikel 54 VwEU een verdoken verwijzingsregel naar de incorporatieleer verscholen zit. Teneinde een interne markt verder te exploiteren, lijkt deze incorporatieleer inderdaad de enige verdedigbare formule. Daar waar men in de *Daily Mail* rechtspraak van het Hof van Justitie nog kon twijfelen aan deze visie, lijkt deze twijfel via de *Centros* rechtspraak volledig weggenomen te zijn.⁵⁹⁵ Het *Centros*-arrest houdt m.i. een duidelijke stellingname in door het Hof van Justitie pro incorporatieleer. De hogere internationale rechtspraak blijkt deze visie ook te volgen.⁵⁹⁶ Ook EICKER meent dat de *Centros* - case het einde van de werkelijke zetelleer heeft aangekondigd.⁵⁹⁷

Sommige auteurs zien in de rechtspraak van het Hof van Justitie echter geen bevestiging van de incorporatieleer. Zij zijn van oordeel dat er geen overtuigende reden voorhanden is om de conflictenrechtelijke benadering voor vennootschapsrechtelijke problemen aan het beleidsdomein van de lidstaten te onttrekken.⁵⁹⁸

Nochtans bevestigt m.i. bepaalde rechtspraak verder dat het Hof van Justitie een voorkeur heeft voor de incorporatieleer. Ik denk hierbij aan het Cartesio-

⁵⁹⁵EILERS, S. & WIENANDS, H.-G., 'Neue steuerliche und egesellschaftsrechtliche Aspekte der Doppelansässigkeit von Kapitalgesellschaften nach der EuGH-Entscheidung vom 9.3.1999', *IstR* 1999, 291.

⁵⁹⁶Zie bijvoorbeeld de twee arresten van het Oostenrijkse Hoogerechtshof die de werkelijke zetelleer, zoals neergelegd in par. 10 van de Oostenrijkse IPR-wet als strijdig met de unitaire secundaire vestigingsvrijheid bestempelden. Zie ter zake HOFLING, B., 'Der Sitztheorie. Centros und der österreichische OGH', *EUZW* 2000, 145.

⁵⁹⁷EICKER, K., 'German Federal Civil Court Requests Preliminary Ruling on the Compliance of the so called 'Seat Theory' with articles 52 and 58 of the EC Treaty', *Intertax* Vol. 28, Issue 6-7 (2000), p. 259 et seq.

⁵⁹⁸Zie MEEUSEN, J., 'De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen', *T.R.V.* 2003, p. 120.

arrest⁵⁹⁹. De commanditaire vennootschap naar Hongaars recht Cartesio had aan het Hongaarse handelsregister gevraagd om als nieuw adres van het bestuurscentrum een adres in Italië op te nemen. Maar, het Hongaars handelsregister weigerde dit omdat het Hongaarse recht niet toeliet een operationeel bestuurscentrum te verplaatsen met behoud van de juridische status als vennootschap naar Hongaars recht. Er werd dus geëist dat voor doeleinden van de verplaatsing van de zetel de vennootschap in Hongarije werd ontbonden en in de nieuwe vestigingsstaat werd opgericht. Het Hof van Justitie stelt echter dat een lidstaat een naar zijn recht opgerichte vennootschap in beginsel niet mag beletten zich om te zetten in een vennootschap waarop het recht van een andere lidstaat van toepassing is. Als een vennootschap niet langer onderworpen wenst te blijven aan het rechtsstelsel van oprichting, en dit wenst te vervangen door een ander rechtsstelsel, dan mag de lidstaat van oprichting dat niet verhinderen door de ontbinding en liquidatie van de vennootschap te eisen. Maar, indien een vennootschap de ene jurisdictie willen inruilen voor een andere, moeten er wel lidstaten zijn die het spiegelbeeld inreisvisum willen verstrekken.⁶⁰⁰ Onrechtstreeks spreekt het Hof van Justitie op deze manier zijn voorkeur uit voor de incorporatieleer omdat het een lidstaat verplicht om een in een andere lidstaat opgerichte vennootschap te erkennen, weliswaar onder voorwaarden. Het arrest *Vale*⁶⁰¹ heeft volgens MARESCÉAU dan weer duidelijk gemaakt dat het voornamelijk repercussies heeft voor een radicale toepassing van de werkelijke zetelleer.⁶⁰² Vennootschappen worden namelijk volgens deze werkelijke zetelleer reeds als ontbonden beschouwd op het ogenblik waarop hun incorporatiestaat vaststelt dat hun werkelijke zetel buiten haar grondgebied is gelegen. Bij een dergelijke meer radicale verschijningsvorm van de werkelijke zetelleer door de incorporatiestaat doet het er niet toe dat de vennootschap in kwestie eventueel bereid is om in navolging van haar werkelijke zetel, haar statutaire zetel mee te verplaatsen naar de ontvangststaat van de werkelijke zetel.

M.i. kan uit hoger besproken en geciteerde rechtspraak duidelijk worden afgeleid dat het Hof van Justitie een voorkeur voor de incorporatieleer heeft gesugereerd. De vrijheid van vestiging kan weliswaar worden ingeroepen door de vennootschappen ongeacht of de lidstaat waar zij activiteiten wil ontplooiën, de

⁵⁹⁹ HvJ 16 december 2008, C-210/06, Cartesio.

⁶⁰⁰ SCHUTTE-VEENSTRA, J.N., 'De implicaties van het Cartesio-arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen', *M.B.B.* 2009/09.

⁶⁰¹ HvJ 12 juli 2012, C-378/10, Vale.

⁶⁰² MARESCÉAU, K., 'De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale', Working Paper Series, Financial Law Institute, 2012, p. 25.

leer van de werkelijke zetel aanhangt of de incorporatieleer.⁶⁰³ Wenst een dergelijke vennootschap haar zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging te verplaatsen naar een andere lidstaat dan de lidstaat van oprichting, dan wordt de vraag of deze verplaatsing mogelijk is en wat de consequenties daarvan zijn dominant beheerst door het recht van oprichting.⁶⁰⁴ M.i. kan uit deze rechtspraak afgeleid worden dat de lidstaat waar het lichaam is opgericht, nog steeds het recht heeft om beperkingen op te leggen aan de verplaatsing van de zetel. Heel wat auteurs hebben ten andere verder gesteld dat de werkelijke zetelleer in een unitair verband in toenemende mate onder druk komt te staan.⁶⁰⁵

2.1.3.3. Welke leer primeert voor doeleinden van artikel 16 OESO?

Het inwonersbegrip (vestigingsbegrip) van het gehanteerde begrip 'company' binnen artikel 16 OESO, kan ingevuld worden volgens twee dominante strekkingen: de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Artikel 4 OESO geeft aan dat het inwonersbegrip op basis van nationale wetgeving verder wordt ingevuld. Voor lichamen loopt het vestigingsbegrip op belastingrechtelijk en vennootschapsrechtelijk vlak, vaak samen. Dat brengt m.i. twee issues met zich. Enerzijds is er geen autonome invulling van het inwonersbegrip van een 'company' hetgeen dubbele belasting met zich kan brengen. Enkel bij conflict stelt artikel 4 (3) OESO dat een autonome interpretatie aan de vestigingsplaats moet gegeven worden, te weten, de place of effective management. Het blijkt echter dat staten dit begrip vaak vanuit het eigen nationale rechtstelsel gaan invullen.⁶⁰⁶ Anderzijds kan men de vraag stellen welke leer (incorporatieleer of werkelijke zetel-

⁶⁰³ De zaak National Grid Indus handelde over Nederland hetwelk de incorporatieleer huldigt waarbij het Hof van Justitie het relevant achtte dat de zetelverplaatsing de hoedanigheid van de rechtspersoon naar Nederlands recht niet heeft aangetast, precies omwille van de incorporatieleer. Echter, in een latere zaak (HvJ 6 september 2012, C-38/10, Europese Commissie vs. Portugal) handelde de casus over Portugal, een land dat de werkelijke zetelleer in beginsel aanhangt.). Voor verdere info, zie DE HAEN, K., 'Onmiddellijke afrekening van exitheffing binnen de EU opnieuw veroordeeld', *Internationale Fiscale Actualiteit* 2013/14, p. 1 e.v.

⁶⁰⁴ STEFFENS, L.F.A., 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004, p. 46 e.v.; ZILINSKY, M., 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story?', In G.F. Boulogne & L.J.A. Pieterse (Eds.), *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen* (ZIFO, 6) (pp. 183-192). Deventer: Kluwer.

⁶⁰⁵ EBKE, W., 'The European conflict of corporate laws revolution: Uberseering, Inspire Art and Beynd', *International Lawyer* 2004, 841; KLINKE, U., 'The European Company Law and the ECJ: The courts judgements in the years 2001 to 2004', *ECFR* 2005, 293-295; MARESCAU, K., 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?', in Jura Falconis, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 36.

⁶⁰⁶ SASSEVILLE, J., 'The meaning of place of effective management', in G. MAISTO (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, 294.

leer) dan dient te primeren voor de invulling van het begrip in de context van artikel 16 OESO?

De keuze voor een autonoom fiscaal inwonersbegrip voor een company – minstens voor doeleinden van artikel 16 OESO-zou m.i. o.a. voor verdragsdoeleinden de rechtszekerheid zeker ten goede komen. Staten hanteren verschillende modellen binnen het vennootschapsrecht, hetgeen tot gevolg heeft dat onzekerheid troef is als nationale regelgeving doorslaggevend is. De onzekerheid omwille van het ontbreken van duidelijke criteria en de onmogelijkheid om aan te duiden welk management precies beoogd wordt binnen de werkelijke zetelleer, is verder een sprekend voorbeeld van de rechtsonzekerheid die er thans heerst. Om die reden dient m.i. de incorporatieleer – via een autonome verdragsinterpretatie – als dominante overkoepelende strekking binnen artikel 16 OESO weerhouden te worden. In een tijd van verre en snelle communicatie en de tijd waarin bewaking van buitenlandse structuren actief uitgevoerd wordt door aandeelhoudersgroepen en door directors, is de werkelijke zetel een te onzeker criterium van lokalisering geworden.⁶⁰⁷De werkelijke zetel sluit ook niet meer aan bij de plaats van hoofdzakelijke bedrijvigheid in de context van een uitzaaiing van filialen en exploitatie-eenheden.⁶⁰⁸ Zo schrijft VANN: ‘Company mergers, inversions and migrations in recent times show that the listing of a widely held company on a stock exchange does not address where the company should be regarded as a resident – in effect – within some commercially driven limits, it is a matter of choice for the company’.⁶⁰⁹ Voornamelijk de stelling van VAN WEEGHEL luidende dat het een ‘inconvenient truth’ is dat het concept van place of effective management niet langer voldoet, spreekt boekdelen.⁶¹⁰ Bovendien kan men m.i. in vraag stellen of de werkelijke zetelleer werkelijk een garantie is voor een nexus met een bepaalde staat.⁶¹¹

Ook het Hof van Justitie onderstreept het belang van de incorporatieleer en hanteert daartoe als criterium de eenvoud.⁶¹² Ik stel vast dat sommige staten

⁶⁰⁷ TILQUIN, T., ‘L’incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis’, *Rev. Prat. Soc.* 1998, 5.

⁶⁰⁸ RIBES, A., ‘Tax residence and the mobility of companies in the European Union: the desirable harmonization of the tax connecting factors’, *Intertax*, 2012, p. 608.

⁶⁰⁹ VANN, R., ‘Liable to tax and company residence under tax treaties’, in G. MAISTO (ed.) *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, p. 266.

⁶¹⁰ VAN WEEGHEL, S., ‘Article 4(3) of the OECD Model Convention: an inconvenient truth’, in G. MAISTO (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, 304.

⁶¹¹ Zie ook: BOUTHILLIER, J., ‘Residence based taxation and FAPI: a world of fictions’, *Canadian Tax Journal*, 2005, p. 187.

⁶¹² Dit kwam bijvoorbeeld duidelijk aan bod in de arresten *Überseering* en *Inspire Art.*

expliciet de keuze voor de incorporatieleer hebben gemaakt. In dat verband haal ik Duitsland en het Verenigd Koninkrijk aan. Gelet op de toenemende mobiliteit van vennootschappen, werd het voor de UK erg moeilijk om steeds geval per geval na te gaan waar de werkelijke zetel van een vennootschap precies was gelegen. Vandaar dat de UK in 1988 overschakelde op de incorporatieleer.⁶¹³ Bovendien vermeld ik dat de meerderheid van de EU-lidstaten reeds de incorporatieleer voorzien i.p.v. de werkelijke zetelleer. Enkel Oostenrijk, België, Frankrijk, Griekenland, Letland, Luxemburg en Slovenië voorzien in een systeem van de werkelijke zetelleer. 22 EU-lidstaten voorzien dus in de incorporatieleer. In België ligt er thans echter een voorstel op tafel van het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht.⁶¹⁴ Dit Centrum werd in het leven geroepen om het vennootschapsrecht en het verenigingsrecht te moderniseren. Eén van de ideeën van dit Centrum is de invoering van de incorporatieleer in België.⁶¹⁵ Het voorstel werd in een beleidsnota op 15 juli 2015 aan de Minister van Justitie overhandigd.

Het OESO-Commentaar heeft – zoals reeds gesteld – echter – minstens voor doeleinden van de tie breaker – een formeel criterium verworpen. Nochtans zijn er in het verleden al auteurs geweest die duidelijk gewezen hebben op zich voordoende wijzigende omstandigheden die in het voordeel van een formeel criterium pleiten. Zo citeer ik VAN WEEGHEL: ‘With the continued globalization of the economy the pursuit of residence based on place of effective management may well become more prominent on the agenda of national revenue authorities’.⁶¹⁶ Enkel deze laatst genoemde visie kan m.i. duidelijkheid verschaffen omtrent het inwonerschap van een ‘company’ voor doeleinden van artikel 16 OESO. Het biedt *de lege feranda* houvast en rechtszekerheid. Deze rechtszekerheid kan m.i. niet geboden worden indien men het begrip ‘company’ zou laten invullen door de bronstaat.

⁶¹³ Meer bepaald moet het zgn. ‘registered office’ van naar Brits recht opgerichte vennootschappen in Engeland, Wales, Schotland of Noord-Ierland zijn gelegen. Indien men die keuze dan heeft gemaakt, kan dit office niet op een rechtstreekse wijze tussen die jurisdicties of naar het buitenland worden verplaatst aangezien een dergelijk besluit van de algemene vergadering in beginsel als nietig zal worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld: COLLINS, L. e.a., ‘*Dacey, Morris and Collins on the conflict of laws*’, London, Sweet & Maxwell, 2006, 1337.

⁶¹⁴ MARESCEAU, K., ‘Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer’, in Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (ed.), *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 203-237.

⁶¹⁵ GEENS, K., ‘Editorial: The Stockholm Promise’, *European Company Law*, 2010, 182.

⁶¹⁶ VAN WEEGHEL, S., ‘Article 4(3) of the OECD Model Convention: an inconvenient truth’, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 307.

2.1.3.4. Anti-misbruikregelgeving bij een formeel vestigingsbegrip binnen artikel 16 OESO

2.1.3.4.1. Algemeen

Een gevolg van de bepleitte introductie van de incorporatieleer voor doeleinden van artikel 16 OESO is dat een lichaam dat opgericht wordt volgens het interne recht van een staat, in andere staten moet erkend worden, zelfs indien het lichaam geen banden meer heeft met de staat van oprichting en haar hoofdbestuur en zijn activiteiten mogelijks heeft verlegd naar een andere staat. Niet alleen zal bijvoorbeeld de rechtspersoonlijkheid moeten worden erkend. Ook zullen vragen m.b.t. de structuur en de inrichting, de verhouding tussen de organen, de rechten van de aandeelhouders, de plicht tot verslaggeving van jaarstukken beheerst worden door de incorporatiewet. Dat wil zeggen dat indien men aan het vennootschapsrecht en het belastingrecht van de staat waar men activiteiten zal ontplooiën, wil ontsnappen, men in een andere staat met een liberaal regime van vennootschaps- en belastingrecht een lichaam opricht. Liechtenstein en Panama⁶¹⁷ zijn bekende voorbeelden van belastingparadijzen waar men lichamen opricht en vervolgens de activiteiten en het feitelijke bestuur zich in een andere staat bevinden. Het lichaam zal in de 'nieuwe' staat moeten erkend worden en blijft onderworpen aan het liberale regime van de oprichtingswet.

Het hoeft dan ook geen betoog dat misbruiken van de incorporatieleer voor doeleinden van artikel 16 OESO tot de mogelijkheden behoren.⁶¹⁸ Lichamen kunnen worden opgericht in een bepaalde staat maar hun activiteiten uitoefenen in een andere staat dan deze die het incorporatiestelsel aanhangt.⁶¹⁹ Zo stelde bijvoorbeeld DRURY dat *'The Delaware syndrome also poses problems for place of incorporation countries, whose apparently liberal recognition policies potentially leave them wide open to abuse'*.⁶²⁰

Om die reden gaan tal van staten die de incorporatieleer huldigen, over tot anti-misbruikbepalingen.⁶²¹ Deze anti-misbruikbepalingen situeren zich echter vaak

⁶¹⁷ MOERMAN, S., 'The main characteristics of tax havens', *Intertax* 1999, p. 368 e.v.

⁶¹⁸ DRURY, R.R., 'The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the Delaware syndrom', *Cambridge Law Journal* 1998, p. 165-194; JACOBS, O., SPENGLER, C. en SCHÄFER, A., 'ICT and International Corporate Taxation: tax attributes and scope of taxation', *Intertax* 2003, p. 226.

⁶¹⁹ VLAS, P., *Rechtspersonen. Praktijkreeks IPR'*, Maklu, 2009, p. 29-30.

⁶²⁰ DRURY, R.R., 'The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the Delaware syndrom', *Cambridge Law Journal* 1998, p. 165-194.

⁶²¹ In Nederland wordt de toegenomen aandacht voor misbruik verklaard door de toegenomen transparantie op belastinggebied. Belastingautoriteiten krijgen meer zicht op de manieren waarop

binnen het leerdomein van het vennootschapsrecht. Als voorbeeld haal ik Nederland aan. Nederland huldigt de incorporatieleer. Misbruiken van de incorporatieleer worden bestreden middels de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997.⁶²² In Nederland spreekt men in beginsel van een puur formeel buitenlandse rechtspersoon als een lichaam naar buitenlands recht is opgericht en geen werkelijke band heeft met de werkelijke incorporatiestaat en haar werkzaamheden nagenoeg volledig ontplooit in Nederland. Als aan deze dubbele eis is voldaan, dan moet na opgave bij het handelsregister het minimumkapitaal volstort zijn, moet de boekhoudplicht worden nagekomen en moet een jaarrekening worden gedeponereerd bij het handelsregister. Bij gebreke van opgave rust op de directors een hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap volgens het Nederlandse recht.⁶²³

2.1.3.4.2. Anti - misbruikbepaling in artikel 16 OESO

Men kan op verschillende manieren anti-misbruikregels integreren in belastingverdragen. Deze kunnen op verschillende manieren vorm worden gegeven. Zo kan men bijvoorbeeld *limitation on benefits* clausules voorstellen. Deze kennen bepaalde verdragsvoordelen alleen maar toe aan personen die aan bepaalde eisen voldoen. Inwonerschap is dan niet voldoende; er worden daarnaast kwalitatieve of kwantitatieve eisen gesteld aan de band die de persoon heeft met een staat.⁶²⁴ Een tweede mogelijke vormgeving van een anti-misbruikbepaling is een zgn. *main purpositest*. Per transactie wordt dan beoordeeld of de band tussen een inkomen en de ontvanger ervan voldoende sterk is (transaction based). Het enkel ontvangen van het inkomen is dan niet voldoende. De *main purpositest* is vaak een open norm waarbij het verdragsvoordeel niet wordt toegekend wanneer de transactie is aangegaan met als voornaamste doel het verkrijgen van het

belastingplichtigen hun activiteiten structureren en zo komen meer misbruikgevallen aan het licht. Zie in dat verband: BENDER, T., 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *W.F.R.* 2011/539.

⁶²² KLEMMANN, P., 'Formeel buitenlandse vennootschappen', *De NV* 1995, p. 186-191; VLAS, P., 'Twee wetsvoorstellen IPR-rechtspersonenrecht', *TVVS* 1995, p. 233-238; VLAS, P., 'Paal en perk aan puur formeel buitenlandse kapitaalvennootschappen', *TVVS* 1993, p. 57-60; BELLINGWOUT, J.W., 'Het euvel van de puur formeel buitenlandse rechtspersonen', *WPNR* 6107; VAN DAAL, G.C., 'Aansprakelijkheden naar Nederlands vennootschapsrecht van bestuurders van buitenlandse rechtspersonen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1998/8, p. 170-176.

⁶²³ De Kluiver heeft gesteld dat de Wet formeel buitenlandse vennootschappen op de tocht is komen te staan door het arrest *Centros* van het Europese Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft dat ook bevestigd zodat de wet beperkt moet worden tot niet Europese lidstaten. Zie HvJ 30 september 2003, *NJ* 2004, 394, Inspire Art. Voor een bespreking zie Rammeloo, S.F.G., 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd.: zetelleercontroversie beslecht! Voortgang harmonisatieproces grensoverschrijdende migratie rechtspersonen onontbeerlijk', *NiPR* 2004, nr. 3.

⁶²⁴ BENDER, T., 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *W.F.R.* 2011/539.

verdragsvoordeel. Recent heeft ook BEPS Actiepunt 6 een zgn. Principle Purpose Test geïntroduceerd.⁶²⁵

In wat volgt poog ik een aanzet te geven tot een anti-misbruikbepaling in artikel 16 OESO die voldoet aan een aantal criteria. Deze criteria werden reeds overtuigend gelanceerd door DE GRAAF.⁶²⁶ Het gaat om (a) rechtszekerheid; (b) doeltreffendheid; (c) proportionaliteit; (d) uitvoerbaarheid en (e) EU-verenigbaarheid.

Indien men een anti-misbruikbepaling voor de vestigingsplaats van een company introduceert voor doeleinden van artikel 16 OESO, moet deze dus – zoals hierboven aangegeven – EU-conform zijn. Het volstaat hiervoor te verwijzen naar de eerder genoemde plicht tot unietrouw en de Open Sky-arresten van het Hof van Justitie.⁶²⁷ Sommige auteurs hebben reeds een aanzet gegeven voor dergelijke anti-misbruikbepalingen in belastingverdragen die aan het EU-recht beantwoorden.⁶²⁸ De rechtspraak van het Hof van Justitie kan daarvoor een inspiratiebron zijn. Zo werd het misbruik van gemeenschapsrecht – inmiddels door het Hof van Justitie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht aangeduid⁶²⁹ – overgeheveld naar het domein van de inkomstenbelastingen, waar het veelal wordt aangeduid als ‘rechtsmisbruik’.⁶³⁰ In het arrest *ICI* werd reeds in een eerste fase aangegeven dat misbruik van gemeenschapsrecht, *in casu* de verdragsvrijheden en meer specifiek de vrijheid van vestiging, vereist dat er sprake is van ‘volstrekt kunstmatige constructies’ die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van een lidstaat te omzeilen.⁶³¹ Aan het arrest *ICI* wordt een subjectieve factor toegemeten van rechtsmisbruik. Het arrest *Cadbury Schweppes* vult dit aan met een objectief element.⁶³² Het Hof van Justitie stelde dat het vestigingsrecht inhoudt dat een *effectieve economische activiteit* wordt nagestreefd in de andere lidstaat. Het Hof van Justitie stelt hierbij echter wel duidelijk voorop dat het uitsluitend nastreven van een belastingvoordeel op zichzelf niet vol-

⁶²⁵ Voor een bespreking, zie LUTS, J., ‘BEPS-Actiepun 6: strijd tegen verdragsmisbruik’, *Fisc. Int.*, 370, p. 4.

⁶²⁶ DE GRAAF, A.C.G.A.C., ‘Visie over vormgeving van een anti-treaty shopping bepaling: een alternatief’, *M.B.B.* 2007/02.

⁶²⁷ HvJ 5 november 2002, C- 466/98, Commissie tegen Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Zweden, Finland, België, Luxemburg, Oostenrijk en Duitsland. Voor een bespreking zie bijvoorbeeld: PÖTGENS, F., ‘De kernwaarden van het fiscale verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2013, p. 84 e.v.

⁶²⁸ DE GRAAF, A.C.G.A.C., ‘Visie over de vormgeving van een anti-treaty shopping bepaling: een alternatief’, *M.B.B.* 2007/2, p. 76.

⁶²⁹ HvJ 5 juli 2007, C-321/05, Kofoed.

⁶³⁰ A. KJELLGREN, ‘On the border of abuse’, *European Business Law Review* 2000, p. 192.

⁶³¹ HvJ 16 juli 1998, C-264/96, ICI.

⁶³² HvJ 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

staat om een misbruik uit te maken. Men dient dus objectieve elementen na te kijken alvorens van misbruik sprake kan zijn. Deze objectieve elementen zijn de aanwezigheid van personeel, uitrusting en gebouwen, etc... die kunnen worden gecontroleerd door derde personen. Indien m.a.w. aan de voorwaarden van effectieve aanwezigheid is voldaan, heeft de subjectieve ingesteldheid van een belastingplichtige geen belang meer.

Uit al deze elementen blijkt dat indien het onderzoek naar voornoemde elementen leidt tot de vaststelling dat een lichaam een fictieve vestiging heeft, dat geen enkele daadwerkelijke economische activiteit verricht op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst, de oprichting van dit lichaam moet aanzien worden als een volstrekt kunstmatige constructie. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dus wel dat er een *objectief* en een *subjectief* element verbonden is aan het misbruikconcept. Zo wordt het objectief element van het misbruikconcept omschreven als ‘wanneer komt vast te staan dat op grond van een geheel van objectieve omstandigheden, rechten of voordelen worden toegekend die vanuit objectief oogpunt niet bedoeld zijn voor dergelijke omstandigheden.’⁶³³ Als rode draad in de rechtspraak van het Hof van Justitie geldt dat een zekere kunstmatigheid van de transactie het aanknopingspunt oplevert voor de vaststelling van het bestaan van het objectief element.⁶³⁴ Het objectief element ziet dus op louter objectieve omstandigheden, geen normale handelstransacties inhouden, kunstmatige voorwaarden creëren of volstrekt kunstmatige constructies uitmaken. Het subjectief element van het misbruikconcept vergt dat uit objectieve elementen de subjectieve misbruikintentie moet blijken. Hierbij is het dus niet de bedoeling om na te gaan welke intentie er bij de partijen persoonlijk doorslaggevend is om bepaalde transacties of objectieve elementen te creëren, maar wel wat objectief gezien daarvan het doel is. Dit doel moet objectief worden bepaald, namelijk door de vaststelling dat er geen andere economische verklaring voor de transactie is dan het verkrijgen van een belastingvoordeel. FAES heeft dit een geobjectiveerd subjectief element genoemd.⁶³⁵ Opnieuw strekt het kunstmatig karakter van de transactie of constructie tot aanknopingspunt. Het subjectief element kan dus kort omschreven worden als de intentie, vastgesteld vanuit objectieve factoren, om uitsluitend een belastingvoordeel te bekomen

⁶³³ D.M. WEBER, ‘Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden. Een onderzoek naar de Europeesrechtelijke grenzen van de bestrijding van belastingontwijking’, *Fiscale Monografieën* 105, Deventer, Kluwer, 2003, p. 192-194.

⁶³⁴ Dat was reeds het geval in het arrest Leclerc (arrest van 10 januari 1985, C-229/83) waarin advocaat-generaal DARMON reeds in zijn conclusies uitdrukkelijk naar een criterium van gekunsteldheid of kunstmatigheid heeft verwezen.

⁶³⁵ FAES, P., ‘*Het rechtsmisbruik in fiscale zaken*’, Larcier, 2008, p.145.

door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.

Een andere reactie die men vervolgens nog hoort over de incorporatieleer luidt dat er alzo competitie ontstaat of zou ontstaan tussen rechtsstelsels.⁶³⁶ Bepaalde auteurs hebben positieve eigenschappen toegemeten aan deze vorm van competitie.⁶³⁷ Zo wordt erop gewezen dat competitie aanleiding geeft tot meer preferenties. Lichamen kunnen dan namelijk het rechtsstelsel kiezen dat hun belangen het best behartigt. In de theorie van TIEBOUTS moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan om te kunnen besluiten dat competitie tussen rechtsstelsels succesvol kan zijn. De belangrijkste voorwaarden luiden dat bedrijven zich volledig vrij en zonder kosten interstatelijk moeten kunnen bewegen, dat bedrijven volledig geïnformeerd zijn over de verschillen tussen de diverse rechtsstelsels en dat het aantal verschillende rechtsstelsels waaruit gekozen kan worden, voldoende groot is. In de literatuur is opgemerkt dat om deze redenen competitie moeilijk zal verlopen, zelfs na de uitspraken van het Hof van Justitie.⁶³⁸ Een eerste reden hiervoor is dat de verplaatsing van lichamen kostelijk kan zijn.⁶³⁹ Ook zal het lichaam niet vertrouwd zijn met de lokale regelgeving zodat advieskosten zullen moeten ingewonnen worden. Ook de tweede voorwaarde zal vaak niet ingevuld zijn. Lichamen zijn vaak niet op de hoogte van de verschillen die bestaan tussen de rechtsstelsels.⁶⁴⁰ In de Verenigde Staten is dit fundamenteel anders omdat er over de meer dan 50 jurisdicties veel informatie bestaat in één enkele taal. Ook de derde voorwaarde wordt als problematische gezien. Immers, de verschillen tussen de Europese stelsels lijken niet groot genoeg te zijn om de keuze voor een ander vennootschapsregime te verantwoorden. Tegenover negatieve reacties ten opzichte van de incorporatieleer staan ook nog overtuigende argumenten pro. Sinds 2004 bestaat namelijk de zgn. *Societatis Europaea* (SA).⁶⁴¹ Het is niet mogelijk om de juridische zetel van de feitelijke zetel te

⁶³⁶ KIENINGER, E.-M., 'Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt', Tübingen 2002.

⁶³⁷ TIEBOUT, C., 'A pure theory of local expenditures', *Journal of Political Economy* 64 (1956), p. 416 e.v. Zie ook: WAGNER, G., 'The virtues of diversity in European Private Law', in Jan SMITS (ed.), *The need for a European Contract Law: Empirical and legal perspectives*, Groningen 2005, p. 5 e.v.

⁶³⁸ SMITS, J.M., 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het beste stelsel van ondernemingsbestuur?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006, p. 21-26.

⁶³⁹ DEAKIN, S., 'Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization: a law and economics perspective on Centros', in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2 (1999), p. 231 e.v.

⁶⁴⁰ VAN DEN BERGH, R., 'Regulatory competition of harmonization of laws? Guidelines for the European regulator', in A. Marciano & J.M. Josselin (eds.), *The Economics of harmonizing European Law*, Cheltenham 2002, p. 33.

⁶⁴¹ Artikel 7 Verordening 2157/2001

scheiden.⁶⁴² Beide moeten in dezelfde staat worden geregistreerd. Ik zie hierin een argument om de dominantie van de incorporatieleer binnen artikel 16 OESO verder te verdedigen.

2.1.3.4.3. Economische activiteit als anti-misbruikbepaling voor doeleinden van artikel 16 OESO

(a) Algemeen

Hierboven werd bepleit dat de incorporatieleer *de lege ferenda* dient geïntegreerd te worden in artikel 16 OESO om het inwonerschap (vestigingsplaats) van de kwalificerende ‘company’ vast te stellen. Hierbij dient een autonome verdragsinterpretatie gehanteerd te worden. De angst voor misbruiken van deze incorporatieleer, kan m.i. worden weggewerkt door het criterium van de anti-misbruikbepaling uit het arrest *Cadbury Schweppes* van het Europese Hof Van Justitie. Hoewel rechtspraak van het Hof van Justitie volgens sommigen misschien weinig te maken heeft met het OESO-Modelverdrag, is het wetenschappelijk niet uitgesloten om stellingnames van het Hof van Justitie te integreren in een ruimer kader binnen het internationaal belastingrecht. Eerder werd er al op gewezen dat belastingverdragen ook EU-conform moeten zijn en de unietrouw moet gerespecteerd worden. DE GRAAF heeft tevens eerder gesteld dat anti-misbruikbepalingen verenigbaar moeten zijn met het EU-recht.⁶⁴³

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat volstrekt kunstmatige constructies als rechtvaardigingsgrond voor de strijdigheid met het gemeenschapsrecht, kunnen opgeworpen worden. Deze dienen objectief vastgesteld te kunnen worden. Indien m.a.w. artikel 16 OESO de incorporatieleer insluit, dient tegelijkertijd een anti-misbruikconcept ingevoegd te worden. Dit anti-misbruikconcept moet verder voldoen aan de overige criteria die DE GRAAF overtuigend heeft gelanceerd. Mijn uitgangspunt luidt dat het begrip ‘economische activiteit’ *de lege ferenda* dient geïntegreerd te worden in artikel 16 OESO. Voor doeleinden van artikel 16 OESO dient dus aangetoond te worden dat het lichaam in de zin van artikel 16 OESO over een zgn. *economische activiteit* beschikt. Hetzelfde werd ook al opgemerkt door VAN WEEGHEL die stelt dat indien een formele invulling zou gegeven worden aan de tiebreaker een substantiële ‘business presence’ in de incorporatiestaat zou moeten voorhanden zijn als anti-

⁶⁴² EBERS, M., ‘Company Law in Member States against the background of Legal Harmonization between legal systems’, *E.R.P.L.* 2003, p. 514.

⁶⁴³ DE GRAAF, A.C.G.A.C., ‘Visie over de vormgeving van een ‘anti-treaty shopping’ bepaling: een alternatief’, *M.B.B.* 2007, nr. 2, blz. 76 e.v.

misbruikmaatregel.⁶⁴⁴ De voorwaarde van ‘economische activiteit’ is trouwens in OESO-verband helemaal niet nieuw. In 2003 heeft de Technical Advisory Group binnen de OESO een voorstel gedaan voor een nieuw artikel 4 (3) OESO.⁶⁴⁵ In deze nota werd gesteld dat indien de *place of effective management* niet kan worden vastgesteld ook *‘the place in which its business activities are primarily carried on’* als alternatief naar voren werd geschoven. Dit begrip werd gedefinieerd als: ‘This will require determining, on the basis of a functional analysis of the activities performed by the entity in the two Contracting States, in which of these two States the functions performed by the entity are clearly the most important’. De optie heeft het echter nooit gehaald. Ook in een andere OESO-context werd reeds een gelijkaardig begrip gelanceerd. In het OESO-Rapport 1998 on harmful tax competition werd het ‘substantial economic criterion’ gelanceerd.⁶⁴⁶ Hetzelfde zie ik opduiken in Actiepunt 5 van de BEPS-rapporten.⁶⁴⁷

Het begrip *economische activiteit* is echter een onbepaald begrip dat tal van ladingen dekt. Dat kan problematisch zijn aangezien een anti-misbruikbepaling rechtszekerheid moet bieden en een hoge graad van uitvoerbaarheid moet kennen. Nochtans is het begrip reeds in eerdere publicaties – weliswaar in een andere context – overtuigend ingevuld geworden. In hoofdorde vindt men het begrip bijvoorbeeld als standaard terug voor de toewijzing van belastingbevoegdheid in geval van grensoverschrijdende ondernemingswinst. WUSTENBERGHS heeft in zijn proefschrift op overtuigende wijze een synthese gemaakt van de essentiële kenmerken die ten grondslag liggen aan een economische activiteit, weliswaar in het kader van bovengenoemde grensoverschrijdende ondernemingswinst. Ik zie echter niet in waarom dezelfde criteria niet gedeeltelijk geëxtrapoleerd kunnen worden in een anti-misbruikbepaling voor het inwonerschap van een ‘company’.⁶⁴⁸ In dat opzicht verwijs ik tevens naar het Nederlands Besluit van 3 juni 2014 waarin nieuwe substance maatregelen⁶⁴⁹ zijn aan-

⁶⁴⁴ VAN WEEGHEL, S., ‘The tie breaker revisited: towards a formal criterion?’, in L. HINNEKENS and P. HINNEKENS (eds.), *A vision of taxes within and outside European borders*, p. 961-969.

⁶⁴⁵ Technical Advisory Group, Discussion Draft, *place of effective management concept. Suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention*, 27 mei 2003.

⁶⁴⁶ Voor een bespreking, zie WEINER, J. en AULT, H., ‘The OECD’s Report on harmful tax competition’, *National Tax Journal* 199, p. 601.

⁶⁴⁷ OECD (2014), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Report concerning the action 5 of OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Het finaal Rapport werd gepubliceerd op 5 oktober 2015. Zie voor een bespreking bijvoorbeeld: DOS SANTOS, A.C., ‘What is substantial economic activity for tax purposes in the context of the European Union and the OECD initiatives against harmful tax competition?’, *EC Tax Review* 2015/3, p. 166 e.v.

⁶⁴⁸ Dit werk werd reeds eerder geciteerd.

⁶⁴⁹ Besluit van 3 juni 2014, DGB 2014/3101

gekondigd in navolging van de BEPS-filosofie, Nederland dat trouwens de incorporatieleer huldigt. Ook daar wordt verwezen naar de aard van bepaalde werkzaamheden dewelke de lichamen moeten verrichten.

Sommige criteria die hieronder aan bod komen, vindt men trouwens ook terug in de literatuur om het onderscheid te maken tussen artikel 16 OESO en artikel 19 §3 OESO hetgeen verder in dit onderzoek aan bod komt. De criteria maken m.i. duidelijk dat een anti-misbruikbepaling die hier wordt voorgesteld, ingegeven moet zijn vanuit de feitelijke activiteiten. Precies deze activiteiten zijn het tegengewicht voor een geveinsde incorporatie van lichamen.

Voorts is het begrip ‘economische activiteit’ ook reeds uitvoerig ingevuld door het Hof van Justitie. Een ‘economische activiteit’ is volgens het Hof van Justitie ‘iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt’.⁶⁵⁰

(b) Criteria

Wat zijn deze criteria nu precies?

- Het moet vooreerst gaan om een handeling in de economische sfeer. Zolang een lichaam presteert t.o.v. een ander rechtssubject, is er sprake van deelname aan het maatschappelijk rechtsverkeer.⁶⁵¹ PÖTGENS heeft erop gewezen dat door een vergelijking van jurisprudentie op verschillende Europeesrechtelijke terreinen, te weten, het vrije verkeer, het mededingingsrecht en de BTW tot een invulling van het begrip ‘economische activiteit’ kan worden gekomen waarbij het erop aankomt dat de activiteit enkel steunt op de gedachte van een economische tegenprestatie, al of niet direct, in geld of in natura.⁶⁵² Uit de voorwaarde van de tegenprestatie blijkt m.i. het economisch karakter. Gelet op de maatschappelijke activiteit van sommige lichamen, kan dit problematisch zijn voor bepaalde activiteiten. Denken we hierbij maar aan lichamen die onderzoek en ontwikkeling verrichten of een headquarterfunctie bekleden voor groepen van lichamen. Om dit te verhelpen, wordt het concurrentie-criterium naar voren geschoven, m.a.w. treedt het lichaam in concurrentie met andere lichamen. Van ‘in concurrentie treden’ is

⁶⁵⁰ HvJ 16 juni 1987, C-118/85, Commissie/Italië; HvJ 18 juni 1998, C-35/96, Commissie/Italië; HvJ 19 februari 2002, C-309/99, Wouters.

⁶⁵¹ TIPKE, K. en KRUSE, H.W., ‘Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung’, OttoSchmidt 1977, 3–32.

⁶⁵² PÖTGENS, F.P.G. en STRAATHOF, M.J.E., ‘Vestiging en substance van (tussen)houdstervenootschappen vanuit EU-rechtelijk perspectief’, M.B.B. 2015/02.

sprake indien de werkzaamheden van de ondernemingsdrager ten koste gaan van het debiet van andere lichamen of indien de activiteiten zich bevinden op een terrein waarop een ander lichaam werkzaam zou kunnen zijn. Dit concurrentie criterium kan m.i. afgeleid worden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. Immers, zoals hierboven werd gesteld is het noodzakelijk om te spreken van een economische activiteit dat er sprake is van een bepaalde markt.

- Ten tweede kan er maar sprake zijn van een economische activiteit zodra er sprake is van een *actieve bedrijfsvoering*. Er moet met name sprake zijn van ‘activiteiten’ volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat er sprake moet zijn van een actieve bedrijfsvoering, blijkt dus uit de gebruikte terminologie zelf. Louter passieve handelingen zijn dus uitgesloten al is het soms onduidelijk wanneer zij toch desgevallend tot een economische activiteit aanleiding zouden kunnen geven. Dit doet tevens vragen rijzen naar de holdings- en beleggingsactiviteiten. *In casu* kunnen actieve holdingmaatschappijen van passieve holdingmaatschappijen worden onderscheiden. Als een holding effectief zeggenschap heeft in het bestuur van dochterbedrijven waarvan zij aandelen aanhoudt, spreekt men van een *actieve* holding. Omdat een holding zich dan doorsnee zal bezighouden met bestuurstaken, financierings-taken en administratieve taken, wordt vaak besloten tot een economische activiteit.⁶⁵³ Een passief beheer daarentegen kan moeilijker aangemerkt worden als een economische activiteit.⁶⁵⁴ Men dient dit als passief beheer te bekijken op de domeinen van aandelen, kunst, onroerende goederen, etc. DE BROE heeft echter gesteld dat uit het DAILY MAIL-arrest afgeleid kan worden dat enkel passieve activiteiten die niet vergezeld gaan van dienstverrichting, niet als daadwerkelijke activiteiten zijn te beschouwen.⁶⁵⁵ Voorts heeft het Hof van Justitie eveneens gesteld dat het louter aanhouden en beheren van een vordering op een

⁶⁵³ BONGAARTS, P.J.M. en ESSERS, P.H.J., ‘*Het fiscaal regime voor beleggingsinstellingen*’, Deventer Kluwer 1993, 126-127.

⁶⁵⁴ In dezelfde zin PEETERS die stelde: ‘Feitelijk aanwezige meerderheidsdeelnemingen vallen in beginsel al binnen de materiële werkingssfeer van art. 43/48 EG waardoor vooral aan die verdragsvrijheid eerst wordt getoetst. Toch zou, mijns inziens, nog aan art. 56 EG toegekomen kunnen worden. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de volgens mij buiten de materiële werkingssfeer van art. 43/48 EG vallende (meerderheids)deelnemingen in vennootschappen zonder daadwerkelijke economische activiteit (bijvoorbeeld brievenbus- of schijnvennootschappen en mogelijk ook passieve beleggings- of financieringsvennootschappen)’, PEETERS, P.J.J.M., ‘Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?’, *W.F.R.* 2007/777.

⁶⁵⁵ DE BROE, L., ‘*International tax planning and prevention of abuse. A study under domestic tax law, tax treaties and EC-law in relation to conduit and base companies*’, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 847.

grootmoedervennootschap voldoende is om te kunnen spreken van een effectieve economische activiteit.⁶⁵⁶

- Ten derde moet er een duurzaamheidsvereiste zijn om te kunnen spreken van een economische activiteit. Dat impliceert een zekere bestendigheid in de tijd van het lichaam. Dat blijkt onder meer uit het Factortame-arrest.⁶⁵⁷
- Ten vierde moet het om core-activiteiten gaan. Marginale en bijkomstige activiteiten zijn uitgesloten.⁶⁵⁸

Indien de criteria niet ingevuld zijn, kan men niet aan de toepassing komen van artikel 16 OESO. Aangezien het gesloten systeem v.d. arbeidsartikelen in dit onderzoek betwijfeld is geworden, zal men in beginsel bijgevolg toekomen aan de toepassing van het restartikel.

2.1.4. Tussentijds besluit: aanbeveling tot formeel vestigingsbegrip

Om al deze redenen is voor de invulling van het begrip ‘company’ voor doeleinden van artikel 16 OESO, een herziening noodzakelijk. Een incorporatiecriterium voor het lichaam, dient m.i. *de lege ferenda* toegevoegd te worden in artikel 16 OESO. Er dient een autonome verdragsinterpretatie plaats te grijpen waarbij de invulling door de bronstaat niet relevant is. Een geactualiseerde versie werpt zich dan ook op. Om al deze redenen dient de volgende passage toegevoegd te worden aan het begrip ‘company’ in artikel 16 OESO: *which is incorporated in the other Contracting State and represents real economic activity*. De criteria dewelke een invulling geven aan het begrip ‘economische activiteit’, kunnen geïntegreerd worden in het OESO-Commentaar bij artikel 16 OESO. Indien men de criteria in het OESO-Modelverdrag zelf zou integreren is een eventuele aanpassing van de criteria – bijvoorbeeld op basis van bepaalde rechtspraak – minder flexibel.

2.1.5. Tie breaker

Het is niet uitgesloten dat op grond van artikel 4, eerste lid, OESO een lichaam als inwoner van beide verdragsstaten wordt bestempeld. Er is dan sprake van een dubbele vestigingsplaats. Welnu, indien een lichaam op grond van de respectievelijke interne wetgevingen inwoner blijkt te zijn van beide staten (dual

⁶⁵⁶ HvJ 29 november 2011, C-371/10, National Grid Indus.

⁶⁵⁷ HvJ 25 juli 1991, C-221/89, Factortame II.

⁶⁵⁸ HvJ 23 maart 1982, C-53/81, Levin.

resident company), wordt het verdragsrechtelijk geacht inwoner te zijn van de staat waar de plaats van haar werkelijke leiding is gelegen (place of effective management).

2.1.5.1. Historische duiding

Working Party 2 (WP2) introduceerde in haar Rapport van 27 mei 1957 een tie-breaker rule om de dubbele vestigingsplaats van een lichaam trachten op te lossen. De aangereikte oplossing bestond in het geven van prioriteit aan de staat waar de business van het lichaam werd 'managed and controlled'.⁶⁵⁹ Daarvoor waren echter al sporen terug te vinden van pogingen om het fiscaal inwonerschap (vestigingsplaats) van lichamen te duiden. Zo heeft de Mexico-Modelovereenkomst gesteld dat onder 'fiscal domicile' van lichamen wordt verstaan 'the state under the laws of which they were constituted'. De London-Modelovereenkomst gaf dan weer voorrang aan de staat waar 'the real center of management' was gesitueerd.

WP2 gaf ook een verklaring waarom zij voorrang wilde verlenen aan de staat waar de business van het lichaam werd gemanaged en gecontroleerd. Zo werd gesteld dat *'a study of the agreements in force has shown that the great majority of these accord the right to tax to the country where the corporation is managed and controlled. Only as a rare exception is importance attached to the place where the corporation has been registered. The Working Party considered that it was natural not to attach importance to a purely formal criterion like registration, but to attach importance to the state in which the corporation is actually managed, and it is proposed to choose the term managed and controlled'*.⁶⁶⁰ Het concept was afkomstig van de toen bestaande UK belastingverdragen.⁶⁶¹ Nochtans was WP2 klaarblijkelijk onmiddellijk onzeker over de invulling van het concept. In dat opzicht verklaarde zij: *'The term managed and controlled is not in itself clear. Normally no doubt would supposedly exist, but in case of a company which satisfies the conditions for full liability to tax in several countries the question may arise whether it is managed and controlled by the managers, the board of directors or the shareholders (the general meeting). If, say, the controlling interest is to be found in one country, the board of directors has its seat in another, and the company is managed from a third, there appears to be a problem which must be solved'*.⁶⁶² Nochtans werd niet zwaar getild aan deze onzekerheid stellende dat *'the question will hardly be of practical*

⁶⁵⁹ FC/WP2(57)1 van 27 mei 1957, A.II

⁶⁶⁰ FC/WP2(57)1, A.II.B.

⁶⁶¹ VANN, R., 'Liable to tax and company Residence under Tax Treaties', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, 235.

⁶⁶² FC/WP2(57)1, A.II.B.

importance, it has been found reasonable and natural to reserve such cases for agreement between the interested parties. Bepaalde rechtspraak dacht daar destijds al heel anders over en realiseerde zich toen al dat ‘the seat of central management’ niet makkelijk vast te stellen was. In *United Constructions Co Ltd.* werd gesteld dat ‘Individual cases have not always so arranged themselves as to make it possible to identify any one country as the seat of central management and control at all. Though such instances must be rare, the management and control may be divided or even, at any rate in theory, peripatetic’.⁶⁶³

Het concept ‘place of effective management’ is *de facto* afkomstig van de Zwitserse delegatie in WP2. Het ontwerpartikel van deze delegatie, klonk als volgt: ‘*If it results from the application of paragraph 1 that a legal person is domiciled in each of the two states, then the place in which its effective management is situated shall be determinative of its domicile*’.⁶⁶⁴In het vierde Rapport van WP2 werd er – weliswaar niet naar het voorstel van de Zwitserse delegatie – niet langer gesproken van ‘management and control’ alswel van ‘place of effective management’. Men wilde in lijn zijn met WP5 dat een Rapport had geschreven genaamd ‘Report of the Taxation of Income and Capital of Shipping’ van 6 mei 1957.⁶⁶⁵Artikel 5 van dit Rapport stelde dat ‘a company or other body corporate shall be regarded as resident in the state in whose territory its place of effective management is situated’. Men had er blijkbaar groot vertrouwen in dat een helder concept was gelanceerd aangezien de verwijzing naar een mutual agreement – die voorkwam in de concepten – naar de archieven was verbannen. Het concept is dan vervolgens geïntegreerd in artikel 4(3) OESO maar verdere duiding werd nauwelijks gegeven. Hoewel historisch gedacht werd dat men een helder begrip had gelanceerd, doken de eerste barsten al op in 1977. Nieuw Zeeland maakte toen namelijk een voorbehoud bij het commentaar van het OESO-Modelverdrag 1977 luidende ‘New Zealand’s interpretation of the term effective management is practical day to day management, irrespective of where the overriding control is exercised’. Deze visie was duidelijk in conflict met de UK visie die eerder de controlefunctie van de board of directors had beoogd.⁶⁶⁶

Het viel al snel op dat staten het concept gingen invullen middels hun intern recht. Dat was helemaal niet de bedoeling geweest van de OESO die het begrip

⁶⁶³ *Unit Construction Co Ltd v. Bullock*, 1959, 3 All ER 831.

⁶⁶⁴ FC/WP2(57)2 van 19 september 1957.

⁶⁶⁵ WP5 (FC/WP5(57)2

⁶⁶⁶ SULLIVAN, J., ‘A study on the interpretation and limitations of the concept place of effective management as laid down in article 4(3) of the OECD Model Tax Convention’, Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2011, p. 22.

een autonome betekenis had willen geven. Het was dan ook niet verwonderlijk dat de OESO in 2000 een aanpassing deed aan paragraaf 24 van het commentaar op artikel 4 (3) OESO. Er werd gesteld dat *'The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of effective management, but it can have only one place of effective management at any one time.'* M.i. verloor de OESO hier uit het oog dat het begrip 'board of directors' in onderscheiden staten verschillend werd ingevuld.

Met ingang van de 2008 versie van het OESO-Commentaar, is de volgende toelichtende zin komen te vervallen: *'The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined, however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management'*. Volgens het OESO-Rapport *'The 2008 update to the Model Tax Convention'* vonden vele staten dat ten onrechte voorrang toegekend werd aan de plaats waar het bestuur van het lichaam bijeenkomt ten opzichte van de plaats waar de senior executives van het lichaam hun belangrijkste managementbeslissingen nemen. Veeleer vindt een belangrijk aantal staten dat nog meer dan voorheen van geval tot geval door middel van een onderlinge overlegprocedure dient te worden beoordeeld waar een dual resident lichaam voor verdragstoepassing is gevestigd. Met ingang van de 2008 – versie van het OESO-Commentaar is daarom een alternatief tekstvoorstel voor het derde lid van artikel 4 OESO opgenomen. Wat betreft de vaststelling van de plaats van de werkelijke leiding dient het vervolgens te gaan om de plaats waar de belangrijkste commerciële en managementbeslissingen worden opgenomen en niet om de plaats van de dagelijkse leiding. Om deze plaats te bepalen moeten aldus paragraaf 24 van het OESO-Commentaar alle belangrijke feiten en omstandigheden worden meegewogen. DE BROE heeft in zijn commentaar bij de draftversie 2008 gesteld dat hiermee nog steeds geen duidelijke inhoud aan het begrip wordt gegeven. Hij stelde dat *'The current rule is merely given a general principle, which is seen to be unsatisfactory'*.

2.1.5.2. Nationale invulling i.p.v. autonome interpretatie

Omwille van een gebrekkige OESO invulling van het begrip ‘place of effective management’ gingen tal van staten over tot een nationale invulling van het begrip. Dat was helemaal niet de bedoeling van de OESO.⁶⁶⁷ Dat maakt dat de invulling van het begrip zeer uiteenlopend kan zijn. AVERY JONES heeft er verder op gewezen dat verschillen in de zgn. *fiscale culturen* de interpretatie van het begrip kunnen beïnvloeden. Hiermee wordt bedoeld dat niettegenstaande het begrip vanuit een OESO-visie een autonome betekenis moet toegemeten worden, staten het begrip blijven invullen volgens hun intern recht. Daarbij komt nog eens bij dat m.i. corporate governanceverschillen meespelen ter bepaling welk management precies wordt beoogd.⁶⁶⁸

Tal van staten hebben dan ook een poging ondernomen om het begrip – bij gebrek aan duidelijke richtlijnen – zelf in te vullen. Zo verwijst ik naar het standaardarrest van de Nederlandse Hoge Raad.⁶⁶⁹ In zijn uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat ‘bij de beoordeling naar de omstandigheden van de vestigingsplaats van een lichaam, moet in het algemeen ervan worden uitgegaan dat de werkelijke leiding van het lichaam berust bij zijn bestuur, en dat de vestigingsplaats overeenkomst met de plaats waar dit bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat de werkelijke leiding van het lichaam door een ander wordt uitgeoefend dan dat bestuur, kan er aanleiding zijn als vestigingsplaats van het lichaam aan te merken de plaats van waaruit die ander de leiding uitoefent’. BURGERS omschrijft het leiding geven als het nemen van de kernbeslissingen met betrekking tot investeringen en financiering, het nemen van de eerste stap in de keten van het geven van instructie aan de binnen de vennootschap werkzame personen en het dragen van de eindverantwoordelijkheid.⁶⁷⁰ Deze visie is ontleend aan een uitspraak van de Hoge Raad.⁶⁷¹ Volgens sommige auteurs dient het criterium van de werkelijke leiding ingevuld te worden als de plaats waar *hoofdleiding* wordt gegeven.⁶⁷² Volgens de Oostenrijkse visie gaat het om de plaats waar de managing director zijn beslissingen

⁶⁶⁷ OLIVER, J., ‘Effective management’, 5 *BTR*, 2001, 290.

⁶⁶⁸ AVERY JONES, J., ‘Place of effective management as a residence tie-breaker’, *Bulletin of International Taxation* 2005, 20.

⁶⁶⁹ HR 14 oktober 2005, *B.N.B.* 2006/79.

⁶⁷⁰ BURGERS, I.J.J., ‘Wegwijs in het Internationaal Belastingrecht’, Den Haag, tweede druk, Sdu, 2003, p. 113; BURGERS, I.J.J. e.a., ‘Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht’, SDU, achste druk, 2015.

⁶⁷¹ HR 23 september 1992, *B.N.B.* 1993/193c

⁶⁷² STEVENS, S.A., ‘Belastingplicht in de vennootschapsbelasting’, Kluwer, 2009, p. 22.

neemt.⁶⁷³ Ook de Belgische rechtspraak heeft reeds meermaals gepoogd een invulling te geven aan het begrip 'place of effective management'. Zo werd reeds geoordeeld dat een vennootschap haar zetel van werkelijke leiding niet in België had, gelet op de volgende criteria: de raden van bestuur en de algemene vergadering(en) van de vennootschap vonden steeds in Frankrijk plaats op de maatschappelijke zetel van de vennootschap, de vennootschap beschikte in Frankrijk over een gehuurde opslagplaats en kantoorruimtes en over personeel dat in die gebouwen werkte. Tevens bestond er in Frankrijk een eigen infrastructuur op administratief, logistiek en commercieel gebied. In een aantal Canadese casussen⁶⁷⁴ werden de volgende elementen in overweging genomen: plaats van incorporatie, woonplaats van de aandeelhouders of bestuurders, plaats van financiële transacties, plaats waar de verplichte boeken worden bijgehouden. Een recent vonnis stelde nogmaals duidelijk dat het bepalen van de werkelijke zetel een feitelijke aangelegenheid is. Het vonnis stelde dat als relevante aanknopingspunten kunnen worden aangemerkt vb. de plaats waar de algemene vergaderingen en de raden van bestuur samenkomen en hun beslissingen nemen, de plaats waar de boekhouding wordt gehouden, de plaats waar archieven, boeken en sociale documenten worden bewaard.⁶⁷⁵ In Spanje wordt belang gehecht aan de plaats waar key-beslissingen worden genomen i.p.v. belang te hechten aan de day-to-day-managementtaken.⁶⁷⁶

Het gegeven dat een concernverhouding voorhanden is, kan de vraag naar de werkelijke leiding nog compliceren. Toch heeft de rechtspraak in het verleden reeds geoordeeld dat de plaats van een controlerende aandeelhouder (zoals bijvoorbeeld een moederonderneming) relevant kan zijn om te beoordelen waar de plaats van werkelijke leiding van een concern gesitueerd is. Deze casus handelt over een UK holdingvennootschap met een aantal Keniaanse dochterondernemingen. *In casu* werd geoordeeld dat omwille van het feit dat de board of directors van de topholding alle beslissingen nam, de Keniaanse vennootschappen als UK inwoners moesten beschouwd worden.⁶⁷⁷ Ook STEVENS haalde in dat verband reeds bepaalde rechtspraak van het Hof van Amsterdam aan om

⁶⁷³ SIMADER, K., 'Austria', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, 351.

⁶⁷⁴ *Birmount Holdings Ltd v. R* (1978) CTC 358; *Tara Exploration & development Co Ltd v MNR* (1970), CTC 557.

⁶⁷⁵ Rb. Brussel 6 juni 2014, *F.J.F.* 2014/286.

⁶⁷⁶ MARTINEZ GINER, L.A., 'Spain', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 790.

⁶⁷⁷ *United Constructions Co Ltd versus Bullock*, 1959, 3 ALL ER, 831.

hiermee aan te tonen dat het moet gaan om de beslissingen die de kernactiviteiten van het lichaam zelf raken en niet de concernactiviteiten in het algemeen.⁶⁷⁸

2.1.5.3. Formeel criterium voor tie breaker in artikel 4 (3) OESO?

Men kan zich ernstige vragen stellen bij de verscheiden invulling van de tie breaker - rule uit artikel 4 (3) OESO. Het is niet alleen onduidelijk wat bedoeld wordt met het begrip, ook is het onduidelijk welke level van directors/managers precies worden beoogd. Bij de introductie van artikel 4 (3) OESO ging men meer dan waarschijnlijk uit van traditioneel geleide lichamen, vaak met een sterke hiërarchie. Zo niet, is het niet te begrijpen waarom WP 2 nauwelijks problemen zag in de invulling van het concept 'managed and controlled'. Vandaag kan men echter spreken van zgn. 'polycentralised networking operations' en impacteert een IT revolutie zonder twijfel het concept.⁶⁷⁹

Ik stel me dan ook ernstig de vraag in welke mate geen aansluiting moet worden gezocht bij een formeel criterium ter invulling van de tie breaker-rule, uiteraard aangevuld met de eerder genoemde anti-misbruikbepalingen. Historisch is de OESO daar niet meteen voor⁶⁸⁰ al zijn er wel historische sporen terug te vinden van een dergelijke formele invulling. In dat verband heb ik er reeds op gewezen dat de Mexico-Modelovereenkomst 1943 een dergelijk formeel criterium bepleitte. Welnu, uit een vorig onderzoek – zie mijn aanbevelingen in 2.1.3.3. – blijkt dat een bepaalde strekking – zijnde de incorporatieleer – voorrang moet krijgen voor invulling van het inwonersbegrip van een lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO. Dat hoeft trouwens niet problematisch te zijn indien een bepaalde staat een dergelijk formeel criterium niet kent. Ik bepleit namelijk een verdrag autonome toepassing van het criterium.

De bovenstaande redenering heeft noodzakelijk effect op de tie breaker - rule. Men dient noodzakelijk te besluiten dat door deze wijziging een spanningsveld ontstaat met de tie breaker van artikel 4 (3) OESO. Daardoor – en om alle andere aangehaalde redenen – moet de tie breaker-rule m.i. – op zijn minst voor doeleinden van artikel 16 OESO-verwijzen naar een formeel vestigingsbegrip. Uit voorgaande passages is namelijk gebleken dat de OESO de voorbije jaren enorm heeft geworsteld met de invulling van het begrip 'place of effective manage-

⁶⁷⁸ STEVENS, S.A., 'Belastingplicht in de vennootschapsbelasting', Kluwer, 2009, p. 22.

⁶⁷⁹ HINNEKENS, L., 'Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule', *Intertax*, 2003, 31; HINNEKENS, L., JACOBS, O.H., SPENGLER, C. en SCHAFER, A., 'ICT and International Corporate Taxation: Tax attributes and scope of taxation', *Intertax* 2003, 214-231.

⁶⁸⁰ OESO - Commentaar 4/22.

ment'. Dat blijkt eens te meer uit de recente Public Discussion Draft over BEPS 6.⁶⁸¹ Het OESO-Commentaar op artikel 4 wordt aldaar als volgt gewijzigd: *'the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States'*. M.i. een duidelijk signaal dat de OESO nog steeds blijft worstelen met het begrip.

Om die reden is het m.i. aangewezen dat de tie breaker uit artikel 4 (3) OESO een nieuwe hiërarchie zou introduceren. Deze hiërarchie start dan noodzakelijk met een formeel criterium – met inbegrip van een anti-misbruikbepaling – en wordt nadien gevolgd door substantieve criteria waarvan de plaats van effectieve leiding er natuurlijk een kan zijn. Het spreekt voor zich dat een onderlinge overlegprocedure ook nog steeds een ultimum remedium kan blijven. Deze formele invulling dient noodzakelijk te gebeuren middels een aanpassing van het OESO-Modelverdrag. Het is namelijk gebleken dat door tal van aanpassingen aan het OESO-Commentaar niet veel duidelijkheid is verschaft kunnen worden. Een helder uniform en formeel criterium in het OESO-Modelverdrag kan daarom een hele stap vooruit zijn. Dat is trouwens niet de enige reden waarom de wijziging moet doorgevoerd worden door middel van een aanpassing aan het OESO-Modelverdrag zelf. Het huidige artikel 4 (3) OESO voorziet namelijk niet in een voorrang van een formeel criterium.

2.1.5.4. Driehoekssituaties

De huidige tie breaker-rule is er *de facto* op gericht op een uitweg te zoeken ingeval tussen twee staten een conflict van vestigingsplaats ontstaat. In dat opzicht wordt de heffingsbevoegdheid dan toegewezen aan de staat alwaar de 'place of effective management' van het lichaam zich bevindt. Dit doet vragen rijzen wat precies moet gebeuren in zgn. triangulaire situaties. Een dergelijke driehoekssituatie betreft een situatie waarbij drie verschillende staten betrokken zijn. Driehoeksverhoudingen kunnen derhalve worden gedefinieerd als situaties die aanleiding geven tot een multilaterale belastingheffing over hetzelfde inko-

⁶⁸¹ OECD Public Discussion Draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances van 14 maart 2014. Het finaal Rapport werd gepubliceerd op 5 oktober 2015.

men.⁶⁸² De kern van het probleem ligt in het gegeven dat de werking van een belastingverdrag bilateraal is. Dat betekent *in concreto* dat de verdragen principieel geen oplossing aanreiken voor problemen die zich voordoen in situaties waarin derde staten zijn betrokken.⁶⁸³

Stel bijvoorbeeld dat een lichaam op basis van het interne recht inwoner is van twee contracterende staten A en B. Echter, op basis van de toets van de 'place of effective management' is zijn vestigingsplaats gesitueerd in staat C. De tie breaker-rule is dan enkel bevoegd om een oplossing over de duale vestigingsplaats onder de belastingverdragen tussen A en C alsook tussen B en C aan te reiken. Maar, de problematiek van het de duale vestigingsplaats onder het belastingverdrag tussen A en B blijft onopgelost. Eén en ander volgt uit de letterlijke lezing van artikel 4 (3) OESO dat stelt dat 'if an entity is a resident of both contracting states it shall be deemed to be a resident *only* of the state in which its place of effective management is situated'.

De OESO Update 2008 heeft vervolgens een aanpassing gedaan aan paragraaf 8.2 van artikel 4 (1) OESO. De passage leest als volgt: '*It also excludes companies and other persons who are not subject to comprehensive liability to tax in a contracting state because these persons, whilst being residents of that state under that state's tax law, are considered to be residents of another state pursuant to a treaty between these two states*'. Als ik teruggrijp naar het voorbeeld, betekent dit dat wanneer de place of effective management is toegewezen aan staat C, staat A de zgn. loser state is ingevolge het belastingverdrag tussen A en C. Bijgevolg kan het lichaam geen inwoner zijn van staat A onder diens andere belastingverdragen.

Sommige auteurs hebben – m.i. terecht trouwens – gesteld dat artikel 4 (1) OESO het volgende bevat: '*for the purposes of this convention*'.⁶⁸⁴ Dit komt er op neer dat de uitkomst van de interpretatie in een welbepaald belastingverdrag in beginsel niet van invloed kan zijn op andere belastingverdragen. Voorts heeft BIAC in haar commentaren gesteld dat de aanpassing aan het OESO-Commentaar niet gedragen is door de bewoordingen van het OESO-Modelverdrag zelf.⁶⁸⁵ Ik onderschrijf deze visie ten volle. De aanpassing van het

⁶⁸² GARCIA PRATS, F.A., 'Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double tax treaties', *Intertax* 1994/11, 475.

⁶⁸³ COOLS, A. en WANTEN, D., 'Hoge Raad velt nieuw arrest over driehoekssituatie', *Fiscalog Internationaal* 285, p. 6.

⁶⁸⁴ FANTOZZI, A., LE GALL, J.P., VAN RAAD, K., BAUNER, Y. en NIKOLAKAKIS, A., 'Round Table: The issues, conclusions and summing up', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, 900.

⁶⁸⁵ Kritiek gegeven door BIAC op de OECD Discussion Draft 2008 van 31 mei 2008.

OESO-Commentaar kan m.i. nooit een substituut zijn om de verdragsartikelen zelf aan te passen.⁶⁸⁶ Er blijft dus op zijn minst gezegd heel wat twijfel in geval van triangulaire situaties. Echter, door de installatie van een bepalend *formeel* criterium in de tie breaker van artikel 4(3) OESO, zal de problematiek van de driehoekssituaties voor de bepaling van de vestigingsplaats van lichamen in alle geval beduidend kleiner worden aangezien treffend meer duidelijkheid wordt geboden.

2.2. Partnerships

2.2.1. Inleiding

In het rechtsverkeer wordt geregeld gebruik gemaakt van zgn. fiscaal transparante entiteiten. We denken hierbij bijvoorbeeld aan de aanwending van de tijdelijke handelsvereniging of gelijkaardige vehikels in de bouwsector, het toememend succes van de burgerlijke maatschap in successieplanningsstructuren, het veelvuldig gebruik van Angelsaksische en voornamelijk Amerikaanse partnerships in het kader van grensoverschrijdende investeringsstructuren en de toename van het aantal beleggingsfondsen.⁶⁸⁷ Welnu, ook dergelijke lichamen moeten bestuurd worden. Artikel 16 OESO bepaalt dat de inkomsten door de director moeten genoten worden van een ‘company’ die ‘inwoner’ is van de andere staat. Deze beide voorwaarden moeten dus voldaan zijn alvorens de toepassing van artikel 16 OESO aan de orde is. Het begrip ‘company’ betekent voor de OESO ‘*any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*’. Ten aanzien van partnerships betekent deze onbeperkte belastingplicht dat er enkel sprake kan zijn van inwonerschap, indien het gaat om niet fiscale transparante partnerships dewelke m.a.w. zelfstandig gerechtigd zijn om het OESO-Modelverdrag in te roepen. Als het daarentegen gaat om fiscaal transparante partnerships, is er geen zelfstandige onderworpenheid aan belasting door de partnership zodat het inwonersbegrip hierop niet van toepassing is.

Voor doeleinden van artikel 16 OESO kan o.m. ook rechtspersoonlijkheid van belang zijn (die zullen fiscaal namelijk altijd als een ‘body corporate’ behandeld worden). Om die reden wordt o.a. nagegaan onder welke omstandigheden een fiscaal transparante entiteit rechtspersoonlijkheid heeft. Ook wordt de belas-

⁶⁸⁶ COOLS, A., ‘OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid’, *T.F.R.* 477, 188.

⁶⁸⁷ HINNEKENS, P., ‘Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk’, *T.F.R.* 2000, p. 943; GEENS, K., ‘De grensafbakening tussen vereniging, vennootschap en andere vormen van samenwerking’, in A. BENOIT-MOURY en K. GEENS (eds.), *La coopération entre entreprises-de samenwerking tussen ondernemingen*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 1993, 467.

tingplicht van dergelijke entiteiten onderzocht. Als vervolgens is bekeken onder welke omstandigheden partnerships verder als lichaam kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO, dient nagekeken te worden welke partners kwalificeren onder het verdragsartikel. Gelet op de specificiteit van het onderwerp, wordt het lichaam en het toepassingsgebied *intuitu personae* hier tezamen behandeld.

In feite gaat het er steeds om dat verschillende partijen een gemeenschappelijk lichaam wensen op te richten – al dan niet tijdelijk – zonder dit lichaam uitvoerig te institutionaliseren (*non corporate joint ventures*). Sommige auteurs maken in deze categorie een onderscheid tussen zuiver contractuele constructies (*contractual joint ventures*) en constructies die een gereguleerde vorm aannemen en dewelke gepaard gaan met de installatie van een vehikel (*partnership joint ventures*).⁶⁸⁸ Over deze laatste categorie gaat onderstaande bijdrage. Deze categorie wordt kortweg aangeduid als *partnerships*. Voor doeleinden van dit onderzoek is het van belang om aan te geven dat ook partnerships dienen bestuurd te worden. Uit wat verder blijkt zal – voor wat betreft het bestuur van een partnership – een onderscheid worden gemaakt tussen een director van een partnership die tevens partner is in de partnership en een director die geenszins partner is in de partnership. Hiervoor zal het vooreerst van belang zijn een concrete definitie te geven aan het begrip *partnership*. Alvorens de fiscaliteit te kunnen bestuderen van de director die een mandaat bekleedt in een partnership in een internationale context, is het van belang om te weten wat een partnership precies is. Vervolgens zal pas aandacht worden besteed aan de rechtspersoonlijkheid van de partnership.

2.2.2. Het begrip ‘partnership’

Het begrip ‘partnership’ laat zich niet makkelijk invullen. Een partnership wordt door sommige auteurs gedefinieerd als een bijzondere vorm van joint venture die op zijn beurt wordt gedefinieerd als een overeenkomst tussen twee (of meer) partijen met het oog op het tot stand brengen van een samenwerking of de uitvoering van een welbepaald commercieel of industrieel project.⁶⁸⁹ Het onderscheid tussen een joint venture en een partnership, wordt aangeduid met de opmerking dat de belangen en banden tussen de partners in het kader van

⁶⁸⁸ L.P. WRAGG, ‘General Legal Issues-A United States Perspective’, in D.F. Broder e.a. (eds.), *International Joint Ventures, The legal and tax issues*, London, Professional Information Publishing, 1996, 3.

⁶⁸⁹ P.J.A.M. NIJNENS, ‘Joint ventures in The Netherlands-A corporate law perspective’, in D.F. BRODER e.a. (eds.), *International Joint Ventures, the legal and tax issues*, London, Professional Information Publishing, 1996, 26.

joint venture veel kleiner zijn dan bij een partnership.⁶⁹⁰ Verder stelt bijvoorbeeld WUSTENBERGHS dat een partnership maar als dusdanig wordt beschouwd indien het ook zo wordt gekwalificeerd door de organisatiestaat, d.i. de staat waar het samenwerkingsverband wordt georganiseerd.⁶⁹¹ De term 'partnership' wordt in de diverse staten anders ingevuld.⁶⁹² Er zijn derhalve diverse definities ter invulling van het begrip 'partnership'.⁶⁹³ FAES heeft ook gepoogd een definitie te geven van het begrip.⁶⁹⁴ Hij maakt een onderscheid op basis van de theorie van de rechtspersoonlijkheid. Voor rechtsstelsels vertrouwd met dit begrip zou de rechtspersoonlijkheid het onderscheidende kenmerk vormen. De stelling wordt niet gevolgd door heel wat auteurs.⁶⁹⁵ Deze visie sluit *de lege lata* dan ook simpelweg niet aan bij artikel 3, 1, g) OESO. Ook WUSTENBERGHS waagt zich aan een definitie.⁶⁹⁶ In de definitie van WUSTENBERGHS komen echter eigenschappen aan bod die gemeenzaam worden toegerekend aan een partnership. De auteur omschrijft een partnership als *een duurzame contractuele verhouding⁶⁹⁷ tussen twee of meer personen die daartoe goederen of diensten inbrengen⁶⁹⁸ met het oog op het volbrengen van een gezamenlijk ondernemingsdoel⁶⁹⁹ en gericht op het realiseren en verdelen van winst of verliezen*. Deze visie vindt men trouwens ook terug bij LARKING die stelde dat een partnership als volgt kan worden omschreven: *'in general a partnership may be said to consist of an associa-*

⁶⁹⁰ H.G. HENN/J.R. ALEXANDER, 'Laws of Corporations', St. Paul, West Publishing, 1983, 105; A. SKAAR, *Permanent Establishments*, 176.

⁶⁹¹ WUSTENBERGHS, T., 'Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten', *Larcier*, 2005, 577.

⁶⁹² PHILIPP, A., 'General Report-Partnerships and joint enterprises in international tax law', in IFA (eds.), *Cah. Dr. Fisc. Int.*, Vol. LVIIIb, Amsterdam, Elvé, 1973, p. 1(59), 62.

⁶⁹³ Dit blijkt eveneens uit het OESO-Rapport i.v.m. de uitwisseling van informatie tussen belastingautoriteiten van 2 december 2002.

⁶⁹⁴ FAES, P., 'Partnerships: commentaar gebonden kwalificaties', *T.F.R.* 2000, 959.

⁶⁹⁵ HINNEKENS, P., 'OESO rapport inzake toepassing van het OESO modelverdrag op partnerships en de door België afgesloten dubbelbelastingverdragen. Toetsing aan de hand van het nieuwe verdrag tussen België en Nederland', in X, *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Brussel, Bruylant, 2002, 237; LE GALL, J.P., 'Rapport general', in International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 80A, 597-599.

⁶⁹⁶ Uit tal van publicaties blijkt dat het begrip zich niet makkelijk laat invullen. Vaak zal er dan ook geen definitie aan de term worden toegekend en zal eerder worden gesproken over een 'entiteit'. Zie daarover bijvoorbeeld PEETERS, B., 'Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden', *Larcier*, 2011, 463.

⁶⁹⁷ TILAKAPALA, V., 'United Kingdom-International Joint Ventures', in D.F. BRODER, e.a. (eds.), *International Joint Ventures. The legal and tax issues*, London, Professional Information Publishing, 1996, 183; LE GALL, J.P., 'General report-International income tax problems of partnerships', in IFA (ed.), *Cah. Dr. Fisc. Int.*, Den Haag, Kluwer Law International, 1995, 658.

⁶⁹⁸ HUSTON, J. en WILLIAMS, L., 'Permanent establishments a planning primer', Deventer-Boston, 1993, 10.

⁶⁹⁹ Men spreekt in dat verband van de zgn. *affectio societatis*. Zie DANIELS, A.H.M., 'International Partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities', *Intertax* 1991, 355.

tion of two or more persons (individuals or, in some cases, companies) established for the purpose of making a profit, the profits (or loss) being shared among the partners in predetermined proportions'.⁷⁰⁰ Hierbij is het dus irrelevant wie aan de partnership deelneemt. Het kunnen dus zowel natuurlijke personen zijn als rechtspersonen. Nochtans is het wel noodzakelijk om als 'partner' bestempeld te kunnen worden dat men goederen, financiële middelen of diensten in gemeenschap heeft gebracht die aan het partnershiprisico onderworpen zullen worden.⁷⁰¹ Als een persoon er zich m.a.w. toe verbindt om arbeid of diensten te presteren in het voordeel van een partnership zonder dat hij deelgerechtigd is in dit partnership, kan er geen sprake zijn van een kwalificatie als partner. Er zal dan gebeurlijk sprake zijn van een werknemer, een director of een zelfstandige onderneming.

In het algemeen kan worden gesteld dat aan partnerships vaak wordt gerefereerd onder de noemer van 'entiteiten'.⁷⁰² Partnerships zijn namelijk niet steeds bekleed met rechtspersoonlijkheid. De term 'entiteit' wordt dan doorgaans gedefinieerd als: '*les arrangements légaux de toute nature dans le cadre desquels des personnes entreprennent des activités*'.⁷⁰³

2.2.3. Het belang van rechtspersoonlijkheid

De vraag of een partnership rechtspersoonlijkheid heeft, kan van belang zijn voor het fiscale regime dat van toepassing is op de inkomsten van de partnership en op de inkomsten van de partners. Een partnership hoeft echter geen rechtspersoonlijkheid te hebben.⁷⁰⁴ Vaak zal een partnership onderworpen zijn aan het regime van de fiscale transparantie.

De vraag of een buitenlands partnership rechtspersoonlijkheid heeft, wordt in diverse staten anders bekeken. Vaak zal voor de erkenning van een vreemde rechtspersoon de *lex societatis*-leer worden toegepast waarbij de vaststelling welk recht op haar van toepassing is, kan gebeuren op basis van de incorporatieleer of de werkelijke zetelleer. In België bijvoorbeeld wordt ook de *lex societatis*

⁷⁰⁰ LARKING, B., 'International Tax Glossary', IBFD, 2005, p. 296.

⁷⁰¹ A.H. M. DANIELS, 'International partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities', *Intertax* 1991, 354.

⁷⁰² DE HAEN, K., 'Fiscale transparantie, een rechtsvergelijkende analyse', Kluwer, 2009, p. 30; PEETERS, B., 'Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden', *Larcier*, 2011, p. 463.

⁷⁰³ MARLIÈRE, M., 'Reconnaissance de la personnalité fiscale des entreprises étrangères', in *Cahiers de droit fiscal*, Volume LXXIIIa, Den Haag, Kluwer Law International, 1988, 303.

⁷⁰⁴ PEETERS, B., 'Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden', *Larcier*, 2011, p. 458.

leer toegepast.⁷⁰⁵ Ook de algemene beginselen van het internationaal privaatrecht schrijven dit voor.⁷⁰⁶ In België wordt echter verwijzing gemaakt naar artikel 4 §3 WIPR dat stelt dat ‘de voornaamste vestiging van een rechtspersoon wordt bepaald door in het bijzonder rekening te houden met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel’. Nederland past bijvoorbeeld ook de *lex societatis* leer toe waarbij voor het antwoord op de vraag of een entiteit rechtspersoonlijkheid bezit, het incorporatiestelsel dan weer beslissend is.⁷⁰⁷ In Luxemburg geldt ook het stelsel van de werkelijke zetel. Het Luxemburgse internationale privaatrecht verwijst voor de erkenning van rechtspersoonlijkheid naar de staat waarin de entiteit haar werkelijke zetel heeft.⁷⁰⁸

Voor wat betreft België, zal de rechtspersoonlijkheid die de buitenlandse wetgeving aan een aldaar opgericht lichaam toekent, in beginsel worden aanvaard, ook voor fiscale doeleinden.⁷⁰⁹ Een eerste toepassing van deze *lex societatis* leer in België vind ik terug in het inmiddels befaamde *Prince de Ligne* arrest.⁷¹⁰ Het arrest handelt om deelbewijzen die door Belgische partners worden aangehouden in een Franse Société Civile Immobilière (SCI) die in Frankrijk weliswaar rechtspersoonlijkheid heeft maar voor Franse fiscale doeleinden als fiscaal transparant wordt beschouwd. De vraag die rees, was in welke mate de Belgische partners van de SCI als de directe eigenaars van het onroerende goed van de SCI konden beschouwd worden en om die reden belast konden worden op het onroerende inkomen in België? Hieromtrent oordeelde het hof van beroep dat de SCI als een vennootschap moet gekwalificeerd worden aangezien deze onder het Franse vennootschapsrecht rechtspersoonlijkheid heeft. Dat betekende dat de SCI en dus niet haar Belgische partners belast werd op het onroerend inkomen.⁷¹¹ Voor Belgische doeleinden zal niet enkel de rechtspersoonlijkheid

⁷⁰⁵ J. VAN RYN en J. HEENEN, ‘Principes de droit commercial’, Brussel, Bruylant, part II, nr. 1130; S. VAN CROMBRUGGE, ‘Kroniek Boekhoudrecht’, *T.R.V.* 1994, 323-324. Dit betekent a contrario dat wanneer een lichaam gevestigd is buiten België en geen rechtspersoonlijkheid heeft in haar staat van oprichting, deze entiteit niet geacht wordt over rechtspersoonlijkheid te beschikken, zelfs als ze aldaar fiscaal als een vennootschap wordt behandeld. (Zie: DEBRIER, K., ‘Hybrid entities from a Belgian perspective’, *Bulletin for International Documentation* 1996, 306-310.

⁷⁰⁶ VOGEL, K., ‘On double taxation conventions’, Dordrecht, Kluwer Law International, 1997, 90.

⁷⁰⁷ Voor een bespreking: VLAS, P., ‘Rechtspersonen, *Praktijkreeks IPR 9*’, Maklu, vierde druk, 2009, p. 22.

⁷⁰⁸ MEERMAN, A.M., ‘Publicatieplicht van een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap in Nederland’, *V&O* 2005, p. 181 e.v.

⁷⁰⁹ J.P. LAGAE, ‘Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of van haar tussenkomst’, *T.F.R.* 1999, 835.

⁷¹⁰ Brussel 4 juni 1974, *J.D.F.* 1975, 82.

⁷¹¹ In een latere fase heeft het hof van beroep van Brussel hieromtrent opnieuw geoordeeld. Het betrof een zaak waarin twee Belgische rijksinwoners partner waren in een Franse SCI. De SCI

die toegekend wordt in eigen land van belang zijn. Tevens zal steeds moeten nagekeken worden in welke mate buitenlandse entiteiten een vergelijkbare rechtsvorm hebben als een Belgische vennootschap. In bevestigend geval wordt hen rechtspersoonlijkheid toegekend.⁷¹² De Belgische Commissie voor Boekhoudkundige Normen (CBN) is echter van mening dat de *lex fori* moet toegepast worden. De Commissie oordeelde dat de inbrengen in commanditaire vennootschappen naar Duits of Nederlands recht als ‘deelnemingen’ moesten geboekt worden niettegenstaande deze entiteiten in hun thuisland geen rechtspersoonlijkheid kennen.⁷¹³ Italië behandelt buitenlandse partnerships als niet transparant voor fiscale doeleinden.⁷¹⁴ Hetzelfde geldt voor Zwitserland maar dan enkel ingeval van belastingheffing van een vaste inrichting of onroerend goed in Zwitserland van de partnership.⁷¹⁵ In sommige staten is het moeilijk uit te maken of een entiteit al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft. Hiervoor kan in het bijzonder verwezen worden naar de Verenigde Staten.⁷¹⁶

verhuurde onroerend goed in Frankrijk. De uitkeringen aan de partners ingevolge deze verhuur, diende beschouwd te worden als een dividend (Brussel 7 november 2002, *F.J.F.* 2003/128). Het Hof van Cassatie heeft deze uitspraak echter vernietigd. Omwille van het fiscaal transparant karakter van de SCI werd besloten tot belastbaarheid in Frankrijk van het Franse onroerend goed (Cass. 2 december 2004). Van de Vijver en Van Zandweghe hebben erop gewezen dat de visie van het Hof van Cassatie in overeenstemming is met de mening van AVERY JONES (zie: VAN DE VIJVER, A. & VAN ZANDWEGHE, M., ‘Distributions by French Société Civile Immobilière Tax Exempt in Belgium’, *European Taxation* 2005, p. 209). Ook andere auteurs hebben de visie van het Belgische Hof van Cassatie onderschreven (zie: BAX, A., ‘De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio?’, *T.R.V.* 2006, 3 - 49). De Belgische Minister van Financiën deelt de visie van het Hof van Cassatie niet (*Parl. Vr.* nr. 660, VAN DER MAELEN, 11 januari 2006). De visie van de Belgische minister van financiën is bestreden in de rechtsleer (Zie: J. PIETERS, ‘SCI’s: minister vindt dat cassatie zich vergist’, *Int. Fisc. Act.* Maart 2006, 1-3; DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., ‘De Minister van Financiën en de Franse SCI’s’, *Fiscoloog Internationaal* 30 april 2006, 2 -4). In een arrest van 17 februari 2010 heeft het hof van beroep van Luik bevestigd dat de inkomsten die een inwoner van België verkrijgt uit een in Frankrijk gelegen onroerend goed dat via een Franse SCI wordt aangehouden, belastbaar zijn in Frankrijk. Voor een bespreking, zie DOCCLO, C., ‘L’imposition en Belgique des dividendes de SCI françaises de droit commun-Un autre cas d’interprétation unilatérale d’une convention bilatérale’, *T.F.R.* 384.

⁷¹² Artikel 227. 2° WIB92’ zoals ingevoerd door de Wet houdende fiscale bepalingen van 22 december 1989, *B.S.* 29 december 1989.

⁷¹³ C.B.N. 168/1, Bull. C.B.N. 1993, nr. 30, 31. Het advies werd in de rechtsleer scherp onder vuur genomen. Zie bijvoorbeeld: DE BROE, L., ‘Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen’, *T.R.V.* 1995, 38; FAES, P., ‘Partnerships: commentaargebonden kwalificaties’, *T.F.R.* 190, p. 954. Contra; VAN CROMBRUGGE, S., ‘Deelnemingen in buitenlandse vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid’, *Fiscoloog* 456, p. 4.

⁷¹⁴ MAYR, S., ‘Redditi di partecipazione in una società di persona estera’, *Corr. Trib.* 1990, 1301.

⁷¹⁵ TORRIONE, Henri, Chapter on Switzerland, in *The International Guide to Partnerships* (Amsterdam: IBFD Publications, 1996).

⁷¹⁶ S.H. GOLDBERG, ‘The nature of a partnership’, in H.H. ALPERT en K. VAN RAAD (eds.), *Essays on International Taxation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 157.

2.2.3.1. Classificatiemethode

In een grensoverschrijdende situatie is het steeds van belang hoe een buitenlands partnership wordt geclassificeerd. Hiertoe kan een aantal classificatiemethoden worden gehanteerd. *In globo* kan men drie methoden onderscheiden, te weten (a) de similarity methode; (b) de elective methode en (c) de fixed approach.⁷¹⁷ De similarity approach wordt door een relatief groot aantal staten gevolgd (Nederland, Duitsland, Verenigd Koninkrijk, Zweden, Canada, Japan, etc) waarbij op grond van bepaalde civielrechtelijke kenmerken van de buitenlandse partnership een vergelijking wordt gemaakt met binnenlandse lichamen. Als een binnenlands equivalent wordt gevonden van de buitenlandse partnership, dan wordt het buitenlands lichaam op dezelfde manier behandeld als het binnenlandse lichaam (fiscaal transparant of niet). Sommige auteurs hebben m.i. terecht gesteld dat deze methode problematisch kan zijn. Namelijk, indien er voor de buitenlandse partnership geen binnenlandse equivalenten kunnen worden gevonden, is men genoodzaakt om terug te grijpen naar de grondslagen van de vennootschapsbelastingplicht van binnenlandse lichamen dewelke veelal niet zo duidelijk herkenbaar zijn.⁷¹⁸ Dat is lang niet alles. Het verlangt van verdragspartijen dat zij een ingrijpende kennis hebben van de rechtsstelsels van andere staten.⁷¹⁹

Bij de zgn. elective approach, heeft de partnership een keuzemogelijkheid om te opteren voor fiscale transparantie of niet. Een bekend voorbeeld van dit classificatiesysteem is het Amerikaanse check-the-box-principe. Ook Frankrijk en Aruba⁷²⁰ kennen een gelijkaardig optiestelsel. Een laatste classificatiemethode is de fixed approach waarbij alle buitenlandse lichamen op dezelfde manier worden geclassificeerd (transparant of niet). Italië past bijvoorbeeld dit stelsel toe.⁷²¹ Daar worden namelijk alle buitenlandse partnerships als niet transparant gekwalificeerd. Een dergelijke classificatiemethode neemt het niet al te nauw met de rechtsvorm neutrale belastingheffing.

Het is dus duidelijk dat niet alle staten dezelfde classificatiemethode hanteren. Dat verhoogt natuurlijk het risico op dubbele belasting of dubbele vrijstelling. BARENFELD heeft dan ook een vierde classificatiemethode gelanceerd die hij

⁷¹⁷ BARENFELD, J., 'Taxation of cross border partnerships', IBFD, 2005, p. III e.v.

⁷¹⁸ STEVENS, A.J.A., 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', *M.B.B.* 2010/04.

⁷¹⁹ AVERY JONES, J.F. e.a., 'Characterization of other states partnerships for income tax', *Bulletin for International Taxation* 2002, 307.

⁷²⁰ BELLINGWOUT, J., 'Arubaans NFR 2006: AVV en check the box', *W.F.R.* 2006/5.

⁷²¹ IBFD Guide to Partnerships, Italië, Chapter 5.1.2

de zgn. symmetrical methode noemt.⁷²² Bij deze methode neemt de bronstaat of de woonstaat van de deelnemers in de buitenlandse partnership de fiscale classificatie van de vestigingsstaat van de partnership over. Ook AVERY JONES is voorstander van deze methode, in hoofdzaak dan als alternatief voor de similarity approach.⁷²³ Volgens mij pleit tegen deze methode dat heel veel staten op dit ogenblik deze methode niet wensen te volgen. Het is dan ook nog maar de vraag of staten deze methode zullen willen aanvaarden.

Voor doeleinden van dit onderzoek wordt daarom verdedigd dat voor het leerdoel van het vennootschapsrecht, de *lex societatis* leer van toepassing moet verklaard worden op partnerships. Het is m.i. een vereenvoudiging op de similarity approach. Echter, deze *lex societatis* leer dient volgens een autonome interpretatie omkaderd te zijn en wel in die zin begrepen te worden dat enkel het incorporatiestelsel als maatstaf kan dienen. Deze gedachtegang strookt m.i. voorts het beste met het standpunt dat voor doeleinden van artikel 16 OESO de incorporatieleer naar voren wordt geschoven als dominante stelling. Deze visie heeft ook als grote voordeel dat het eenvoudig is en hiermee de rechtszekerheid dient. Indien de organisatiestaat m.a.w. rechtspersoonlijkheid toekent aan de partnership, dit alles volgens een autonome incorporatiegedachte, dient de woonstaat van de director dit te aanvaarden. Een volledige autonome interpretatie is m.i. moeilijk implementeerbaar aangezien dan vanuit het internationaal belastingrecht collectieve criteria van rechtspersoonlijkheid dienen opgesomd te worden. Daarom trent een algemene noemer vinden, is zeer moeilijk.⁷²⁴

Door bepaalde auteurs is echter verdedigd dat indien de *lex societatis* leer geen duidelijk antwoord biedt op de vraag of de buitenlandse entiteit al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft, het aan de woonstaat van de partner toekomt om uit te maken of er al dan niet sprake is van rechtspersoonlijkheid.⁷²⁵ Een typisch voorbeeld hiervan is de Amerikaanse *General Partnership* ('GP').⁷²⁶ De Amerikaanse vennootschapswetgeving spreekt zich niet duidelijk uit over de vraag of een dergelijke GP al dan niet over rechtspersoonlijkheid beschikt. M.i. lijkt het

⁷²² BARENFELD, J., 'Taxation of cross border partnerships', IBFD, 2005, p. 332 e.v.

⁷²³ AVERY JONES, J.F. e.a., 'Characterization of other states partnerships for income tax', *Bulletin for International Taxation* 2002, 315.

⁷²⁴ Zoals verder blijkt, zal ik dit toch pogen te doen, weliswaar in secundaire orde.

⁷²⁵ P. FAES, 'Partnerships: commentaargebonden kwalificaties', in B. PEETERS (Ed.), Bijzonder colloquiumnummer T.F.R.-*Commerciële Samenwerkingsverbanden. Fiscaal-juridische aspecten*, Brussel, Larcier, 2000, p. 48. Ook bepaalde Belgische rechtspraak lijkt deze visie te volgen. Hiervoor kan verwezen worden naar Brussel 30 april 1998, *De Fiscale Koerier* 1998, 316.

⁷²⁶ M. VAN KEIRSBILCK, 'Tax treatment of General Partnerships: a landmark court decision', *European Taxation* 1998, 249-254.

echter niet aangewezen dat de woonstaat van de partners op basis van interne criteria de doorslag kunnen geven of de partnership – die gevestigd is in een andere staat – drager is van rechtspersoonlijkheid. Hiervoor vind ik o.m. steun bij HUYGEN. Deze auteur heeft terecht gesteld dat de toepassing van Belgische normen voor de beoordeling van de rechtspersoonlijkheid van een Amerikaanse partnership onverzoenbaar is met de verwijzing krachtens de Belgische IPR-regels.⁷²⁷ Bij de beoordeling van de kenmerken van een buitenlands partnership mag men zich enkel laten leiden door de criteria die in de buitenlandse wetgeving worden gehanteerd voor de vaststelling van de rechtspersoonlijkheid.⁷²⁸ Indien de organisatiestaat van het partnership m.a.w. in zijn interne wetgeving rechtspersoonlijkheid toekent aan de entiteit, is het eerste kenmerk voor verdragsgerechtigheid voldaan. Er is dan sprake van een ‘company’ in de zin van artikel 3 (1) OESO voor doeleinden van artikel 16 OESO. Zoals verder zal blijken volstaat dit echter niet voor verdragsgerechtigheid.

2.2.4. De fiscaliteit van partnerships

(a) Algemeen

Over het gegeven dat de meeste staten een fiscaal transparant karakter toe-eigenen aan partnerships, bestaat er minder discussie.⁷²⁹ De vraag of een partnership verdragbeschermt kan inroepen, is moeilijker te beantwoorden. De hiernavolgende analyse spitst zich in hoofdzaak toe op de relatie tussen organisatiestaat van de partnership en de woonstaat van de partners. Voor hetgeen volgt, wordt in het bijzonder niet nader ingegaan op de verhouding van de organisatiestaat en de bronstaat.

Artikel 16 OESO bepaalt dat de inkomsten door de director moeten genoten worden van een ‘company’ die ‘inwoner’ is van de andere staat. Deze beide voorwaarden moeten dus voldaan zijn alvorens de toepassing van artikel 16 OESO aan de orde is. Het begrip ‘company’ betekent voor de OESO ‘*any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*’. Het moet m.a.w. handelen om onderworpen entiteiten.⁷³⁰ Essentieel hierbij is het vraag-

⁷²⁷ HUYGEN, W., ‘Het OESO-Rapport inzake Partnerships-een kritische analyse’, *A.F.T.* 2002, 408.

⁷²⁸ HINNEKENS, PH., ‘Nieuw arrest inzake Franse Société Civile Immobilière (Prince de Ligne Bis), Toetsing aan internationaalrechtelijke fiscale ontwikkelingen’, *Fisc. Int.* 237, 9 -12. Contra: Brussel 30 april 1998, *De Fiscale Koerier* 1998, 316-329.

⁷²⁹ AVERY JONES, J.F., DE BROE, L. en ELLIS, M.J., ‘Characterization of other states partnerships for income tax’, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, 289.

⁷³⁰ Het OESO Partnership rapport definieert echter niet het begrip ‘partnership’. In het rapport wordt wel verwezen naar ‘non corporate entities’, zie 1999 OESP Partnership Rapport, randnummer 1. Deze worden omschreven als ‘entities that qualify as such under civil or commercial law as opposed to tax law. Thus the term ‘partnership’ as used in this report, does not imply anything about

stuk wanneer een entiteit verdragsgerechtigd is. Hierbij volstaat het niet om als persoon aangemerkt te worden maar dient men tevens als ‘inwoner’ aangezien te worden. Voor de toepassing van het OESO-Modelverdrag betekent de uitdrukking ‘inwoner van een overeenkomst sluitende staat’ iedere persoon die, 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. Dit vindt men terug in artikel 4 OESO. Het OESO-Modelverdrag voorziet dus niet in een eigen woonplaatsbegrip. Het verwijst naar de nationale wetgeving van verdragsstaten. De OESO poneert in haar commentaren⁷³¹ dat zij een situatie beoogt waarin een staat een onbeperkte belastingplicht verbindt aan dit inwonerschap.⁷³² Het gaat m.a.w. om een *subject to tax* voorwaarde die in de literatuur is aangeduid als een subjectieve kwalificatie van de partnership.⁷³³ Ten aanzien van partnerships betekent deze onbeperkte belastingplicht dat er enkel sprake kan zijn van inwonerschap indien het gaat om niet fiscale transparante partnerships dewelke m.a.w. zelfstandig gerechtigd zijn om het OESO-Modelverdrag in te roepen. Als het daarentegen gaat om fiscaal transparante partnerships is er geen zelfstandige onderworpenheid aan belasting door de partnership zodat het inwonerschap hierop niet van toepassing is. Artikel 16 OESO kan dan niet van toepassing zijn.

Algemeen werd aangenomen – en dit tot aan het OESO Partnership Rapport van 1999 – dat de ‘organisatiestaat’ van een partnership en de derde staten (deze waaraan de partnership inkomsten onttrekt en deze waar de partners woonachtig zijn) elk onafhankelijk mogen beoordelen of de partnership verdragsgerechtigd is.⁷³⁴ VOGEL verwoordt het als volgt: ‘*Whether an entity is one or the other will, unless the treaty otherwise requires, be judged by reference to the principles*

the tax treatment of the relevant entity and should not be confused with a reference to entities, whether partnerships or not, which are treated as transparent for tax purposes’.

⁷³¹ OESO 4/3

⁷³² Franse partnerships zijn partieel ‘liable to tax’ onafgezien van het feit dat de uiteindelijke belasting is verschuldigd door de partners. Zie hieromtrent: SCHAFFNER, J., ‘*The OECD Report on the application of tax treaties to partnerships*’, B.I.B.F.D. 2000, p. 218-220.

⁷³³ M. ROMYN, ‘Subjectieve en objectieve kwalificatie onder het Nederlands-Belgisch belastingverdrag 1970’, *T.F.R.* 1995, 219 e.v.

⁷³⁴ In de praktijk kunnen 4 gevallen worden onderscheiden: (1) alle buitenlandse lichamen worden worden als vennootschap belast (vb.: Italië), (2) Het buitenlandse lichaam wordt als vennootschap belast indien het rechtspersoonlijkheid bezit (vb.: België), (3) Aan de belastingplichtige wordt de keuze gelaten hoe het buitenlandse lichaam wordt belast (vb.: US Check The Box principle), (4) het buitenlandse lichaam wordt ondergebracht in de categorie van binnenlandse lichamen waarmee eerstgenoemde het best overeenkomt (vb. Groot-Brittannië, Duitsland, Zweden, Nederland, enz...). Voor een bespreking, zie J. AVERY JONES, DE BROE, L. e.a., ‘Characterization of other states partnerships for income tax purposes’, *Bull. IBFD*, 2002, 288.

of domestic law of the state the taxation of which is involved'.⁷³⁵ Deze zgn. subjectieve kwalificatie⁷³⁶ gaf in het verleden dan ook vaak aanleiding tot dubbele belasting of dubbele vrijstelling.⁷³⁷ Verschillende staten gaven dan ook vaak een aparte en onderscheiden kwalificatie aan een partnership.

In een volgende fase is de OESO zich gaan mengen in deze problematiek. In 1993 werd in de schoot van de OESO vervolgens een werkgroep opgericht met als doelstelling de toepassing van het OESO-Modelverdrag op partnerships en trusts te analyseren. Dit heeft aanleiding gegeven tot het OESO Partnership Rapport zoals ondertekend op 20 januari 1999. Het OESO-Rapport van 20 januari 1999 geeft enkele aanbevelingen ter zake voor de toepassing van het OESO-Modelverdrag op grensoverschrijdende transacties waarbij partnerships betrokken zijn.⁷³⁸ Het Rapport is trouwens geïntegreerd in het OESO-Commentaar.⁷³⁹ §5 van het OESO-Commentaar op artikel 1 bevestigt het onderstaande algemene principe.

Het OESO Partnership Rapport suggereert vooreerst in bilaterale situaties dat indien binnen de organisatiestaat besloten wordt dat de partnership gerechtigd is tot de voordelen van het belastingverdrag, deze subjectieve kwalificatie bindend is voor de bronstaat.⁷⁴⁰ De kwalificatie die de bronstaat aan de partnership vervolgens geeft, is irrelevant. HUYGEN⁷⁴¹ wijst erop dat dit standpunt innovatief is en niet strookte met de heersende internationale rechtsleer.⁷⁴² Omwille van de fundamentele standpunten die worden ingenomen, hebben sommige auteurs gesteld dat het OESO-Partnership Rapport maar uitwerking kan hebben voor belastingverdragen die zijn afgesloten na de datum van het Rapport, te weten vanaf 20 januari 1999.⁷⁴³ Ik kan deze visie ten volle onderschrijven aan-

⁷³⁵ VOGEL, K., *'On double taxation conventions'*, Kluwer Law International, London - The Hague-Boston, 1997, p. 90.

⁷³⁶ M. ROMYN, 'Subjectieve en objectieve kwalificatie onder het Nederlands-Belgisch dubbelbelastingverdrag van 1970', *T.F.R.* 1995, afl. 136-137, 219-222; A. DANIELS, *'Issues in international partnership taxation'*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 143.

⁷³⁷ Voor een overzicht VOGEL, K., *'On double taxation conventions'*, Kluwer Law International, London - The Hague-Boston, 1997, p. 93.

⁷³⁸ Het Rapport werd gepubliceerd in de reeks *Issues in International Taxation*, OECD, 129 p.

⁷³⁹ OESO-Commentaar 1/2

⁷⁴⁰ Randnummers 47 en 62 van het rapport; W. HUYGEN, 'Het OESO-rapport inzake partnerships-een kritische analyse', *A.F.T.* 2002, 386-412.

⁷⁴¹ HUYGEN, W., 'Het OESO-rapport inzake partnerships-een kritische analyse', *A.F.T.* 2002/10, p. 390.

⁷⁴² PUGH, 'The role of tax treaties in characterizing business organizations as partnerships', in *Reflections offertes à Paul Sybille*, 1981, p. 767.

⁷⁴³ ENGELEN, F. en PÖTGENS, F.P.G., 'Report on the application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships and the interpretation of tax treaties', *European Taxation* 2000, 250-269.

gezien ik eerder al gemeld heb dat het m.i. niet mogelijk is dat fundamentele wijzigingen niet doorgevoerd kunnen worden middels wijzigingen aan het OESO-Commentaar. Daartoe is m.i. vereist dat het OESO-Modelverdrag zelf wordt aangepast.

Het OESO Rapport adviseert om in eerste instantie te gaan kijken naar de lokale fiscale behandeling van de partnership. Het Rapport gaat dan ook dieper in op een aantal factoren die kunnen maken dat een lichaam zelfstandig aan belastingheffing onderworpen is. Zo wordt ingegaan op een aantal criteria waarop de hoogte van de belasting over een inkomen wordt gebaseerd. Voor de toepassing van een belastingverdrag is de rechtspersoonlijkheid niet als determinerend criterium weerhouden. Enkel de fiscaalrechtelijke behandeling van een partnership wordt in aanmerking genomen.

Anderzijds suggereert de OESO dat indien de partnership niet verdragsgerechtigd is, dat de achterliggende partners dan gerechtigd worden om het verdrag tussen hun woonstaat en de bronstaat in te roepen. Dit betekent dat zowel de partnerstaat als de organisatiestaat de partnership als fiscaal transparant aanmerken en het inkomen aan de vennoten laten toevloeien met het oog op hun belastingheffing. De OESO meent dat dit ook het geval moet zijn wanneer de partnership in de bronstaat als een vennootschap wordt behandeld overeenkomstig de subjectieve kwalificatieregels aldaar.⁷⁴⁴ Sommige OESO-leden pleiten er zelfs voor dat de bronstaat dit als deel van de feitelijke context ter zake beschouwt.⁷⁴⁵ Deze visie vindt navolging in bepaalde doctrine.⁷⁴⁶ In beide vernoemde hypothesen moet voor de toepassing van de verdragen worden aangenomen dat de aard van de inkomsten (kwalificatie) en de bron van het inkomen op het niveau van de partners dezelfde is als deze op het niveau van het partnership zelf. Dit is een derde suggestie van de OESO. De redenering vindt volgens de OESO steun in het concept van de distributieve toerekening regels.⁷⁴⁷ Frankrijk heeft tegen deze laatste aanbeveling echter voorbehoud aangetekend. In het OESO-Partnership Rapport wordt echter geen gelijkaardige regel als besproken weerhouden voor wat betreft de relatie tussen de organisatiestaat en de woonplaatsstaat van de partners. Zo heeft SCHAFFNER bijvoorbeeld het

⁷⁴⁴ 1999 OESO Partnership Rapport, randnummer 56.

⁷⁴⁵ 1999 OESO Partnership Rapport, randnummer 53.

⁷⁴⁶ R. RUSSO, 'Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Direct Tax Directives', *European Taxation* 2006, 478-486. Dit standpunt is tevens in lijn met de visie van de Nederlandse fiscus zoals beschreven in een resolutie van 17 maart 1997.

⁷⁴⁷ HINNEKENS, Ph., 'Bevrijdende BV op winsten en baten gerealiseerd door buitenlandse vennoten en leden van een transparante entiteit', *Fisc. Int.* nr. 117, p. 9-12.

volgende gesteld: ‘*The OECD partnership report does not aim at imposing the characterization of the other country on the partner’s residence country. The report merely ties up the analysis of the source country, but does not purport to reduce the power to tax of one of the taxpayers countries*’.⁷⁴⁸ Voor wat betreft de toepassing van de belastingverdragen, blijft de woonstaat van de partner dan ook vrij om de subjectieve kwalificatie van de partnership onafhankelijk te beoordelen. De woonstaat mag dus zijn eigen allocatieregels toepassen.

Sommige auteurs hebben het OESO-Partnership Rapport bestempeld als een document waarvan de gezag waarde inmiddels is verminderd.⁷⁴⁹ De oorzaak hiervan luidt dat een groot aantal staten een algeheel of specifiek voorbehoud gemaakt heeft ten aanzien van de conclusies van dit rapport. Andere auteurs hebben dan weer gesteld dat het OESO-Partnership Rapport een aanzet heeft gegeven tot uniformering van subjectieve kwalificatie van partnerships in een grensoverschrijdende context.⁷⁵⁰ Ik onderschrijf echter de visie van DE HAEN die sloganesk stelde dat ‘de klus verre van geklaard is’.⁷⁵¹ Een eenvoudig voorbeeld kan dit weerspiegelen. Stel bijvoorbeeld dat een buitenlands partnership rechtspersoonlijkheid heeft. België past daar vervolgens zijn eerder genoemde *lex societatis* leer op toe. Mogelijks besluit België dan dat de partnership voor Belgische fiscale doeleinden een vennootschap is. Stel echter dat de partnership in de vestigingsstaat fiscaal transparant is en hierdoor geen verdragsbescherming kan genieten. Dubbele belasting is dan helemaal niet uitgesloten. Het valt m.i. om deze reden te bepleiten dat de vennootschapswetgeving van de organisatiestaat van de partnership determinerend is voor de al dan niet toepassing van een belastingverdrag, dit in tegenstelling tot de huidige fiscaalrechtelijke behandeling van een partnership. Er wordt dan m.a.w. een *lex societatis* regel ingevoerd die verwijst naar de incorporatieleer van de organisatiestaat van de partnership. Op zichzelf is dit *de facto* een autonome interpretatie, die echter refereert aan de internrechtelijke kenmerken van rechtspersoonlijkheid. Deze verdragsinterpretatietechniek heeft tevens als grote voordeel dat het Hof van Justitie m.i. minstens gesuggereerd heeft dat de incorporatieleer voorrang heeft op de werkelijke zetelleer.

⁷⁴⁸ SCHAFFNER, J., ‘The OECD Report on the application of the tax treaties to partnerships’, *Bulletin for Fiscal Documentation* 2000, 222.

⁷⁴⁹ STEVENS, A.J.A., ‘Hybride entiteiten en belastingverdragen’, *M.B.B.* 2010/04.

⁷⁵⁰ BAX, A., ‘De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo?’, *T.R.V.* 2006, p. 3-49.

⁷⁵¹ DE HAEN, K., ‘*Fiscale transparantie. Een rechtsvergelijkende analyse*’, Tweede versie, Kluwer, 2009, p. 171.

Deze voorgestelde visie kan echter problematisch worden. Immers, wat dient er te gebeuren indien staten het begrip ‘rechtspersoonlijkheid’ niet kennen? Dat is bijvoorbeeld het geval in de Angelsaksische staten alsook in Denemarken.⁷⁵² De vraag rijst dan hoe het begrip moet worden geïnterpreteerd? Hier zie ik een secundaire rol weggelegd voor een aanpassing aan het OESO-Commentaar. Een wijziging aan het OESO-Commentaar zou m.i. heel voorzichtig criteria kunnen aanreiken op basis waarvan kan beoordeeld worden of een partnership rechtspersoonlijkheid heeft. In grote lijnen kan men m.i. indicaties geven welke essentiële kenmerken vereist zijn om te kunnen spreken van ‘rechtspersoonlijkheid’. Zo zou het OESO-Commentaar *de lege ferenda* bijvoorbeeld het afgescheiden vermogen en een afgescheiden belang als hoofdkenmerken van ‘rechtspersoonlijkheid’ naar voren kunnen schuiven.⁷⁵³ Dit impliceert dat een rechtspersoon een eigen vennootschapsvermogen⁷⁵⁴ heeft dat wel degelijk onderscheiden moet worden van een individueel vermogen. Het afgescheiden belang betekent dat een rechtspersoon een afgescheiden doel heeft en zich daar naar organiseert. Ook kenmerken als een beperking van aansprakelijkheid zijn eventueel criteria die m.i. naar voren kunnen worden geschoven.

(b) Relatie organisatiestaat – woonplaatsstaat

Uit hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, kan men concluderen dat voor wat betreft artikel 16 OESO, het OESO Partnership Rapport ons niet veel wijzer heeft gemaakt. Het begrip ‘inwoner’ is bijvoorbeeld ook nog niet ingevuld voor wat betreft het belastingverdrag tussen de organisatiestaat en de woonstaat van de partners.

Hieromtrent zijn er m.i. twee verschillende oplossingen mogelijk. Vooreerst zou men kunnen besluiten dat de boven geschetste *lex societatis* leer op vennootschapsrechtelijk vlak doorwerkt naar de woonplaatsstaat van de partners. M.a.w. indien een partnership rechtspersoonlijkheid heeft, wordt het voor doeleinden van de belastingverdragen als inwoner gekwalificeerd. Anderzijds is het mogelijk te verdedigen dat de hoedanigheid van ‘inwoner’ moet beoordeeld worden aan de hand van een objectieve analyse van het *fiscale* statuut van de partnership door toepassing van het interne recht van de organisatiestaat. Indien men m.a.w. deze laatste visie verdedigt, zal, indien de partnership een fiscaal trans-

⁷⁵² BAX, A., ‘De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo?’, *T.R.V.* 2006, p. 34

⁷⁵³ VAN GERVEN, W., ‘*Beginselen van Belgisch Privaatrecht*’, Algemeen Deel, Brussel, Story-Scientia, 1973, 264-269; DE WILDE, A., ‘*Boedelschulden in het insolventierecht*’, Intersentia, 2005, p. 7-22.

⁷⁵⁴ DE PAGE, H. en MASSON, J., ‘*Traité élémentaire de droit civil belge*’, Tome II, Les personnes, Brussel, Bruylant, 1990, p. 375.

parante behandeling geniet in de organisatiestaat, noch voor de woonstaat van de partner noch voor de organisatiestaat, sprake kunnen zijn van een inwoner dewelke verdragsgerechtigd is. Is een entiteit in de organisatiestaat wel aan belasting onderworpen in de zin van artikel 4 §1 OESO, dan moet zij door de organisatiestaat als door de woonstaat van de partners als inwoner aanzien worden.

M.i. dient voor doeleinden van artikel 16 OESO de eerste piste gevolgd te worden om de hierna geschetste redenen. Dat betekent dat het vennootschapsrechtelijke karakter van de entiteit haar fiscaal regime bepaalt voor verdragsdoeleinden, ook al is de entiteit in de organisatiestaat fiscaal transparant. De evolutie van het EU-recht noopt er m.i. toe om tot deze conclusie te komen. Zo wordt – voor zover als nodig – herhaald dat de incorporatieleer de voorkeur verdient binnen de rechtspraak van het Hof van Justitie. Daartoe zijn alleszins ernstige aanwijzingen zoals ik eerder al heb aangetoond in onderdeel 2.1.3.2.3.

2.2.4.1. Partners onder artikel 16 OESO

Nadat vervolgens duidelijk is geworden dat een entiteit conform haar lokale *vennootschapsrecht* rechtspersoonlijkheid heeft, is het van belang om de verdragsbepalingen uit het belastingverdrag tussen de organisatiestaat en de woonstaat van de partners in te roepen voor wat betreft de inkomsten die gegenereerd worden uit de partnership. Hierbij dient de woonstaat van de partners – enigszins naar analogie van het OESO-Partnership Rapport⁷⁵⁵ – de kwalificatie gegeven aan de inkomsten door de bronstaat (organisatiestaat) te volgen.⁷⁵⁶ De woonstaat van de partners moet zich enkel de vraag stellen of het inkomen op grond van artikel 23 OESO moet worden vrijgesteld. Als het inkomen ‘in accordance with the provisions of this convention’ in de organisatiestaat belastbaar is, moet de woonstaat van de partners aldus de vrijstelling verlenen. De stelling van AVERY JONES wordt bijgetreden door zowel VAN RAAD⁷⁵⁷ alsook door PROKISCH.⁷⁵⁸ Deze laatste bestempelt de redenering van AVERY JONES als ‘justified by its reasonable result’. Hiermee wordt aangenomen dat de referentie naar het nationale recht in eerste instantie verwijst naar het eigen fiscale recht.⁷⁵⁹ Als

⁷⁵⁵ OESO Partnership Rapport 1999, nr. 103

⁷⁵⁶ AVERY JONES, J.F., The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OECD Model, *British Tax Review* 1984, 18 e.v.

⁷⁵⁷ VAN RAAD, K., ‘Uitlegging en toepassing van belastingverdragen door de belastingrechter’, *FED* 1996, p. 1414.

⁷⁵⁸ VOGEL, K. & PROKISCH, R., ‘Interpretation of double taxation conventions’, General Report 1993, IFA Cahiers, Volume LXXVIIIa, p. 78-79.

⁷⁵⁹ VOGEL, K., ‘Klaus Vogel on double taxation conventions’, third edition, Kluwer Law International, p. 212.

ondersteunend argument wordt aangehaald dat indien de OESO het in de loop van de afgelopen decennia anders had gewild, zij dit dan wel uitdrukkelijk zouden opgenomen hebben in het OESO-Modelverdrag.^{76o}

In casu kan een heel aantal situaties zich voordoen. Enerzijds kan men de hypothese opwerpen waarin een natuurlijke persoon/rechtspersoon director is van een partnership. Anderzijds is het m.i. niet uitgesloten dat een partnership zelf director is van een andere partnership. In beide omstandigheden dient men m.i. te aanvaarden dat de positie als partner van een partnership kan losstaan van een positie als director.

Een eerste hypothese luidt dat een natuurlijke persoon/rechtspersoon – niet zijnde een partnership – director kan zijn van een partnership die kwalificeert onder artikel 16 OESO. Als de director deze positie heeft aanvaard, zijn de vergoedingen die deze director bekommt, onderworpen aan artikel 16 OESO als de partnership als inwoner kan beschouwd worden. Anderzijds is het niet uitgesloten dat deze director eveneens de positie van partner bekleedt binnen de partnership. Als deze directeursfunctie zich enkel uitstrekt tot het beheersdomein van de partnership, verandert dit m.i. niets aan het toepassingsdomein van artikel 16 OESO. Het belastingverdrag tussen de woonstaat van de partner en de organisatiestaat van de partnership is dan van toepassing. Als een partner X – uit een welbepaalde verdragsstaat – van een partnership NEWCO uit een onderscheiden verdragsstaat een directeursfunctie gaat uitoefenen in een *derde organisatie* – COMPANY genoemd – uit een nog andere verdragsstaat, liggen de kaarten uiteraard anders. Stel bijvoorbeeld dat een natuurlijke persoon, die senior partner is van een partnership actief in het domein van de advocatuur een directeursfunctie bekommt in een productiefirma die zich bezighoudt met het verpakken van voedingswaren. *De facto* zijn er dan potentieel drie staten betrokken bij deze vorm van tewerkstelling: de staat van de partnership NEWCO, de woonstaat van de partner X en de staat van het derde lichaam COMPANY. In die omstandigheden lijkt het mij noodzakelijk dat vooreerst de oefening wordt gemaakt in welke mate de directeursfunctie in het verlengde ligt van de *gebruikelijke activiteiten* van de partnership in dewelke hij partner is. Indien deze directeursfunctie in het verlengde ligt van de activiteiten van de partnership, gaat het om factuereerbare omzet voor de partnership. Artikel 16 OESO zal dan *in concreto* aan de orde zijn want de partnership zal zich hoofdzakelijk bezighouden met het bekleden van directeursfuncties in andere lichamen. De organisatiestaat zal

^{76o} ENGELLEN, F.A. en PÖTGENS, F.P.G., 'Het rapport 'The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships' en de interpretatie van verdragen', *W.F.R.* 2000/1016.

dan m.i. eerst uitsluitel moeten brengen op basis van zijn interne vennootschapswetgeving of de organisatiestaat rechtspersoonlijkheid toekent aan de partnership? Dit strookt met een correcte toepassing van het OESO-Partnership Rapport 1999 en het OESO-Commentaar. In bevestigend geval zal de director fee toegewezen worden aan de partnership indien bedongen werd dat de uiteindelijk gerechtigde tot de fees, de partnership zelf is. Vervolgens is het belastingverdrag tussen de organisatiestaat en de woonstaat van toepassing. In het andere geval zal de director fee worden toegewezen aan de individuele partner en is het belastingverdrag tussen de woonplaatsstaat van de partner en de bronstaat van toepassing. In dit laatste geval zal het belastingverdrag tussen de bronstaat en de woonstaat van de individuele partner van toepassing zijn. Als de partnership zich ten slotte niet gebruikelijk bezighoudt met het aanhouden van directorsmandaten in andere lichamen, is bovengenoemde problematiek niet aan de orde. Het zal dan eveneens het belastingverdrag tussen de bronstaat en de woonstaat van de individuele partner zijn dat toepasselijk verklaard moet worden.

Een tweede hypothese luidt dat een partnership een directorsmandaat bekleedt in een andere partnership. Stel bijvoorbeeld dat een partner uit staat X van een advocatenkantoor in staat Y een directorsmandaat gaat bekleden in een accountantskantoor in staat Z. In ruil voor zijn prestaties bekommt de partner directors' fees. Het is dan m.i. de organisatiestaat die zal moeten oordelen of het accountantskantoor voorzien is van rechtspersoonlijkheid ingeval de director-partnership contractueel wordt aangeduid als uiteindelijk gerechtigde van de fees. Zo ja, dan is het belastingverdrag tussen de woonplaatsstaat van de partner en de organisatiestaat van toepassing. Zo niet, dan is het belastingverdrag tussen de bronstaat en de woonplaatsstaat van de partner van toepassing. Dit alles verandert m.i. niets aan de toewijzing van de *heffingsbevoegdheid* van de director fee. Deze toewijzing gebeurt te allen tijde aan de bronstaat die voor doeleinden van dit onderzoek – in de zin van artikel 16 OESO – wordt aangemerkt als de staat waar de *situs* van de economische belangen is gevestigd. Dit is de staat waar het lichaam – alwaar het mandaat in bekleed wordt – is geïncorporeerd. Men mag trouwens ook niet uit het oog verliezen dat voor doeleinden van artikel 16 OESO het van geen tel is dat de director een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon is. Als de bronstaat (de staat die de director fee uitbetaalt) m.a.w. op basis van zijn intern vennootschapsrecht van mening is dat de partnership rechtspersoonlijkheid heeft, zal het belastingverdrag tussen de bronstaat en de organisatiestaat van toepassing zijn.

Finaal doet zich nog de mogelijkheid voor dat een partner in een partnership geen director-mandaat bekleedt. De vraag werpt zich dan op in welke mate deze partner kan kwalificeren onder artikel 16 OESO? Traditioneel wordt de stelling ingenomen dat de vergoeding voor een buitenlandse partner als ondernemingswinst moet beschouwd worden. De partner wordt op de zetel van de partnership namelijk geacht over een vaste inrichting te beschikken waaraan zijn vergoeding toerekenbaar is.⁷⁶¹ Deze ondernemingswinst wordt gemeenzaam geacht onder artikel 7 OESO te vallen.⁷⁶² Nochtans laten dissidente stemmen zich soms horen. In een arrest van 12 september 1989 heeft het hof van beroep van Brussel de toepassing van artikel 7 OESO afgewezen daar het de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van een personenvennootschap miskent.⁷⁶³ Een andere afwijkende visie vind ik terug in het Belgisch-Deens belastingverdrag dat toelaat de winst van een personenvennootschap te belasten bij de werkende vennoten.

Ongenuanceerd vasthouden aan een toepassing van artikel 7 OESO ontkent m.i. dat ingevolge een winstaandeel zowel actief als passief inkomen door de partner kan bekomen worden. Hoewel er bij een partnership niet steeds sprake zal zijn van een formeel maatschappelijk kapitaal dat wordt vertegenwoordigd door aandelen, is er in de praktijk toch veelal sprake van een zekere financiële inbreng door de partners om bij te dragen tot de financiering van de partnership. De omvang van die inbreng wordt meestal ook vertaald in de verdeling van de winstaandelen. In een partnership is er dus noodzakelijk sprake van een actief en een passief inkomen. Er is namelijk een vergoeding voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid en een vergoeding voor de financiële inbreng. Beroepsinkomen laat zich binnen een partnership dus duidelijk afscheiden van beleggingsinkomen hetgeen noodzakelijk met zich brengt dat men in een partnership kan spreken van actieve en passieve partners.⁷⁶⁴ Passieve partners kunnen m.i. onder geen beding ressorteren onder artikel 16 OESO. Echter, actieve partners zouden in beginsel wel degelijk onder artikel 16 OESO kunnen vallen. Hun aandeel in het beheer van de partnership zal dan echter duidelijk moeten worden vastgesteld in functie van hun tijdsbesteding. Zodra deze tijdsbesteding zich contractueel en cijfermatig heeft laten redigeren, zal deze vergoeding onder artikel 16 OESO vallen. Deze oefening is echter niet makkelijk. Bovendien heb

⁷⁶¹ Zie bijvoorbeeld voor België *ComOV 7/601*.

⁷⁶² SCHOONVLIET, E., *'Handboek Internationaal Fiscaal Recht'*, Biblio, 1996, p. 103. Voor een toepassing in Nederland, zie Hoge Raad 10 maart 1993, *B.N.B. 1993/227c**.

⁷⁶³ Brussel 12 september 1989, *F.J.F. 1989/164*.

⁷⁶⁴ Voor een bevestiging van deze theorie, zie Voorafgaande Beslissing van 17 juni 2008, nr. 700.484.

ik in hoofdstuk 1 reeds gesteld dat de aandeelhouders vaak druk uitoefenen om de bedrijfsvoering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch oogpunt is ingegeven vanuit een individueel belang en geenszins vanuit het vennootschapsbelang. Elke aandeelhouder heeft een eigen individueel belang. Dit eigen belang is vaak ingegeven vanuit een visie om (spoedig) dividendrechten te bekomen.⁷⁶⁵ Dat is geenszins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennootschapsbelang.

Dit maakt dat een zuivere actieve aandeelhouder/partner op geen enkele manier kan gelijk gesteld worden met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder onder artikel 16 OESO te plaatsen. Ik zie niet in waarom deze stelling niet zou opgaan voor actieve partners.

2.3. Overheids- versus privaat lichaam

2.3.1. Algemeen

Artikel 19 OESO regelt de heffingsbevoegdheid van overheidsbezoldigingen en kent de heffingsbevoegdheid daarover toe aan de kasstaat. Artikel 19 §1 OESO handelt over salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen die een natuurlijke persoon bekomt ter zake van het vervullen van een zgn. overheidsfunctie. De 'kasstaat' heeft het exclusieve heffingsrecht over de inkomsten uit overheidsfuncties (*shall be taxable only*). De woonstaat van de genietter mag de inkomsten dus niet in de grondslag betrekken voor belastingheffingen behoudens voor doeleinden van progressievoorbehoud.

Deze toewijzing van het heffingsrecht over overheidssalarissen aan de staat die de salarissen uitbetaalt, is een oud principe uit het internationale recht.⁷⁶⁶ Deze gedachte is ontstaan in het kader van de internationale ongeschreven regels van beleefdheid en wederzijds respect tussen de soevereine staten.⁷⁶⁷ De League of

⁷⁶⁵ VAN GERVEN, W., 'Moet de aandeelhouder wel stemmen in het vennootschapsbelang?', *T.R.V.* 2013/7, p. 671-672.

⁷⁶⁶ COOLS, A., 'Overheidspensioenen: afwijkende toewijzingsregel is niet discriminerend', *Fisc. Int.* 353, p. 6.

⁷⁶⁷ VOGEL, K., *Double Taxation Conventions*, London, Kluwer, 1997, 1021.

Nations 1927 voorzag al in een afzonderlijke bepaling m.b.t. de taxatie van de salarissen van ‘public employees’.⁷⁶⁸

Sommige auteurs hebben er op gewezen dat het evenwel kan worden betwijfeld of het soevereiniteitsbeginsel nog volstaat als rechtvaardiging van deze regel.⁷⁶⁹ Andere auteurs stellen zelfs de vraag of voor overheidspensioenen nog wel een afwijkende verdragsregeling moet gelden.⁷⁷⁰ Artikel 19 OESO voorziet echter in een aantal uitzonderingen wat haar toepassingsgebied betreft. Zo voorziet artikel 19 §3 OESO erin dat artikel 19 niet van toepassing is op bezoldigingen toegekend *door een op winst gericht* overheidsbedrijf (‘services rendered with a business’).⁷⁷¹ Deze bepaling zag voor het eerst het levenslicht in artikel 7 van de London Modelovereenkomst 1946. Het OESO-Commentaar spreekt ervan dat in dergelijke omstandigheden de gewone arbeidsartikelen (artikel 15, 16, 17 en 18 OESO) van toepassing zijn.⁷⁷² De achtergrond van deze OESO-bepaling luidt dat staten geen immuniteit hebben als zij commerciële en industriële activiteiten ontplooiën. LANG heeft daarover het volgende gezegd: ‘*In the case of states performing services that might also be performed by private contractors, their employees shall be taxed in an equal way as if privately employed*’.⁷⁷³ Hierin schuilt de gedachtegang dat – indien we de stelling van LANG extrapoleren – het niet meer dan billijk is dat ambtenaren die *in casu* een director mandaat bekleden in een staatsbedrijf met winst oogmerk, op dezelfde wijze moeten worden belast als een belastingplichtige die een director positie bekleedt in een privébedrijf.⁷⁷⁴ Zo niet dan treedt er concurrentievervalsing op.

Nochtans is het m.i. niet eenvoudig om uit te maken wanneer een director voor een lichaam werkt dat onder artikel 16 OESO valt, dan wel onder artikel 19 §3 OESO. Dat heeft alles te maken met de invulling van het begrip ‘business’ zoals

⁷⁶⁸ Artikel 7, par 2 London Modelovereenkomst

⁷⁶⁹ Lang, M., ‘Article 19(2): The complexity of the OECD Model can be reduced’, *Bulletin for International Taxation*, 2007, 17-22).

⁷⁷⁰ P. KAVELAARS, ‘Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid’, *M.B.B.* 2011/4, p. 177; contra: E.C.C.M. KEMMEREN, ‘Principle of origin in tax conventions. A rethinking of models’, Pijnenburg, Dongen, 2001, 397); STARINK, B., ‘Belastingheffing over particulierpensioenen en overheidspensioenen in grensoverschrijdende situaties’, Doctoraal Proefschrift, 2015, 331 p.

⁷⁷¹ In dat verband heeft de Belgische rechtspraak bijvoorbeeld reeds geoordeeld dat de bezoldigingen van een Belgisch rijksinwoner die in de Belgische grensstreek woont en werkzaam is voor France Telecom in de Franse grensstreek, in België belastbaar zijn in toepassing van de grensarbeiderregeling opgenomen in het Belgisch-Frans belastingverdrag (Bergen, 16 oktober 1998, *F.J.F.* 1999/33).

⁷⁷² OESO - Commentaar 19/6

⁷⁷³ LANG, M., ‘Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen’, Linde Verlag, 394.

⁷⁷⁴ Nochtans biedt het OESO - Commentaar de mogelijkheid bepaalde diensten-zelfs al zijn ze te bestempen als een business – onder artikel 19(1) en 19(2) te brengen, zie OESO - Commentaar 19/6.

verder zal blijken. Staten geven namelijk vaak een individuele betekenis aan het begrip.⁷⁷⁵ Sommige auteurs hebben ook al aangegeven dat er onenigheid bestaat over de betekenis van het begrip.⁷⁷⁶ Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk of het begrip eerder functioneel, dan wel vormelijk (het lichaam dat de business uitoefent) moet ingevuld worden. Ook is het onduidelijk of bijvoorbeeld een winst-oogmerk relevant is. Een treffend voorbeeld van de problematiek vind ik terug in het arrest van het hof van beroep van Brussel.⁷⁷⁷ In de zaak werd beslist dat een Portugese journalist die werkzaam was bij de Portugese openbare omroep onder artikel 19 OESO valt dan wel onder artikel 15 OESO. DE BROE heeft bekritiseerd dat de journalist onder het toepassingsgebied van artikel 19 van het betrokken belastingverdrag werd gebracht. Immers, er was gebleken dat dat de Portugese nationale omroep ook een commerciële omroep is die belangrijke reclame-inkomsten geniet. Daarom bepleitte DE BROE dat het om een business ging en artikel 15 van het belastingverdrag van toepassing moest verklaard worden.⁷⁷⁸

Het belang van de invulling van het begrip ‘business’ is niet onbelangrijk. Indien er een business voorhanden is, vindt artikel 16 OESO doorgang, zo niet is artikel 19 §3 OESO van toepassing. Het verschil in toewijzing van heffingsbevoegdheid tussen beide verdragsartikelen is niet louter academisch te noemen. In de context van artikel 19§3 OESO is de kasstaat heffingsbevoegd terwijl de schuldenaar voor doeleinden van artikel 16 OESO irrelevant is. Het aftekenen van een duidelijke scheidingslijn tussen de beide verdragsartikelen is dan ook cruciaal. Niet enkel voor deze doeleinden is een goede afbakening tussen artikel 16 en artikel 19 §3 OESO echter cruciaal. Ook het OESO-Commentaar spreekt ervan dat heel veel publieke diensten in omvang zijn toegenomen.⁷⁷⁹ Ten slotte acht ik het onderscheid tussen artikel 16 en artikel 19§3 OESO nog relevant voor zijn materiele toepassingsgebied. Immers, het OESO-Commentaar maakt duidelijk dat artikel 16 OESO van toepassing is op rechtspersonen. Artikel 19 OESO hanteert echter het begrip ‘individual’, een term die niet meteen wordt gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag. In artikel 3 OESO komt het begrip echter bijvoorbeeld wel voor, wetende in artikel 3, 1°, g) OESO. In dit verdragsartikel wordt de term ‘national’ gedefinieerd alwaar natuurlijke personen duidelijk worden onderscheiden van rechtspersonen etc. Het is hierdoor duidelijk dat

⁷⁷⁵ Oostenrijks VwGH 23 februari 1994, Zaak nr. 93/15/0175.

⁷⁷⁶ LANG, M., ‘Public Sector Pensions and Tax Treaty Law’, *Liber Amicorum Cyrille David*, 235.

⁷⁷⁷ Brussel 8 september 2011, besproken door DE BROE, L. e.a., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2011’, *T.R.V.* 2012, p. 118.

⁷⁷⁸ DE BROE, L., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2014’, *T.R.V.* 2015, p. 433.

⁷⁷⁹ OESO - Commentaar 19/1

door het hanteren van het begrip 'individuals' in artikel 3 OESO-een begrip dat ook terugkomt in artikel 19 OESO-enkel natuurlijke personen worden beoogd in artikel 19 OESO. Eén en ander volgt ook uit het feit dat artikel 19 §3 OESO onderworpen is aan de algemene beginselen die vervat zitten in artikel 19 § 1 OESO. Dit volgt uit de opzet van artikel 19 OESO en zijn materiele toepassingsgebied. De zgn. business-activity clause is derhalve alleen van toepassing op natuurlijke personen dewelke een functie bekleden in een publiek overheidsbedrijf middels een dienstverband.⁷⁸⁰ Dat heeft dan noodzakelijk tot gevolg dat artikel 19 §3 OESO geenszins rechtspersonen-mandatarissen beoogt, dit in tegenstelling tot artikel 16 OESO.

In de marge meld ik nog dat heel wat staten uitzonderingen en voorbehouden hebben geformuleerd bij artikel 19 §3 OESO.⁷⁸¹ Zo stellen sommige staten dat het kasstaatbeginsel eveneens van toepassing is, zelfs als de business activiteit door de staat wordt uitgeoefend in een specifiek domein dat door de overheid wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld de spoorweg activiteiten.⁷⁸² Andere staten stemmen in met de business activiteit clause maar sluiten pensioenen dan expliciet uit.⁷⁸³ Andere belastingverdragen reserveren de business activiteit clause enkel voor winstgevendende activiteiten.⁷⁸⁴

2.3.2. Het begrip 'business'

2.3.2.1. Algemeen

Teneinde te weten te komen of artikel 16 OESO dan wel artikel 19 §3 OESO toepasselijk is, is het noodzakelijk een onderscheid te kunnen maken tussen een privaat lichaam en een publiek lichaam. Het is niet eenvoudig om een dergelijke scheidingslijn te trekken. Immers, de overheid die in essentie de publieke belangen dient te behartigen, verricht tevens vaak bedrijfsmatige activiteiten. Op die wijze heeft de publieke sector taken opgepakt uit de private sector.⁷⁸⁵

Het onderscheidend criterium is overeenkomstig het OESO-Modelverdrag gelegen in de term 'business'. Artikel 19 §3 OESO spreekt – zoals gezegd – van 'services rendered in connection with a business'. Wanneer er derhalve sprake is

⁷⁸⁰ SEMRAU-DEUTSCH, K., 'The business-activity clause in artikel 19 para. 3 OECD', in *Taxation of Employment Income in International Tax Law, Series on International Tax Law Univ-Prof. Dr. Michael Lang*, LINDE, Wenen, 2009, p. 321.

⁷⁸¹ Voor 1995 hadden omwille van de onduidelijkheid die artikel 19 §3 OESO met zich meebracht, een aantal landen voorbehouden geformuleerd. Ik denk hierbij aan Japan, Griekenland en de US.

⁷⁸² Artikel 19 par 2 van het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Italië.

⁷⁸³ Bijvoorbeeld het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Estland.

⁷⁸⁴ Bijvoorbeeld het belastingverdrag tussen Duitsland en Australië.

⁷⁸⁵ STEVENS, S.A., 'De fiscale behandeling van marktactiviteiten', *T.F.O.* 2006/40.

van een 'business', zal een lichaam kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO aangezien het dan om een publiek lichaam gaat dat commerciële activiteiten ontplooit.

De opname van de begripsbepaling 'business' moet worden gezien in het kader van de verwijdering uit het OESO-Modelverdrag van artikel 14 i.v.m. de toewijzing van heffingsbevoegdheid ter zake van inkomen uit zelfstandige activiteiten. Bij de update van 29 april 2000 is artikel 14 OESO komen te vervallen. Tevens is artikel 3, eerste lid, OESO aangepast met onderdeel c, 'the term 'enterprise' applies to the carrying on of any business' en onderdeel h 'the term 'business' includes the performance of professional services and of other activities of an independent character'. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat het begrip 'onderneming' alle soorten van 'business' omvat inclusief de vrije beroepsuitoefening van artikel 14 OESO.⁷⁸⁶

Wat precies begrepen wordt onder de term 'business' is echter niet eenvoudig. Het OESO-Modelverdrag omschrijft de term als: '*Business includes the performance of professional services and of other activities of an independent character*'.⁷⁸⁷ Dat deze begripsbepaling niet onmiddellijk bevredigend is, werd ook al opgemerkt door sommige auteurs.⁷⁸⁸ Bovendien hebben sommige staten er expliciet voor gekozen zich het recht voor te behouden deze definitie niet te integreren in hun belastingverdragen. Ik denk hierbij met name aan Italië.

De OESO-Commentaren hebben gepoogd om verdere duidelijkheid te verschaffen.⁷⁸⁹ Daarin wordt namelijk gesteld dat de term moet worden geïnterpreteerd door verwijzing naar het interne recht. Het fundamentele concept 'business' moet dus worden ingevuld door verwijzing naar het interne recht door beroep te doen op artikel 3 §2 OESO.⁷⁹⁰ Ook SASSEVILLE heeft dat bijvoorbeeld gesteld: '*The first sentence of paragraph 10.2 of the commentary on article 3 seems to preclude the counter argument that the context of the treaty requires that an autonomous meaning be given to the term business*'.⁷⁹¹ Daarom kan artikel 19 §3 OESO aanlei-

⁷⁸⁶ J.W.J. de Kort, 'De afschaffing van het modelverdragartikel inzake de inkomsten uit zelfstandige arbeid', *W.F.R.* 2000, p. 1543.

⁷⁸⁷ Artikel 3, 1^o, h OESO

⁷⁸⁸ AVERY JONES, J.F., 'Does enterprise in the OECD Model mean business?', *Bulletin for International Taxation* 2006/12, p. 476.

⁷⁸⁹ OESO-Commentaar 4-10.2

⁷⁹⁰ ARNOLD, B.J., 'Fearful symmetry: the attribution of profits in each contracting state', *Bulletin for International Taxation*, 2007, 321; Oostenrijks VwGH 23 februari 1994, n^o 93/15/0175

⁷⁹¹ J. Sasseville, Chapter 4 'Enterprise', 'Business' and 'Business Profits': From the League of Nations to the Current OECD Model Tax Convention, in *The Meaning of 'Enterprise', 'Business' and 'Business Profits' under Tax Treaties and EU Tax Law* (G. Maisto ed., IBFD 2011), Online Books IBFD.

ding geven tot interpretatieproblemen indien een activiteit in de ene staat als een ‘business’ wordt gekwalificeerd maar geenszins in de andere staat.⁷⁹² Dubbele belasting valt dan niet uit te sluiten. In de literatuur zijn er voldoende voorbeelden gegeven van de verschillen tussen de common law en de civil law staten hieromtrent en het volstaat m.i. om daar naar te verwijzen.⁷⁹³ Zo zal de term in Italië bijvoorbeeld ingevuld worden als elke commerciële activiteit.⁷⁹⁴ In Australië bestaat er ook een definitie van het concept.⁷⁹⁵ De definitie luidt dat ‘business includes any profession, trade, employment, vocation or calling, but does not include occupation as an employee’. Al bij al dus een hele ruime definitie die – wat mezelf betreft – alle kanten uit kan gaan en het risico op dubbele belasting alleen maar vergroot. De Australische rechtspraak dienaangaande vergroot alerminst de rechtszekerheid.⁷⁹⁶ Of zoals COOPER het verwoord heeft: ‘*Rather, whether a taxpayer is carrying on business is a matter of impression built up from examining all the relevant circumstances*’.⁷⁹⁷ De rechtsonzekerheid m.b.t. een verwijzing naar het interne recht ter invulling van het begrip ‘business’, wordt nog groter wanneer men kijkt naar het fiscale recht van het Verenigd Koninkrijk. Vooreerst kan men vaststellen dat het Verenigd Koninkrijk de term ‘business’ niet kent in het belastingrecht.⁷⁹⁸ De rechtbanken hebben dan maar gepoogd om verdere invulling te geven aan het concept. Zo werd bijvoorbeeld gesteld dat de term ‘business’ moet gedefinieerd worden als ‘any particular matter or affair of serious importance’.⁷⁹⁹ Verhuuractiviteiten worden dan weer niet als een ‘business’ beschouwd.⁸⁰⁰

2.3.2.2. Autonome betekenis?

De invulling van het begrip ‘business’ in het OESO-Modelverdrag kan m.i. belist pover genoemd worden. Bovendien geeft het OESO-Commentaar aan dat

⁷⁹² DEUTSCH, K.S., ‘The business activity clause in Art. 19 par. 3 OECD MC’, in *Taxation of employment income in international tax law*, HOHENWARTER, D en METZLER, V. (eds.), 2009, p. 323.

⁷⁹³ AVERY JONES, J. F e.a., ‘Treaty conflicts in categorizing income as business profits caused by differences in approach between common law and civil law’, *Bulletin for International Taxation* 2003, p. 237 e.v.

⁷⁹⁴ Artikel 55 Italian ITC.

⁷⁹⁵ ITAA 1997, Sec. 995-1

⁷⁹⁶ Het Australische High Court stelde dienaangaande: ‘*the test is ... made by regarding the nature and extent of the activities under review, as well as the purpose of the individual engaging in them, and, as counsel for the taxpayer put it, the determination is eventually based on the large or general impression gained*.’ Martin (1953) 90 CLR 470, 474.

⁷⁹⁷ G.S. Cooper, Chapter 8 Australia in *The Meaning of ‘Enterprise’, ‘Business’ and ‘Business Profits’ under Tax Treaties and EU Tax Law* (G. Maisto ed., IBFD 2011), Online Books IBFD.

⁷⁹⁸ R. Arning, Chapter 18 United Kingdom in *The Meaning of ‘Enterprise’, ‘Business’ and ‘Business Profits’ under Tax Treaties and EU Tax Law* (G. Maisto ed., IBFD 2011), Online Books IBFD

⁷⁹⁹ CIR v. Marine Steam Turbine Co Ltd 12 TC 174

⁸⁰⁰ [2006] EWHC 736(Ch).

het begrip dient ingevuld te worden volgens artikel 3 §2 OESO.⁸⁰¹ Omwille van de grote verscheidenheid aan invullingen van het begrip ‘business’, is er m.i. door bepaalde auteurs terecht gepleit voor een autonome invulling van het concept.⁸⁰² Ook VOGEL bepleit een autonome verdragsinterpretatie.⁸⁰³ Er valt m.i. vanuit historische overwegingen veel te zeggen voor een autonome betekenis van de term ‘business’. Het is namelijk nogal contradictorisch om een verdragsartikel dat gesteund is op internationaal aanvaarde beleefdheidsregels te voorzien van een filosofie die voor een onduidelijke term ingevuld moet worden op basis van artikel 3 (2) OESO. Echter, een autonome betekenis toewijzen aan het begrip ‘business’ voor doeleinden van artikel 19 (3) OESO betekent m.i. nog niet dat dit zelfde verdragsartikel een autonoom op zichzelf staand verdragsartikel is. De ratio legis van artikel 16 en artikel 19 (3) OESO is dan ook totaal verschillend. Artikel 19 OESO is niet ingegeven vanuit het fiscaal recht maar wel vanuit het internationaal publiek recht. De verschillende alinea’s in dit verdragsartikel zijn dan ook vanuit dat oogmerk samenhangend.

Het begrip ‘business’ moet dus autonoom worden ingevuld. Er zal m.i. verder op basis van onderzoek nagekeken moeten worden welke kenmerken essentieel zijn om te kunnen spreken van een ‘business’. Op deze wijze kan duidelijk de scheidingslijn getrokken worden tussen artikel 16 OESO en artikel 19 §3 OESO.⁸⁰⁴ Hierbij dient m.i. de *activiteit* naar voren geschoven te worden als scheidingslijn tussen het ondernemingsbegrip van artikel 16 en artikel 19 §3 OESO.⁸⁰⁵ Dit eerder dan de *formele organisatie* die de activiteit uitoefent. Immers, enkel door een inhoudelijke (en dus niet vormelijke) invulling van het begrip ‘business’, kan deze vraag beantwoord worden. Over de vorm van het begrip ‘company’, lijkt het OESO-Modelverdrag namelijk meer informatie te verschaffen dan over de invulling van het begrip ‘business’. Een gelijkaardige visie vindt men bijvoorbeeld terug in Nederland. De Staatssecretaris van Financiën heeft daar geoordeeld dat het begrip ‘zelfstandige onderneming’ moet worden be-

⁸⁰¹ OESO - Commentaar 3/10.2

⁸⁰² RUST, A., ‘Chapter 6 ‘Business’ and ‘Business Profits’, in *The Meaning of ‘Enterprise’, ‘Business’ and ‘Business Profits’ under Tax Treaties and EU Tax Law* (G. Maisto ed., IBFD 2011), Online Books IBFD; BLANK, M. en ISMER, R., ‘Rethinking article 19 OECD MC (Government Service): a provision in search of a rationale?’, *Intertax* 2015, p. 251.

⁸⁰³ VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer, 2015, p. 1501.

⁸⁰⁴ Deze oefening dient eens te meer gemaakt te worden aangezien ook de rechtsleer zeker niet unaniem is wat onder het begrip dient begrepen te worden. Zie bijvoorbeeld: LOUKOTA, H., in KOLB, LANK, LOUKOTA, WALBURGER, WATERS and WOLFF, ‘Employment income under tax treaty law-case studies’, *SWI* 2002, 523, LANG, M., ‘Article 19(2): The complexity of the OECD Model can be reduced’, *Bulletin for International Taxation* 2007, p. 17 e.v.

⁸⁰⁵ In dezelfde zin: BLANK, M. en ISMER, R., ‘Rethinking article 19 OECD MC (government services: a provision in search of a rationale?’, *Intertax*, 2015, 251.

paald op grond van technische criteria. Het organisatorische verband is hierbij minder van belang.⁸⁰⁶ Deze visie vindt trouwens steun in de OESO-Commentaren. Paragraaf 6 van de OESO-Commentaren op artikel 19 OESO zegt namelijk over de business activiteit clausule dat ‘this clause should only apply in particular cases because the state fulfills specific functions e.g. state railway, post office, stated owned theaters and performs a business activity’. De vraag of een specifieke vennootschapsvorm noodzakelijk is voor toepassing van artikel 19 §3 OESO, dient m.i. dan ook negatief te worden beantwoord. Er anders over oordelen zou m.i. in strijd zijn met de letterlijke bewoordingen van het verdragsartikel.

In de analyse die volgt, wordt de redenering toegespitst op zowel de zgn. directe als indirecte overheidsbedrijven. STEVENS vermeldt in zijn proefschrift – in navolging van de Nederlandse regelgeving – namelijk een onderscheid tussen de directe en de indirecte overheidsbedrijven.⁸⁰⁷ Men spreekt van ‘directe overheidsbedrijven’ wanneer deze direct eigendom zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon. De indirecte overheidsbedrijven worden uitgeoefend door een privaatrechtelijk lichaam, maar waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon het privaatrechtelijke lichaam beheerst.

Sommige auteurs hebben gepoogd om de gemeenschappelijke kenmerken af te leiden die toegerekend kunnen worden aan een business.⁸⁰⁸ Deze kenmerken zijn ontleend aan het interne recht van staten alsook aan het EU-recht.⁸⁰⁹ Meer bepaald worden 7 kenmerken aangehaald daartoe. (1) Vooreerst haalt SEMRAU – DEUTSCH het type activiteit aan. Indien een entiteit handelt binnen een gereserveerde publieke bevoegdheid, is de activiteit publiek.⁸¹⁰ In dat verband wordt tevens aangehaald dat een gemengde activiteit tevens mogelijk is en een uitsplitsing dient gemaakt te worden.⁸¹¹ (2) Het type persoon is volgens de auteur ook relevant. Hierbij wordt de vraag gesteld of een specifieke rechtspersoon

⁸⁰⁶ Dit standpunt werd ingenomen in een brief aan de Vereniging van Nederlandse gemeenten van 25 juni 1980 inzake de fiscale positie van de exploitatie van een CAI (Centrale Antenne Inrichting), *De Nederlandse Gemeente*, 8 augustus 1980, nr. 32.

⁸⁰⁷ STEVENS, S.A., ‘*De belaste overheid*’, Kluwer, 2003, p. 183.

⁸⁰⁸ DEUTSCH, K.S., ‘The business activity clause in Art. 19 par. 3 OECD MC’, in *Taxation of employment income in international tax law*, HOHENWARTER, D en METZLER, V. (eds.), 2009, p. 329.

⁸⁰⁹ Ook het hof van beroep van Luik oordeelde eerder al dat op basis van het arrest AB Holding van het Hof van Justitie (HvJ 10 november 1998, C-360/96, BFI Holding) dat een publiekrechtelijke rechtspersoon geen nijverheids-of handelsbedrijf uitoefent. Zie Luik 19 maart 2014, besproken door DE BROE, L., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2014’, *T.R.V.* 2015, p. 434.

⁸¹⁰ Oostenrijks Hooggerichtshof 17 november 2005

⁸¹¹ Austrian Corporate Tax Rulings 2001, 39.

vereist is om te kunnen spreken van een publieke business? Als men de OESO-Commentaren op artikel 19 §3 erop naleest, dient deze vraag m.i. alleszins negatief te worden beantwoord. Deze visie is belangrijk aangezien staten er via het type rechtspersoon vaak van uitgaan dat het gaat om een publieke dan wel een private activiteit. Zo bepalen sommige staten dat indien een private vennootschapsvorm wordt aangenomen, het steeds om een ‘business’ gaat.⁸¹² (3) Het type inkomen is volgens de auteur een ander kenmerk van een business. Sommige staten maken een onderscheid tussen businessinkomen en andere inkomsten (bijvoorbeeld beleggingsinkomsten). Nochtans vind ik dit criterium niet echt relevant om te zeggen of een business privaat dan wel publiek is. (4) Een veel belangrijker criterium vind ik het winstoogmerk. Bepaalde rechtspraak heeft duidelijk gesteld dat een winstoogmerk voorhanden moet zijn om te kunnen spreken van een business in de zin van artikel 19 §3 OESO.⁸¹³ Verschillende auteurs hebben deze voorwaarde besproken en komen vaak tot tegenstrijdige conclusies. Zo stelt RUPP dat het voldoende is dat van tijd tot tijd winst wordt gerealiseerd.⁸¹⁴ VOGEL stelt dan weer dat winst niet noodzakelijk is om te kunnen spreken van een business.⁸¹⁵ Deze visie wordt trouwens nog gedeeld door BLANK.⁸¹⁶ (5) Onafhankelijkheid: men kan maar spreken van een business als deze onafhankelijk kan opereren en geen bindende instructies bekomt van publieke overheden.⁸¹⁷ (6) Duurzaamheid (sustainability): de meeste OESO - staten vereisen een duurzaamheids criterium alvorens over business kan gesproken worden.⁸¹⁸ Dat hoeft niet per definitie het geval te zijn. In bepaalde common law-staten, kunnen eenmalige transacties tot een business aanleiding geven.⁸¹⁹ (7) Markt: alvorens van een business kan worden gesproken, dient de actor deel te nemen aan een markt. Er moet dus een competitie voorhanden zijn. Dit vereiste wordt door sommige auteurs nochtans bestreden aangezien dit niet zou volgen uit artikel 19 §3 OESO.⁸²⁰ M.i. is dit marktgegeven echter essentieel om een autonome betekenis toe te wijzen aan het begrip ‘business’. Een markt is in essentie het spel van vraag en aanbod waarin de overheid geen (beslissende) rol speelt. In wat volgt ga ik beknopt in op de invulling van het begrip ‘marktgegeven’. Het is nl. een zeer belangrijk onderscheidend criterium om eerder artikel

⁸¹² Bijvoorbeeld Duitsland

⁸¹³ Oostenrijks Administratief Hooggerechtshof 21 maart 1996, 94/15/0128.

⁸¹⁴ RUPP, in DBA-Kommentar Art. 19 par 3, n° f.97

⁸¹⁵ VOGEL, K., ‘On double tax conventions’, Art 19, 59.

⁸¹⁶ BLANK, M. en ISMER, R., ‘Rethinking article 19 OECD MC (government services): a provision in search of a rationale?’, *Intertax* 2015, p. 251.

⁸¹⁷ Oostenrijks Administratief Hooggerechtshof 18 oktober 2005, 94/13/0121.

⁸¹⁸ Oostenrijks Administratief Hooggerechtshof 20 april 2004, 2000/13/0109.

⁸¹⁹ Bijvoorbeeld Oostenrijk

⁸²⁰ KEMPERMANN in Flick/Wassermeyer/Wingert/Kempermann, Art. 19, 21

16 OESO toe te passen, dan wel artikel 19§3 OESO. Ook LANG acht een markt-criterium van groot belang om te kunnen spreken van een business in de zin van artikel 19 §3 OESO.⁸²¹

2.3.2.3. Kenmerken voor een autonome verdragsinterpretatie van het begrip 'business'

WUSTENBERGHS heeft in zijn proefschrift drie essentiële kenmerken vermeld om te kunnen spreken van een markt.⁸²² Hij heeft deze kenmerken ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie maar kunnen m.i. algemene doorwerking vinden.⁸²³ Deze denkwijze is m.i. gerechtvaardigd aangezien het concept van 'economic activity' in relatie tot de vrijheid van vestiging in artikel 49 VwEU het voorwerp is geweest van heel wat rechtspraak van het Hof van Justitie. De criteria kunnen een helpende hand aanreiken om verder verduidelijking te brengen nopens de autonome invulling van het begrip 'business' voor doeleinden van artikel 19 §3 OESO. Ook het hof van beroep van Luik deed eerder al beroep op het AB Holding arrest om te besluiten dat een publieke rechtspersoon geen business uitoefent.⁸²⁴

De visie van WUSTENBERGHS staat echter niet alleen. Ook andere auteurs lijken deze visie te onderschrijven. Zo heeft bijvoorbeeld PISTONE gesteld dat '*the point can be made that business is not only to be used as an adjective for activities of undertakings, but rather as a possible synonym for economic activity*'.⁸²⁵ Zo zal het Hof van Justitie binnen het domein van de directe belastingen inderdaad geregeld verwijzen naar de noodzaak van een *economic activity*⁸²⁶ of een *business activity*⁸²⁷. De termen worden door elkaar gebruikt. Vaak zal dit in een context van misbruiksituaties gaan. Eveneens wijs ik er op dat de League of Nations histo-

⁸²¹ LANG, M., 'Article 19(2): the complexity can be reduced', *Bulletin for International Taxation* 2007, p. 17. Contra: BLANK, M. en ISMER, R., 'Rethinking article 19 OECD MC (government services): a provision in search of a rationale?', *Intertax* 2015, p. 251. Blank en Ismer geven echter geen duidelijke motieven voor hun stelling.

⁸²² WUSTENBERGHS, T., '*Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten. De vaste inrichting op de helling*', Larcier, 2005, p. 431.

⁸²³ HvJ 16 juni 1987, nr. 118/85, Jur H.v.J. 1987, 2621, Commissie vs. Italië; HvJ 18 juni 1998, C-35/96, Commissie vs. Italië.

⁸²⁴ Luik 19 maart 2014, besproken door DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2014', T.R.V. 2015, p. 434.

⁸²⁵ PISTONE, P., 'Chapter 1 'Enterprise', 'Business' and 'Business Profits' in *EU Tax Law in The Meaning of 'Enterprise', 'Business' and 'Business Profits' under Tax Treaties and EU Tax Law* (G. Maisto ed.), Online Books IBFD, 2011.

⁸²⁶ HvJ 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

⁸²⁷ HvJ 18 december 2007, C-101/05, Skatteverket.

risch gezien ook geregeld sprak van het begrip ‘undertakings’ i.p.v. ‘business’.⁸²⁸ Er zijn dus goede argumenten om te stellen dat het begrip ‘business’ en het concept ‘undertakings’ zoals gebruikt in artikel 49 VwEU synoniemen zijn. Deze redenering kan van belang zijn om EU-rechtelijke invullingen van het begrip te transponeren naar het OESO-Modelverdrag.

Indien men de literatuur op naslaat, zal men trouwens zien dat auteurs ongeveer dezelfde criteria hebben aangereikt, los van de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁸²⁹ Sommige auteurs hebben er ten andere op gewezen dat artikel 19 §3 OESO in overeenstemming met de bepalingen rond de Europese interne markt moet worden geïnterpreteerd.⁸³⁰

De volgende eigenschappen zijn kenmerkend: de potentiële aanwezigheid van concurrentie, een tegenprestatie en het dragen van risico van een verkeerde prijszetting.

(a) Concurrentie

Het eerste element dat moet nagekeken worden, is of de goederen/diensten die de eenheid aanbiedt, op een markt worden aangeboden waar concurrentie van andere lichamen speelt of zou kunnen spelen. Deze marktinvulling werd reeds eerder geponereerd door advocaat-generaal JACOBS in de zgn. Glöckner-zaak.⁸³¹ Uit deze rechtspraak blijkt afdoende dat het moet gaan om lichamen die winst-oogmerk nastreven hetgeen van belang is om de activiteiten met een economische activiteit af te bakenen van de activiteiten die als overheidsprerogatieven te beschouwen zijn. Zo werden in het verleden bijvoorbeeld als de uitoefening van een overheidsprerogatief aanzien, de activiteiten van een internationale organisatie voor de veiligheid van het luchtverkeer⁸³², miliEU-inspectietaken in een petroleumhaven, ...⁸³³ In dat verband heeft het Hof van Justitie een interessante nuancering gemaakt die aanleunt bij de hoger genoemde visie van LANG. Zo stelde het Hof van Justitie dat de omstandigheid dat een bepaalde activiteit gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen, niets afdoet aan het economische verkeer van deze activiteit. In het arrest *Höfner en Elser* stond bij-

⁸²⁸ Article 5 v.d. League of Nations: Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion Double Taxation and Tax Evasion: Report Document C. 216. M. 8 London, April 12th, 1927.

⁸²⁹ SEMRAU DEUTSCH, K., ‘The business activity clause in Art. 19 par. 3 OECD MC’, in *Taxation of employment income in international tax law*, HOHENWARTER, D en METZLER, V. (eds.), 2009, p. 329.

⁸³⁰ LANG, M., ‘Article 19(2): the complexity of the OECD Model can be reduced’, *European Taxation* 2007, 20.

⁸³¹ F.G. JACOBS, conclusie bij H.v.J. 25 oktober 2001, nr. C-475/99, *Jur. H.v.J.* 2001, 8108.

⁸³² HvJ 19 januari 1994, nr. C-364/92, *Jur. H.v.J.* 1994, 43, SAT Fluggesellschaft/ Eurocontrol.

⁸³³ HvJ 18 maart 1997, nr. C-343/95, *Jur. H.v.J.* 1997, 1547, Diego Cali & Figli Srl/SEPG.

voorbeeld ter discussie of de activiteit van arbeidsbemiddeling een overheidsprerogatief is. Het Hof van Justitie oordeelde finaal dat de arbeidsbemiddeling niet altijd in handen van overheidsdiensten is geweest en om die reden als een eenheid die als lichaam in de zin van de mededingingsregels moet aangezien worden.⁸³⁴

Zoals door het Hof van Justitie alsook door sommige auteurs gesteld, moet er *winstoogmerk* worden nagestreefd om te kunnen spreken van een concurrentie. Het winstoogmerk is in beginsel een subjectief criterium. Het doel van een lichaam is vaak vastgelegd in de oprichtingsstatuten van het lichaam, maar dat is vaak niet doorslaggevend.

Uit het complex van rechtshandelingen zal volgens VAN HOUTE het oogmerk van het lichaam moeten worden afgeleid.⁸³⁵ De volgende regels worden door deze auteur voorgesteld om het winstoogmerk van een lichaam vast te stellen: (i) eerst wordt op het niveau van het lichaam vastgesteld of er sprake is van een voordeel; (ii) indien er sprake is van een voordeel dienen de activiteiten van het lichaam te worden gesplitst in bedrijfshandelingen en overige handelingen; (iii) ten aanzien van de bedrijfshandelingen moet worden beoordeeld of deze met een winstoogmerk zijn verricht. Vervolgens moet er worden getoetst of er een causale band bestaat tussen de bedrijfsbehandelingen en de winst. De causale relatie valt uiteen in een feitelijk verband en een normatief verband. Het feitelijk verband slaat op de vraag of het voordeel direct samenhangt met het behaalde resultaat. Voor het normatieve element van het winstoogmerk beoordeelt de auteur de kans op het voordeel als volgt. Als uitgangspunt zal een kans op voordeel van ten minste 50% kunnen worden aangehouden. Aangenomen mag worden dat een winst beogend subject niet zal handelen bij een kans op winst van kleiner dan 50%. STEVENS weerlegt deze theorie door te stellen dat de verwachtingswaarde van het voordeel zelf bepalend is.⁸³⁶ Hierbij is het tevens van belang aan te stippen dat het behalen van winst geenszins een winstoogmerk impliceert. Winst kan immers incidenteel worden behaald zonder dat dit werd beoogd.⁸³⁷ Dit neemt echter niet weg dat het doorlopend winst maken slechts kan worden bestempeld als het aanwezig zijn van een *winstoogmerk*.⁸³⁸ Dit alles maakt dat binnen een dezelfde overheidsorganisatie verschillende be-

⁸³⁴ HvJ 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur. H.v.J.* 1991, 2016, Höfner en Elser.

⁸³⁵ VAN HOUTE, C.P.M., 'De Stichting in het Nederlandse belastingrecht', *Fiscale Monografieën* nr. 69, Kluwer, Deventer, p. 52.

⁸³⁶ STEVENS, S.A., 'De belaste overheid', Kluwer, 2003, Deventer, p. 219.

⁸³⁷ HR 18 november 1931, B 5084

⁸³⁸ HR 29 september 1999, nr. 34 682, V-N 1999/46.1.

drijfstakingen kunnen aanwezig zijn waarbij bepaalde bedrijfstakken een winst-oogmerk nastreven en andere bedrijfstakken niet. Veelal zijn deze bedrijfstakken bij elkaar gebracht in een organisatorische eenheid. Deze activiteiten dienen duidelijk onderscheiden te worden. Het uitgangspunt van de splitsing dient te zijn dat aan de ondernemingsactiviteit een zekere zelfstandigheid toekomt. Deze splitsing dient een neutraal objectieve analyse te vertegenwoordigen die niet afhankelijk mag zijn van de vraag of dit al dan niet nadelig is voor de entiteit. In dat verband is het m.i. dan ook perfect mogelijk dat verschillende directeurs in hetzelfde overheidsbedrijf dan wel onder artikel 16 OESO vallen of eerder onder artikel 19 §1 OESO.

Ook het in concurrentie treden met andere lichamen, is een voorwaarde. In dat opzicht heeft de Nederlandse Hoge Raad volgens mij hieromtrent een goede definitie gegeven, weliswaar in een andere context. De Hoge Raad stelde dat onder 'in concurrentie treden' moet begrepen worden, 'het verrichten van activiteiten die ten koste gaan van de omzet van andere ondernemingen'.⁸³⁹ Toch heeft de Hoge Raad in het verleden andere en eerder bizarre uitspraken hierover gevelde. Zo werd beslist dat in bepaalde gevallen ondanks het verrichten van activiteiten niet in concurrentie wordt getreden aangezien de markten zo groot waren dat de afzet door de stichting niet ten koste van het debiet van gewone ondernemingen kon gaan.⁸⁴⁰ Ook van belang is dat het lichaam zelf activiteiten verricht, waarmee het in concurrentie treedt. Indien de entiteit slechts een ondersteunende rol heeft en zelf geen activiteiten ontplooit, kan er ook geen sprake zijn van in concurrentie treden.⁸⁴¹ Ook hoeven de activiteiten niet identiek te zijn aan de activiteiten van andere ondernemers.⁸⁴² Er kan m.i. ook sprake zijn van in concurrentie treden indien het risico van concurrentie potentieel aanwezig is.⁸⁴³

Bij wijze van besluit kan m.i. in deze context worden gesteld dat er sprake is van marktinfilling door een lichaam indien het in concurrentie treedt met andere lichamen. Bovendien moet het een winstoogmerk nastreven. Dit is iets helemaal anders dan winst behalen.

⁸³⁹ HR 13 september 2000, nr. 35 368, V-N 2000/43.14.

⁸⁴⁰ HR 24 juni 1987, B.N.B. 1987/264.

⁸⁴¹ Hof Arnhem, EK IV 8 juli 1999, nr. 97/22558, V-N 1999/49.13

⁸⁴² HR 24 oktober 1962, B.N.B. 1962/327.

⁸⁴³ HR 24 oktober 1962, B.N.B. 1962/327.

(b) Tegenprestatie

Ten tweede is het relevant dat de goederen en diensten worden aangeboden tegen betaling door de afnemers. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het inherent is aan een economische activiteit dat de transactie een vergoedend element heeft. Zo specificeerde het Hof van Justitie dat het wezenlijk kenmerk van de vergoeding erin bestaat dat 'zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoefte de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld'.⁸⁴⁴ Voor de voorliggende discussie is het eveneens belangrijk dat het Hof van Justitie hieraan toegevoegd heeft dat zo de dienst wordt aangeboden tegen betaling, de opbrengst ervan evenzeer geacht wordt economisch te zijn *ongeacht de bestemming ervan, in casu* de staatskas of een doelstelling van algemeen belang. M.a.w. een staatsbedrijf kan gelet op de samenhang tussen artikel 16 OESO en artikel 193 OESO wel degelijk een 'company' zijn in de zin van artikel 16 OESO. Alleen moet de activiteit concurrentieel gericht zijn op een markt en moet daar een vergoeding tegenover van staan. Het essentieel kenmerk van 'vergoeding' kan in vraag worden gesteld van zodra de persoon te wiens behoefte de dienst wordt verricht daarvoor niets hoeft te betalen dan wel betaald wordt uit een beurs die hij van de staat heeft ontvangen, of ook nog wanneer hij voor een dienst betaald heeft maar deze wordt terugbetaald door de staat. Hierbij dient men m.i. een onderscheid te maken. Indien de staat voorziet in de tussenkomst voor een goed/dienst van een privé-organisatie, blijft deze organisatie economisch op winst gericht. Zij blijft m.a.w. ressorteren onder artikel 16 OESO. Nochtans, indien diensten tegen vergoeding worden aangeboden door een staatsbedrijf en deze diensten worden door de staat zelf terugbetaald, ontbreekt m.i. het essentieel karakter van 'vergoeding'.

(c) Risico van verkeerde prijszetting

Als derde en laatste kenmerk om uit te maken of er sprake is van 'business', stelt het Hof van Justitie de vraag of de eenheid die het lichaam zou zijn, voldoende vrij is om de prijs te bepalen en ook het risico draagt van een verkeerde prijszetting.⁸⁴⁵ Welnu, het gegeven dat een staat soms maximumprijzen oplegt voor bepaalde diensten of goederen (brood, telecommunicatie, elektriciteit, ...) verandert hier m.i. niets aan. De vrijheid van prijszetting blijft hier gehandhaafd.

⁸⁴⁴ HvJ 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Jur. H.v.J.* 1994, p. 1091, Schindler

⁸⁴⁵ HvJ 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jur. H.v.J.* 2002, 1676, Wouters.

Deze drie gestelde kenmerken kunnen zich natuurlijk wel voordoen maar op voorwaarde dat er niet gehandeld wordt binnen een gesloten gemeenschap. Het handelen binnen een gesloten gemeenschap, doet m.i. besluiten dat er geen economisch verkeer is.⁸⁴⁶ Niet elke besloten groep valt echter buiten het economische verkeer. Een kartel van samenwerkende lichamen vormt weliswaar een besloten groep, maar bij de onderlinge prestaties is er toch sprake van deelname aan het economische verkeer. Kenmerkend voor een besloten groep is de persoonlijke band tussen de deelnemers. Zo heeft de Nederlandse rechtspraak in het verleden bijvoorbeeld geoordeeld dat een stichting die administratieve en onderwijsondersteunende werkzaamheden verricht voor scholen, niet deelneemt aan het economische verkeer voor zover zij deze werkzaamheden verrichtte voor scholen die zij zelf exploiteerde.⁸⁴⁷

2.3.2.4. Grote unanimiteit over kenmerken

M.i. zijn de drie aangehaalde criteria goede criteria om een autonome betekenis toe te kennen aan het begrip 'business', minstens voor doeleinden van artikel 19 §3 OESO. Deze invulling staat dan tegen de heersende leer dat het begrip 'business' moet ingevuld worden overeenkomstig artikel 3 §2 OESO.⁸⁴⁸ Het zijn al bij al heldere criteria die grensoverschrijdend kunnen gehanteerd worden. Dat wil dan zeggen dat het tevens als onderscheidend criterium tussen artikel 16 OESO en artikel 19 §3 OESO kan dienen. Dit heeft dan tot gevolg dat de term 'business' niet meer ingevuld dient te worden door het interne recht, zoals gesteld door de OESO-Commentaren. Indien men duidelijkheid wil over het onderscheid tussen artikel 16 en 19 §3 OESO, moet men durven over te schakelen naar duidelijk afgebakende criteria. Zo niet, blijft het risico op dubbele belasting bestaan.

Over de drie aangehaalde essentiële kenmerken van het begrip 'business' bestaat trouwens nu al unanimiteit in diverse staten zodat *de facto* al draagvlak bestaat. Dit blijkt afdoende uit het rechtsvergelijkend onderzoek van OFFERMANS.⁸⁴⁹ Zo wordt in Nederland het ondernemingsbegrip objectief ingevuld door het winstoogmerk te toetsen, de aanwezigheid van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal en de deelname aan het economische verkeer alsook

⁸⁴⁶ HR 1 maart 1989, *B.N.B.* 1989/156.

⁸⁴⁷ Hof 's Gravenhage, MK I, 7 december 2001, nr. 98/4031, *V-N* 2002/7.23.

⁸⁴⁸ Voor een recente toepassing zie Luik 19 maart 2014, 2011/RG/1486.

⁸⁴⁹ OFFERMANS, R., 'Het ondernemingsbegrip in Europees perspectief', diss. 1997; OFFERMANS, R., 'The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective', *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International 2002.

het gegeven dat ondernemingsrisico wordt gelopen.⁸⁵⁰ De Nederlandse vennootschapsbelasting stelt tevens dat om als privaat lichaam te worden aangemerkt, het uitoefenen van een activiteit belangrijk waardoor in concurrentie wordt getreden met andere lichamen.⁸⁵¹

2.3.3. Relevantie voor artikel 16 OESO

In punt 2.3.1. heb ik aangegeven waarom het belangrijk is heldere criteria aan te halen ter onderscheiding van artikel 16 en artikel 19§3 OESO. Bij wijze van besluit dient men op te werpen dat het onderscheidend gehalte ter invulling van het ondernemingsbegrip in de artikelen 16 OESO en 19§3 OESO zich manifesteert in drie essentiële criteria: concurrentieoogmerk, de goederen of diensten worden aangeboden tegen betaling waardoor deelname aan het economische verkeer aanwezig is en ten slotte het dragen van ondernemingsrisico. Het zou aangewezen zijn dat de OESO deze criteria opneemt in de commentaren bij artikel 16 OESO om alzo duidelijk te maken waar het onderscheidend criterium met artikel 19§3 OESO zich situeert.⁸⁵²

Anderzijds lijkt mij het OESO-Commentaar 19/6 niet meer te kunnen opgaan stellende dat bepaalde diensten door verdragsluitende staten – niettegenstaande het om business gaat – toch nog onder artikel 19(1) en 19(2) OESO kunnen gebracht worden. Het OESO-Commentaar spreekt in dat verband bijvoorbeeld van De Post, De Spoorwegen, staatstheaters, enz... Er wordt niet ingezien waarom in functie van deze bepaalde diensten daarvoor afwijkingen moeten toegestaan worden. Het OESO-Commentaar blijkt m.i. met een dergelijke passage ernstig achter te hinken op zich voordoende evoluties. Om dit te illustreren, haal ik de woorden van HONDIUS aan: *'Le passage de la nationalisation à la privatisation est l'un des faits nouveaux les plus importants de la société actuelle'*.⁸⁵³ Vasthouden aan het OESO-Commentaar 19/6 is de kop in het zand steken voor de golf van privatisering die onze economieën en rechtsstelsel drastisch heeft gewijzigd. Het volstaat te kijken naar staten als Nederland en België om vast te stellen dat – net de sectoren aangehaald in het OESO-Commentaar 19/6 – drastisch geprivatiseerd zijn. Voorbeelden zijn KPN, TNT De Post, enz. Op wereldschaal kan het belang van privatisering vooral geduid worden door de opbrengst ervan

⁸⁵⁰ Hoge Raad 6 maart 1985, *B.N.B.* 1985, 213; Hoge Raad 6 september 1995, *B.N.B.* 1995, nr. 298.

⁸⁵¹ Aantekening 7 en 9 bij artikel 4 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

⁸⁵² De rechtsleer heeft ook al opgeworpen dat het bestaan van artikel 19 (3) OESO aanleiding geeft tot complicaties, zie PISTONE, P., 'Government Service', in *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Taxmann, 2008, 321.

⁸⁵³ HONDIUS, M.E. *Privatisation et protection du consommateur*, in *Aspects juridiques des privatisations*, Straatsburg, Les Editions du Conseil de l'Europe, 1993, 157.

die staten genereren ingevolge privatisering. De liberalisering richtlijnen van de Europese Unie liggen daaraan ten grondslag.⁸⁵⁴ De beoogde passage in het OESO - Commentaar – luidende dat bepaalde diensten door verdragsluitende staten – niettegenstaande het om business gaat – toch nog onder artikel 19(1) en 19(2) OESO kunnen gebracht worden dient m.i. dan ook afgeschaft te worden.

2.4. Tussentijds besluit en aanbevelingen

Artikel 16 OESO spreekt over het begrip ‘company’ maar voorziet zelf niet in een definitie daarvan. Het begrip ‘company’ staat echter wel gedefinieerd in artikel 3(1) (b) van het OESO-Modelverdrag. Het gaat om elke rechtspersoon of elke eenheid die in de overeenkomst sluitende staat waarvan zij inwoner is voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld. Artikel 4 OESO merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonstaat, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid. Voor het begrip ‘inwoner’ verwijst het OESO-Modelverdrag aldus naar het nationale recht van de staten. Omtrent het inwonerschap van een lichaam werpen zich twee dominante strekkingen op, te weten de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Deze strekkingen zijn afkomstig uit het vennootschapsrecht maar worden binnen het fiscaal recht ook vaak gehanteerd. De werkelijke zetelleer leunt dicht aan tegen het POEM-begrip (place of effective management) binnen artikel 4(3) OESO. Beide begrippen zijn o.a. door het internationaal optreden van directors en het gebruik van moderne communicatiemiddelen (videoconferentie, netmeeting, chatten, ...) zeer moeilijk in te vullen. Vandaag is het nog steeds onduidelijk welke personen precies worden beoogd in beide begrippen. Sommige staten verwijzen naar het strategische management, andere staten verwijzen dan weer naar personen die het dagelijks bestuur handhaven. Staten vertonen daaromtrent weinig of geen consistentie. Ook de OESO worstelt met de invulling. Zo werd recent voorzien dat staten bij voorkeur in onderling overleg dienen te gaan ter invulling van de tie breaker.

M.i. dient zowel binnen artikel 16 OESO als binnen de tie breaker van artikel 4(3) OESO een formeel inwonersbegrip naar voren geschoven te worden. Dit kan m.i. enkel steunen op de incorporatieleer. Een dergelijke leer kan ook als beste de toets van het EU-recht doorstaan. Het Hof van Justitie heeft minstens

⁸⁵⁴ DEVROE; W., ‘Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht’, *Jura Falconis* 2000- 2001, p. 299-326.

een voorkeur voor de incorporatieleer gesuggereerd. Laatstgenoemde vaststelling is niet onbelangrijk als men weet dat 21 staten van de 34 OESO-staten lid zijn van de Europese Unie. Bovendien dienen alle EU-lidstaten de zgn. unietrouw na te komen.

Omdat de vrees is geformuleerd dat een formeel inwonersbegrip de deur wagenwijd zou kunnen open zetten voor misbruik, dient een LOB-achtige nieuwe anti-misbruikbepaling in het leven te worden geroepen binnen artikel 16 OESO. Deze nieuwe anti-misbruikbepaling kan gesteund zijn op de Cadbury Schweppes rechtspraak van het Hof van Justitie die daartoe een hele mooie aanzet kan geven. Deze rechtspraak houdt in dat een effectieve economische activiteit moet worden nagestreefd. Om al deze redenen is de huidige invulling van het begrip 'company' voor doeleinden van artikel 16 OESO niet meer aangepast aan de hedendaagse noden. Een incorporatiecriterium voor de rechtspersoon dient *de lege ferenda* toegevoegd te worden in artikel 16 OESO. Een geactualiseerde versie werpt zich dan ook op. Om al deze redenen dient de volgende passage toegevoegd te worden aan het begrip 'company' in artikel 16 OESO: *which is incorporated in the other Contracting State and represents real economic activity*.

Men dient noodzakelijk te besluiten dat door deze wijziging van artikel 16 OESO een spanningsveld ontstaat met de tie breaker van artikel 4 (3) OESO die naar het POEM-begrip verwijst. Toch moet de tie breaker m.i. – op zijn minst voor doeleinden van artikel 16 OESO-verwijzen naar een formeel vestigingsbegrip. Het spreekt voor zich dat daarmee niet alle problemen van de baan zijn. Immers, het is niet uitgesloten dat een lichaam bijvoorbeeld, haar zetel registreert in een staat met een fiscaal gunstregime zonder aldaar economische activiteit te ontwikkelen. Het kan dan natuurlijk niet zijn dat dit lichaam door een rigide interpretatie van het vestigingsbegrip in geen enkele staat inwoner wordt en dus niet gerechtigd wordt op belastingverdragen. Vandaar zou het met de wijziging van het vestigingsbegrip in artikel 16 OESO geen oplossing zijn om de tie breaker af te schaffen. Eerder is het m.i. aangewezen dat de tie breaker een nieuwe hiërarchie zou introduceren. Deze hiërarchie start dan noodzakelijk met een formeel criterium – eveneens met anti-misbruikbepaling – en wordt nadien gevolgd door substantieve criteria waarvan de plaats van effectieve leiding er natuurlijk een kan zijn. Ook de onderlinge overlegprocedure kan deel uitmaken van deze nieuwe hiërarchie.

In het rechtsverkeer wordt er gebruik gemaakt van zgn. fiscaal transparante entiteiten. Voor doeleinden van dit onderzoek is het relevant aan te geven dat

partnerships eveneens – net als andere lichamen – dienen bestuurd te worden. Nochtans is het niet eenvoudig na te gaan wanneer een partner (al dan niet director) onder artikel 16 OESO kwalificeert. Daarvoor dient men m.i. eerst een andere oefening te maken. Eerst zal steeds moeten uitgemaakt worden of de partnership rechtspersoonlijkheid heeft, want dit kan van belang zijn. Voor doeleinden van dit onderzoek wordt daarvoor de zgn. *lex societatis*-leer naar voren geschoven met referentie naar de incorporatieleer die eerder werd verdedigd. M.a.w., voor de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan een partnership, mag men zich enkel laten leiden door de interne wetgeving van de organisatiestaat. Op zichzelf is dit een *de facto* autonome interpretatie die echter refereert aan de internrechtelijke kenmerken van rechtspersoonlijkheid.

Dit volstaat echter nog niet voor verdragsgerechtigheid aangezien ook het inwoning relevant is. Hiervoor is een *subject to tax* vereiste opgelegd. In dat opzicht kan moeilijk worden teruggegrepen naar het OESO Partnership Rapport 1999 aangezien dit Rapport *in globo* niet handelt over de relatie tussen de organisatiestaat en de woonplaatsstaat van de partners. M.i. dient de *lex societatis*-leer door te werken naar de woonplaatsstaat van de partners. Het vennootschapsrechtelijk karakter van de entiteit bepaalt haar fiscaal regime voor verdragsdoeleinden, ook al is de entiteit fiscaal transparant. Nadat vervolgens vastgesteld is geworden dat een entiteit verdragsgerechtigd is, kan worden nagekeken in welke mate een partner onder artikel 16 OESO kwalificeert. Een partner kwalificeert m.i. automatisch in zoverre bestuurswerkzaamheden voor de partnership worden ontwikkeld. Anders is het gesteld voor partners die geen bestuursmandaat waarnemen in de partnership. Daar blijkt de gemeenzame stelling te zijn dat artikel 7 OESO van toepassing is. Dit lijkt mij ongenueanceerd. Immers, beroepsinkomen laat zich binnen een partnership dus duidelijk afscheiden van beleggingsinkomen hetgeen noodzakelijk meebrengt dat men in een partnership kan spreken van actieve en passieve partners.⁸⁵⁵ Passieve partners kunnen m.i. onder geen beding ressorteren onder artikel 16 OESO. Echter, actieve partners kunnen m.i. in principe wel degelijk onder artikel 16 OESO vallen. Hun aandeel in het beheer van de partnership zal echter duidelijk moeten worden vastgesteld in functie van hun tijdsbesteding. Van zodra deze tijdsbesteding zich contractueel en cijfermatig heeft laten redigeren, zal deze vergoeding onder artikel 16 OESO vallen. Deze oefening is echter niet makkelijk. Bovendien heb ik in hoofdstuk 1 reeds gesteld dat de aandeelhouders vaak druk uitoefenen om de bedrijfsvoering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch

⁸⁵⁵ Voor een bevestiging van deze theorie, zie Voorafgaande Beslissing van 17 juni 2008, nr. 700.484.

oogpunt is ingegeven vanuit een individueel belang en geenszins vanuit het vennootschapsbelang. Elke aandeelhouder heeft een eigen individueel belang. Dit eigen belang is vaak ingegeven vanuit de gedachte om spoedig dividendrechten te bekomen. Dat is geenszins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennootschapsbelang. Dit maakt dat een actieve aandeelhouder op geen enkele manier kan gelijk gesteld worden met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder onder artikel 16 OESO te plaatsen. Ik zie niet in waarom deze stelling niet zou opgaan voor de zgn. actieve partners.

Directors kunnen voorkomen in private alsook in publieke lichamen. Het OESO-Modelverdrag voorziet in een apart verdragsartikel wat betreft directors die hun mandaat bekleden in een privaat dan wel in een publiek lichaam. Beide verdragsartikelen hebben duidelijk een andere strekking. Ingevolge de samenleving van artikel 19 §3 OESO en artikel 16 OESO, is het niet duidelijk of artikel 16 OESO zowel toepasselijk is op overheids- als op private lichamen. Artikel 19 §3 OESO stelt dat het ambtenarenartikel (artikel 19 OESO) niet van toepassing is op bezoldigingen toegekend door een op winst gericht overheidsbedrijf. Hierin schuilt de gedachtegang dat het niet meer dan billijk is dat ambtenaren die een director mandaat bekleden in een staatsbedrijf met winst oogmerk, op dezelfde wijze worden belast als een director die een mandaat bekleedt in een privaat lichaam.

Artikel 16 OESO en artikel 19 §3 OESO hebben duidelijk een andere strekking. Inzake artikel 19 §3 is de kasstaat heffingsbevoegd terwijl de schuldenaar voor doeleinden van artikel 16 OESO irrelevant is. Tevens is artikel 16 OESO van toepassing op rechtspersonen, artikel 19 §3 OESO is dat geenszins. Het is dus essentieel om een duidelijke scheidingslijn te trekken tussen beide verdragsartikelen. Aangezien de term 'business' conform het OESO-Modelverdrag een onderscheidend criterium is, ben ik op zoek gegaan naar een invulling van dit begrip. Drie essentiële criteria worden daartoe naar voren geschoven:

- (a) goederen of diensten moeten worden aangeboden op een markt hetgeen impliceert dat er potentiële aanwezigheid is van concurrentie;
- (b) een tegenprestatie wordt aangeboden en;

- (c) het risico van een verkeerde prijszetting wordt gedragen wat ondernemingsrisico inhoudt

M.i. dient de OESO deze onderscheidende criteria naar voren te schuiven in een aanpassing op het OESO-Commentaar van artikel 19 OESO. Tegelijk dient m.i. het OESO-Commentaar 19/6 te worden afgeschaft stellende dat bepaalde diensten door verdragsluitende staten – niettegenstaande het om business gaat – toch onder het ambtenarenartikel kunnen gebracht worden. Deze OESO-Commentaar hinkt ernstig achterop t.o.v. de steeds verder ontwikkelende golf van privatisering van de vernoemde sectoren (spoorweg, post, ...). Het valt niet in te zien waarom een director van een lichaam in deze sectoren – die eveneens op winst gericht zijn – niet aan het attractiebeginsel onderworpen zou zijn.

Hoofdstuk 4: De aard van de vergoedingen

1. Algemeen

Artikel 16 OESO verwijst voor het inkomstenbegrip naar zgn. ‘directors’ fees and other similar payments’. In wat volgt, analyseer ik het begrip op inhoudelijke wijze. Het gaat om een veelzijdige term die op diverse manieren kan worden ingevuld. Onder het begrip kunnen zowel vaste als variabele vergoedingen begrepen worden. Wanneer onderscheiden staten dus diverse interpretaties geven aan het begrip, is er geen sprake van eenvormigheid hetgeen het concept een ambigu toepassingsgebied kan meegeven. Er zal dan ook gekeken worden in welke mate het inkomstenbegrip voldoende duidelijk is geformuleerd en in welke mate aanpassingen zich opdringen. Alvorens ik echter ten gronde het inkomstenbegrip analyseer, onderzoek ik in welke mate artikel 16 OESO een hoedanigheidsvereiste insluit alsook een attractiebeginsel. Dat betekent dat alle inkomsten die een director in deze hoedanigheid bekommt, als directors’ fees moeten beschouwd worden.

Na de analyse van dit hoedanigheidsvereiste en het attractiebeginsel, onderzoek ik vervolgens wat de betekenis is van het begrip ‘derived’. Immers, artikel 16 OESO spreekt ervan dat directors ‘fees ‘derived’ moeten zijn. Dan pas schakel ik over naar een onderzoek van de beoogde inkomstenvormen.

Ten slotte ga ik dieper in op de voorkomingsmethode die gehanteerd wordt voor directors’ fees alsook op de vraag welke voorkomingsmethode de voorkeur verdient. Ik behandel laatstgenoemde vraag in dit hoofdstuk aangezien het tenslotte gaat om de voorkoming van dubbele belasting t.a.v. de vergoedingen die besproken worden.

2. Hoedanigheidsvereiste

In eerste instantie rijst de vraag in welke mate artikel 16 OESO een zgn. causaliteitsvoorwaarde of hoedanigheidsvereiste inhoudt hetgeen betekent dat de vergoedingen moeten bekomen zijn *in de hoedanigheid* van director. Artikel 16 OESO laat daartoe m.i. weinig interpretatieruimte. Immers, de vergoedingen moeten namelijk bekomen worden ‘ingevolge’ het mandaat als director (derived by a resident of a contracting state *in his capacity as a member of the board of directors*). Het OESO-Commentaar geeft verder als toelichting dat artikel 16 OESO niet van toepassing is op beloningen die de director in zijn hoedanigheid

als werknemer of adviseur geniet.⁸⁵⁶ Ook de rechtspraak heeft dit bevestigd.⁸⁵⁷ VOGEL heeft er verder op gewezen dat het vooreerst relevant is om te weten wat precies begrepen dient te worden onder de noemer 'director' om vervolgens te weten te komen welke vergoedingen bekomen worden in de hoedanigheid van director.⁸⁵⁸ Wat precies dient begrepen te worden onder het begrip 'director', is reeds uitvoerig aan bod gekomen in dit onderzoek.

Sommige belastingverdragen houden echter geen hoedanigheidsvereiste in. Ik denk hierbij aan het belastingverdrag tussen België en Nederland 1970.⁸⁵⁹ Artikel 16.2 van dit verdrag slaat immers op alle beloningen die een lid van de raad van beheer of van toezicht ontvangt, en maakt geen onderscheid naargelang deze beloningen werden verkregen wegens het uitoefenen van het mandaat. Recentere rechtspraak paste om die reden artikel 16.2 van het belastingverdrag toe op het salaris dat een individu bekwam als bediende in een vennootschap in dewelke hij tevens een onbezoldigd bestuurdersmandaat bekleedde.⁸⁶⁰

2.1. Tegenwoordige tijd

Dit hoedanigheidsvereiste – dewelke inherent verbonden is aan artikel 16 OESO-doet verschillende vragen rijzen. Vooreerst rijst de vraag o in welke mate enkel vergoedingen die bekomen worden tijdens het actief mandaat van de director beoogd worden? De OESO-Commentaren geven daar alleszins geen uitsluitsel over. Anderzijds kan wel vastgesteld worden dat artikel 16 OESO in de tegenwoordige tijd is geschreven. Hieruit zou men dus de conclusie kunnen trekken dat enkel vergoedingen bekomen tijdens het actief mandaat van de director onder artikel 16 OESO vallen.

De Nederlandse Hoge Raad heeft daaromtrent het volgende geoordeeld. Er werd gesteld dat lijfrentetermijnen die worden betaald aan een in België wonende directeur na zijn ontslag door zijn Nederlandse werkgeefster in afwachting van een nieuwe werkkring, als beloning ter zake van de voorheen vervulde dienstbetrekking op grond van artikel 16 van het verdrag ter belastingheffing aan Nederland moet toegewezen worden.⁸⁶¹ Meer in het bijzonder stelde de Hoge Raad:

⁸⁵⁶ 16/2 OESO - Commentaar

⁸⁵⁷ Hoge Raad 1 december 2006, nr. 39 535, *B.N.B.* 2007/77.

⁸⁵⁸ VOGEL, K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer, vierde editie, 2015, p. 1245.

⁸⁵⁹ Toch heeft de Hoge Raad in het verleden geoordeeld dat in het directorsartikel van het betrokken belastingverdrag een hoedanigheidsvereiste moet worden toegepast. Zie Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298, besproken door VAN ELDONK, H.E.P.J. en PÖTGENS, F.P.G., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998/1517.

⁸⁶⁰ Brussel 18 december 2013, Rolnummer 2008/AR/757

⁸⁶¹ HR 22 juli 1988, nr. 25 075, *B.N.B.* 1989/2

‘De strekking van artikel 16 - te bewerkstelligen dat bestuurdersbeloningen worden belast in het land waar de vennootschap inwoner is - geldt ook voor beloningen die na het aftreden van een bestuurder aan hem ter zake van zijn als bestuurder vervulde dienstbetrekking zijn uitbetaald. Hieraan doet niet af dat artikel 16 is gesteld in onvoltooid tegenwoordige tijd, aangezien niet aannemelijk is dat daarmee is beoogd van de hiervoor weergegeven strekking af te wijken’. VAN SOEST schreef in zijn conclusie bij HR BNB 1989/2 dat: *‘Bij afweging van alle argumenten zou ik het taalkundige argument licht willen wegen. Zowel uit de gegevens inzake dienstbetrekking als uit de gegevens inzake andere onderwerpen (...) blijkt, dat de keuze van de werkwoordstijd voor de verdrags- en modelredacteuren min of meer toevallig moet zijn geweest, althans niet bewust zal zijn gekozen met het oog op rechtsgevolgen als thans aan de orde zijn’.* De Hoge Raad besliste dus dat artikel 16 ook geldt voor vergoedingen die aan een bestuurder na zijn aftreden worden betaald ter zake van zijn vroegere bestuursmandaat. Het feit dat artikel 16 in de onvoltooid tegenwoordige tijd is geformuleerd, doet hieraan dus geen afbreuk. Een gelijkaardige visie vind ik bijvoorbeeld ook terug in wat betreft de interpretatie van artikel 17 OESO. De omstandigheid dat het slot van artikel 17 OESO (‘de staat waar deze werkzaamheden worden verricht’) is gesteld in de onvoltooid tegenwoordige tijd, doet er niet aan af dat ook inkomsten uit vroegere sportbeoefening onder artikel 17 OESO vallen.⁸⁶² Dezelfde visie wordt eveneens teruggevonden voor de toepassing van artikel 15 OESO.⁸⁶³ Verder wordt deze visie eveneens bepleit door VOGEL: *‘In connection with the application of distributive rules, particular problems are apt to arise whenever items of income are received during a period other than the one in which they accrued (advance income, subsequent income). Rather than looking at whether or not the requirements of the distributive rule had already been, or were still being, satisfied at the time when the items of income were received, the decisive point is to determine the time when the income was ‘earned’, ...’.*⁸⁶⁴

Sommige auteurs hebben deze uitspraak van de Hoge Raad van 22 juli 1988 bekritiseerd en als niet overtuigend bestempeld.⁸⁶⁵ In de visie van de geciteerde auteur kan de uitspraak enkel maar correct zijn als de uitbetaling gebeurd is door het lichaam en in zijn hoofde fiscaal werd afgetrokken (base erosion prin-

⁸⁶² Hof ‘s-Hertogenbosch 30 juni 1998, V-N 1999/25.2.4. Zie ook PÖTGENS, F., ‘Het basissalaris van een sporter is toerekenbaar aan de in de performancestaat uitgeoefende werkzaamheden’, *M.B.B.* 2007/06.

⁸⁶³ HR 10 februari 1999. Voor een bespreking zie PÖTGENS, F., ‘Ontslagvergoeding in een te ver verwijderd verband met de buitenlandse dienstbetrekking’, *W.F.R.* 1999, 1183.

⁸⁶⁴ VOGEL, K., *‘Klaus Vogel on Double Taxation Conventions’*, third edition, Kluwer Law International, Deventer, 1997, blz. 360.

⁸⁶⁵ Zie onder andere PROKISCH, R., ‘Directors’ fees’, in *Source versus Residence*, LANG, M. en PISTONE, P. (eds.), Taxmann, 228.

ciple). Hiermee verwijst de auteur naar de zgn. onderliggende motivering van artikel 16 OESO. In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek heb ik echter afdoende aangetoond dat het zgn. base erosion principle m.i. niet kan functioneren als uitgangspunt voor toewijzing van de heffingsbevoegdheid voor de directors' fees omdat o.a. niet alle staten voorzien in fiscale aftrekbaarheid van directors' fees. Wel werd het source principle als dominante verantwoording van artikel 16 OESO naar voren geschoven, verder mede verantwoord door de benefits theorie. De weerlegging van de visie van de Hoge Raad vind ik dus niet voldoende overtuigend. Hiermee dient men m.i. dus te aanvaarden dat de toestand in het tijdvak waarin de belastingplichtige de werkzaamheden als director uitvoerde het beoogde tijdvak is waarvoor de heffingsbevoegdheid van artikel 16 OESO geldt. Het is derhalve irrelevant of deze belastingplichtige nog director is in het jaar waarin deze de beloning ontvangt. Dezelfde visie werd eerder bepleit door o.a. VOGEL en SCHUCH.⁸⁶⁶ VOGEL stelde in dat verband: *'From the requirement that the income covered by article 16 OECD and article 16 (1) UN MC must be derived by the respective taxpayer in his capacity as a director of the company concerned it follows that the income as such must be linked to the exercise of that activity as director during the time of the mandate, even though the actual payment of the remuneration does not necessarily have to take place during that period.'*⁸⁶⁷

2.2. Werkzaamheden?

Vervolgens onderzoek ik de vraag in welke mate het vereist is dat de vergoedingen bekomen werden ingevolge 'werkzaamheden' die werden geleverd in de hoedanigheid van 'member of the board of directors'. Noch het OESO-Modelverdrag noch de OESO-Commentaren geven daarover uitsluitsel al laat een letterlijke lezing van artikel 16 OESO m.i. enkel toe te concluderen dat werkzaamheden niet vereist zijn om gevat te kunnen worden onder artikel 16 OESO. Ik verwijs daarvoor bijvoorbeeld naar de Franse versie van het inkomstenbegrip binnen artikel 16 OESO dat spreekt van 'tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires'. Een tantième is een vergoeding uit de winst, net zoals bijvoorbeeld een aandeelhouder een vergoeding uit de winst kan bekomen.

Dit is bijvoorbeeld anders in het directorsartikel van het VS-Modelverdrag waarin duidelijk de voorwaarde van een dienstverlening wordt gesteld. Dat heeft tot gevolg dat de OESO bepalingen m.b.t. directors' fees en het Modelverdrag van

⁸⁶⁶ SCHUCH, J., 'Die Zeit im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen', Linde Verlag, 2002, 212.

⁸⁶⁷ VOGEL, K., 'Klaus Vogel on double taxation conventions, Wolters Kluwer, 2015, p. 1256-1257.

de Verenigde Staten wel degelijk andere gevolgen kunnen ressorteren. Onder het OESO-Modelverdrag zal een inwoner die director is in een lichaam dat inwoner is in de andere staat, het voorwerp uitmaken van belastingheffing in deze andere staat, dus in de staat alwaar het lichaam voor wie gewerkt is, inwoner is. Echter, onder het VS-Modelverdrag mag de staat alwaar het lichaam is gevestigd de vergoedingen van directors uit andere staten belasten maar enkel en alleen met betrekking tot vergoedingen voor diensten die gepresteerd werden in deze staat. VAN LAER heeft opgemerkt dat het gegeven dat artikel 15 van het VS-Modelverdrag alleen van toepassing is op de diensten die geleverd worden in de andere verdragsluitende staat (de staat waarvan de vennootschap inwoner is) *de facto* een invoering van het vereiste is dat de directors fysiek moeten aanwezig zijn in de werkstaat. Dit vereiste is niet gekend bij de andere modelverdragen.⁸⁶⁸ M.i. is de bepaling uit het VS-Modelverdrag een compromis tussen de positie die de VS innam bij haar modelverdrag uit 1981 – waar er nog geen afzonderlijke clause was voor directors – en het OESO-Modelverdrag. De technical explanation bij het VS-Modelverdrag van 1996 stelt hieromtrent het volgende: *'Under this Model provision, the State of residence of the corporation may tax non resident directors with no time or dollar threshold, but only with respect to remuneration for services performed in that State'*. Deze bepaling vormt dus een duidelijke afwijking van het OESO-Modelverdrag.⁸⁶⁹

Toch zijn er belastingverdragen die gesloten worden met de Verenigde Staten dewelke afwijken van het VS-Modelverdrag. Als voorbeeld kan het verdrag tussen de Verenigde Staten en Nederland genomen worden. Artikel 17 van het verdrag stelt namelijk het volgende: *'Directors' fees or other remuneration derived by a resident of one of the states in his capacity as a member of the board of directors, a 'bestuurder' or a 'commissaris' of a company which is resident of the other state may be taxed in that other state. However, the country where the recipient resides has exclusive taxing jurisdiction over directors' fees where the services are performed in that country.'* Men zou kunnen stellen dat deze clause een verzoening is van het VS-Modelverdrag en het OESO-Modelverdrag.

Voor een verdere analyse van de vraagstelling, verwijs ik naar het deel over het verticale attractiebeginsel zoals besproken in punt 3.2.2.

⁸⁶⁸ VAN LAERE, D., 'De invoering van de nieuwe categorie van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties', in *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 1997-98*, Diegem, Ced Samson, 1998.

⁸⁶⁹ Trouwens, de Verenigde Staten hebben ook een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO-Modelverdrag. Een VS-burger dewelke inwoner is van een andere contracterende staat en die director is in een US lichaam, zal diens vergoedingen belast zien in de Verenigde Staten indien de diensten aldaar dus gerealiseerd worden.

3. Attractiebeginsel (force of attraction)

3.1. Algemeen

Een belangrijke vraag luidt in welke mate artikel 16 OESO een zgn. attractiebeginsel insluit. Het attractiebeginsel wil *in globo* zeggen dat alle inkomsten die een directeur van een lichaam ontvangt, als directeur fee worden beschouwd en belast, ongeacht of deze inkomsten behaald werden in de hoedanigheid van directeur, werknemer of zelfstandige. Deze zienswijze wordt bijvoorbeeld al lang gevolgd door de Belgische belastingdienst.⁸⁷⁰ Weinig andere staten kennen dit zgn. attractiebeginsel hetgeen vaak benoemd wordt als een typisch Belgisch fenomeen. Het begrip ‘attractiebeginsel’ komt als dusdanig woordelijk niet voor in het Belgisch Wetboek van Inkomstenbelasting. Volgens de administratieve commentaren, heeft de wetgever van bestuurders van kapitaalvennootschappen, een bijzondere categorie van belastingplichtigen willen maken, die de belasting verschuldigd zijn op grond van het geheel van de lonen en bezoldigingen die zij van de vennootschap ontvangen.⁸⁷¹ De Belgische rechtspraak heeft dan ook gepoogd een definitie van het fenomeen te geven en onderschrijft de visie dat de wetgever steeds een aparte categorie van belastingplichtigen – wetende de bedrijfsleiders – heeft willen invoeren.⁸⁷² Volgens de Belgische Minister van Financiën blijft België achter het attractiebeginsel staan om misbruiken⁸⁷³ en problemen bij de kwalificatie van de beroepsinkomsten te voorkomen.⁸⁷⁴ Het attractiebeginsel is namelijk ingegeven vanuit de gedachte te vermijden dat eenzelfde persoon in hetzelfde lichaam voor twee inkomsten van verschillende juridische aard (werknemer en bedrijfsleider) twee keer het kostenforfait te kunnen genieten. Het attractiebeginsel werd – weliswaar niet benoemd – ingeschreven in artikel 32 WIB92.⁸⁷⁵ De echte historische oorsprong van het attractiebeginsel is niet helemaal bekend. Volgens sommige auteurs vindt het zijn oorsprong in erg

⁸⁷⁰ ComIB 32/4

⁸⁷¹ ComIB 32/4. Zie ook DESCHRIJVER, D., ‘Het fiscale loonbegrip. Enige nadere beschouwingen over inhoud, evolutie en draagwijdte’, Larcier, 2010, p. 85.

⁸⁷² Cass. 27 maart 1962.

⁸⁷³ Zo wordt vermeden dat meerdere kostenforfaits worden bekomen

⁸⁷⁴ Aangehaald in HERMAND, O., ‘Le statut fiscal du dirigeant d’entreprise’, in *Le Statut du Dirigeant D’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, p. 499 e.v.

⁸⁷⁵ Dit luidt als volgt: « Bezoldigingen van bedrijfsleiders zijn alle beloningen verleend of toegekend aan een natuurlijk persoon die (...) een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies uitoefent... »

oude wetgeving, namelijk de Wet van 10 januari 1940.⁸⁷⁶ Het attractiebeginsel is in de Belgische literatuur niet gespaard gebleven van ernstige kritiek.⁸⁷⁷

3.2. Analyse

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid over directors' fees is – zoals aangehaald – begrensd door datgene dat 'in de hoedanigheid van' director wordt genomen. Nochtans geeft het OESO-Commentaar aan dat artikel 16 OESO niet van toepassing is op vergoedingen die de director in zijn hoedanigheid als werknemer of adviseur geniet. Hiermee geeft de OESO dus autonoom aan dat het beginsel van 'force of attraction' geenszins van toepassing is op artikel 16 OESO.⁸⁷⁸ In wat hierna volgt, dient deze visie genuanceerd te worden.

3.2.1. Horizontale attractie

Volgens de traditionele zienswijze, moet het attractiebeginsel worden opgedeeld in een horizontale en een verticale vorm.⁸⁷⁹ De horizontale vorm van attractie is de ruimste vorm van attractie en betekent *in concreto* dat de vergoedingen die een director verkrijgt in een andere hoedanigheid, eveneens worden aangemerkt als directors' fees.⁸⁸⁰ Dat betekent dan ook dat de vergoedingen die een director van een lichaam verkrijgt voor zijn werkzaamheden als werknemer, als directors' fees zullen worden aangemerkt. Dit horizontale attractiebeginsel is door bepaalde rechtspraak niet aanvaard. Zo oordeelde het hof van beroep van Gent⁸⁸¹ dat het pensioen dat een bestuurder die tevens verbonden was door een arbeidsovereenkomst verkreeg bij zijn pensionering (in zijn hoedanigheid als werknemer), moest worden belast als een pensioen en niet als een bestuurdersbezoldiging. In een latere fase heeft de rechtspraak dan opnieuw het horizontale attractiebeginsel verworpen. In dit arrest maakte het hof van beroep van Bergen⁸⁸² een onderscheid tussen een vergoeding die een bestuurder verkrijgt voor de uitoefening van zijn bestuurdersmandaat en een vergoeding die een bestuurder verkrijgt in een andere hoedanigheid. Wanneer een onderzoek name-

⁸⁷⁶ Voor een bespreking hiervan, zie: SEGIER, S., « Optimalisation fiscale et sociale des rémunérations de dirigeants », *CFP*, 2009, 230.

⁸⁷⁷ BOURS, E., 'La notion de revenu taxable en matière d'impôts directs', Editions J. DUCULOT, Gembloux, 1952, p. 226.

⁸⁷⁸ 16/2 OESO Commentaar

⁸⁷⁹ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* jan-feb, 1992, 28; DE JAEGHER, C., 'International taxation of directors's fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours', *World Tax Journal* 2013, p. 239; COOLS, A., 'Handboek Internationaal Belastingrecht in Hoofdilijnen', Maklu, 2012, p. 223.

⁸⁸⁰ COOLS, A., 'Interne meerwaarde is geen bedrijfsleidersbezoldiging', *Fiscale Actualiteit* 2011/II, p. 8-II.

⁸⁸¹ Gent 14 maart 1989, *F.J.F.* 1989/76.

⁸⁸² Bergen 14 december 1990, *A.F.T.* 1991, 8/9, p. 247.

lijk uitwijst dat bepaalde prestaties van een bestuurder los staan van zijn bestuurdersmandaat, moeten deze vergoedingen volgens het hof naar hun aard worden gekwalificeerd. Deze rechtspraak is later nog bevestigd geworden.⁸⁸³

Vanuit een loutere OESO-visie kan deze visie worden gevolgd. Artikel 16 OESO bevat door zijn letterlijke bewoording geen *horizontale* vorm van attractie. Dit is ingegeven vanuit het hoedanigheidvereiste dat ingesloten zit in artikel 16 OESO. Indien de director nog werkzaam is ten behoeve van hetzelfde lichaam maar in een andere hoedanigheid, dan kan artikel 16 OESO ingevolge de letterlijke bewoordingen hierop onmogelijk van toepassing zijn. Ook VOGEL heeft dit o.m. al gesteld.⁸⁸⁴ Men dient dus per definitie te aanvaarden dat een director wel degelijk nog werkzaam kan zijn in een andere hoedanigheid dan director binnen hetzelfde lichaam.⁸⁸⁵ Een duale rol als director en werknemer, bijvoorbeeld, behoort tot de mogelijkheden.⁸⁸⁶ Zoals eerder reeds aangetoond, voorzien bepaalde belastingverdragen wel in een verdragsrechtelijk horizontaal attractiebeginsel.⁸⁸⁷

3.2.2. Verticale attractie

Zoals gesteld kan het attractiebeginsel niet enkel horizontaal werken maar eveneens *verticaal*. De verticale werking van het attractiebeginsel betekent dat alle vergoedingen die een lichaam aan zijn director toekent, fiscaal worden aangemerkt als vergoedingen van directors, zelfs indien ze geen rechtstreekse tegenprestatie uitmaken voor de uitoefening van het mandaat. Er hoeft dus helemaal geen arbeid tegenover de vergoeding te staan. Dit is een gevolg van het hoedanigheidvereiste. In het verleden heeft bijvoorbeeld de Belgische belastingdienst zich op deze verticale vorm van attractie beroepen om opzeggingsvergoedingen die betaald werden aan directors, te belasten als directorsbezoldigingen. Ook de rechtspraak heeft deze visie er op na gehouden.⁸⁸⁸ Het Belgische Hof van Cassatie greep hier echter in en oordeelde dat ook een bestuurder gerechtigd is op de Belgische afzonderlijke aanslag voor opzeggingsvergoedingen zowel wanneer de functie ingevolge bestuursopdracht als ingevolge arbeidscon-

⁸⁸³ Bergen 13 november 2003, *F.J.F.* 2004/104.

⁸⁸⁴ VOGEL, K., 'Klaus Vogel on double taxation conventions', Wolters Kluwer, 2015, p. 1253.

⁸⁸⁵ Zie ook: PÖTGENS, F.P.G., 'The Dutch Supreme Court reaffirms and clarifies de facto employer under article 15 of the OECD Model', *Intertax* 2008, p. 80.

⁸⁸⁶ M.H. PIETERSZ en D.T.J. JOL, 'Netherlands tax treatment of a statutory director in a dual role', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 534-541.

⁸⁸⁷ Ik verwijs met name naar het belastingverdrag tussen België en Nederland 1970. Contra Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298.

⁸⁸⁸ Brussel 8 maart 1988, *A.F.T.* 1988, 256.

tract gebeurde.⁸⁸⁹ Ook de lagere Belgische rechtspraak heeft zich geregeld verzet tegen de toepassing van het verticale attractiebeginsel. Zo oordeelde de rechtbank van Antwerpen dat de pensioenen die toegekend worden omwille van een bestuurdersmandaat tot de afzonderlijke inkomstencategorie van de pensioenen behoren en dus niet tegen het progressieve tarief dienen belast te worden.⁸⁹⁰ Dit vonnis van de rechtbank van Antwerpen bevestigde eerdere rechtspraak dewelke stelde dat op pensioenkapitalen het attractiebeginsel niet toepasselijk is.⁸⁹¹

Omwille van de hiërarchie van de verdragsartikelen in het OESO-Modelverdrag, stellen sommige auteurs dat het niet aangewezen is om de verticale attractievorm op verdragsniveau doorgang te laten vinden.⁸⁹² Door de aanvaarding van een verticaal attractiebeginsel zou deze hiërarchie en specificiteit van bepaalde verdragsartikelen uitgehold worden. Dezelfde visie wordt gegeven door PROKISCH die daartoe naar de League of Nations 1927 verwijst.⁸⁹³ Daarin wordt namelijk gesteld dat *'it appeared both right and practical that all pensions should be made subject to the same rules'*. De verdere verduidelijking door PROKISCH is m.i. vatbaar voor betwisting. Hij stelt namelijk dat *'the decision in article 18 to allocate the taxing rights to the state of residence of the recipient is a general decision that deviates from article 15. In addition, there is no recognizable reason why this decision should be made otherwise in case of directors'*. Nochtans leert het OESO-Commentaar ons hele andere dingen. Hiervoor grijp ik terug naar het OESO-Commentaar 1963 waar de artikelen 18 en 19 OESO werden omschreven als *uitzonderingen* op artikel 15 OESO daar waar artikel 16 werd omschreven als een 'special provision' in verhouding tot artikel 15 OESO. Zoals reeds aangehaald in hoofdstuk 1 van dit onderzoek, heeft PROKISCH daarvoor een verklaring gegeven. Deze auteur stelde namelijk dat de remuneratie van personen met een superviserende functie niet altijd als beroepsinkomen werd beschouwd in respectievelijke nationale rechtstelsels. Hiermee wordt m.i. afdoende aangetoond dat artikel 16 OESO een zelfstandige bepaling is die op zichzelf staat. Er anders over oordelen zou m.i. ook indruisen tegen de letterlijke bewoordingen in het OESO-Modelverdrag. Daar wordt nl. geen specifieke hiërarchie tussen artikel 16 en 18 OESO weergegeven. Ook VOGEL heeft dit gesteld en oordeelde dat 'a

⁸⁸⁹ Cass. 16 maart 1990, *F.J.F.* 90/148.

⁸⁹⁰ Rb. Antwerpen 18 november 2005, besproken in POPPE, G., 'Een uitkering van een bedrijfsleidersverzekering sorteert niet onder het attractiebeginsel', *Acc & Fisc.* 2006/20, p. 7.

⁸⁹¹ Gent 22 december 2000 en Gent 31 januari 2002, *Fisc. Koer.* 2002, 273.

⁸⁹² HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 32.

⁸⁹³ PROKISCH, R., 'Directors' fees', in *Source versus Residence*, LANG, M. en PISTONE, P. (eds.), Taxmann, 229.

rather unclear issue is the relationship between article 16 OECD and UN MC and reference to the other and the OECD MC on both articles is also silent in this respect'.⁸⁹⁴ Bovendien merk ik nog op dat artikel 18 OESO enkel van toepassing kan zijn 'in consideration of past employment'. Directors' fees werden historisch – zoals reeds aangeduid – niet als beroepsinkomen beschouwd zodat artikel 18 OESO dus niet van toepassing kan zijn. De rechtspraak⁸⁹⁵ die artikel 18 OESO derhalve als *lex specialis* beschouwt t.a.v. artikel 16 OESO, negeert deze gedachte.

Uit hetgeen hierboven werd onderzocht, kan m.i. dan ook afgeleid worden dat artikel 16 OESO een zgn. 'verticale catch all-bepaling' insluit waarop het gesloten systeem van artikel 15 OESO geen doorgang kan vinden. Dit gesloten systeem betekent dat indien een inkomstencomponent uit niet zelfstandige arbeid niet onder een specifieke OESO-bepaling valt, artikel 15 OESO hierop van toepassing is.⁸⁹⁶ Het feit dat artikel 16 OESO een eigen 'verticale catch all bepaling' omvat, wordt trouwens o.m. impliciet bevestigd door de Hoge Raad. In deze uitspraak – reeds aangehaald – oordeelde de Hoge Raad namelijk dat lijfrentetermijnen die door een Nederlandse BV aan een ontslagnemende en in België wonende directeur werden uitbetaald, onder artikel 16 van het belastingverdrag vielen. Hierbij moet – zoals geponeerd – eveneens worden uitgegaan dat de strekking van artikel 16 OESO zodanig is dat het verdragsartikel eveneens van toepassing is op vergoedingen die na het aftreden van de directeur worden uitbetaald ingevolge het mandaat. Hieraan doet geen afbreuk het gegeven dat sommige belastingverdragen in de tegenwoordige tijd zijn opgesteld. De redenering van DOMMES luidende dat van zodra een directeur zijn mandaat niet meer bekleedt, de ratio van artikel 16 OESO verdwijnt (to ascertain where the services are performed), gaat m.i. dan ook niet op.⁸⁹⁷ Een parallel zou kunnen worden getrokken met het OESO-Commentaar op artikel 16 dewelke handelt over de stock options.⁸⁹⁸ Daar is gesteld dat 'it is the event of such options being granted to a person in his capacity as board member of a company resident in a contracting state that is decisive for that state's right to tax, irrespective of the fact that may actually be levied at a later time when the person is no longer a member of that board'. Bij

⁸⁹⁴ VOGEL, K., 'Klaus Vogel on double taxation conventions', Wolters Kluwer, 2015, p. 1238.

⁸⁹⁵ HR 23 januari 2004, B.N.B. 2004/132 en 133; Antwerpen 11 juni 2002, Fisc. 864, p. 9.

⁸⁹⁶ PÖTGENS, F.P.G., 'Het sluitend systeem van artikel 15 e.v. van het OESO-Modelverdrag', M.B.B. 2000/397; PEETERS, B., 'Artikel 15 OESO-Modelverdrag: inkomsten uit niet zelfstandige arbeid. De nieuwe administratieve circulaire d.d. 25 mei 2005 en de niet gedefinieerde begrippen', T.R.V. 2006, p. 203 e.v.

⁸⁹⁷ DOMMES, S., 'Pensionen im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen', 2012, 197.

⁸⁹⁸ 16/3.1 OESO - Commentaar

een pensioen worden de rechten ook opgebouwd gedurende het actieve mandaat van de director.

Het gegeven dat artikel 15 OESO niet als catch all bepaling kan functioneren voor directors' fees, wordt ten slotte ook verantwoord vanuit het feit dat niet alle directors in de nationale rechtsorden een dienstbetrekking bekleden. Sommige directors worden namelijk geacht een 'zelfstandig' mandaat te bekleden. Dat is bijvoorbeeld het geval in België. Ik zie dan ook niet in hoe artikel 15 OESO als restartikel van toepassing kan zijn op inkomsten die genoten worden door een zelfstandig director. Het gesloten systeem ziet in beginsel namelijk enkel op inkomsten uit niet - zelfstandige arbeid.⁸⁹⁹ Het gesloten systeem van de arbeidsartikelen maakt dus een onderscheid tussen directors die hun mandaat bekleden in ondergeschikt verband en directors die hun mandaat bekleden zonder een ondergeschikt verband. Artikel 16 OESO maakt echter geen onderscheid tussen deze categorieën. Het gesloten systeem van de arbeidsartikelen schept dus een voorwaarde die geenszins terug te vinden is in artikel 16 OESO.

4. 'Derived': betekenis

Alvorens in te gaan op een concrete invulling van het begrip 'directors' fees', dient wel opgemerkt te worden dat de OESO duidelijk poneert dat de genoemde vergoedingen moeten 'ontvangen' zijn alvorens belastbaarheid ontstaat. De Engelse versie spreekt van 'derived' terwijl de Franse versie spreekt van 'reçoit'.

De League of Nations 1927 hanteerde de term in geen enkele van haar inkomstenartikelen. De term duikt voor het eerst op in artikel 3 (1) van de League of Nations draft 1928 teneinde de bron van het inkomen te situeren: 'Income derived from any industrial, commercial, or agricultural undertaking and from any other trades or professions and not referred to in article 7, shall be taxable in the state in which the permanent establishments are situated'. De term werd dus enkel gebruikt om de bron van een inkomen te verduidelijken.⁹⁰⁰ De draftversies van de modelovereenkomsten – zoals opgesteld door de verschillende sub-commissies – voorzagen in 1931 in verschillende artikelen die de term 'derived' hanteerden. Artikel 4 van de draftversie 1931 voorzag voor het eerst in de kwali-

⁸⁹⁹ Zie in dat verband de visie van Bernard PEETERS die stelde: 'Voor de inkomsten uit dienstbetrekking komt men derhalve aan het algemeen restartikel van artikel 21 OESO-Modelverdrag niet toe'. Zie: PEETERS, B., 'Artikel 15 OESO-Modelverdrag: inkomsten uit niet zelfstandige arbeid. De nieuwe administratieve circulaire d.d. 25 mei 2005 en de niet gedefinieerde begrippen', *T.R.V.* 2006, p. 207 e.v.

⁹⁰⁰ SIMONTACCHI, S., 'Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property', Kluwer Law International, 2007, p. 248.

ficering van de persoon die gerechtigd was tot het inkomen. Artikel 4 luidde als volgt: *'Nevertheless, the present convention does not affect the right the contracting states may have to tax the income derived by enterprises domiciled in their territory from activities carried on in the territory of non-contracting states'*. In de Mexico Draft komt de term ook meermaals voor. Inzake de 'personal services and employment income' verdragsartikel wordt er gesproken van 'derived by' a person.⁹⁰¹ Hetzelfde geldt voor de London Draft.⁹⁰² Nochtans kan men vaststellen dat in beide draftversies voor de beoogde verdragsartikelen verschillende termen worden gebruikt. Zo worden de termen (a) earned⁹⁰³; (b) derived⁹⁰⁴ en (c) received⁹⁰⁵ bijvoorbeeld gebruikt. Soms is er dan weer sprake van 'person to whom the income is paid'.⁹⁰⁶ Het gaat dan ook enkel om een linguïstisch onderscheid.⁹⁰⁷ Er kan niet worden afgeleid dat er gepoogd werd om het begrip af te bakenen. SIMONTACCHI heeft het helder verwoord: 'Terms that would have implied a payment were considered equivalent to terms that clearly did not require a payment event'.⁹⁰⁸ Verdere motivatie voor dit standpunt vind ik bijvoorbeeld terug in paragraaf 7 bij artikel 10 van het OESO-Commentaar: *'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 custom'*. Dit geeft eveneens blijk van een brede invulling van het begrip.

In beginsel moeten niet gedefinieerde verdragstermen worden geïnterpreteerd overeenkomstig artikel 3 (2) OESO. Dat geldt dus in principe ook voor de invulling van de term 'derived' die niet wordt gedefinieerd door het OESO-Modelverdrag. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat elke staat individueel een betekenis toekent aan het begrip hetgeen de rechtszekerheid geenszins ten goede komt. Zo heeft PEETERS er bijvoorbeeld ook op gewezen dat een verschillende interpretatie van het begrip 'derived' tot moeilijkheden kan leiden indien het begrip krachtens het interne recht van de bronstaat zich later in de tijd situ-

⁹⁰¹ Artikel 7 van de Mexico Draft 1940

⁹⁰² Artikel 4 London Model Draft 1946

⁹⁰³ Article VII(3) Mexico Draft 1943 en artikel VI(3) London Draft 1946

⁹⁰⁴ Artikel VII(4) Mexico Draft 1943 en artikel VI(4) London Draft 1946

⁹⁰⁵ Artikel VII(5) Mexico Draft 1943

⁹⁰⁶ Artikel VIII(i) Mexico Draft 1943 en artikelen VII, VIII(2) en X(3) London Draft 1946.

⁹⁰⁷ SIMONTACCHI, S., *'Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property'*, Kluwer Law International, 2007, p. 252.

⁹⁰⁸ SIMONTACCHI, S., *'Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property'*, Kluwer Law International, 2007, p. 255.

eert en een andere staat slechts vrijstelling verleent indien het inkomen in de bronstaat effectief aan belasting werd onderworpen.⁹⁰⁹

Als voorbeeld haal ik België aan waar men het begrip terugvindt in artikel 360 WIB92. Dit wetsartikel stelt dat belasting op inkomsten wordt gevestigd op het betrokken inkomen dat een belastingplichtige in een bepaald belastbaar tijdperk heeft verkregen. Naar Belgische maatstaven zijn bezoldigingen belastbaar indien ze worden 'betaald of toegekend'. Het Belgische commentaar van de belastingdienst stelt dat uitdrukkelijk.⁹¹⁰ De rechtspraak heeft verdere invulling gegeven aan dit begrip. In dat verband kan het arrest van het hof van beroep van Antwerpen worden aangehaald. Bij algemene vergadering werd beslist om een bestuurdersbezoldiging ten laste te nemen van het afgelopen boekjaar. Deze bezoldiging wordt geboekt via een overlopende passiefrekening (toe te rekenen kosten), en in mindering gebracht van het resultaat. De datum van betaalbaarstelling dient later nog bepaald te worden door de raad van bestuur. Het hof van beroep was van mening dat er *in casu* geen sprake was van een toekenning of een betaalbaarstelling.⁹¹¹ In een later arrest oordeelde het hof van beroep van Antwerpen dat bezoldigingen van directors worden geacht te zijn toegekend wanneer de genieurs erover kunnen beschikken.⁹¹² Deze visie is geenszins nieuw. Ook het Belgische Hof van Cassatie stelde dat onder 'toekenning van een bezoldiging' wordt verstaan, het feit dat de verkrijger van de inkomsten er daadwerkelijk kan over beschikken.⁹¹³ Er is m.a.w. een toekenning als de genieur de inkomsten kan incasseren, ook al verkiest hij om dat nog niet te doen. Andere rechtspraak stelde echter dat er geen sprake van een toekenning kan zijn indien de bezoldiging als een schuld van de vennootschap op een passiefrekening wordt geboekt.⁹¹⁴ Een boeking op een algemene rekening 'schulden m.b.t. bezoldigingen' kan volgens deze rechtspraak niet met een toekenning gelijk worden gesteld. Tegenstrijdige visies kunnen dus ontstaan.

Daarom dient m.i. een uniforme betekenis toegemeten te worden aan het begrip 'derived'. Er zijn echter nog verdere motieven om deze uniforme betekenis te bepleiten. Hierboven werd er namelijk al op gewezen dat de OESO (en haar voorlopers) nooit een beperkende bedoeling hebben gehad met de invulling van

⁹⁰⁹ PEETERS, B., 'Artikel 15 OESO-Modelverdrag: inkomsten uit niet zelfstandige arbeid. De nieuwe administratieve circulaire d.d. 25 mei 2005 en de niet gedefinieerde begrippen', *T.R.V.* 2006, p. 228 e.v.

⁹¹⁰ *ComIB* 360/1

⁹¹¹ Antwerpen 16 januari 2007

⁹¹² Antwerpen 12 februari 2008, *Fisc. Koer.* 2008/10.

⁹¹³ Cass. 28 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 721.

⁹¹⁴ Luik 22 december 1982, *F.J.F.* 83/43 en Rb. Brussel 28 november 2007

het begrip 'derived'. Deze algemene opzet pleit vanuit een historisch perspectief voor een algemene en brede invulling van het begrip. Het is dan nog maar de vraag in welke mate er dan plaats kan zijn voor artikel 3 (2) OESO, wat dan weer het risico inhoudt dat de term veel beperkter ingevuld wordt dan de historische bedoeling of de mogelijkheid biedt modaliteiten te verbinden aan de invulling van de term. Zo besliste het hof van beroep van Brussel bijvoorbeeld dat er geen sprake kan zijn van een 'toekenning of betaalbaarstelling' van een dividend indien de algemene vergadering het aan de raad van bestuur heeft overgelaten om de datum te bepalen waarop deze bedragen vatbaar zijn voor inning.⁹¹⁵ In Zweden bijvoorbeeld kent men het principe van compensatie van de belastingdruk tussen het moederland en de werkstaat. Deze vergoeding kan belast worden in een later aanslagjaar dan waarin de vergoeding bekomen werd.⁹¹⁶ Ook in Canada doen zich bijvoorbeeld vraagstukken voor m.b.t. het ogenblik van taxatie van toekenning van 'gezondheidsprogramma's' aan werknemers (verzekeringen etc.).⁹¹⁷ In Brazilië kan een inkomen van een werknemer enkel worden belast indien het bedrag effectief werd ontvangen en dus niet op het ogenblik dat hij er recht op heeft.⁹¹⁸

Teneinde deze uniforme betekenis te bekomen, richt ik mij verder tot het commentaar op artikel 16 OESO.⁹¹⁹ In dit commentaar is er namelijk sprake van dat *'this article relates to remuneration received by a resident of a contracting state'*. Het OESO-Commentaar hanteert in artikel 16 dus het woord 'received' en niet langer 'derived'. Sommige auteurs hebben al aangehaald dat de termen op zich qua inhoud niet al te veel verschillen.⁹²⁰ Gelet op de Franse versie van het OESO-Modelverdrag – en eerder aangehaalde motivatie – kan ik mij daar bij aansluiten. Immers, in de Franse versie van het OESO-Modelverdrag wordt de term 'derived' vertaald in 'reçu'.

Het begrip 'derived' dat wordt gebruikt in artikel 16 OESO moet historisch dus breed worden geïnterpreteerd. Ik zie niet in hoe dit kan bewerkstelligd worden middels artikel 3 (2) OESO. Daarom pleit ik voor een autonome invulling van

⁹¹⁵ Brussel 25 mei 2001, *F.J.F.* 2001/258.

⁹¹⁶ ROHDIN, B., 'Sweden', in *International tax aspects of deferred remunerations*, *IFA Cahiers* 2000, p. 720.

⁹¹⁷ NACHSHEN, G., 'Canada', in *International tax aspects of deferred remunerations*, *IFA Cahiers* 2000, p. 309.

⁹¹⁸ BELLAN, D.V., 'Brasil', in *International tax aspects of deferred remunerations*, *IFA Cahiers* 2000, p. 293.

⁹¹⁹ 16/1 OESO Commentaar

⁹²⁰ WATTEL, P. & MARRES, O., 'Characterization of fictitious income under OECD-patterned tax treaties', *European Taxation* 2003, p. 69.

het begrip hetgeen m.i. het beste strookt met de historische achtergrond. Niet-tegenstaande vanuit een historische achtergrond niet kan aangetoond worden dat een effectieve betaling moet plaatsgrijpen om van ‘derived’ te kunnen spreken, moet er m.i. wel een juridische vermogensverschuiving plaats gevonden hebben. Dat blijkt m.i. onder meer uit paragraaf 1 bij het OESO-Commentaar op artikel 16 OESO dat het begrip ‘received’ gebruikt. Om die reden dient het inkomstenbegrip uit artikel 16 OESO m.i. dan ook zodanig te worden geïnterpreteerd dat er een duidelijke juridische vermogensverschuiving dient plaatsgegrepen te hebben naar het private patrimonium van de director.⁹²¹ Dat is iets helemaal anders dan een effectieve betaling.

5. Beoogde inkomstenvormen

5.1. Directors’ fees and other compensation

In hoofdstuk 1 van dit onderzoek werd reeds gesteld dat vanuit de gedachte dat een voorrangrol dient gegeven te worden aan de bronstaat – zijnde de staat waarin het lichaam gevestigd is en waarin het mandaat wordt bekleed - om de directors’ fees te taxeren het niet verdedigbaar dat enkel tantièmes, zitpenningen en soortgelijke vergoedingen onder artikel 16 OESO vallen. Ook de *vaste* salarissen van de director dienen m.a.w. onder artikel 16 OESO te ressorteren. Nederland heeft bijvoorbeeld ook al geoordeeld dat vaste vergoedingen onder artikel 16 OESO vallen.⁹²² Deze visie vond, bijvoorbeeld, ook al doorgang bij bepaalde auteurs waar gesteld werd dat noch op praktische noch op theoretische gronden voldoende zwaarwegende redenen zijn onderscheid te maken tussen diverse inkomstensoorten in deze.⁹²³

Er werd dus – zoals gesteld – reeds voor gepleit om artikel 16 OESO eveneens op vaste vergoedingen van directors toepasselijk te verklaren. Niet alleen variabele vergoedingen worden dus beoogd. Daaromtrent heb ik reeds gesteld dat het inkomstenbegrip van artikel 16 OESO hieraan niet aangepast is. Om die reden werd een nieuw inkomstenbegrip voorgesteld, namelijk ‘fees and other compensation’. Een introductie van een dergelijke nieuwe term vraagt om een concrete invulling van het begrip. Indien de OESO het begrip ‘directors’ fees and other compensation’ integreert in artikel 16 OESO, dient voor de invulling van

⁹²¹ In dezelfde zin: LANG, M., ‘CFC-Regelungen und Doppelbesteuerungsabkommen’, *IstR*, 2002, p. 721.

⁹²² Zie de Notitie ‘Algemeen fiscaal verdragsbeleid’, Kamerstukken II, 1987/88, 20 365, nr. 2, p. 21. Zie ook Hoge Raad 22 juli 1988, *B.N.B.* 1989/2.

⁹²³ DE GRAAF, A.C.G.A.C., KAVELAARS, P., STEVENS, A.J.A., ‘*Internationaal belastingrecht*’, Kluwer, Achtste herziene druk, 2014, p. 318.

dit begrip rekening te worden gehouden met het hoedanigheidvereiste dat vervat zit in de bepaling alsook met de *verticale catch all* doctrine die hierin noodzakelijk vervat zit. Dit betekent dat beloningen die een director bekomt omwille van zijn hoedanigheid, als ‘director fee’ moeten gekwalificeerd worden. De enige uitzondering die bepaald zit in deze *verticale catch all* doctrine luidt dat vergoedingen niet worden bekomen ingevolge het mandaat als director. In principe kunnen dergelijke vergoedingen niet onder artikel 16 OESO ressorteren. Ook de OESO-Commentaren voorzien in deze uitzondering zoals reeds aangehaald. Een duale rol van een director (bijvoorbeeld, werknemer en director tegelijk), behoort dus tot de mogelijkheden zonder dat de werknemersvergoedingen als director fee zullen gekwalificeerd worden.⁹²⁴

5.1.1. Eigenlijke bezoldigingen en voordelen van alle aard

Gelet op de algemene bewoording van het geïntroduceerde begrip ‘fees and other compensation’, moet worden geoordeeld dat alle vaste of veranderlijke bezoldigingen, met inbegrip van tantièmes, wedden, salarissen, gratificaties, premies, presentiegelden, vakantiegeld, enz. die lichamen aan hun directors toekennen, ten name van de verkrijgers vergoedingen vormen als bedoeld in het begrip ‘fees and other compensation’. De benaming die aan die sommen wordt gegeven is irrelevant. De modaliteiten volgens welke zij zijn vastgesteld en/of toegekend evenmin, al moet er natuurlijk een vermogensoverdracht hebben plaatsgegrepen (zie punt 3). Een dergelijk ruim inkomstenbegrip werd ook reeds bepleit en toepasselijk verklaard door bijvoorbeeld de Belgische Minister van Financiën.⁹²⁵ *In globo* gaat het dus om al de sommen die een director van een lichaam ontvangen heeft samen of boven zijn vaste wedde van director of die hij gedurende het boekjaar heeft voor afgenomen, zonder dat hij kan aantonen dat ze een teruggave zijn van voor het lichaam gedane uitgaven.⁹²⁶

Zoals gesteld, kan deze bepaling echter niet zodanig worden geïnterpreteerd dat de inkomsten die door een director in een andere hoedanigheid worden genomen, eveneens onder het begrip ‘fees and other compensation’ ressorteren. Een andere mening hieromtrent werd bijvoorbeeld al wel geponeerd door het Belgische Hof van Cassatie.⁹²⁷ In dit arrest werd bepaald dat de wetgever van de be-

⁹²⁴ PIETERSZ, M.H. en JOL, D.T.J., ‘Tax treatment of a statutory director in a dual role’, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2005, P. 534. Zie ook *B.N.B.* 2007/77 zij het dat de bestuurdersbeloning daarin onbezoldigd was.

⁹²⁵ PV van 23 oktober 1984, *Bull.* 638, p. 669.

⁹²⁶ Bepaalde Belgische rechtspraak weerhield dit ruime inkomstenbegrip al voor bestuurders. Zie bijvoorbeeld Brussel 2 juni 1937, *Bull.* 141, p. 205.

⁹²⁷ Cass. 27 maart 1962, *Bull.* 391, p. 1903.

stuurders van kapitaalvennootschappen een bijzondere categorie van belastingplichtigen heeft willen maken, die de belasting verschuldigd zijn op grond van het geheel van de lonen en bezoldigingen die zij van de vennootschap ontvangen, ofwel in hun hoedanigheid van bestuurder enz., ofwel als bezoldigden of gewezen bezoldigden van die vennootschap. Een gelijkaardige filosofie werd opgebouwd wat betreft een boekhouder die prestaties leverde voor een lichaam en daarin evenzeer een onbezoldigd mandaat als directeur bekleedde.⁹²⁸ Deze visie zou neerkomen op een horizontale werking van het attractiebeginsel hetgeen niet afleiden valt uit de bewoordingen van artikel 16 OESO.

Een aantal staten heeft artikel 16 OESO zodanig geïnterpreteerd dat zij ook voordelen van alle aard⁹²⁹ insluiten dewelke ontvangen worden door een persoon in zijn hoedanigheid van 'member of the board of directors'.⁹³⁰ Dergelijke voordelen dienen m.i. eveneens ingesloten te worden in het begrip 'fees and other compensation'. Hierbij wordt gedacht aan de toekenning van stock opties⁹³¹ waarover later meer, de ter beschikking stelling van een woning of een wagen, verzekeringspremies, enz. In bepaalde staten bestaat er, bijvoorbeeld, ook een regelgeving waarin voorzien wordt in de verhuurmogelijkheid van een directeur van een onroerend goed aan zijn eigen lichaam.⁹³² Wat betreft de *per diem* vergoedingen (dagvergoedingen) is het duidelijk dat deze ook onder artikel 16 OESO kwalificeren. Sommige belastingverdragen nemen de *per diem* vergoedingen trouwens expliciet op in artikel 16.⁹³³ Sommige staten bepalen eveneens dat het voordeel dat een directeur van een lichaam verkrijgt wegens het feit dat het betrokken lichaam hem via het debet van de rekening-courant renteloze voorschotten toestaat, eveneens een belastbaar inkomen vormt.⁹³⁴

⁹²⁸ Cass. 6 december 1955, *Pas.* 1956, I, 336. In gelijkaardige zin Cass. 19 oktober 1989, *Bull.* 699, p. 3078.

⁹²⁹ Soms ook voordelen in natura genoemd

⁹³⁰ OESO-Commentaar 16/1.1.

⁹³¹ Toegevoegd in het OESO-Commentaar ingevolge het rapport 'Cross border income tax issues arising from employee stock option plans' zoals aangenomen door het OESO-Comité op 16 juni 2004.

⁹³² Dit is bijvoorbeeld het geval in België waarin bepaald wordt dat indien de verhuurprijs bepaalde criteria overschrijdt, het huurinkomen wordt geherkwalificeerd in een inkomen. PEETERS heeft er echter op gewezen dat een dergelijke herkwalificatie meestal zonder uitwerking blijft in een situatie waarbij een dubbelbelastingverdrag toepasselijk is. Zie PEETERS, B., 'Herkwalificatie huurinkomen leidt in sommige gevallen tot belastingvrijstelling', *Fisc. Int.* nr. 102, 5-7.

⁹³³ Dit is bijvoorbeeld het geval voor het belastingverdrag tussen Brazilië en Chili zoals ondertekend op 3 april 2001.

⁹³⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval in België en is bevestigd door het Hof van Cassatie (Cass. 23 december 1993, *Fiscale Jurisprudentie* 94/78).

5.1.2. Stock options

Het komt voor dat lichamen met hun arbeidskrachten overeenkomen dat loon niet op regulier vastgestelde tijdstippen wordt uitbetaald maar dat de betaling ervan zal worden uitgesteld. Voorbeelden hiervan zijn de pensioen – en lijfrenteregelingen maar ook de zgn. stock-option-plannen.⁹³⁵ De belastingverdragen zijn vaak niet uitgerust om de toedeling van de heffingsbevoegdheid ter zake over de voordelen voortvloeiend uit werknemersopties te regelen. Dat heeft de OESO destijds ook ingezien. Vandaar dat de OESO een Rapport heeft opgesteld, getiteld *Cross-border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans*.⁹³⁶ De Working Party denkt dat ‘the note provides a useful starting point for clarifying the application of tax treaties with respect to employee stock-options’. De noodzaak van een dergelijk OESO-Rapport was wenselijk aangezien dubbele belasting mogelijk was. Immers, de belastingheffing van stock options kan op diverse momenten plaatsgrijpen, te weten, op het moment van onvoorwaardelijk worden, bij uitoefening of, wanneer de bij uitoefening verkregen aandelen worden verkocht. Zo kan een werknemer met dubbele belasting worden geconfronteerd indien deze tussen de toekenning en de uiteindelijke uitoefening van de opties zijn woonplaats verplaatst naar een andere staat of zijn dienstbetrekking – al dan niet gedeeltelijk – uitoefent in een andere jurisdictie. Belastingverdragen heffen dan vaak de dubbele belasting niet op aangezien bijvoorbeeld, de belasting in de woonstaat niet in hetzelfde jaar wordt geheven als in de werkstaat, de betrokken staten verschillende verdragsbepalingen toepassen (bijvoorbeeld, een arbeidsartikel in tegenstelling tot artikel 13 OESO dat de vermogenswinsten beoogt), enz.⁹³⁷

Welnu, het een en het ander wordt besproken in het OESO-Rapport m.b.t. stock options – dat enkele oplossingsrichtingen heeft aangegeven – wat geleid heeft tot een aanpassing van het commentaar op artikel 15 OESO en artikel 16 OESO. Volgens het OESO-Rapport⁹³⁸ en het OESO-Commentaar wordt een werknemersoptie dat wordt toegekend als onderdeel van een beloningspakket, aange-merkt als ‘salarissen, lonen en andere soortgelijke beloningen’. Verder bepaalt het OESO-Rapport en het OESO-Commentaar dat het moment waarop een optie wordt uitgeoefend, verkocht of op een andere wijze wordt vervreemd, moet worden beschouwd als de scheidingslijn tussen classificatie onder artikel 15 of

⁹³⁵ BAKKER, A.J., ‘Problemen bij werknemersopties in grensoverschrijdende situaties’, *W.F.R.* 2003/1201.

⁹³⁶ Gepubliceerd op 3 september 2004 door de OESO.

⁹³⁷ POTGENS, F.P.G en JAKOBSEN, M., ‘Het OESO-Commentaar betreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten’, *W.F.R.* 2008/1391.

⁹³⁸ Par. 18 en par. 26 van het OESO-rapport en 15/2.1. OESO-Commentaar.

artikel 13 OESO.⁹³⁹ Zodra de werknemer de opties uitoefent, verkoopt of op een andere wijze realiseert, vindt een sfeerovergang plaats en worden de voordelen die nadien worden verworven uit de met de opties verkregen aandelen, geacht te zijn behaald in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet als werknemer. Om die reden vallen de optievoordelen – dewelke men dan eigenlijk voordelen uit aandelen moet noemen – vanaf dat moment onder artikel 13 OESO. Indien de opties verband houden met de werkzaamheden die in meerdere staten zijn verricht, moeten de optievoordelen volgens het OESO-Rapport worden gealloceerd aan de hand van het aantal dagen dat in de betreffende staat is gewerkt ten opzichte van het totale aantal werkdagen waarop de optie geacht kan worden betrekking te hebben.⁹⁴⁰ Ook bevat het OESO-Rapport een hoofdstuk over de dubbele heffing die het gevolg is van een wijziging van de woonplaats van een werknemer.⁹⁴¹ Het risico bestaat dan namelijk dat zowel de oude als de nieuwe woonplaatsstaat de voordelen uit de optierechten wil belasten. Het OESO-Rapport schuift daar de oplossing van de mutual agreement procedure van artikel 25 OESO naar voren.

Inzake de stock options heeft de OESO verklaard dat de toekenning van stock opties aan directors onderworpen is aan artikel 16 OESO indien ze werden toegekend in de hoedanigheid van director.⁹⁴² Het gaat om het OESO-Commentaar dat stock opties principieel onder artikel 16 OESO laat vallen.⁹⁴³ Behalve het vereiste van effectieve tewerkstelling op het grondgebied van een staat om er belastbaar te zijn, zullen de regels zoals voor aandelenopties toegekend aan werknemers eveneens van toepassing zijn op de aandelenopties toegekend aan directors.⁹⁴⁴ Deze zienswijze van de OESO is enigszins verbazend te noemen. Toch bepaalt de OESO dat o.a. 'the principles put forward in this chapter for distinguishing employment income from capital gains will equally be relevant for distinguishing directors' fees and similar payments from capital gains'. In het OESO-Commentaar wordt namelijk naar voren geschoven dat artikel 16

⁹³⁹ Pagina 9, par. 23 en pagina 10 en 11, par. 26 van het OESO-Rapport en 15/12.2-12.5. OESO Commentaar

⁹⁴⁰ Pagina 15, par. 32 van het OESO - Rapport

⁹⁴¹ Pagina 17-19, par. 37-46 van het OESO - Rapport

⁹⁴² LEBERSORG, J. & PATTYN, J., 'Internationale aspecten van aandelenopties: fiscale analyse door een Belgische bril', *A.F.T.* 2004/5, p. 7.

⁹⁴³ Paragraaf 1.1 van het OESO-Commentaar op artikel 16 OESO bepaalt het volgende: Member countries have generally understood the term 'fees and other similar payments' to include benefits in kind received by a person's capacity as a member of the board of directors of a company (e.g. stock options, the use of a residence or automobile, health or life insurance coverage and club memberships).

⁹⁴⁴ LEBERSORG, J. & PATTYN, J., 'Internationale aspecten van aandelenopties: fiscale analyse door een Belgische bril', *A.F.T.* 2004/2005, nummer 2, p. 4-28.

OESO van toepassing is op de toekenning van de optie zelf maar eveneens dat artikel 13 OESO⁹⁴⁵ van toepassing is zodra dat de optie is gerealiseerd.⁹⁴⁶ De OESO motiveert dit door te stellen dat op het ogenblik van realisatie van de optie, de optie verdwijnt en de director de hoedanigheid van aandeelhouder bekommt. Het OESO-Rapport kan m.i. hierin niet gevolgd worden daar waar het voor directors eveneens een onderscheid maakt tussen een bezoldiging en een meerwaarde op aandelen. PÖTGENS heeft er reeds op gewezen dat ingevolge het onderscheid tussen artikel 13 en 15 (en dus ook 16) OESO, een autonome verdragsinterpretatie wordt geïntroduceerd.⁹⁴⁷ Hij stelde dat *'by using such an interpretation it seeks an objective moment at which the stock option leaves the sphere of employment income and enters the scope of capital gains'*. PÖTGENS wijst erop dat de vereiste oorzakelijkheid tussen de opties en de arbeid verdwijnt vanaf het ogenblik van vesting. Immers, na de vesting kan de begunstigde vrij beschikken en oordelen of hij de opties zal uitoefenen. Dit moet volgens PÖTGENS als een investeringsbeslissing aanzien worden die onder artikel 13 OESO valt.

M.i. kan gelet op het ruime inkomstenbegrip in artikel 16 OESO, artikel 13 OESO echter niet toepasselijk verklaard worden gelet op het verticale attractiebeginsel in artikel 16 OESO. Tevens mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 16 OESO geenszins bepaalt dat de vergoedingen moeten bekomen zijn ingevolge 'werkzaamheden' verricht als 'a member of the board of directors'. Het volstaat dat de vergoedingen bekomen zijn 'as a member of the board of directors'. Zonder de hoedanigheid van director zou deze nooit de stock opties bekomen hebben en dus ook nooit meerwaarden hebben kunnen realiseren. De meerwaarden zijn dus onmiddellijk toewijsbaar aan vergoedingen die werden bekomen in de hoedanigheid van director. Er is m.a.w. een oorzakelijk verband tussen de hoedanigheid van director en de meerwaarde. Een zelfde redenering zou desgevallend kunnen worden gemaakt voor een werknemer. Een zeker verband is ook aanwezig tussen de meerwaarde en de hoedanigheid van werknemer. Deze relatie wordt echter als onvoldoende beschouwd om de meerwaarde onder artikel 15 OESO te laten vallen.⁹⁴⁸ Maar, hier kan tegen afgezet worden dat artikel 15 OESO geen verticale catch bepaling bevat en er wel een oorzakelijk verband is tussen de prestaties en de vergoeding.

⁹⁴⁵ Overigens ook artikel 10 OESO als het om dividenden gaat.

⁹⁴⁶ 16/3.1. OESO - Commentaar

⁹⁴⁷ PÖTGENS, F. & JAKOBSEN, M., 'Cross border taxation of employee stock options: how to improve the OECD commentary-part 1', *European Taxation* 2007, p. 413.

⁹⁴⁸ PÖTGENS, F.P.G. en JAKOBSEN, M., 'Het OESO-Commentaarbetreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten?', *W.F.R.* 2008, p. 1391 e.v.

Het gegeven dat de director de hoedanigheid van investeerder bekomt, verandert niets aan deze visie. Dit heeft eveneens tot gevolg dat de andere aangehaalde aspecten van het OESO-Rapport niet relevant zijn. Mocht een director stock options bekomen ingevolge mandaten in verschillende lichamen die inwoner zijn van verschillende staten, dan werkt artikel 16 OESO door. Ook het feit dat de director wijzigt van woonplaatsstaat, verandert weinig aan deze filosofie. De heffingsbevoegdheid van de voordelen uit stock opties zullen toch steeds toegevoegd worden via artikel 16 OESO. Het gegeven dat een director het betrokken mandaat niet meer bekleedt op het ogenblik van realisatie, verandert daar ook weinig aan.

Ik kan hiermee besluiten dat het niet aangewezen is de aanbevelingen van het OESO-Rapport m.b.t. werknemers te integreren in het OESO-Commentaar op artikel 16 OESO. Het is dan ook aangewezen om paragraaf 3.1 van het OESO-Commentaar op artikel 16 OESO te schrappen.

5.1.3. Niet-concurrentiebeding⁹⁴⁹

Een director kan een vergoeding bekomen ingevolge een niet-concurrentiebeding indien deze er zich gedurende een bepaalde periode toe verbindt om geen activiteit uit te oefenen, rechtstreeks of onrechtstreeks, in persoonlijke naam of via een lichaam of tussenpersoon, in het voordeel van een ander lichaam dat activiteiten vervult die identiek of analoog zijn aan deze van het lichaam dat hij verlaat. Gelet op de verticale catch all bepaling gaat het om een belastbare vergoeding voor de director die kwalificeert onder artikel 16 OESO.⁹⁵⁰ De vergoeding staat duidelijk in oorzakelijk verband met de hoedanigheid van director.

Voor werknemers⁹⁵¹ werd hier en daar een nuance gesuggereerd afhankelijk van het feit of een niet-concurrentieclausule in het oorspronkelijke arbeidscontract is gestipuleerd of niet.⁹⁵² Het Belgische Hof van Cassatie⁹⁵³ maakte bijvoorbeeld

⁹⁴⁹ GOLDBERG, S., 'The taxation of income from inaction: an American perspective', *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1995, 564.

⁹⁵⁰ Voor werknemers zou mogelijks een andere visie kunnen ingenomen worden. Zie COOLS, A., 'Italiaanse fiscus: niet-concurrentievergoeding is arbeidsinkomen', *Fisc. Int.* 298, p. 5.

⁹⁵¹ In het algemeen kan worden gesteld dat vergoedingen verkregen uit een niet-concurrentiebeding onder het inkomstenbegrip van artikel 15 OESO vallen. Dit zal vaak het geval zijn in staten waar in het nationaal recht een ruim arbeidsinkomstenbegrip wordt gehanteerd. Te denken valt aan België, Duitsland, Italië en Frankrijk.

⁹⁵² Inmiddels voorziet het OESO-Commentaar wel in een aantal regels m.b.t. niet-concurrentiebedingen. Eén en ander werd hierover in het OESO-Commentaar opgenomen ingevolge de goedkeuring door de OESO Raad van de Update 2014 van het OESO-Modelverdrag. De OESO erkent thans dat een niet-concurrentievergoeding rechtstreeks is verbonden met de dienstbetrekking

het onderscheid tussen de situaties waarin het niet-concurrentiebeding werd gesloten in of naast de bestaande samenwerkingsovereenkomst. Enkel wanneer het niet-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst was gestipuleerd, was belastbaarheid voorhanden. Ook sommige Belgische lagere rechtspraak volgt de visie van het Hof van Cassatie.⁹⁵⁴ Sommige andere lagere Belgische rechtspraak dewelke stelt dat een niet-concurrentievergoeding als loon moet aanzien worden, is ook voorhanden.⁹⁵⁵ De visie van het Belgische Hof van Cassatie kan voor directors niet worden onderschreven. Het feit dat de niet-concurrentieclausule al dan niet in de arbeidsovereenkomst van de director wordt geschreven, is irrelevant. De vergoeding volgt nl. uit de hoedanigheid van director.

Daarentegen dient de hypothese bekeken te worden waarin een director een vergoeding bekomt omwille van het feit dat hij niet zal gaan zetelen in een board van een ander lichaam terwijl hij een mandaat opneemt bij een ander lichaam. REIMER stelt dat dergelijke vergoedingen niet onder artikel 16 OESO kwalificeren.⁹⁵⁶ Deze visie dient weerlegd te worden aangezien het duidelijk is dat er een onmiddellijk en rechtstreeks verband is tussen het huidige mandaat van de director en de niet-opname van een mandaat in een ander lichaam door dezelfde director. De vergoeding wordt namelijk bekomen in de hoedanigheid van director bij het initiële lichaam, en dat fenomeen volstaat reeds voor toewijzing van de heffingsbevoegdheid op grond van artikel 16 OESO.

Inmiddels heeft de OESO een standpunt ingenomen m.b.t. de toepasbaarheid van artikel 15 OESO op niet-concurrentievergoedingen.⁹⁵⁷ Initieel bepaalde de OESO daarover namelijk niets expliciet. Wegens het ontbreken van een verdragsrechtelijke definitie, oordeelde het hof van beroep van Brussel dat het begrip 'niet-concurrentievergoeding' moet geïnterpreteerd worden overeenkomstig het Belgische nationale recht. Op die gronden besloot het hof tot een toe-

en om die reden kwalificeert als 'lonen, salarissen en andere soortgelijke beloningen verkregen ter zake van een dienstbetrekking' in de zin van artikel 15 OESO. Voor een bespreking, zie BUYLAERT, D., 'Beëindigingsvergoeding toegekend aan werknemers: nieuwe OESO-Commentaar', *Fiscoloog Internationaal* 370, p. 1.

⁹⁵³ Cass. 22 september 2003, A.F.T. 2004/1, p. 51 e.v.

⁹⁵⁴ Rb. Leuven 4 maart 2005, *Fisc. Koer.* 2005/435.

⁹⁵⁵ Brussel 29 maart 1996, o.a. besproken in WAUMAN, M., 'Hoe wordt een niet-concurrentievergoeding belast?', *Fisc. Int.* nr. 171, p. 7 e.v. Andere auteurs stellen echter dat een niet-concurrentievergoeding nooit als loon kan gekwalificeerd worden aangezien het gaat om een vergoeding wegens het verzaken aan een persoonlijk recht, nl. het recht tot uitoefenen van arbeid. Het moment van afsluiten van een niet-concurrentiebeding zou om die reden irrelevant zijn, zie o.m. DE SCHRIJVER, L., 'Sociale voorrechten', *T.P.R.*, 1987, 256.

⁹⁵⁶ E. REIMER, 'How tax treaties deal with income from omissions', *Bulletin* 2006, p. 117.

⁹⁵⁷ COOLS, A., 'OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid', *T.F.R.* 477, p. 191.

passing van artikel 15 OESO.⁹⁵⁸ Thans heeft de OESO echter duidelijk gesteld dat een niet-concurrentievergoeding in onmiddellijke relatie staat met de dienstbetrekking.⁹⁵⁹ Daarom moet een niet-concurrentievergoeding onder de noemer 'lonen, salarissen en andere soortgelijke beloningen verkregen ter zake van een dienstbetrekking' in de zin van artikel 15 OESO worden geïnclassificeerd.⁹⁶⁰ De OESO verdedigt het standpunt dat niet-concurrentievergoedingen in de meeste gevallen niet kunnen worden geacht te zijn verkregen ter zake van activiteiten verricht voor de beëindiging van de dienstbetrekking. Om die reden zijn dergelijke vergoedingen gewoonlijk belastbaar in de woonstaat van de genietster en meer bepaald de woonstaat op het ogenblik van ontvangst van de vergoeding. Uit de bewoordingen van het nieuwe OESO-Commentaar moet men dus wel afleiden dat andere interpretaties mogelijk zijn. Als namelijk zou blijken dat de niet-concurrentieplicht weinig tot geen waarde zou hebben, dan moet de vergoeding wel degelijk op identiek dezelfde manier worden behandeld als lonen die ontvangen werden voor activiteiten tijdens de actieve dienstbetrekking.

5.1.3.1. Dissidente visie: ook toepasselijk op directors?

Door sommige Belgische rechtspraak⁹⁶¹ en auteurs⁹⁶² zijn er stemmen opgegaan dat een niet-concurrentievergoeding geenszins een belastbaar inkomen kan uitmaken, weliswaar enkel in de context van werknemers. De gedachtegang van deze jurisprudentie luidde dat onder de noemer van diverse inkomsten (en dus geenszins beroepsinkomsten) ook te categoriseren is 'de occasionele verbintenissen erin bestaande de rechten die verband houden met immateriële vermogensgoederen niet uit te oefenen'. Het Hof van Cassatie geeft als expliciet voorbeeld de verbintenis om een bepaalde activiteit niet uit te oefenen. De argumentatie van deze rechtspraak luidt dat een niet-concurrentievergoeding een vergoeding is die wordt toegekend wegens het tijdelijk afstand doen van een persoonlijk recht, zijnde het recht op arbeid. Dit betreft een – vaak grondwettelijk beschermd – privaat vermogensbestanddeel. Door deze vergoeding aldus te belasten, belast de belastingadministratie een privaat vermogensbestanddeel

⁹⁵⁸ HvB 14 november 1997, *A.F.T.* 1998, 122.

⁹⁵⁹ Randnummer 2.9 OESO Update 2014

⁹⁶⁰ Zie ook BUYLAERT, D., 'Beëindigingsvergoeding toegekend aan werknemers: nieuwe OESO-Commentaar', *Fisc. Int.* 370, p. 1 e.v.

⁹⁶¹ Cass. 17 februari 1989, *F.J.F.* nr. 89/128; 24 juni 1958, *Pas.* 1958, I, 1193, Cass. 14 november 1961, *Pas.* 1962, I, 319

⁹⁶² COOLS, A., Italiaanse fiscus: niet-concurrentievergoeding is arbeidsinkomen', *Fisc. Int.* 298, p. 5.

hetgeen in een aantal staten niet mogelijk is.⁹⁶³ Het recht om een bepaald beroep uit te oefenen situeert zich nog steeds in de private sfeer.

Vervolgens rijst de vraag onder welke verdragsartikelen dergelijke niet-concurrentievergoedingen kunnen vallen. Thans zullen- zoals reeds gesteld - niet-concurrentievergoedingen onder artikel 15 OESO vallen ingevolge par. 2.9 van het gewijzigde OESO-Commentaar 2014. Voor deze Update 2014 bepaalden noch het OESO-Modelverdrag noch het OESO-Commentaar onder welk verdragsartikel niet-concurrentievergoedingen konden vallen. De aanwezige literatuur richtte zich voornamelijk op werknemers. Heel wat staten stellen de niet-concurrentievergoedingen belastbaar onder artikel 15 OESO. Ze bezien de vergoeding m.a.w. als loon. Bij gebrek aan een verdragsdefinitie van het begrip '*salaries, wages and other similar remuneration*'⁹⁶⁴ in artikel 15 OESO, zal in beginsel gekeken worden naar de betekenis van dit begrip in het interne recht van de verdragsstaten (tenzij de context anders vereist). Dat is een gevolg van de interpretatietechniek van artikel 3 § 2 OESO. In het algemeen zal een vergoeding verkregen uit een niet-concurrentiebeding dan ook onder het toepassingsgebied van artikel 15 OESO vallen. Dit zal vaak het geval zijn in staten waar in het nationaal recht een ruim inkomstenbegrip wordt gehanteerd zoals België, Duitsland⁹⁶⁵, Italië⁹⁶⁶ en Frankrijk. In bepaalde staten is zelfs expliciet bepaald dat niet-concurrentievergoedingen vervat zitten in het nationale inkomstenbegrip. Dit is onder meer het geval voor Nederland en de U.K. Andere staten stellen dan weer uitdrukkelijk dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen een niet-concurrentievergoeding en de arbeidsrelatie. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Verenigde Staten.

Volgens sommige auteurs kon een niet-concurrentievergoeding – dewelke bekomen wordt door werknemers niet – niet onder artikel 15 OESO ressorteren en speelt de interpretatietechniek van artikel 3 § 2 OESO niet.⁹⁶⁷ Als eerste argument wordt hiervoor het OESO-Commentaar aangehaald dewelke het volgende stelt: 'from employment ... is taxable in the state where the employment is *exer-*

⁹⁶³ DESCHRIJVER, D., 'noot onder Cassatie 15 september 1997, *A.F.T.* 1998, p. 84 e.v.

⁹⁶⁴ Sommige belastingverdragen definiëren het begrip echter wel. Als voorbeeld haal ik het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland aan hetwelk in nr. 14 van het Protocol stelt dat schadevergoedingen ook onder het begrip 'loon' vallen.

⁹⁶⁵ Federal Tax Court 9 november 1977, *BStBl.* II 1978, pp. 195.

⁹⁶⁶ COOLS, A., 'Italiaanse fiscus: niet-concurrentievergoeding is arbeidsinkomen', *Fisc. Int.* 298, p. 5.

⁹⁶⁷ Noteer dat inmiddels door de Update 2014 van het OESO-Modelverdrag, de OESO thans wel erkend heeft dat een niet-concurrentievergoeding rechtstreeks is verbonden met de dienstbetrekking en dus onder artikel 15 OESO ressorteert b(randnummer 2.9 van het geüpdate OESO-Commentaar).

cised'.⁹⁶⁸ Artikel 15 OESO vereist dus expliciet dat er een daadwerkelijke activiteit aan de uitbetaling van de bezoldiging ten grondslag ligt. Bij een niet-concurrentievergoeding moet men zich juist onthouden van de uitoefening van activiteiten. In bepaalde literatuur wordt er echter op gewezen dat er wel dege-lijkelijk een oorzakelijk verband is tussen de vergoeding en de voorheen uitgeoefende activiteit. Het niet-concurrentiebeding legt de werknemer immers de plicht op de opgedane vaardigheden en kennis niet te gebruiken tijdens een bepaalde periode en eventueel binnen een bepaalde geografische locatie. In die zin gaat het volgens deze auteurs om een vorm van arbeid waarop artikel 15 OESO van toepassing is.⁹⁶⁹ Deze visie overtuigt m.i. onvoldoende. Het gaat namelijk niet om arbeid maar het ontzeggen van arbeid. Daarom moet m.i. de oudere rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie toepasselijk verklaard worden op niet-concurrentievergoedingen. Zoals eerder gesteld, luidt deze visie dat een niet-concurrentiebeding bestempeld dient te worden als het ontnemen van een fundamenteel recht, namelijk het recht op arbeid. De vergoeding die hiervoor door de werkgever wordt betaald heeft dan ook eerder het karakter van een schadevergoeding i.p.v. een bezoldiging. Dezelfde filosofie werd reeds verdedigd door PROKISCH voor wat betreft opzeggingsvergoedingen. Hij stelde dat opzeggingsvergoedingen niet worden uitbetaald omwille van het causaal verband met de arbeid, maar een vergoeding uitmaken voor de sociale onrust die een ontslag met zich brengt.⁹⁷⁰ Om die reden bepleitte hij de toepassing van het restartikel op opzeggingsvergoedingen. Eén en ander wordt nog duidelijker als men zich in de positie van het uitbetalend lichaam van de niet-concurrentievergoeding plaatst. In India is namelijk de idee al doorgesijpeld dat deze vergoedingen rechten zijn die als immaterieel vast actief te bestempelen zijn en waarop derhalve afschrijvingen toegelaten worden.⁹⁷¹

Indien men de visie van het Belgische Hof van Cassatie volgt, wordt men wel geconfronteerd met de vraag welk verdragsartikel dan van toepassing is op de niet-concurrentievergoedingen. Het gaat dan om de vraag onder welk artikel van het OESO-Modelverdrag de vergoeding voor het verzaken aan het recht van arbeid kan gebracht worden? Dit is misschien mogelijk onder artikel 13 §5 OESO. Dit verdragsartikel stelt dat alle voordelen verkregen uit de vervreemding van alle andere goederen dan die vermeld in de paragrafen 1, 2 en 3 slechts be-

⁹⁶⁸ OESO Commentaar 15/1

⁹⁶⁹ REIMER, E., 'How tax treaties deal with income from omissions', *Bulletin for International Fiscal Documentation* 2006, p. 110 e.v.

⁹⁷⁰ PROKISCH, R., 'Severance Payments', *European Taxation* 1998, nr. 5/6, p. 180; PROKISCH, R., 'Noot onder Hoge Raad 11 juni 2004, B.N.B. 2004/344 c.

⁹⁷¹ KUMAR, A. en RAI, A., 'Taxability of non-compete fees in India', *Intertax* 2015, p. 363 e.v.

lastbaar zijn in de overeenkomst sluitende staat waarvan de vervreemder inwoner is. Dit verdragsartikel wijst dus de heffingsbevoegdheid van vermogenswinsten die ontstaan n.a.v. de vervreemding van roerende en onroerende goederen toe aan de woonplaatsstaat van de ex-werknemer. Men zou echter desgevallend kunnen bepleiten dat arbeid geen goed is, het recht op arbeid is dat wel. Het recht op arbeid is m.i. een *onlichamelijk* roerend goed zodat het kan kwalificeren onder artikel 13 § 5 OESO. Verdere argumentatie hiervoor kan m.i. gevonden worden in het OESO-Commentaar. Daarin wordt namelijk terecht gesteld dat er geen definitie in het OESO-Modelverdrag is gegeven aan het begrip 'gain' zoals gebezigd in artikel 13 OESO. Vandaar dat het commentaar daar een invulling aan gaat geven. Er wordt expliciet gesteld dat de verkoop van een recht ook onder artikel 13 OESO valt.⁹⁷² Dit is niet merkwaardig nu artikel 13 §5 omschreven wordt als een ware catch all bepaling als het gaat om de verkrijging van voordelen uit private roerende goederen.⁹⁷³ Ook de commentaren op het VN-Modelverdrag voorzien in deze bepaling.⁹⁷⁴ Als vervolgens de heffingsbevoegdheid is toegewezen aan de woonstaat van de ex-werknemer, zal de woonplaatsstaat de vermogenswinsten belasten overeenkomstig de interne regels. Wat België betreft voorziet de wetgeving dat normale verrichtingen van beheer van een privé – vermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen niet belast zullen worden. M.a.w. zelfs de kwalificatie als divers inkomen is m.i. onmogelijk zodat de vergoeding principieel onbelast dient te blijven. Het lijkt mij namelijk een moeilijke opdracht om de verkoop van een arbeidsrecht als een abnormale verrichting te kwalificeren. Wat is 'normaal' in deze context trouwens? De notie 'normaal' verwijst naar het gedrag van de goede huisvader of 'bonus pater familias' die geïnformeerd en goed opgeleid is, maar uiteindelijk slechts handelt als een goede huisvader. De grens tussen een 'normaal' en een 'abnormaal' beheer, wat respectievelijk niet-speculatief en speculatief heet te zijn, is echter vaag en moeilijk af te lijnen omdat het begrip 'normaal beheer' nergens wettelijk gedefinieerd is. Bovendien gaat het om een dynamisch begrip. De begrippen die door de rechtspraak naar voren worden geschoven om te besluiten tot een abnormale verrichting, zijn moeilijk toepasbaar op de niet-concurrentievergoedingen. Nochtans kan de aangehaalde dissidente redenering m.i. niet opgaan voor wat betreft directors. Als artikel 13 OESO van toepassing is, zal de woonplaatsstaat heffingsbevoegd zijn hetgeen niet strookt met de basisfilosofie in dit onderzoek luidende dat de bronstaat heffingsbevoegd moet zijn over directors' fees. Bovendien bevat artikel

⁹⁷² OESO-Commentaar 13/5

⁹⁷³ VOGEL, K., 'On double taxation conventions', Kluwer, 91, p. 748.

⁹⁷⁴ U.N. Commentaar 13/4.

16 OESO een verticale catch all bepaling zodat noodzakelijk dient besloten te worden dat niet-concurrentievergoedingen van directors onder artikel 16 OESO vallen. Er is een aantoonbaar oorzakelijk verband tussen de vergoeding en de hoedanigheid van director.⁹⁷⁵ Ook het gewijzigde OESO-Commentaar verandert hier niets aan. Dit gewijzigd OESO-Commentaar heeft de mening gelanceerd dat niet-concurrentievergoedingen onder artikel 15 OESO vallen.⁹⁷⁶ Er wordt in dit gewijzigd OESO-Commentaar echter geen rekening gehouden met de verticale catch all gedachte van artikel 16 OESO. Verder werd in dit onderzoek verdedigd dat het gesloten systeem van de arbeidsartikelen uit niet zelfstandige arbeid geenszins van toepassing is op artikel 16 OESO.

5.1.4. Sign-on fees ('Golden hello')

Een zgn. 'golden hello' is een begrip dat men eerder terugvindt in de sportwereld.⁹⁷⁷ Het gaat om het zgn. hand- of tekengeld. Tekengeld wordt betaald bij de aanvang van een overeenkomst, zoals de naam al doet vermoeden, in verband met de ondertekening van een overeenkomst. Welnu, een 'golden hello' wordt soms ook aan directors uitbetaald omdat zij een mandaat zullen gaan opnemen in een lichaam waarvoor zij nog niet werkzaam zijn.⁹⁷⁸ De meeste auteurs kwalificeren een dergelijke vergoeding als een arbeidsinkomen. Zo stelt PÖTGENS dat deze uitbetaling in nauwe relatie staat tot de toekomstige betalingen die de arbeidskracht van het lichaam zal bekomen. Zo zou de reden van betaling de toekomstige tewerkstelling zijn.⁹⁷⁹ Tevens wordt als argument aangehaald dat het ogenblik van uitbetaling niet relevant is. Deze visie vind ik bijvoorbeeld terug bij VAN DEN BERGE in zijn conclusie die afgeleid is uit de uitspraak van de Hoge Raad van 5 juni 1996.⁹⁸⁰

Ook in de sportwereld bestempelt men een dergelijke vergoeding als loon. Zo oordeelde het Hof van 's-Hertogenbosch dat de betaalde handgelden dewelke uitbetaald werden aan voetballers bij het bereiken van de wilsovereenstemming over het aangaan van spelerscontracten, als loon moten gekwalificeerd worden.

⁹⁷⁵ Dat oorzakelijk verband is desgevallend ook aanwezig bij een werknemer maar er wordt voor zover als nodig herhaald dat artikel 16 OESO een verticale catch all bepaling bevat.

⁹⁷⁶ 2.9 van de OESO Update 2014.

⁹⁷⁷ Blijkens de rechtspraak is hand- en tekengeld in wezen een betaling die een kopende voetbalclub aan een speler doet toekomen zodra in hoofdzaak overeenstemming is bereikt omtrent de voorwaarden waarop deze speler bij de club in dienst zal treden. Dit vindt men bijvoorbeeld terug in het arrest van het Gerechtshof Arnhem 10 maart 1978.

⁹⁷⁸ Voor een algemeen overzicht, zie BAETEN, X., 'De vergoeding van managers', in L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN, *Vademecuum van de bestuurder*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2007, 230.

⁹⁷⁹ PÖTGENS, F., 'Income from international private employment', IBFD Doctoral series, p. 198.

⁹⁸⁰ Hoge Raad 5 juni 1996, B.N.B. 1996/260.

Immers, reeds ten tijde van de uitbetaling van het tekengeld zou er sprake zijn van een dienstbetrekking aangezien voor de betaling van het tekengeld reeds een mondelinge overeenkomst bestond.⁹⁸¹

Vervolgens stelt zich de vraag naar de toewijzing van de heffingsbevoegdheid over de golden hello voor directors. Men zou desgevallend van mening kunnen zijn dat een 'golden hello' niet uitbetaald wordt omwille van de hoedanigheid als director in het uitbetalende lichaam zodat artikel 16 OESO erop niet van toepassing is. De negotiatie ervan gaat de ondertekening van het contract vaak vooraf. De vergoeding wordt *de facto* uitbetaald omwille van de reputatie die een bepaalde director heeft op de arbeidsmarkt en volgt in beginsel dus niet uit zijn hoedanigheid van director van het uitbetalende lichaam desgevallend kan men van mening zijn dat dit argument ook van tel is bij werknemers maar artikel 15 OESO bevat echter geen verticale catch all gedachte. Om die reden zou men misschien de vergoeding kunnen beschouwen als een compensatie voor de inbreng van goodwill. De Hoge Raad heeft hieromtrent in het verleden echter anders geoordeeld.⁹⁸²

M.i. is artikel 16 OESO echter wel van toepassing op dergelijke vergoedingen. Ik haal daarvoor een tweetal redenen aan. Als de catch all gedachte van artikel 16 OESO niet van toepassing is (de vergoeding wordt nog niet bekomen in de hoedanigheid van director) en het gesloten systeem van artikel 15 OESO op directors' fees niet toepasselijk verklaard wordt, dient per definitie toepassing gemaakt te worden van artikel 21 OESO. Nochtans wordt in dit onderzoek niet enkel de verticale catch all doctrine verdedigd voor doeleinden van artikel 16 OESO maar evenzeer de voorrang van de bronstaathewing. Ook heeft de golden hello toch heel wat raakpunten met de hoedanigheid van director. Daarom dient m.i. ook bronstaathewing plaats te grijpen. Men kan niet negeren dat er een duidelijk verband is tussen de hoedanigheid van director en de vergoeding. Woonplaatsheffing zou hier dan ook niet gepast zijn. Bovendien is een golden hello vaak ook voorwaardelijk toegekend.⁹⁸³ Indien men het lichaam voortijdig verlaat, dient deze veelal terugbetaald te worden. Ook hierin zie ik een argument om de golden hello onder artikel 16 OESO te plaatsen.

⁹⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 1976, *B.N.B.* 1976/269.

⁹⁸² Hoge Raad 20 december 1978, *B.N.B.* 1979/11.

⁹⁸³ Zie bijvoorbeeld DE BOCK, S., 'Kroniek Statutair Bestuurder 2013-medio 2014', *Arbeidsrecht* 2014/64.

5.1.5. Pensioenen

De heffingsbevoegdheid van pensioenen komt overeenkomstig artikel 18 OESO principieel toe aan de woonstaat van de begunstigde.⁹⁸⁴ Dit verdragsartikel beoogt namelijk de ‘pensioenen en andere soortgelijke beloningen die worden betaald ter zake van een vroegere dienstbetrekking’.⁹⁸⁵ Volgens de OESO zal artikel 18 OESO echter ook in beginsel van toepassing zijn op directors.⁹⁸⁶ De woonplaatsstaat zal dan de heffingsbevoegdheid toegewezen krijgen. Deze verdeling van heffingsbevoegdheid kan worden verklaard door een aantal factoren. In eerste instantie wordt deze verdelingsregel ingegeven vanuit de gedachte dat het sociaal economisch centrum van de levensbelangen van een pensioenge-rechtigde doorgaans in de woonstaat ligt. Zo stelt het commentaar op het VN-Modelverdrag bijvoorbeeld verder dat ‘the state of residence of the pension recipient is in a better position than any other state to take into account the beneficiary ‘s overall ability to pay tax, which mostly depends on worldwide income and personal circumstances such as family responsibilities’.⁹⁸⁷ Eveneens is al als motivatie opgeworpen dat het de belastingplichtige verlicht van fiscale verplichtingen in andere staten dan zijn woonplaatsstaat.⁹⁸⁸ Door sommige auteurs is echter al aangegeven dat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid voor pensioenen vatbaar voor misbruik is. Belastingplichtigen kunnen van woonplaats veranderen en een nieuwe woonplaats (in een ander land) betekent vaak ook een nieuwe regelgeving die van toepassing is op pensioenkapitalen.⁹⁸⁹

Gelet op het verticale attractiebeginsel, dat ingesloten is in artikel 16 OESO, kan men zich de vraag stellen of de heffingsbevoegdheid van pensioenen niet bij de bronstaat moet gelegen zijn? Ook KAVELAARS merkte reeds op dat ten aanzien van grensoverschrijdende pensioenbetalingen er zich steeds een spanning voordoet tussen de toewijzing van de belastingheffing aan de woonstaat en de toe-

⁹⁸⁴ Toch zijn er belastingverdragen die de exclusieve heffingsbevoegdheid toewijzen aan de bronstaat. Als voorbeeld haal ik aan de belastingverdragen tussen België en Canada en tussen België en Thailand.

⁹⁸⁵ Nederland heeft in de Notitie Fiscaal verdragsbeleid 2011 echter aangegeven dat Nederland met betrekking tot pensioenuitkeringen naar een onverkorte bronstaatheffing streeft indien Nederland als voormalige bronstaat een belastingfaciliteit heeft toegestaan gedurende de opbouw ervan. In de visie van PÖTGENS worden er weinig principiële gronden gegeven waarom Nederland in afwijking van artikel 18 OESO een bronstaatheffing bepleit in deze context. Zie hiervoor PÖTGENS, F.P.G., ‘Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en arbeidsinkomsten’, *T.F.O.* 119, p. 90.

⁹⁸⁶ *OESO-Commentaar* 18/1.

⁹⁸⁷ VN - Commentaar 2001, Article 18B, p. 233.

⁹⁸⁸ *Idem.*

⁹⁸⁹ KEMMEREN, E., ‘Pensions (Article 18 OECD Model Convention), ‘Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives’, *Taxmann*, p. 283.

wijzing aan de voormalige bronstaat.⁹⁹⁰ Men kan niet ontkennen dat de pensioengerechtigde zijn uitkering ontleent aan de voormalige bronstaat. De regelgeving in die staat heeft het hem mogelijk gemaakt dat het pensioen werd opgebouwd. Bovendien merkt KAVELAARS terecht op dat een pensioen eigenlijk niets anders is dan een uitgesteld beroepsinkomen. Dat wil zeggen dat het om inkomen gaat waarvan men toentertijd heeft afgezien. Had men daar niet van afgezien dan was de heffing principieel toegewezen aan de bronstaat.

In combinatie met het verticale attractiebeginsel zijn dit argumenten die ervoor pleiten de heffingsbevoegdheid over het pensioen *de lege ferenda* toe te wijzen aan de bronstaat op grond van artikel 16 OESO.⁹⁹¹ Bepaalde Belgische rechtspraak past deze filosofie echter niet toe. Zo kwam in een arrest van het hof van beroep van Antwerpen de vraag aan bod of de afkoopwaarde van een pensioen als een director fee kon beschouwd worden. Het hof paste op deze situatie artikel 18 van het belastingverdrag toe.⁹⁹² Als argumentatie werd aangehaald dat de pensioenovereenkomst steunde op een arbeidsrelatie en de pensioenovereenkomst in Nederland kwalificeerde als een pensioenregeling conform de Nederlandse Wet op de loonbelasting.⁹⁹³ Terecht werd deze uitspraak bediscussieerd door POLSPOEL die poneerde dat principieel het attractiebeginsel op deze situatie moest toegepast worden.⁹⁹⁴ Ook de tegenargumenten die worden geformuleerd door VAN RAAD, zijn m.i. onvoldoende.⁹⁹⁵ Zo stelt VAN RAAD dat de *ratio legis* van artikel 16 OESO schuilt in de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar de director zijn diensten verricht. Om die reden is gekozen voor een bronstaatheffing. Welnu, VAN RAAD stelt dat bij pensioenen de plaats van de dienstverrichting geen relevant criterium is. Dit is uiteraard correct maar gelet op het feit dat er in artikel 16 OESO een verticaal attractiebeginsel besloten zit, dient men *de lege ferenda* noodzakelijk te voorzien dat pensioenkapitalen toegewezen aan een director onder artikel 16 OESO vallen. Deze visie ondersteun ik verder met de volgende twee argumenten. Men mag vooreerst niet uit het oog verliezen dat artikel 18 OESO enkel van toepassing is op pensioenen

⁹⁹⁰ KAVELAARS, P., 'Toewijzingsregels in het internationaal fiscaal-en sociaal verzekeringsrecht', *Fiscale Monografieën*, Kluwer, 2003, p. 395.

⁹⁹¹ Volgens Van Brunschot dienen alle uitkeringen ter zake van vroegere dienstbetrekkingen ter belastingheffing aan de woonstaat toe te vallen, praktisch omdat een fysiek aanknopingspunt in de situ staat ontbreekt, principieel omdat alleen een economische band met de faciliteiten en de infrastructuur van de woonstaat bestaat (*B.N.B.* 1986/35 en *B.N.B.* 1981/307).

⁹⁹² Antwerpen 19 oktober 1999.

⁹⁹³ Voor een bespreking, zie DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht', *T.R.V.* 2000, p. 440.

⁹⁹⁴ POLSPOEL, T., 'Toetsing van definitief verworven rechten inzake een Nederlands pensioen in eigen beheer', *T.F.R.* nr. 178, p. 313 e.v.

⁹⁹⁵ VAN RAAD, K., 'Pensioenen in internationaal fiscaal perspectief', *W.F.R.* 1983/5596, p. 753.

ingevolge een eerder *privaat* dienstverband. Ik merk hierbij op dat niet alle directors in een *privaat* dienstverband werken.⁹⁹⁶ Artikel 18 OESO toepassen op directors die eerder in een onafhankelijk dienstverband hebben gewerkt is dan ook foutief.⁹⁹⁷ Ten tweede voorziet artikel 18 niet in een specifieke relatie tot artikel 16 OESO.⁹⁹⁸ Dat is anders in de verhouding tussen artikel 15 en artikel 18 OESO. Men moet niet in verdragsartikelen lezen hetgeen er niet staat. Voorts is het toepassingsgebied van artikel 18 OESO beperkt tot ‘pensions and other similar remunerations paid ... in consideration of *past employment* ...’. Er is dus een duidelijke connectie met de vorige beroepswerkzaamheid.⁹⁹⁹ Deze link zal soms ontbreken bij directors aangezien arbeid geen vereiste is binnen artikel 16 OESO. Er staat in artikel 16 OESO namelijk niet te lezen dat het om *employment income* gaat.

5.1.5.1. Periodieke uitbetalingen

Overeenkomstig de bedoeling van de OESO, vallen enkel *periodieke* uitbetalingen onder artikel 18 OESO,¹⁰⁰⁰ tenzij sprake is van ‘other similar remuneration’ waartoe afkoopsommen behoren. Men motiveert dit door te stellen dat de pensioengerechtigde nog maar weinig betrokken is bij de bronstaat en hij gebruik maakt van overheidsvoorzieningen in de woonstaat. Dit verandert echter indien een staat toelaat om pensioensommen af te kopen waardoor het periodiek karakter en dus ook de ratio legis van artikel 18 OESO verdwijnt. Dit heeft tot gevolg dat de bronstaat heffingsbevoegd zal willen blijven over de afkoopsommen. Ook de Belgische belastingdienst heeft steeds verdedigd dat artikel 18 OESO enkel periodieke pensioenbetalingen na de pensionering zou viseren. Eenmalige pensioenkapitalen en afkoopwaarden zouden onder artikel 21 OESO vallen waarbij in beginsel ook de woonstaat heffingsbevoegd is.¹⁰⁰¹ Het hof van beroep van Brussel heeft hieromtrent in het verleden een dissidente visie aangenomen en poneerde dat pensioenkapitalen onder artikel 18 OESO vallen omdat dergelijke kapitalen internrechtelijk onder de rubriek ‘pensioenen’ vallen.¹⁰⁰² De Ho-

⁹⁹⁶ Ook VOGEL heeft gewezen op dit onderscheid inzake de scheidingslijn tussen artikel 16 en artikel 18 OESO. Zie VOGEL, K., ‘*Klaus Vogel on double taxation conventions*’, Kluwer, 2015, p. 1257 e.v.

⁹⁹⁷ BURGSTALLER wees er al op dat het een nadeel is om ingeval van toepassing van artikel 18 OESO op pensioenen van directors, het noodzakelijk is dat om een onderscheid te maken tussen directors in werknemersverband en directors met een zelfstandig statuut.

⁹⁹⁸ VAN RAAD, K., ‘Application of tax treaties’, in *A vision of taxes within and outside European borders*-F. Vanistendael, 2008, 733.

⁹⁹⁹ BFH 2 september 2009, I R 90/08.

¹⁰⁰⁰ De OESO stelt in haar commentaar 18/5 echter dat het begrip ‘other similar remuneration’ voldoende ruim is om ook niet periodieke vergoedingen eronder te laten vallen.

¹⁰⁰¹ ComOV nr. 18/12.

¹⁰⁰² Brussel 16 november 2005, T.F.R. 2006/42..

ge Raad is de mening toegedaan dat afkoopsommen kwalificeren als ‘andere soortgelijke beloningen’.¹⁰⁰³ M.i. speelt deze discussie niet binnen artikel 16 OESO als men de verticale catch all bepaling toepast die in het verdragsartikel ingesloten zit.

5.1.5.2. Opzegvergoedingen

Het vraagstuk m.b.t. de toewijzing van de heffingsbevoegdheid voor pensioenen krijgt een bijzondere dimensie ingeval van de opzeggingsvergoedingen en de zgn. gouden handdruk (golden handshake). Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie voor en na de Update 2014 van het OESO-Modelverdrag. Sedert de OESO Raad op 15 juli 2014 de 2014 Update van het OESO-Modelverdrag en bijhorende commentaar heeft goedgekeurd, is het duidelijker dat opzegvergoedingen voor werknemers onder artikel 15 OESO. Vallen. Dergelijke vergoedingen kwalificeren als ‘lonen, salarissen en andere soortgelijke beloningen’ die ter zake verkregen zijn van een dienstbetrekking.

In het verleden werd er wat betreft opzeggingsvergoedingen in de rechtspraak verdedigd dat het karakter van de opzeggingsvergoeding relevant is voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid. De rechtspraak handelt echter vaak over de situatie van werknemers. *In casu* handelt het vaak over situaties waarbij moet worden nagegaan of de uitbetaling een compensatie voor inkomstenderving betreft of anderzijds een overbruggingspensioen. Zo besliste de Nederlandse Hoge Raad dat een opzeggingsvergoeding onder artikel 18 OESO valt indien de ontvangen uitkering in feite een overbruggingsuitkering tot aan de pensionering betreft.¹⁰⁰⁴ VAN SOEST concludeerde hieromtrent dat de uitkering in een dergelijke situatie tot doel heeft te voorzien in het levensonderhoud op het moment dat de gerechtigde niet meer werkt en derhalve als een pensioen moet aanzien worden.¹⁰⁰⁵ Volgens VAN STEIJN¹⁰⁰⁶ zijn de criteria waarin een ontsluitkering als pensioen kwalificeert, duidelijk uiteengezet in een latere beslissing van de Hoge Raad.¹⁰⁰⁷ De factoren waarmee rekening dient gehouden te worden zijn: (a) de wijze waarop de partijen de hoogte van de ontslagvergoeding hebben berekend; (b) de leeftijd van de gerechtigde op het ogenblik van de uit-

¹⁰⁰³ Hof ‘s Gravenhage 20 maart 1984, besproken door X, ‘de onmiddellijke belasting van kapitalen die gelden als renten of pensioenen: lek gedicht’, *Fisc. Int.* nr. 13, 6; Hof ‘s-Hertogenbosch 28 mei 1985, besproken door X, ‘Zijn afkoopsommen pensioenen (bis)?’, *Fisc. Int.* nr. 35, 6; Hoge Raad 13 mei 1987, besproken door PEETERS, B., ‘Afkoopsommen van pensioenen en artikel 18 van het OESO-Modelverdrag’, *Fisc. Int.* nr. 99, 6-7.

¹⁰⁰⁴ Hoge Raad 6 november 1985, *B.N.B.* 1986/35.

¹⁰⁰⁵ VAN SOEST, A.G. in zijn conclusie bij *B.N.B.* 1986/35.

¹⁰⁰⁶ VAN STEIJN, R.J., ‘Ontslagvergoedingen in grensoverschrijdende situaties’, *W.F.R.* 2003/465.

¹⁰⁰⁷ Hoge Raad 3 mei 2000, *B.N.B.* 2000/296.

kering van de vergoeding; (c) de kans die op het moment van de uitkering bestaat op herintreding van het arbeidsproces. In deze uitspraak definieert de Hoge Raad een pensioenuitkering als een uitkering die ‘in overwegende mate erop is afgestemd en ertoe strekt, al dan niet in aanvulling op wettelijke of op andere wijze getroffen voorzieningen, te voorzien in de behoefte aan levensonderhoud van de datum van beëindiging van de dienstbetrekking tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd’. In een later stadium heeft de Hoge Raad in zijn uitspraken van 11 juni 2004¹⁰⁰⁸ en 19 november 2004¹⁰⁰⁹ dit verder behandeld. In twee uitspraken heeft de Hoge Raad beslist hoe in verschillende stappen beoordeeld moet worden hoe de heffingsbevoegdheid tussen staten vastgesteld moet worden in deze. Allereerst dient te worden gekeken naar de aard van de ontslagvergoeding. Indien een ontslagvergoeding ziet op een vergoeding voor immateriële schade en kosten die onvoldoende verband houden met de dienstbetrekking is er volgens de Hoge Raad geen sprake van loon. Indien een ontslagvergoeding echter bestaat uit een beloning voor *in concreto* verrichte werkzaamheden, is volgens de Hoge Raad de ontslagvergoeding in beginsel als loon te beschouwen.¹⁰¹⁰

PROKISCH op zijn beurt stelt dat een ontslagvergoeding geen direct verband houdt met het arbeidsverleden zodat de ontslagvergoeding onder het restartikel kwalificeert.¹⁰¹¹ De visie van PROKISCH wordt bestreden door KAVELAARS. Deze is namelijk van mening dat de arbeidsrechtelijke rechtspraak omtrent de gerechtigheid tot ontslagvergoedingen aantoont dat er precies wel een nauwe band bestaat tussen een dergelijke vergoeding en het arbeidsverleden.¹⁰¹² Deze discussie doet zich m.i. niet voor bij directors aangezien het verticaal attractiebeginsel uit artikel 16 OESO ervoor zorgt dat de ontslagvergoeding als director fee zal beschouwd worden. Dit volgt uit het hoedanigheidvereiste. Hetzelfde geldt voor de gouden handdrukken. Om die reden kan de mening van VAN DER BEEK dewelke poneert dat een gouden handdruk van een directeur bij de OESO-conforme verdragen ofwel onder artikel 15, 18 of 21 OESO valt, niet wor-

¹⁰⁰⁸ Hoge Raad 11 juni 2004, 37 714 en 38 112

¹⁰⁰⁹ Hoge Raad 19 november 2004, 39 158 en 39 695

¹⁰¹⁰ De Nederlandse staatssecretaris heeft nu bevestigd dat het nieuwe OESO-commentaar op artikel 15 OESO-modelverdrag (werknemersartikel) vanaf 15 juli 2014 als uitgangspunt wordt genomen bij toepassing van Nederlandse belastingverdragen die op het OESO-modelverdrag zijn gebaseerd. Zie: Besluit van 23 april 2015, nr. DGB 2015/584M, Staatscourant 1 mei 2015, nr. 12171.

¹⁰¹¹ Hoge Raad 11 juni 2004, *B.N.B.* 2004/344 en *B.N.B.* 2004/345, met conclusie van Wattel en met noot van R. PROKISCH.

¹⁰¹² Hoge Raad 19 november 2004, *B.N.B.* 2005/57, met noot P. KAVELAARS.

den onderschreven.¹⁰¹³ Er is trouwens een aantal auteurs dat de golden handshakes onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO heeft gebracht.¹⁰¹⁴

Een opzeggingsvergoeding krijgt echter een bijzonder karakter indien een vergoeding wordt uitbetaald wegens het niet nakomen van een belofte tot tewerkstelling.¹⁰¹⁵ Een interessant arrest dat een dergelijke problematiek aanhaalt speelt zich af in een Duits-Zwitserse context.¹⁰¹⁶ De feiten die aan het arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt omschreven worden. Een Zwitserse rijksinwoner komt met een Duitse GmbH overeen dat deze zal aangesteld worden als *Geschäftsführer*. Aangezien deze aanstelling om groepspolitieke motieven niet kon doorgaan en evenmin de compenserende aanstelling bij een groepsonderneming in Azië, bekwam de belastingplichtige een vergoeding. Het *Bundesfinanzhof* past op deze vergoeding artikel 15 §1 van het Duits-Zwitserse belastingverdrag toe dat voorziet dat de woonstaat heffingsbevoegd is over lonen, salarissen en andere soortgelijke beloningen die worden verkregen uit niet-zelfstandige arbeid, tenzij de arbeid in de andere staat wordt uitgeoefend. Tot deze conclusie komt het *Bundesfinanzhof* door te stellen dat er bij dergelijke vergoedingen een gebrek is aan een verband met de uitgeoefende arbeid en daardoor de tweede zin (en het laatste deel van de eerste volzin) van artikel 15 §1 van het belastingverdrag onmogelijk van toepassing kan zijn. Deze tweede zin van het voornoemde verdragsartikel bepaalt dat de werkstaat heffingsbevoegd is indien de arbeid aldaar wordt uitgeoefend. De beslissing van het *Bundesfinanzhof* kan gelet op de duale bestuursstructuur in Duitsland niet verwonderen. Artikel 16 van het Duits-Zwitserse belastingverdrag is enkel van toepassing op vergoedingen van een *Mitglied des Aufsichts- oder Verwaltungsrates*. Dit begrip wordt niet gedefinieerd in het betrokken belastingverdrag zodat teruggerepen wordt naar het interne recht van Duitsland gelet op de interpretatieregels van artikel 3 §2 van het belastingverdrag. Naar Duits recht is een *Geschäftsführer* niet te vereenzelvigen met een lid van de board of directors hetgeen extra in de verf wordt gezet in de specifieke context van het Duits-Zwitserse belastingverdrag. Immers, artikel 15 §4 van dit belastingverdrag handelt specifiek over de inkomsten van een *Geschäftsführer*. Mocht het *Bundesfinanzhof* de autonome verdragsinterpretatie van artikel 16 van het betrokken belastingverdrag hebben toegepast

¹⁰¹³ VAN DER BEEK, J.M., 'Gouden handdruk internationaal-een vervolg', *W.F.R.* 1982/163.

¹⁰¹⁴ SCHUCH, J., 'Die Zeit im recht der Doppelbesteuerungsabkommen', 2002, Wien, Linde, 213; URBASEK, T., 'Severance payments and golden handshakes under DTC law', in *Hohenwarter & Metzler (eds.), Taxation of Employment Income in International Tax Law*, 2009, p. 496.

¹⁰¹⁵ WAUMAN, M., 'Vergoeding wegens niet nakomen van een belofte tot tewerkstelling onder het Duits-Zwitsers dubbelbelastingverdrag', *Tijdschrift voor Fiscaal Recht* 336, p. 177 e.v.

¹⁰¹⁶ BFH 12 september 2006

– zoals verdedigd in dit onderzoek – zou de uitkomst heel anders hebben kunnen luiden. Ook de Hoge Raad is in het verleden reeds tot een andersluidende conclusie gekomen.¹⁰¹⁷ In deze uitspraak werd de heffingsbevoegdheid toegewezen aan de fictieve werkstaat op basis van artikel 15§1 tweede deel, eerste volzin en tweede volzin OESO.¹⁰¹⁸

Zoals gesteld moet er – voor wat betreft werknemers – een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie voor en na de OESO 2014 Update. De OESO gaat er nu van uit dat artikel 15 OESO van toepassing is op de ontslagvergoedingen al wordt er wel een subtiel onderscheid gemaakt tussen de zgn. opzegvergoedingen enerzijds en de ontslagvergoedingen anderzijds. Opzegvergoedingen zijn een vergoeding die wordt betaald in een omstandigheid waarbij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst de werkgever oplegt een opzegtermijn te respecteren maar de werknemer vrijstelt van prestaties. De opzegvergoeding die een werknemer gedurende deze termijn bekommt, kwalificeert volgens de OESO onder het begrip ‘lonen, salarissen en andere soortgelijke beloningen’ in de zin van artikel 15 §1 OESO. Daarentegen bestaan er ook zgn. ontslagvergoedingen. Het gaat volgens de OESO hier om een vergoeding die een werkgever uitbetaalt bij de beëindiging van een dienstbetrekking van één van zijn werknemers maar die niet steeds wordt berekend in functie van vroegere gepresteerde werkzaamheden bij deze werkgever. De OESO beschouwt deze vergoedingen ook als een vergoeding in de zin van artikel 15§1 OESO. De OESO stelt dat opzegvergoedingen moeten worden gekwalificeerd als een vergoeding voor een dienstbetrekking die uitgeoefend werd in de staat waar de werknemer redelijkerwijs zou hebben gewerkt tijdens de opzegtermijn.¹⁰¹⁹ Deze staat moet worden vastgesteld overeenkomstig ‘alle feiten en omstandigheden’. De toewijzing van heffingsbevoegdheid kan in deze omstandigheid dus perfect gebeuren aan meerdere staten. De OESO is daarentegen van mening dat een ontslagvergoeding moet beschouwd worden als een beloning voor de laatste 12 maanden van een dienstbetrekking. De ontslagvergoeding moet dan *pro rata temporis* worden opgedeeld op basis van de plaats waar de dienstbetrekking werd uitgeoefend.¹⁰²⁰ De nieuwe visie van de OESO heeft m.i. allemaal niet direct gevolgen voor directors. Het verticaal attractiebeginsel uit artikel 16 OESO zorgt ervoor dat de ontslagvergoeding als director fee zal aangezien worden. Dit volgt uit het hoedanigheidsvereis-

¹⁰¹⁷ Hoge Raad 10 augustus 2001, *B.N.B.* 2001/353.

¹⁰¹⁸ Zie voor een korte bespreking: PÖTGENS, F., ‘Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en arbeidsinkomsten’, *T.F.O.* 2012/119.4.

¹⁰¹⁹ Nieuw randnummer 2.6 OESO - Commentaar

¹⁰²⁰ Zie ook BUYLAERT, D., ‘Beëindigingsvergoeding toegekend aan werknemers: nieuwe OESO-Commentaar’, *Fisc. Int.* 370, p. 1 e.v.

te. Nochtans is het OESO Update 2014 m.i. van belang omwille van het volgende. De OESO Update 2014 voorziet o.a. in situaties waarin sprake is van vergoedingen voor geleden immateriële schade. Als voorbeeld kan aangehaald worden dat een werkgever door het ontslag de goede naam van een werknemer besmet. In een dergelijke omstandigheid wordt de heffingsbevoegdheid toegewezen overeenkomstig artikel 21 OESO¹⁰²¹, het restartikel dus. De heffingsbevoegdheid komt dan in de feiten toe aan de woonstaat van de genietter. Dit OESO standpunt doet m.i. afbreuk aan het zgn. gesloten systeem van de arbeidsartikelen in het OESO-Modelverdrag.¹⁰²² Binnen dit gesloten systeem vervult artikel 15 OESO de functie van restartikel voor de inkomsten uit dienstbetrekking hetgeen tot gevolg heeft dat artikel 21 OESO op dergelijke inkomsten nooit van toepassing kan zijn.¹⁰²³ Het systeem kent navolging door o.a. de Nederlandse Hoge Raad.¹⁰²⁴ Het Belgische Hof van Cassatie heeft het zgn. gesloten systeem echter afgewezen, weliswaar in een context van overheidsbezoldigingen.¹⁰²⁵ In beide arresten werd het restartikel toepasselijk verklaard op overheidsbezoldigingen en dus geenszins artikel 15. Ook de Franse Conseil d'Etat is van mening dat deze overheidsbezoldigingen onderworpen zijn aan het restartikel.¹⁰²⁶ Het feit dat de OESO thans opnieuw bepaalde werknemersvergoedingen plaatst onder artikel 21 OESO, is m.i. een bewijs van de verdere afbrokkeling van dit gesloten systeem.

BOSMAN heeft daarentegen de visie verdedigd dat m.b.t. morele schadevergoedingen *'it is plausible that the payment is not paid in respect of an employment due to an insufficient causal connection with the employment exercised. As a result, a payment of immaterial damages will fall under article 21'*.¹⁰²⁷ Hiervoor verwijst de auteur naar een uitspraak van de Hoge Raad.¹⁰²⁸ In deze stelling zou men desgevallend een argument kunnen terugvinden pro het gesloten systeem van de arbeidsartikelen. Men zou dan de visie kunnen poneren dat een immateriële

¹⁰²¹ 2014 OECD Update To the OECD Model tax Convention, p. 25.

¹⁰²² COOLS, A., 'OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid', *T.F.R.* 477, p. 190-191; KAVELAARS, P., 'Herziening OESO-Modelverdrag 2014', *NTFRB* 2014/46.

¹⁰²³ PÖTGENS, F.P.G., 'Income from International Private Employment', Doctoral series, nr. 12, IBFD, 2006, p. 142-146; PÖTGENS, F.P.G., 'FPU-Uitkering en belastingverdrag', *NTFRB* 2013/37.

¹⁰²⁴ HR 3 mei 2000, *NTFR* 2000/679; HR 5 september 2003, *B.N.B.* 2003/380.

¹⁰²⁵ Cass. 27 januari 2011 en Cass. 17 maart 2011, besproken door HINNEKENS, P. en VAN BORTTEL, D., 'Heffingsbevoegdheid over overheidsbezoldigingen: einde discussie?', *Fiscoloog Internationaal* 331, p. 1.

¹⁰²⁶ Conseil d'Etat 9 november 1987.

¹⁰²⁷ BOSMAN, A., 'Other Income under Tax Treaties. An Analysis of Article 21 of the OECD Model Convention', Diss., 2015, p. 365.

¹⁰²⁸ HR 11 juni 2004, *B.N.B.* 2004/344.

schadevergoeding geen loon is wegens onvoldoende oorzakelijk verband met de dienstbetrekking en dus niet onder artikel 15 OESO valt (en dus ook niet onder het gesloten systeem). Het is echter nog maar de vraag of dit onvoldoende oorzakelijk verband ook wordt aanvaard. Naar Belgische maatstaven is een morele schadevergoeding enkel niet belastbaar als ze haar oorsprong vindt in een gerechtelijke beslissing die ertoe strekt de werknemer voor een door de werkgever veroorzaakte morele schade te vergoeden.¹⁰²⁹ Heel wat rechtspraak ondersteunt deze visie ook en oordeelde tot belastbaarheid van morele schadevergoedingen.¹⁰³⁰

5.1.6. Sociale-Zekerheidsuitkeringen

Het is niet uitgesloten dat directors sociale zekerheidsvergoedingen uitbetaald krijgen die geen pensioenkaracter hebben. In het algemeen kan worden vastgesteld dat er geen duidelijk aanknopingspunt is om de heffingsbevoegdheid voor sociale zekerheidsuitkeringen toe te wijzen. Als reden daarvoor kan mogelijk worden aangehaald dat de OESO in het OESO-Modelverdrag geen eigen sociale zekerheidsartikel kent. De vraag luidt onder welk verdragsartikel zij dan wel ressorteren? De beoogde vergoedingen zullen vaak niet kunnen worden aange-merkt als pensioenen en evenmin met daarmee gelijkgestelde soortgelijke beloningen. Immers, de werkingssfeer van de regeling voor uitkeringen uit de sociale zekerheidswetgeving is ruimer dan de algemene pensioenregeling van artikel 18 OESO. Het gaat met name mogelijk om pensioenen maar ook om al dan niet tijdelijke vergoedingen wegens ziekte of werkloosheid. Om al deze redenen is het niet mogelijk sociale zekerheidsuitkeringen te kwalificeren onder artikel 18 OESO aangezien dit verdragsartikel enkel toekijkt op privaatrechtelijke pensioenen. Bij sociale zekerheidsuitkeringen daarentegen gaat het om regelingen die tot stand zijn gebracht door de overheid. Door sommige auteurs is tevens bepleit dat sociale zekerheidsuitkeringen niet onder de arbeidsartikelen uit het OESO-Modelverdrag kunnen vallen omdat de aanspraak bestaat tegenover een derde, te weten de overheid.¹⁰³¹ De inkomstenbron is in een aantal gevallen wel een voorwaarde voor de verzekeringsplicht maar staat daar doorgaans in een te ver verwijderd verband van.

¹⁰²⁹ Mond Vr. nr. 7708 Luc Gustin, *Kamercommissie Financiën*, 6 juli 2005.

¹⁰³⁰ Luik 13 maart 1996, *F.J.F.* 96/145; Gent 5 maart 1998, *F.J.F.* 98/160; Luik 20 maart 1996, *F.J.F.* 96/309.

¹⁰³¹ KAVELAARS, P., DE GRAAF, A., STEVENS, A., *'Internationaal belastingrecht'*, 2007, Kluwer, p. 288; KAVELAARS, P., DE GRAAF, A. en STEVENS, A., *'Internationaal Belastingrecht'*, 2015, Kluwer, p. 406 e.v.

Een aantal belastingverdragen bevat echter wel een bijzondere bepaling voor sociale zekerheidsuitkeringen. In de meerderheid van de gevallen zal de heffingsbevoegdheid worden toegewezen aan de woonplaatsstaat, soms aangevuld met een beperkte bronstaatheffing. Indien belastingverdragen zo een dergelijke bepaling niet kennen, zal de heffingsbevoegdheid meestal worden toegewezen aan het restartikel tenzij er sprake is van een pensioen of lijfrente dat onder de daarvoor geldende bepaling valt. Zo werd door de Hoge Raad in het verleden reeds geoordeeld dat WAO- en AAW-uitkeringen in de context van het belastingverdrag tussen Oostenrijk en Nederland onder het restartikel moeten vallen omdat de desbetreffende uitkering niet als een pensioen in de zin van het pensioenartikel kon beschouwd worden.¹⁰³² De Hoge Raad houdt deze visie blijkbaar als vaste lijn aan. Zo werd in een ander arrest geoordeeld over de heffingsbevoegdheid over een WAO-uitkering uit Nederland die werd uitbetaald aan een inwoner van Aruba. Ook hier oordeelde de Hoge Raad dat de WAO – uitkering niet onder het begrip ‘pensioenen of soortgelijke uitkeringen’ kan gebracht worden aangezien WAO-uitkeringen in het algemeen, noch naar het spraakgebruik, noch naar de in de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving veelal gebezigde terminologie, als pensioen wordt beschouwd. Ook hier werd het restartikel toepasselijk verklaard.¹⁰³³

Sommige rechtspraak oordeelde dat *aanvullingen* op sociale zekerheidsuitkeringen wel kunnen aangemerkt worden als loon uit een vroegere dienstbetrekking.¹⁰³⁴ De Nederlandse fiscus lijkt zich neer te leggen bij deze visie.¹⁰³⁵

M.i. behoren ingevolge het hoedanigheidvereiste dat ingesloten is in artikel 16 OESO de sociale zekerheidsvergoedingen betaald aan directors onder artikel 16 OESO te vallen tenzij die ontvangen werden vanuit een andere hoedanigheid (bijvoorbeeld als werknemer). Het gegeven dat deze vergoedingen worden betaald door publieke rechtsorganen of private rechtsorganen anders dan het lichaam waarvoor de director werkzaam is, verandert hier niets aan. Immers, in dit onderzoek wordt verdedigd dat de schuldenaar van de betalingen voor doeleinden van artikel 16 OESO irrelevant is. Deze visie gaat dan ook op voor zowel de ‘gewone’ sociale zekerheidsvergoedingen als voor de suppleties.

¹⁰³² Hoge Raad 4 juli 1989, *B.N.B.* 1989/274;

¹⁰³³ Hoge Raad 27 september 2000, *B.N.B.* 2001/29.

¹⁰³⁴ Hof ‘s-Hertogenbosch 11 juni 1998, *V-N* 1999/50.4.

¹⁰³⁵ POTGENS, F., ‘Verdragskwalificatie van een WAO-suppletie in een breder perspectief’, *I.B.B.* 2000/5, p. 7-14.

Nochtans kan het mogelijk zijn dat staten in bilaterale belastingverdragen of standaardverdragen wel voorzien in een eigen sociale zekerheidsartikel. Hierbij valt bijvoorbeeld aan Nederland te denken.¹⁰³⁶

5.2. Voorkoming van dubbele belasting

5.2.1. Inleiding

Als het vaststaat welke bestanddelen onder artikel 16 OESO vallen, is het duidelijk welke staten zich moeten onthouden van taxatie van dit inkomstenbestanddeel. Artikel 16 OESO bepaalt dat de vestigingsstaat van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed heffingsbevoegd is. De woonplaatsstaat van de directeur, alsook de werkstaat (indien deze afwijkt van de bronstaat) zullen ingevolge artikel 23A en 23B moeten terugtreden over de genoemde inkomstenbestanddelen. In dit hoofdstuk wordt de vrijstellingsmethode afgezet tegen de verrekeningsmethode, M.a.w., er wordt onderzocht welke voorkomingsmethode het meest aangewezen is voor doeleinden van artikel 16 OESO. Er zal vooreerst worden gestart met een algemene uiteenzetting over de verschillende voorkomingsmethodes.

5.2.2. Voorkomingsmethodes: algemeen

(a) Vrijstellingsmethode

Het OESO-Modelverdrag voorziet in twee grote systemen om een inkomen vrij te stellen, te weten, de vrijstellingsmethode (artikel 23A) en de verrekeningsmethode (artikel 23B). Onder de vrijstellingsmethode is het uitgangspunt dat wanneer de woonstaat op grond van een belastingverdrag niet mag heffen, het desbetreffende inkomen in die staat geheel buiten beschouwing wordt gelaten. In beginsel maakt het dan geen deel uit van de grondslag waarnaar wordt geheven. Echter, vanuit de gedachte van het draagkrachtbeginsel (ability to pay) wordt een absolute vrijstelling niet vaak toegepast. Zelfs wanneer het niet gaat om een draagkrachtheffing, dan zal vaak nog een fluctuerend tarief op de belastbare massa worden toegepast in de woonstaat, het zgn. progressievoorbehoud. De vrijstellingsmethode bestaat derhalve uit een absolute versie en een versie die de voordelen van een splitsing van inkomsten ingevolge de progressiviteit van de personenbelasting wenst te temperen. Bij deze laatste versie speelt dus een grondslagvoorbehoud. Dit is van belang voor het bepalen van het belastingtarief en desgevallend de aftrekposten en de persoonlijke tegemoetkomingen.

¹⁰³⁶ WEEREPAS, M.J.G.A.M., 'Kwalificatie grensoverschrijdende buitenlandse sociale verzekeringen', *NtFR* 2009/41, 6-11.

Er worden verder drie voorkomingmethoden onderscheiden¹⁰³⁷: (a) Vermindering aan de top. Het buitenlandse inkomen wordt op het bovenste gedeelte van het wereldinkomen in mindering gebracht, waarna vervolgens op het saldo het tarief wordt toegepast. In dit geval wordt de vrijstelling verrekend tegen het hoogste effectieve marginale tariefpercentage. Deze methode stemt materieel overeen met de absolute vrijstellingsmethode; (b) Vermindering aan de voet: het buitenlands inkomen wordt op het onderste gedeelte van het wereldinkomen in mindering gebracht waarna vervolgens op het saldo het tarief wordt toegepast. De vrijstelling wordt verrekend tegen het laagste marginale tariefpercentage; (c) Vermindering naar het gemiddelde effectieve belastingpercentage in de woonstaat. De vermindering wordt onder deze zogenoemde *evenredigheidsmethode* of vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud, berekend tegen de gemiddelde effectieve belastingdruk op het wereldinkomen. *In globo* kan gesteld worden dat de vrijstellingsmethode kapitaalimport - neutraliteit bewerkstelligt. De belastingdruk op het desbetreffende inkomen wordt bepaald op het niveau van de bronstaat. Als we naar diverse staten gaan kijken m.b.t. de toegepaste methode, kunnen we het volgende besluiten. België hanteert geen absolute vrijstelling maar een vrijstelling met progressievoorbehoud.¹⁰³⁸ Dat wil dus zeggen dat voor de berekening van de belasting in de woonstaat rekening wordt gehouden met de in het buitenland behaalde en in de woonstaat vrijgestelde inkomsten. De vaststelling van de belasting de betrekking heeft op de buitenlandse inkomsten, gebeurt in België evenredig (evenredigheidsmethode).¹⁰³⁹ Ook Nederland past in beginsel de evenredigheidsmethode toe.¹⁰⁴⁰

Meer en meer staten gaan een *subject to tax* clause koppelen aan de vrijstellingsmethode. M.a.w., het buitenlandse inkomen wordt slechts vrijgesteld mits het in het andere staat een belastingregime heeft ondergaan of effectief is belast. Oostenrijk kent een dergelijke vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud voor arbeidsinkomen echter onder de voorwaarde dat een gemiddeld buitenlands tarief van 15% wordt gehanteerd en de belasting vergelijkbaar is met Oostenrijkse inkomstenbelasting.

¹⁰³⁷ DE GRAAF, A.C.G.A.C, KAVELAARS, P. en STEVENS, A.J.A., '*Internationaal belastingrecht*', Kluwer, 2014, 99.

¹⁰³⁸ Artikel 155 WIB92'

¹⁰³⁹ In verband met de toepassing van het progressievoorbehoud in België dient te worden opgemerkt dat er rekening wordt gehouden met de buitenlandse inkomsten na aftrek van de buitenlandse belasting (Cass. 28 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1118).

¹⁰⁴⁰ Hoge Raad 27 november 1985, *B.N.B.* 1986/47.

(b) Verrekeningsmethode

Behoudens de vrijstellingsmethode, voorziet de OESO eveneens in een *verrekeningsmethode*. Dit wil zeggen dat het gehele buitenlandse inkomen bestanddeel wordt van de te belasten massa in de woonstaat. Het gaat dus om een belastbaarheid van het wereldinkomen. De buitenlandse belasting zal worden verrekend met de in de woonstaat verschuldigde belasting. De problematiek van het progressievoorbehoud is niet relevant voor de verrekeningsmethode. De verrekeningsmethode leidt tot de zgn. kapitaalexportneutraliteit. De uiteindelijke belastingdruk wordt bepaald door de woonstaat. De verrekeningsmethode kent vier varianten, te weten, (1) de full-creditmethode waarbij de buitenlandse belasting verrekend wordt met de in de woonstaat verschuldigde belasting; (2) de ordinary-creditmethode waarbij de te verrekenen belasting gemaximaliseerd wordt¹⁰⁴¹ tot het bedrag dat in de woonstaat over het buitenlandse inkomstenbestanddeel verschuldigd is; (3) de tax-sparing creditmethode die als belangrijkste karakteristiek heeft dat er doorgaans meer aan buitenlandse belasting verrekend wordt dan er daadwerkelijk in de andere staat verschuldigd is, en, (4) de matching creditmethode die erin voorziet dat een vast bedrag of percentage van de buitenlandse belasting verrekend wordt ongeacht de daadwerkelijk in de bronstaat verschuldigde belasting. De verrekeningsmethode wordt vaak toegepast bij roerende inkomsten, te weten dividenden, interesten en royalty's. In een Belgisch verband spreekt men gemeenzaam over FBB (Forfaitair Buitenlandse Belasting).¹⁰⁴²

5.2.3. Voor- en nadelen van beide methodes

In dit onderzoek ga ik niet verder al te diep in op de vraag wat precies *in globo* de verschillen zijn tussen de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode. Daar zijn reeds voldoende andere publicaties over verschenen¹⁰⁴³ en een dergelijke analyse is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag ook niet noodzakelijk. Wat vaak terugkomt is het dragende argument om een verrekeningsmethode te bepleiten, luidende dat dit systeem minder gevoelig is voor belastingontwijking. Door de hantering van de verrekeningsmethode in plaats van de vrijstellingsmethode, wordt het risico op internationale belastingontwijking verminderd en behoudt een staat het recht om nog belastingopbrengsten te verkrijgen van het buitenlandse inkomen. De verrekeningsmethode is dan ook

¹⁰⁴¹ Inmiddels neergeschreven in het besluit van 18 juli 2008, *B.N.B.* 2008/261.

¹⁰⁴² Zie voor een overzicht DE BROE, L. en WERBROUCK, J., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht', *T.R.V.* 2000, 445. Het FBB wordt in de artikelen 285-289 WIB92 behandeld.

¹⁰⁴³ PINTO, D., 'Exclusive source or Residence based taxation-is a new and simpler world tax order possible?', *Bulletin for International Taxation* 2007, p. 277; MÖSSNER, M., 'Source versus residence-an EU perspective', *Bulletin for International Taxation* 2006, p. 501 e.v.

vaak ingegeven vanuit een bezorgdheid dat internationale dubbele vrijstelling zou kunnen ontstaan. M.a.w., de gedachte achter een verrekeningsmethode is vaak ingegeven vanuit een bepaalde *anti-misbruikgedachte*. In dezelfde geest wordt aan de vrijstellingsmethode vaak een *subject to tax* vereiste gekoppeld. De Nederlandse Staatssecretaris heeft over directeursbeloningen en voorkomingsbeleid in het internationale verdragsbeleid het volgende hieromtrent geschreven:¹⁰⁴⁴ *‘Het verdragsbeleid inzake directeursbeloningen is sedert de publicatie van het Nederlandse Standaardverdrag in 1987 gewijzigd, in die zin dat voor de voorkoming van dubbele belasting wordt gestreefd naar het opnemen van de verrekeningsmethode in plaats van de vrijstellingsmethode. Dit gewijzigde verdragsbeleid had overigens reeds precedentes in de Nederlandse belastingverdragen met Canada, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Het opnemen van de verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting onder de belastingverdragen heeft als achtergrond te voorkomen dat zich een situatie kan voordoen waarbij de directeuren- of commissarissenbeloningen per saldo niet of slechts gedeeltelijk in de belastingheffing worden betrokken. Bij een toepassing van de vrijstellingsmethode ter voorkoming van dubbele belasting zou zich een dergelijke situatie bij voorbeeld kunnen voordoen, wanneer de betrokken verdragspartner geen nationale heffingsmogelijkheden heeft ingeval de in het kader van de directeurs- of commissarisfunctie uitgeoefende werkzaamheden buiten die staat worden uitgeoefend (deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor in de relatie met de Verenigde Staten van Amerika), of wanneer die staat voor directeursbeloningen een fiscaal regime hanteert dat in begunstigende zin afwijkt van het in die staat geldende fiscale regime voor buitenlandse werknemers die in verband met in die staat verrichte werkzaamheden inkomsten uit dienstbetrekking genieten. Anderzijds mag het uiteraard niet zo zijn dat een toepassing van de verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting tot gevolg heeft dat voor directeursbeloningen per saldo een zwaardere belastingdruk optreedt dan voor de uit dienstbetrekking genoten arbeidsinkomsten van buitenlandse werknemers, niet zijnde directeuren of commissarissen, die in de desbetreffende verdragspartner werkzaamheden verrichten. Met het oog daarop is dit beleid nog eens uiteengezet in het besluit van 11 juli 1994, nr. IFZ94-779 (...) en daarbij is goedgekeurd dat in die gevallen waarin in het desbetreffende belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting over directeursbeloningen de verrekeningsmethode is opgenomen en waarin noch sprake is van het ontgaan van belasting, noch van een begunstigend fiscaal regime voor directeuren- en commissarissenbeloningen in de andere verdragsluitende staat, in Nederland ook voor de desbetreffende directeursbeloningen de in dat belastingverdrag opgenomen vrijstellingsmethode voor niet-zelfstandige*

¹⁰⁴⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 14 augustus 1997 inzake Internationaal fiscaal (verdrags)beleid, Kamerstukken II 1996/97, 25 087, nr. 3, VN 1997/3140. 9.

arbeidsinkomsten van toepassing is. In de praktijk betekent dit dat de toepassing van de vrijstellingsmethode ter voorkoming van dubbele belasting alleen zal worden toegepast in zoverre door belastingplichtige wordt aangetoond dat de directeurs- en commissarissenbeloningen in de andere verdragsluitende staat in de belastingheffing zijn betrokken en aldaar ten opzichte van de arbeidsinkomsten van buitenlandse werknemers die in die staat werkzaamheden verrichten niet in begunstigende zin in de belastingheffing zijn betrokken.¹⁰⁴⁵

Nochtans zijn er ook elementen *contra* de verrekeningsmethode. Zo is deze methode noodzakelijk ingegeven vanuit complexiteit (onder andere de berekening van de belastingverrekening en het aandragen van bewijsmiddelen dat er belasting is betaald). De Belgische FBB-dossiers hebben dit onder andere kunnen aantonen op grote schaal.¹⁰⁴⁶ Deze verrekeningsmethode brengt anderzijds ook administratieve lasten met zich. Het doorslaggevende argument voor een vrijstellingssysteem luidt dan weer de eenvoud (voor zowel de belastingplichtige als de woonstaat) en de daarbij horende lage administratieve lasten.¹⁰⁴⁷

5.2.3.1. Vrijstellingsmethode voor directors?

Inzake de arbeidsartikelen passen heel wat staten de vrijstellingsmethode toe. Dat is in navolging van het standaardsysteem van de OESO.¹⁰⁴⁸ Sommige staten passen echter een verrekeningsmethode toe voor directors' fees. Als voorbeeld haal ik Frankrijk, Nederland en Duitsland aan.

In heel wat staten tekent zich anderzijds een duidelijke tendens af naar een *subject to tax* voorwaarde om de vrijstellingsmethode toe te passen. Deze omstandigheden laten zich gemeenzaam vertalen als de situatie waarin de heffing is toegewezen aan de bronstaat maar in deze bronstaat geen of een te lage heffing plaatsvindt. Deze verschuiving doet zich ook voor wat betreft de directors' fees.¹⁰⁴⁹ Bepaalde Nederlandse rechtspraak weerspiegelt dit fenomeen.¹⁰⁵⁰ Zon-

¹⁰⁴⁵ Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664M

¹⁰⁴⁶ Zie onlangs nog Cass. 1 juli 2015, besproken door BUYSSE, C., 'Koreaanse obligaties en FBB: Cassatie eist effectieve bronheffing', *Fisc.* 1437, p. 9.

¹⁰⁴⁷ NIKOLAKAKIS, A., 'Credit vs. Exemption-an evolving constellation of constellations', *Bulletin for International Taxation* 2012/6.

¹⁰⁴⁸ 23/33 en 34 OESO-Commentaar.

¹⁰⁴⁹ De OESO voorziet niet in een eigen regeling aangaande de voorkomingsmethode bij directors' fees. Dit is anders bij bijvoorbeeld sportlui en artiesten in de zin van artikel 17 OESO.

¹⁰⁵⁰ Rb. Arnhem 24 april 2012, *NTFR* 2012/1234. De rechtbank oordeelde op grond van het verdrag Nederland-Verenigde Staten dat de verrekeningsmethode moet worden toegepast t.a.v. het aan de VS toe te rekenen deel van de bestuurdersbeloning. Echter, in de resolutie van de staatssecretaris van 11 juli 1994, is goedgekeurd dat de vrijstellingsmethode kan worden toegepast als de beloning in de andere staat in de belastingheffing is betrokken en in vergelijking met buitenlandse werknemers

der deze correctie zou zich met name dubbele vrijstelling kunnen voordoen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een director – niet-inwoner die een mandaat bekleedt in een VS bedrijf maar fysiek zijn prestaties verricht in een derde staat.

Het heet verder dat het risico op dubbele vrijstelling bij directors verhoogd is aangezien heel wat staten geen of lage belastingheffing kennen op directors' fees van mandaten van niet-inwoners en/of deze vergoedingen gunstiger zouden worden belast dan overige arbeidsbeloningen.¹⁰⁵¹ Zo kan ik opnieuw verwijzen naar Nederland.¹⁰⁵² Nochtans heeft Nederland correctiemechanismen moeten inbouwen aangezien de omschakeling van een vrijstellingsmethode naar een verrekeningsmethode er toe kan leiden dat een zwaardere belastingheffing tot stand komt in vergelijking tot werknemers die geen bestuurder of commissaris zijn. Om laatst genoemde situatie op te lossen, wordt toegestaan dat in dergelijke gevallen toch de vrijstellingsmethode wordt gehanteerd.¹⁰⁵³ Een gelijkaardige evolutie laat zich ook optekenen in België¹⁰⁵⁴ en Oostenrijk.

In dat verband is ook een uitspraak van de Hoge Raad relevant.¹⁰⁵⁵ De Hoge Raad stelde dat voor de toepassing van de vrijstellingsmethode op basis van het beleidsbesluit 1994 vereist is dat de belastingplichtige aantoonde dat de beloning daadwerkelijk is begrepen in de grondslag waarover van hem door de andere verdragsluitende staat een belasting naar het inkomen is geheven. Daarnaast heeft de Hoge Raad aangegeven dat ook niet aan de voorwaarden is voldaan als het voordeel in de andere staat niet in de grondslag wordt opgenomen op grond van de lokale fiscale regels, bijvoorbeeld een nihil-waardering waardoor er geen belastbaar voordeel is in de andere staat.

De vraag is of een dergelijke afwijking van de voorkomingmethode t.o.v. de andere arbeidsartikelen gerechtvaardigd is en niet simpelweg de vrijstellingsmethode moet worden toegepast? M.a.w., wordt er voor directors' fees in een internationale context vaak gewerkt met een gunstiger taxatieregime hetwelk een verrekeningsmethode of een subject to tax vereiste zou kunnen verantwoorden i.p.v. een vrijstellingsmethode? Daarvoor moet ik eerst nagaan of in de bronstaat doorgaans directors' fees in een internationale context gunstiger worden belast.

geen sprake is van een bijzonder belastingregime. Aangezien in de VS geen belasting is geheven over het voordeel, kon volgens de rechtbank de resolutie niet doorwerken.

¹⁰⁵¹ BENDER, T., 'Vrijstelling ter voorkoming van internationale dubbele belasting', Kluwer, 2000, p. 70.

¹⁰⁵² Zie punt 3.4. van het Besluit van 18 juli 2008.

¹⁰⁵³ Zie punt 3.4. van het Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664m, B.N.B. 2008/261. Zie eveneens Hoge Raad 9 december 2005, B.N.B. 2006/239.

¹⁰⁵⁴ Circulaire 11 mei 2006 en Circulaire van 6 april 2010

¹⁰⁵⁵ HR 27 september 2013, nr. 12/02696.

Een opsomming in diverse staten is daarvoor vereist om tot aanvaardbare conclusies te kunnen komen.

Staat	Regime directors inwoner	Regime directors niet-inwoner	Taxatieregime residents
Oostenrijk	Progressief 0-50%	Bronheffing 20%	Progressief 0-50%
België	Progressief 0-50%	Progressief 0-50%	Progressief 0-50%
Bulgarije	10%	10%	10%
Kroatië	25%	25%	Progressief 15-45%
Cyprus	Progressief 0-30%	Progressief 0-30%	Progressief 0-30%
Tsjechië	15%	15%	15%
Denemarken	Progressief 3,67-15%	Progressief 3,67-15%	Progressief 3,67-15%
Estland	21%	21%	21%
Frankrijk	In beginsel progressief tot 40%	Progressief tarief 0-40%	Progressief 0-40%
Finland	Progressief 6,5-30%	35%	Progressief 6,5 - 30%
Duitsland	Progressief 0-45%	30%	Progressief 0-45%
Griekenland	35%	35%	Progressief 0-40%
Hongarije	Progressief 17-32%	Progressief 17-32%	Progressief 17-32%

Deel 1. Hoofdstuk 4

Ierland	Progressief 20-41%	Progressief 20-41%	Progressief 20-41%
Italië	Progressief 23-43%	30%	Progressief 23-43%
Letland	26%	26%	26%
Litouwen	15%	15%	15%
Luxemburg	20- 25 (a)	20-25% (b)	Progressief 0-38%
Malta	Progressief 0-35%	Progressief 0- 35%	Progressief 0-35%
Nederland	Progressief 33,45-52	Progressief 33,45-52	Progressief 33,45-52%
Noorwegen	In beginsel 28%	In beginsel 28%	In beginsel 28%
Polen	Verrekenbare Bronheffing 19%	20% (c)	Progressief 0-32%
	Progressief 0-32%		
Portugal	Progressief 0,40 - 38% (d)	25%	Progressief 11,08 - 45,88%
Roemenië	16%	16%	16%
Rusland	13%	30%	13%
Servië	20%	20%	10-15%
Slovakijke	19%	19%	19 %
Slovenië	Progressief 16-41%	Progressief 16-41%	Progressief 16-41%
Spanje	35%	24%	Progressief 24-43%

	Director/manager 24-43%		
Zweden	Progressief 0-25%	25%	Progressief 0-25%
Zwitserland	Progressief 11,25%	5% + kantonale tax	Progressief tot 11,25% (e)
		(Kantonaal: minimaal 10%)	
Turkije	Progressief 15-35%	Progressief 15-35%	Progressief 15-35%
Oekranië	15%	15%	15%
Groot - Brittan- nië	Progressief 20-50%	Progressief 20-50%	Progressief 20-50%

- (a) Afhankelijk van het feit over de fee gedragen is door de vennootschap
- (b) Weliswaar normaal taxatieregime indien het een day - to - day taak is als director
- (c) Soms progressieve belastingheffing
- (d) 0,40 - 31,5% ingeval van vaste salarissen
- (e) Dit kan kantonaal afwijken

Uit het boven aangehaalde cijfermateriaal kan m.i. duidelijk een aantal conclusies worden getrokken. De vrees dat bepaalde staten een lagere belastingdruk kennen op non-resident directors' fees – hetwelk een verrekeningsmethode of een subject to tax voorwaarde zou kunnen verantwoorden –, is m.i. ongegrond. Meer nog, sommige staten passen een taxatieregime toe dat dergelijke directors zwaarder taxeert dan inwonende directors. Een sprekend voorbeeld daarvan is Rusland.

M.i. is het dan ook vreemd dat op basis van enkele uitzonderingen – waar een gunstiger taxatieregime geldt voor fees van niet inwonende directors – voor de voorkomingsmethode van directors' fees afstand wordt genomen van de gebruikelijke vrijstellingsmethode voor arbeidsartikelen. De meeste staten hanteren in vergelijking met inwonende directors en in relatie tot de belastingschalen voor andere arbeidsinkomsten identieke belastingschalen. Het gegeven dat sommige staten afstand nemen van de meer eenvoudige vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode verkiezen als voorkomingsmethode bij directors' fees – die ingegeven is vanuit een anti-misbruikgedachte – , lijkt me dan ook fel overdreven.

Meer in het algemeen is de vrijstellingsmethode m.i. sowieso meer aangewezen om voorkoming van dubbele belasting te organiseren in de woonstaat/werkstaat van de director. De onmiddellijke zakelijke belangen van de director situeren zich in de incorporatiestaat van het lichaam waarin het mandaat wordt bekleed. Vanuit de benefit theorie lijkt het mij ook niet aangewezen dat de woonstaat/werkstaat van de director nog heffingsbevoegdheid zou opeisen over deze inkomsten. Deze argumentatie weerlegt m.i. in één adem de gedachtegang dat een verrekeningsmethode aangewezen is omdat in bijzondere arbeidssituaties¹⁰⁵⁶ sprake is van voor een zeer korte duur in de andere staat verrichte arbeid waardoor belastingheffing in die andere staat niet altijd verzekerd zou zijn.¹⁰⁵⁷ Tevens stel ik nog vast dat de vrijstellingsmethode bovendien vanuit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook geoorloofd is al mag deze geen ongelijkheid scheppen.¹⁰⁵⁸ Bovendien mag ook niet uit het oog worden verloren dat ik in hoofdstuk 1 gewezen heb op een toenemende globalisering van de economie en de uitdagingen die hierdoor ontstaan voor belastingstelsels. De recente BEPS initiatieven¹⁰⁵⁹ tonen dit te meer aan. Internationale inzetbaarheid van verdragsartikelen – en dus ook van artikel 16 OESO – is belangrijk. Een vrijstellingsmethode is in deze context eenvoudig te managen en vereist geenszins significante compliance meerkosten.

De keuze tussen de methoden ter voorkoming van dubbele belasting door de woonstaat heeft ook potentieel gevolgen voor de concurrentiepositie van de

¹⁰⁵⁶ Gedacht wordt aan directors en sportlui en artiesten

¹⁰⁵⁷ Nederlandse Notitie Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal verdragenrecht, kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, onderdeel 4.3.4.4.

¹⁰⁵⁸ Zie THOMAS, E., 'Maakt het Europese Hof van Justitie onderscheid tussen de verrekenings- en de vrijstellingsmethode?', *M.B.B.* 2009/03.

¹⁰⁵⁹ Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance, gepubliceerd op 5 oktober 2015.

belastingplichtigen die actief zijn in de andere verdragsstaat. Traditioneel maakt men het onderscheid tussen kapitaalexportneutraliteit (KEN) en kapitaalimportneutraliteit (KIN).¹⁰⁶⁰ Het verschijnsel dat de locatiekeuze niet wordt beïnvloed door het belastingstelsel van een staat, betekent dat er sprake is van kapitaalexportneutraliteit. Bij kapitaalimportneutraliteit wordt geen onderscheid gemaakt tussen investeerders die in de bronstaat woonachtig zijn en investeerders die elders woonachtig zijn. KEN staat voor belastingheffing op basis van het woonplaatsbeginsel. KIN staat voor taxatie op basis van het bronstaatbeginsel. De voorkomingsmethode die kapitaalimportneutraliteit bewerkstelligt, is de vrijstellingsmethode.¹⁰⁶¹In het verleden zijn er al heel wat publicaties verschenen omtrent het vraagstuk welke neutraliteitsvorm de bovenhand moet krijgen.¹⁰⁶² Toch ziet men heel wat voorstanders voor de KIN-gedachte en het volstaat m.i. om hier naar te verwijzen.¹⁰⁶³

Tevens heeft MAISTO m.i. historisch geduid waarom artikel 16 OESO de vrijstellingsmethode insluit.¹⁰⁶⁴ Hoewel MAISTO deze visie niet rechtstreeks geeft voor artikel 16 OESO, kan deze – zoals verder blijkt – daar wel uit afgeleid worden. Zo wijst hij er vooreerst op dat tot aan WO II, de vrijstellingsmethode sowieso door de meeste Europese staten beschouwd werd als de toonaangevende voorkomingsmethode. Voorts bespreekt de auteur de drie draft artikelen die door WP 15 gelanceerd werden m.b.t. de vermijding van dubbele belasting.¹⁰⁶⁵ Deze Workingparty heeft namelijk voor het eerst de methoden gelanceerd die als voorkomingsmethoden konden gelden. De drie draftartikelen weerhielden verschillende hypothesen, te weten: (a) beide staten hanteren de verrekeningsmethode; (b) beide staten hanteren de vrijstellingsmethode en (c) één staat hanteert de verrekeningsmethode en de andere staat hanteert de vrijstellingsmethode. Welnu, uit deze draftartikelen kan afgeleid worden dat de term ‘may be

¹⁰⁶⁰ KEMMEREN, E.C.G.M., ‘Principle of Origin in Tax Conventions. A rethinking of Models’, Dongen, 2001, 76.

¹⁰⁶¹ DOUMA, S.C.W., ‘Verslag promotie mr. T. Bender’, W.F.R. 2001/712.

¹⁰⁶² VOGEL, K., ‘Worldwide vs. Source Taxation of Income-A review and re-evaluation of arguments (Part II)’, *Intertax*, 1988, 313; MUSGRAVE, R., ‘Criteria for foreign tax credit, taxation and operations abroad’, Tax Institute, Princeton, 1960, p. 84-86, VOGEL, K., ‘Taxation of Cross-border Income, Harmonisation, and Tax neutrality under European Community Law’, Foundation for Fiscal Studies, Erasmus University, Rotterdam, 1993, p. 28 en WEBER, D., ‘Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms’, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 117.

¹⁰⁶³ BENDER, T., ‘De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting’, Leiden, 2000, p. 54-82; VAN DER GELD, J.A.G., ‘De herziene deelnemingsvrijstelling’, Fiscale Monografieën, Deventer, Kluwer, 1990, 229 p.; VLAANDEREN, P., ‘Why exempt foreign business profits?’, *Tax Notes International*, 2002, p. 1095-1103.

¹⁰⁶⁴ MAISTO, G., ‘Credit versus exemption under domestic tax law and treaties’, in *Tax Treaties: Building bridges between law and economics*, IBFD, 2010, p. 319 e.v.

¹⁰⁶⁵ OEEC Working Party 15 van 2 maart 1959.

taxed' gebruikt wordt indien de vrijstellingsmethode van toepassing is. Aangezien artikel 16 OESO ook de term 'may be taxed' hanteert moet historisch de vrijstellingsmethode toegepast worden voor het directorsartikel. Men kan van deze visie vandaag nog sporen terugvinden in het huidige OESO-Commentaar. Paragraaf 34 van het OESO Commentaar op de artikelen 23A en 23B stellen: *'The state of residence must accordingly exempt income and capital which may be taxed by the other state in accordance with the convention whether or not the right to tax is in effect exercised by that other state'*.

Ik bepleit dus de vrijstellingsmethode voor de voorkoming van dubbele belasting van directors' fees. De eenvoud die het systeem met zich brengt¹⁰⁶⁶ maakt de internationale inzetbaarheid van artikel 16 OESO alleen maar groter. De anti-misbruikgedachte achter de verrekeningsmethode en de subject to tax vereiste worden verder niet gesteund door de taxatieregimes op internationale directors' fees. Artikel 16 OESO sluit historisch de vrijstellingsmethode in en de correctie die sommige staten doorvoeren is (1) niet gedragen door de historie van de belastingverdragen en (2) niet gedragen door de realiteit die het bepleit dat buitenlandse directors gunstiger worden belast in vergelijking met resident directors.

Ten slotte acht ik het tevens nog relevant te vermelden dat artikel 23A OESO helemaal niet vereist dat er *werkelijk belast wordt* teneinde vrijstelling in de woonstaat te kunnen toepassen. Het gegeven dat de bronstaat 'may tax' is voldoende voor vrijstellingsdoeleinden.¹⁰⁶⁷ De ganze discussie dewelke zich voorgedaan heeft in Nederland naar aanleiding van HR 27 september 2013 is op OESO niveau m.i. dus niet aan de orde.¹⁰⁶⁸ De Hoge Raad oordeelde dat voor toepassing van de vrijstellingsmethode is vereist dat de belastingplichtige aantoonst dat de desbetreffende beloningen daadwerkelijk zijn begrepen in de grondslag waarover door de andere staat (de Verenigde Staten) belasting is geheven. Dat was bij deze director niet aan de orde, zodat reeds daarom de vrijstellingsmethode niet mocht worden toegepast.

6. Conclusies en aanbevelingen

Artikel 16 OESO houdt een zgn. hoedanigheidsvereiste in. Enkel vergoedingen bekomen in de hoedanigheid van director worden beoogd. Dit hoedanigheidsvereiste is in de tegenwoordige tijd ingeschreven in artikel 16 OESO. Nochtans

¹⁰⁶⁶ OESO Commentaar 23/34

¹⁰⁶⁷ OESO-Commentaar 23/13

¹⁰⁶⁸ Er werd met name in de literatuur gediscussieerd hoe de onderworpenheidseis moest worden ingevuld. Zie bijvoorbeeld: ROMYN, M., 'De toepassing van de onderworpenheidseis in de eenzijdige regeling', *W.F.R.* 1985/1507

kan uit HR 22 juli 1988 afgeleid worden dat het tijdstip van uitbetaling van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO, enkel het tijdvak waarin de betrokkene de hoedanigheid van director had is doorslaggevend. Ook in de overige verdragsbepalingen over inkomsten uit onzelfstandige arbeid wordt de tegenwoordige tijd gebruikt, en ook ter zake van die bepalingen leert men dat dit gebruik niet meebrengt dat die bepalingen niet zouden kunnen worden toegepast op inkomsten uit vroegere arbeid. Voorts laat een letterlijke lezing van artikel 16 OESO m.i. niet toe om te concluderen dat werkzaamheden voorhanden moeten zijn om vergoedingen onder artikel 16 OESO te plaatsen. Dat is anders bij het VS-Modelverdrag.

Artikel 16 OESO sluit een attractiebeginsel in. Echter, deze visie moet worden genuanceerd. Er bestaat traditioneel namelijk een onderscheid tussen een horizontale en een verticale vorm. De horizontale vorm van attractie is de ruimste vorm en betekent dat de vergoedingen die een director verkrijgt in een andere hoedanigheid, eveneens als director fee moeten worden gekwalificeerd. Echter, artikel 16 OESO bevat door haar letterlijke bewoording geen horizontale vorm van attractie. De verticale vorm van attractie betekent dat alle vergoedingen dewelke een lichaam aan haar director toekent, bekeken moeten worden als een director fee, zelfs als er geen rechtstreekse tegenprestatie tegenover van staat. Door sommige auteurs is deze vorm van attractie fel bekritiseerd aangezien hierdoor de hiërarchie en specificiteit van bepaalde verdragsartikelen zou uitgehouden worden. Nochtans bevat artikel 16 OESO m.i. een *verticale catch all* bepaling waarop het gesloten systeem van de arbeidsartikelen niet op toepassing kan zijn. Dit heeft tot gevolg dat artikel 16 OESO als een 'special provision' moet beschouwd worden t.a.v. artikel 15 OESO, een verdragsartikel dat m.a.w. op zichzelf staat.

Het OESO-Modelverdrag spreekt ervan dat de director fees 'derived' moeten zijn, en hanteert het begrip 'reçoit' in de Franse versie. Wat onder deze termen dient begrepen te worden is niet meteen duidelijk, zodat *in beginsel* de interpretatietechniek van artikel 3 (2) OESO moet gehanteerd worden. Dat heeft tot gevolg dat het begrip op verschillende manieren kan geïnterpreteerd worden hetgeen niet wenselijk is en de rechtszekerheid zeker niet ten goede komt. Nochtans heeft de OESO *ab initio* een brede definitie willen geven aan het begrip 'derived'. Door het hanteren van verschillende termen, zoals bijvoorbeeld 'earned, derived, received', werd enkel een linguïstisch onderscheid gemaakt maar daaruit blijkt helemaal niet dat de OESO het begrip heeft willen afbakenen. Door dit breed opzet is het nog maar de vraag in welke mate er plaats kan

zijn voor artikel 3 (2) OESO ter invulling van het begrip. Tevens dient het begrip m.i. dusdanig te worden geïnterpreteerd dat er een duidelijke vermogensverschuiving dient plaatsgegrepen te hebben naar het private patrimonium van de director. De vergoedingen moeten echter geenszins effectief ontvangen zijn voor doeleinden van artikel 16 OESO.

Indien ik de inkomstenvormen beschouw waarop artikel 16 OESO toepasselijk is (de term *fees and other compensation* werd geïntroduceerd), kan niet langer verdedigd worden dat enkel tantièmes, zitpenningen en soortgelijke vergoedingen onder artikel 16 OESO vallen. Ook de vaste salarissen ressorteren m.a.w. onder het verdragsartikel. *In casu* gaat het om tantièmes, wedden, salarissen, gratificaties, premies, presentiegelden, vakantiegelden, voordelen alle aard etc... Nochtans kan uit dit ruim inkomstenbegrip niet worden geconcludeerd dat de inkomsten die door een director in een andere hoedanigheid worden genoten, eveneens onder het verdragsartikel vallen. Een duale rol van een director wordt niet beoogd door artikel 16 OESO.¹⁰⁶⁹ Inzake stock opties heeft de OESO verklaard dat de toekenning ervan aan directors onderworpen is aan artikel 16 OESO indien ze toegekend werden in de hoedanigheid van director. In het OESO-Commentaar wordt verder gesteld dat artikel 16 OESO niet enkel van toepassing is op de toekenning van de stock opties maar eveneens dat artikel 13 OESO toepasselijk is van zodra de optie werd gerealiseerd. Hierin kan het OESO Rapport 2004 niet gevolgd worden, gelet op het verticale attractiebeginsel dat doorwerkt binnen artikel 16 OESO. Het gegeven dat de director inmiddels de hoedanigheid van aandeelhouder heeft verworven kan hiertegen niet afgezet worden. De verticale catch all bepaling heeft trouwens verder tot gevolg dat bijvoorbeeld ook niet-concurrentievergoedingen eronder vallen, een golden hello, pensioenkapitalen, opzegvergoedingen etc.

Ten slotte werd onderzocht welke voorkomingsmethode ter vermijding van dubbele belasting optimaliter wordt toegepast voor de niet heffingsbevoegde staat. In beginsel dient hierbij een keuze gemaakt te worden tussen de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode. De vrijstellingsmethode verdient m.i. de voorkeur. Immers, door het gebruik van de term 'may be taxed' sluit artikel 16 OESO historisch de vrijstellingsmethode in. Ook zullen de zakelijke belangen van de director zich situeren in de vestigingsstaat van het lichaam waarbinnen het mandaat wordt bekleed (zie hiervoor hoofdstuk 1 van het proefschrift). Het is dan niet aangewezen dat de andere staten ook nog heffingsbe-

¹⁰⁶⁹ COOLS, A., 'Rulingcommissie geeft visie over werkgeversbegrip in artikel 15 OESO-Modelverdrag maar er blijven onduidelijkheden', *Int. fisc. Act.* 2014/11.

voegdheid gaan opeisen. Meer en meer staten verbinden deze vrijstellingsmethode aan de subject to tax-eis die vaak ingegeven is vanuit misbruikvoorkoming. Deze eis is fel overdreven aangezien vastgesteld kan worden dat director fees van niet-inwoners vaak een normaal aanslagregime ondergaan. De OESO bepleit ook helemaal niet dat effectieve taxatie voorhanden moet zijn om de vrijstellingsmethode toe te passen. Hetzelfde argument gaat op om de verrekenningsmethode te pareren.

Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen m.b.t. deel I

De OESO heeft m.i. duidelijk gemaakt dat artikel 16 OESO verdrag autonoom dient te worden geïnterpreteerd (cf. door het gebruik van de term *fee* heeft de OESO een afgebakend toepassingsgebied *ratione personae* weerhouden in het verdragsartikel).

De rechtvaardiging van een apart directorsartikel in het OESO-Modelverdrag, is onmiddellijk verbonden met de verdeling van heffingsbevoegdheid in artikel 16 OESO. Een historische analyse van artikel 16 OESO leert dat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de vestigingsstaat van het lichaam gemotiveerd wordt vanuit de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar een director zijn activiteiten ontplooit. De trend naar verdere internationalisering van mandaten en de digitalisering van boardmeetings brengt m.i. met zich dat de ratio legis van artikel 16 OESO nog steeds actueel is. Dit geldt evenzeer voor mkb's aangezien binnen deze groep o.a. steeds meer beroep wordt gedaan op internationale onafhankelijke directors.

De OESO gaat er blijkbaar van uit dat het voor executive directors niet moeilijk is om te achterhalen wij zij hun activiteiten ontplooiën. Dat kan worden afgeleid uit artikel 4 (3) OESO. Deze gedachte lijkt al te naïef te zijn. Uit de pogingen een tweetal Discussion Drafts hun weg te laten vinden naar het OESO-Commentaar, blijkt dat de OESO terdege erkent dat het lastig kan zijn – zeker gezien de technologische ontwikkelingen – vast te stellen waar de plaats van feitelijke leiding kan worden gesitueerd. Als we de ratio legis van artikel 16 OESO in gedachten houden, zou het gerechtvaardigd kunnen zijn om *de lege ferenda* tevens executive directors onder artikel 16 OESO te plaatsen. Het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn om iedereen die een managementpositie heeft in een lichaam, onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Om die reden wordt de strategiebepaling en het vennootschapsbelang als onderscheidingscriteria naar voren geschoven om managers van top level managers te onderscheiden. Deze criteria lijken op het eerste zicht vatbaar voor een brede invulling van het begrip 'director'. Deze stelling klopt niet aangezien de personen die ressorteren onder de noemer 'top level management' meestal de CEO, de managing director, etc zijn. Veelal zijn deze personen al 'member of the board of directors'.

Ik pleit voor een beperkt extensieve interpretatie van het begrip director. Het gaat dan om een autonome interpretatie waarbij er geen plaats meer kan zijn voor artikel 3(2) OESO voor de invulling van het begrip. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO geherdefinieerd moet worden. Voor een weergave

van het begrip ‘top level management’ in artikel 16 OESO kan teruggrepen worden naar artikel 16§2 Modelverdrag van de Verenigde Naties.

Uit wat hierboven werd uiteengezet blijkt dat de ratio legis een belangrijke motivatie is om de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO te regelen. De heffingsbevoegdheid wordt toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam waarin het mandaat wordt uitgeoefend. Dit dient m.i. zo behouden te blijven. De twee alternatieven zijn de toewijzing aan de werkstaat en de woonstaat. In dit onderzoek heb ik de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO tegen het licht gehouden van belangrijke principes binnen het internationale belastingrecht m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid, wetende het source principle, het threshold principle, het base erosion principle en het enforcement principle. Voornamelijk de introductie van twee potentiële thresholds werd geanalyseerd, wetende fysieke aanwezigheid en een vaste basis(inrichting). De introductie van een criterium m.b.t. fysieke aanwezigheid werd afgewezen. Een dergelijke threshold is m.i. niet wenselijk aangezien het vooreerst niet steeds duidelijk is waar een director zijn activiteiten ontplooit zodat een detacheringgedachte in artikel 16 OESO moeilijk praktisch hanteerbaar is. Ook strekken werkzaamheden van directors zich vaak uit over concernonderdelen zodat de toerekening van de inkomsten aan de werkstaat niet voor de hand liggend is. Tevens is er een duidelijk verschil in de detacheringopdracht van directors en werknemers. Een director wordt vaak kortstondig gedetacheerd om opdrachten te vervullen. De kortstondige buitenlandse verblijven van directors rechtvaardigen m.i. niet de territoriale rattachering (aantrekking van heffingbevoegdheid) in de werkstaat. De prestaties die een director in een werkstaat vervult, zullen vaak effect ressorteren in de vestigingsstaat van het lichaam waarin deze het mandaat bekleedt of als een uitvloeisel beschouwd worden van diens taak als director bij het moederbedrijf. Hiervoor haal ik inspiratie bij de zgn. Tokyo-doctrine dewelke ik onderschrijf.

Tevens acht ik de introductie van een threshold die gelinkt is aan het begrip ‘vaste basis’ of vaste inrichting-begrip binnen artikel 14 OESO, c.q. artikel 7 OESO evenmin wenselijk. Daartoe ontbreekt m.i. economische nexus voor wat betreft non executive directors die slechts enkele keren per jaar een boardmeeting bijwonen (in de veronderstelling dat de boardmeeting niet plaatsgrijpt op de zetel van het lichaam). Evenzeer is het bijzonder onduidelijk hoe het begrip vaste basis moet geïnterpreteerd worden. Dat is tevens ook een reden die aanleiding heeft gegeven tot het opzeggen van artikel 14 OESO in 2000.

Toewijzing van heffingsbevoegdheid op basis van het *base erosion principle* stoot m.i. ook op bezwaren gelet op het fenomeen dat de schuldenaar van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO en niet alle staten voorzien in de fiscale aftrekbaarheid voor de uitbetaling van directors' fees.

Finaal kom ik dan uit bij het *source principle* als enige belangrijke criterium voor toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO. In een verdeling van heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees vanuit een source principle, dient eerst de identiteit van de bronstaat benoemd te zijn. Vanuit een source-gedachte kan dit zowel de vestigingsstaat van het lichaam zijn als de werkstaat waarin de director zijn activiteiten ontplooit. Hierboven heb ik reeds uiteengezet waarom de werkstaat van de director niet heffingsbevoegd kan zijn. Dit maakt dat enkel nog de vestigingsstaat van het lichaam als bronstaat kan geïdentificeerd worden. Dit zou willen betekenen dat de huidige regeling m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO behouden dient te blijven. Vanuit de filosofie van de 'benefits theory' is dit een correcte gevolgtrekking.

Anderzijds acht ik een woonstaatheffing niet aangewezen omdat het inherent is aan een woonstaatheffing om de persoonlijke belangen van een belastingplichtige te dienen. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid van een director fee moet m.i. ingegeven zijn vanuit het vennootschapsbelang. Het dienen van het vennootschapsbelang resorteert noodzakelijk in de vestigingsstaat van het lichaam zodat deze staat belasting kan heffen over de director fee. Het zal bovendien niet de woonstaat zijn die een vordering voor bestuurdersaansprakelijkheid instelt ingeval van fout.

Al deze bevindingen maken dat de positie van artikel 16 OESO t.o.v. artikel 15 OESO moet herzien worden. Sommige auteurs zijn de mening toegedaan dat artikel 16 *lex specialis* is t.o.v. artikel 15 OESO. Hier kan m.i. ernstig aan getwijfeld worden. Vooreerst is het vanuit historisch oogmerk duidelijk dat de inkomsten van non executive directors niet steeds beschouwd worden als beroepsinkomen. Artikel 15 OESO daarentegen gaat over beroepsinkomen. De non executive director-functies maken vaak ook geen hoofdberoep uit voor dergelijke personen. Anderzijds heb ik gepleit voor een autonome betekenis toe te kennen aan artikel 16 OESO. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO een onafhankelijk verdragsartikel is dat niet beperkend mag worden uitgelegd. De niet restrictieve interpretatie van artikel 16 OESO rechtvaardigt m.i. zijn persoonlijke toepassingsgebied en de verticale catch all bepaling die ik bepleit voor doeleinden van dit onderzoek.

De hoger genoemde aanbevelingen zijn gemaakt voor zowel mno's als voor mkb's. Een tweedeling in artikel 16 OESO is m.i. dan ook niet noodzakelijk. Nochtans doen zich binnen de mno's specifieke corporate governance evoluties voor, evoluties die te onderscheiden zijn van de corporate governance-evoluties in het mkb. Ik heb het nodig geacht hierover een aparte passage te schrijven. Corporate governance gaat over de machtspositie en de interne verhoudingen tussen veelal 3 actoren: de bestuurder, de toezichthouder en de aandeelhouder. Er kan vastgesteld worden dat de rol van de toezichthoudende director en de uitvoerende director dicht naar elkaar is toegegroeid. Tevens voorzien heel wat nationale vennootschapsrechtelijke bepalingen dat de toezichthoudende director een uitgebreide lijst van medebestuur bekommt. Daarnaast is er het fenomeen van het aandeelhoudersactivisme. Aandeelhouders worden actiever en dringen zo de toezichthoudende director in de hoek van de uitvoerende director. De toezichthoudende director en de uitvoerende director vormen alzo een bestuurspartnership. Deze corporate governance tendensen hebben gevolgen voor doeleinden van artikel 16 OESO. Ze motiveren dat executive en non executive directors onder artikel 16 OESO vallen. Hiermee geef ik aan het m.i. een stap te ver is om voor doeleinden van artikel 16 OESO de uitvoerende director als werknemer in de zin van artikel 15 OESO te bestempelen en de actieve aandeelhouder als director in de zin van artikel 16 OESO. Zowel de uitvoerende als de niet uitvoerende director dienen het vennootschapsbelang hetgeen vreemd is aan de aandeelhouder die individuele belangen nastreeft.

Het begrip 'member of the board of directors' is niet gedefinieerd in artikel 16 OESO. Men kan omtrent de invulling van het begrip *in globo* twee interpretatietechnieken hanteren: een autonome verdragsinterpretatie of een interpretatie overeenkomstig artikel 3 §2 OESO.

Een aantal factoren maakt dat het m.i. het niet langer aangewezen is om de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO exclusief te hanteren voor doeleinden van interpretatie van het begrip 'member of the board of director' in artikel 16 OESO. Zowel het onderscheid tussen monistische en duale bestuursstelsels, de vervaging tussen beide stelsels, de vertaling van belastingverdragen die maken dat begrippen conform het interne recht worden opgenomen, zijn elementen die pleiten in het voordeel van een eenduidige internationale betekenis voor de term. Deze eenduidige internationale betekenis moet extensief zijn.

Corporate governance is in voortdurende ontwikkeling. Artikel 16 OESO moet voldoende flexibel opgesteld worden zodat het rekening houdt met deze nieuwe

ontwikkelingen. Een voorbeeld van deze corporate governance ontwikkelingen is terug te vinden in de vele board comités die ontstaan. Het ontstaan van deze comités is vaak ingegeven vanuit de gedachte dat het bestuur en het toezicht op lichamen meer en meer specialistisch van aard wordt. Deze comités kunnen als een ‘similar organ’ in de zin van punt 16.3. van het OESO-Commentaar worden bestempeld. De leden van dergelijke comités zullen namelijk een leidinggevende rol vervullen waarbij de krijtlijnen – weliswaar vaak binnen een specifiek beleidsdomein – strategisch worden uitgetekend. Deze comités onderscheiden zich van minder permanente comités door het dienen van het vennootschapsbelang en het overstijgen van het dagelijks bestuur. Een louter permanentie criterium integreren lijkt mij op zich niet voldoende om alle geschikte comités onder artikel 16 OESO te vatten. Gelet op deze evolutie binnen de boards, is het aangewezen dat de OESO artikel 16 zou aanpassen aan deze realiteit.

Vervolgens werd onderzocht in welke mate een lichaam als director kan fungeren voor doeleinden van artikel 16 OESO. Deze vraag dient positief beantwoord te worden. Dit alles staat met zoveel woorden te lezen in punt 16.1 van het OESO-Commentaar. Dit lijkt mij een goede keuze aangezien het m.i. niet aangegeven is de lichamen mandatarissen onder artikel 7 OESO te plaatsen. Er kan dan een vrijstelling van belasting ontstaan in de bronstaat en tevens zal het voor veel onduidelijkheid zorgen omtrent het toepasselijke verdragsartikel. Nochtans laten staten niet steeds toe dat lichamen fungeren als director. Als voorbeeld haal ik de commissaris aan in Nederland die geacht wordt steeds in persoonlijke naam te handelen. Nochtans dient besloten te worden dat het toepassingsbereik van artikel 16 OESO prevaleert op de interne vennootschapswetgevingen.

Werkende vennoten – dit zijn voor doeleinden van dit onderzoek actieve aandeelhouders zonder formeel mandaat – worden niet afzonderlijk geregeld in de arbeidsartikelen van het OESO-Modelverdrag. Verschillende verdragsartikelen kunnen dan ook in aanmerking komen om hun arbeidsinkomsten te vatten. M.i. zijn werkende vennoten met een meerderheidsdeelneming geenszins te vatten onder artikel 16 OESO. Er dient dus een *de jure* of een *de facto* zeggenschap voorhanden te zijn. Deze criteria lijken mij al te moeilijk om na te gaan voor doeleinden van artikel 16 OESO. Bovendien streven aandeelhouders het individueel belang na, en dus geenszins het vennootschapsbelang. Dit vennootschapsbelang nastreven is nochtans een essentieel criterium om als director bestempeld te kunnen worden.

In tal van lichamen wordt medezeggenschap voorzien voor werknemers. Op basis van een analyse kan besloten worden dat deze personen de belangen van de werknemers dienen. Zij voldoen dus niet aan de criteria – zoals beschreven in hoofdstuk 1 van dit onderzoek – om te kunnen spreken van een director in de zin van artikel 16 OESO.

Gelet op de grote toename van de discipline van interim managers werd deze categorie van personen eveneens behandeld in dit onderzoek. Gelet op het takenpakket zal een interim manager zich onderscheiden van het reguliere management. Interim managers houden zich bezig met strategiebepaling en dienen also het vennootschapsbelang. Om die reden zijn zij te vatten onder artikel 16 OESO.

Om al deze redenen, dient artikel 16 OESO m.i. woordelijk te worden aangepast. Een voorlopig aangepast artikel 16 OESO (aanpassing aan het toepassingsgebied *intuitu personae* met suggesties uit hoofdstuk 1 en 2, zou er thans also moeten uitzien:

Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State.

Artikel 16 OESO spreekt over het begrip 'company' maar voorziet zelf niet in een definitie daarvan. Het begrip 'company' staat echter wel gedefinieerd in artikel 3(1) (b) van het OESO-Modelverdrag. Het gaat om elke rechtspersoon of elke eenheid die in de overeenkomst sluitende staat waarvan zij inwoner is voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld. Artikel 4 OESO merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonstaat, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid. Voor het begrip 'inwoner' verwijst het OESO-Modelverdrag aldus naar het nationale recht van de staten. Omtrent het inwonerschap van een lichaam, werpen zich twee dominante strekkingen op, te weten de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Deze strekkingen zijn afkomstig uit het vennootschapsrecht maar worden binnen het fiscaal recht ook vaak gehanteerd. De werkelijke zetelleer leunt dicht aan tegen het POEM-begrip (place of effective management) binnen artikel 4(3) OESO. Beide begrippen zijn o.a. door het internationaal optreden van directors en het gebruik van moderne communicatiemiddelen (videoconferentie, netmeeting, chatten, ...)

zeer moeilijk in te vullen. Vandaag is het nog steeds onduidelijk welke personen precies worden beoogd in beide begrippen. Sommige staten verwijzen naar het strategische management, andere staten verwijzen dan weer naar personen die het dagelijks bestuur handhaven. Staten vertonen daaromtrent weinig of geen consistentie. Ook de OESO worstelt met de invulling. Zo wordt recent in de BEPS-voorstellen voorzien dat staten bij voorkeur in onderling overleg dienen te gaan ter invulling van de tie breaker.

M.i. dient zowel binnen artikel 16 OESO als binnen de tie breaker van artikel 4(3) OESO een formeel inwonersbegrip naar voren geschoven te worden. Dit kan m.i. enkel steunen op de incorporatieleer. Een dergelijke leer kan ook als beste de toets van het EU-recht doorstaan. Het Hof van Justitie heeft minstens een voorkeur voor de incorporatieleer gesuggereerd. Laatstgenoemde vaststelling is niet onbelangrijk als men weet dat 21 staten van de 34 OESO-staten lid zijn van de Europese Unie. Bovendien dienen alle EU-lidstaten de zgn. unietrouw na te komen.

Omdat de vrees is geformuleerd dat een formeel inwonersbegrip de deur wagenwijd zou kunnen open zetten voor misbruik, dient een LOB-achtige nieuwe anti-misbruikbepaling in het leven te worden geroepen binnen artikel 16 OESO. Deze nieuwe anti-misbruikbepaling kan gesteund zijn op de Cadbury Schweppes rechtspraak van het Hof van Justitie die daartoe een hele mooie aanzet kan geven. Deze rechtspraak houdt in dat een effectieve economische activiteit moet worden nagestreefd. Om al deze redenen is de huidige invulling van het begrip ‘company’ voor doeleinden van artikel 16 OESO niet meer aangepast aan de hedendaagse noden. Een incorporatiecriterium dient *de lege ferenda* toegevoegd te worden in artikel 16 OESO. Een geactualiseerde versie werpt zich dan ook op. Om al deze redenen dient de volgende passage toegevoegd te worden aan het begrip ‘company’ in artikel 16 OESO: *which is incorporated in the other Contracting State and represents real economic activity.*

Men dient noodzakelijk te besluiten dat door deze wijziging van artikel 16 OESO een spanningsveld ontstaat met de tie breaker van artikel 4 (3) OESO die naar het POEM-begrip verwijst. Toch moet de tie breaker m.i. – op zijn minst voor doeleinden van artikel 16 OESO – verwijzen naar een formeel vestigingsbegrip. Het spreekt voor zich dat daarmee niet alle problemen van de baan zijn. Immers, het is niet uitgesloten dat een lichaam bijvoorbeeld, haar zetel registreert in een staat met een fiscaal gunstregime zonder aldaar economische activiteit te ontwikkelen. Het kan dan natuurlijk niet zijn dat dit lichaam door

een rigide interpretatie van het vestigingsbegrip in geen enkele staat inwoner wordt en dus niet gerechtigd wordt op belastingverdragen. Vandaar zou het met de wijziging van het vestigingsbegrip in artikel 16 OESO geen oplossing zijn om de tie breaker af te schaffen. Eerder is het m.i. aangewezen dat de tie breaker een nieuwe hiërarchie zou introduceren. Deze hiërarchie start dan noodzakelijk met een formeel criterium – eveneens met anti-misbruikbepaling – en wordt nadien gevolgd door substantieve criteria waarvan de plaats van effectieve leiding er natuurlijk een kan zijn. Ook de onderlinge overlegprocedure kan deel uitmaken van deze nieuwe hiërarchie.

In het rechtsverkeer wordt er gebruik gemaakt van zgn. fiscaal transparante entiteiten. Voor doeleinden van dit onderzoek is het relevant aan te geven dat partnerships eveneens – net als andere lichamen – dienen bestuurd te worden. Nochtans is het niet eenvoudig na te gaan wanneer een partner (al dan niet director) onder artikel 16 OESO kwalificeert. Daarvoor dient men m.i. eerst een andere oefening te maken. Eerst zal steeds moeten uitgemaakt worden of de partnership rechtspersoonlijkheid heeft, want dit kan van belang zijn. Voor doeleinden van dit onderzoek wordt daarvoor de zgn. *lex societatis*-leer naar voren geschoven met referentie naar de incorporatieleer die eerder werd verdedigd. M.a.w., voor de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan een partnership, mag men zich enkel laten leiden door de interne wetgeving van de organisatiestaat. Op zichzelf is dit een *de facto* autonome interpretatie die echter refereert aan de internrechtelijke kenmerken van rechtspersoonlijkheid.

Dit volstaat echter nog niet voor verdragsgerechtigheid aangezien ook het inwonerschap relevant is. Hiervoor is een subject to tax vereiste opgelegd. In dat opzicht kan moeilijk worden teruggegrepen naar het OESO Partnership Rapport 1999 aangezien dit Rapport *in globo* niet handelt over de relatie tussen de organisatiestaat en de woonplaatsstaat van de partners. M.i. dient de *lex societatis*-leer door te werken naar de woonplaatsstaat van de partners. Het vennootschapsrechtelijk karakter van de entiteit bepaalt haar fiscaal regime voor verdragsdoeleinden, ook al is de entiteit fiscaal transparant. Nadat vervolgens vastgesteld is geworden dat een entiteit verdragsgerechtigd is, kan worden nagekeken in welke mate een partner onder artikel 16 OESO kwalificeert. Een partner kwalificeert m.i. automatisch in zoverre bestuurswerkzaamheden voor de partnership worden ontwikkeld. Anders is het gesteld voor partners die geen bestuursmandaat waarnemen in de partnership. Daar blijkt de gemeenzame stelling te zijn dat artikel 7 OESO van toepassing is. Dit lijkt mij ongenueanceerd. Immers, beroepsinkomen laat zich binnen een partnership dus duidelijk af-

scheiden van beleggingsinkomen hetgeen noodzakelijk meebrengt dat men in een partnership kan spreken van actieve en passieve partners. Passieve partners kunnen m.i. onder geen beding ressorteren onder artikel 16 OESO. Echter, actieve partners kunnen m.i. in principe wel degelijk onder artikel 16 OESO vallen. Hun aandeel in het beheer van de partnership zal echter duidelijk moeten worden vastgesteld in functie van hun tijdsbesteding. Van zodra deze tijdsbesteding zich contractueel en cijfermatig heeft laten redigeren, zal deze vergoeding onder artikel 16 OESO vallen. Deze oefening is echter niet makkelijk. Bovendien heb ik in hoofdstuk 1 reeds gesteld dat de aandeelhouders vaak druk uitoefenen om de bedrijfsvoering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch oogpunt is ingegeven vanuit een individueel belang en geenszins vanuit het vennootschapsbelang. Elke aandeelhouder heeft een eigen individueel belang. Dit eigen belang is vaak ingegeven vanuit de gedachte om spoedig dividendrechten te bekomen. Dat is geenszins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennootschapsbelang. Dit maakt dat een actieve aandeelhouder op geen enkele manier kan gelijk gesteld worden met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder onder artikel 16 OESO te plaatsen. Ik zie niet in waarom deze stelling niet zou opgaan voor de zgn. actieve partners.

Directors kunnen voorkomen in private alsook in publieke lichamen. Het OESO-Modelverdrag voorziet in een apart verdragsartikel wat betreft directors die hun mandaat bekleden in een privaat dan wel in een publiek lichaam. Beide verdragsartikelen hebben duidelijk een andere strekking. Ingevolge de samenlezing van artikel 19 §3 OESO en artikel 16 OESO, is het niet duidelijk of artikel 16 OESO zowel toepasselijk is op overheids- als op private lichamen. Artikel 19 §3 OESO stelt dat het ambtenarenartikel (artikel 19 OESO) niet van toepassing is op bezoldigingen toegekend door een op winst gericht overheidslichaam. Hierin schuilt de gedachtegang dat het niet meer dan billijk is dat ambtenaren die een director mandaat bekleden in een staatsbedrijf met winst oogmerk, op dezelfde wijze worden belast als een director die een mandaat bekleedt in een privaat lichaam.

Artikel 16 OESO en artikel 19 §3 OESO hebben duidelijk een andere strekking. Inzake artikel 19 §3 is de kasstaat heffingsbevoegd terwijl de schuldenaar voor doeleinden van artikel 16 OESO irrelevant is. Tevens is artikel 16 OESO van

toepassing op rechtspersonen, artikel 19§3 OESO is dat geenszins. Het is dus essentieel om een duidelijke scheidingslijn te trekken tussen beide verdragsartikelen. Aangezien de term 'business' conform het OESO-Modelverdrag een onderscheidend criterium is, ben ik op zoek gegaan naar een invulling van dit begrip. Drie essentiële criteria worden daartoe naar voren geschoven:

- (a) goederen of diensten moeten worden aangeboden op een markt hetgeen impliceert dat er potentiële aanwezigheid is van concurrentie;
- (b) een tegenprestatie wordt aangeboden en;
- (c) het risico van een verkeerde prijszetting wordt gedragen wat ondernemingsrisico inhoudt

M.i. dient de OESO deze onderscheidende criteria naar voren te schuiven in een aanpassing op het OESO-Commentaar van artikel 19 OESO. Tegelijk dient m.i. het OESO-Commentaar 19/6 te worden afgeschaft stellende dat bepaalde diensten door verdragsluitende staten – niettegenstaande het om business gaat – toch onder het ambtenarenartikel kunnen gebracht worden. Deze OESO-Commentaar hinkt ernstig achterop t.o.v. de steeds verder ontwikkelende golf van privatisering van de vernoemde sectoren (spoorweg, post, ...). Het valt niet in te zien waarom een director van een lichaam in deze sectoren – die eveneens op winst gericht zijn – niet aan het attractiebeginsel onderworpen zou zijn.

Artikel 16 OESO houdt een zgn. hoedanigheidsvereiste in. Enkel vergoedingen bekomen in de hoedanigheid van director worden beoogd. Dit hoedanigheidsvereiste is in de tegenwoordige tijd ingeschreven in artikel 16 OESO. Nochtans kan uit HR 22 juli 1988 afgeleid worden dat het tijdstip van uitbetaling van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO; enkel het tijdvak waarin de betrokkene de hoedanigheid van director had is doorslaggevend. Ook in de overige verdragsbepalingen over inkomsten uit onzelfstandige arbeid wordt de tegenwoordige tijd gebruikt, en ook ter zake van die bepalingen leert men dat dit gebruik niet meebrengt dat die bepalingen niet zouden kunnen worden toegepast op inkomsten uit vroegere arbeid. Voorts laat een letterlijke lezing van artikel 16 OESO m.i. niet toe om te concluderen dat werkzaamheden voorhanden moeten zijn om vergoedingen onder artikel 16 OESO te plaatsen. Dat is anders bij het VS-Modelverdrag.

Artikel 16 OESO sluit een attractiebeginsel in. Echter, deze visie moet worden genuanceerd. Er bestaat traditioneel namelijk een onderscheid tussen een hori-

zontale en een verticale vorm. De horizontale vorm van attractie is de ruimste vorm en betekent dat de vergoedingen die een director verkrijgt in een andere hoedanigheid, eveneens als director fee moeten worden gekwalificeerd. Echter, artikel 16 OESO bevat door haar letterlijke bewoording geen horizontale vorm van attractie. De verticale vorm van attractie betekent dat alle vergoedingen die een lichaam aan haar director toekent, bekeken moeten worden als een director fee, zelfs als er geen rechtstreekse tegenprestatie tegenover van staat. Door sommige auteurs is deze vorm van attractie fel bekritiseerd aangezien hierdoor de hiërarchie en specificiteit van bepaalde verdragsartikelen zou uitgehold worden. Nochtans bevat artikel 16 OESO m.i. een verticale catch all bepaling waarop het gesloten systeem van de arbeidsartikelen niet op toepassing kan zijn. Dit heeft tot gevolg dat artikel 16 OESO als een 'special provision' moet beschouwd worden t.a.v. artikel 15 OESO, een verdragsartikel dat m.a.w. op zichzelf staat.

Het OESO-Modelverdrag spreekt ervan dat de director fees 'derived' moeten zijn, en hanteert het begrip 'reçoit' in de Franse versie. Wat onder deze termen dient begrepen te worden is niet meteen duidelijk, zodat *in beginsel* de interpretatietechniek van artikel 3 (2) OESO moet gehanteerd worden. Dat heeft tot gevolg dat het begrip op verschillende manieren kan geïnterpreteerd worden hetgeen niet wenselijk is en de rechtszekerheid zeker niet ten goede komt. Nochtans heeft de OESO *ab initio* een brede definitie willen geven aan het begrip 'derived'. Door het hanteren van verschillende termen, zoals bijvoorbeeld 'earned, derived, received', werd enkel een linguïstisch onderscheid gemaakt maar daaruit blijkt helemaal niet dat de OESO het begrip heeft willen afbakenen. Door dit breed opzet is het nog maar de vraag in welke mate er plaats kan zijn voor artikel 3 (2) OESO ter invulling van het begrip. Tevens dient het begrip m.i. dusdanig te worden geïnterpreteerd dat er een duidelijke vermogensverschuiving dient plaatsgegrepen te hebben naar het private patrimonium van de director. De vergoedingen moeten echter geenszins effectief ontvangen zijn voor doeleinden van artikel 16 OESO.

Indien ik de inkomstenvormen beschouw waarop artikel 16 OESO toepasselijk is (de term fees and other compensation werd geïntroduceerd), kan niet langer verdedigd worden dat enkel tantièmes, zitpenningen en soortgelijke vergoedingen onder artikel 16 OESO vallen. Ook de vaste salarissen ressorteren m.a.w. onder het verdragsartikel. *In casu* gaat het om tantièmes, wedden, salarissen, gratificaties, premies, presentiegelden, vakantiegelden, voordelen alle aard etc. Nochtans kan uit dit ruim inkomstenbegrip niet worden geconcludeerd dat de inkomsten die door een director in een andere hoedanigheid worden genoten,

eveneens onder het verdragsartikel vallen. Een duale rol van een director wordt niet beoogd door artikel 16 OESO. Inzake stock opties heeft de OESO verklaard dat de toekenning ervan aan directors onderworpen is aan artikel 16 OESO indien ze toegekend werden in de hoedanigheid van director. In het OESO-Commentaar wordt verder gesteld dat artikel 16 OESO niet enkel van toepassing is op de toekenning van de stock opties maar eveneens dat artikel 13 OESO toepasselijk is van zodra de optie werd gerealiseerd. Hierin kan het OESO Rapport 2004 niet gevolgd worden gelet op het verticale attractiebeginsel dat doorwerkt binnen artikel 16 OESO. Het gegeven dat de director inmiddels de hoedanigheid van aandeelhouder heeft verworven kan hiertegen niet afgezet worden. De verticale catch all bepaling heeft trouwens verder tot gevolg dat bijvoorbeeld ook niet-concurrentievergoedingen eronder vallen, een golden hello, pensioenkapitalen, opzegvergoedingen etc.

Ten slotte werd onderzocht welke voorkomingsmethode ter vermijding van dubbele belasting optimaliter wordt toegepast voor de niet heffingsbevoegde staat. In beginsel dient hierbij een keuze gemaakt te worden tussen de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode. De vrijstellingsmethode verdient m.i. de voorkeur. Immers, door het gebruik van de term 'may be taxed' sluit artikel 16 OESO historisch de vrijstellingsmethode in. Ook zullen de zakelijke belangen van de director zich situeren in de vestigingsstaat van het lichaam waarbinnen het mandaat wordt bekleed (zie hiervoor hoofdstuk 1 van het proefschrift). Het is dan niet aangewezen dat de andere staten ook nog heffingsbevoegdheid gaan opeisen. Meer en meer staten verbinden deze vrijstellingsmethode aan de subject to tax-eis die vaak ingegeven is vanuit misbruikvoorkoming. Deze eis is fel overdreven aangezien vastgesteld kan worden dat director fees van niet-inwoners vaak een normaal aanslageregime ondergaan. De OESO bepleit ook helemaal niet dat effectieve taxatie voorhanden moet zijn om de vrijstellingsmethode toe te passen.

DEEL II

Belgische belastingverdragen

Inleiding en probleemstelling

Een high level lezing van de Belgische belastingverdragen leert al gauw dat België bij het sluiten van zijn belastingverdragen in belangrijke mate afwijkt van artikel 16 OESO.¹⁰⁷⁰ Deze afwijkingen situeren zich met name en in hoofdzaak op het vlak van de hoedanigheid van de ontvanger van de vergoedingen alsook op het vlak van de aard van het lichaam. België wil dus niet steeds aansluiting vinden bij artikel 16 OESO. Eén van de meest in het oog springende voorbeelden hiervan is artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland hetgeen een hele ruime omschrijving van het begrip ‘vennootschapsmandataris’ hanteert. Ook het eerste Belgische Modelverdrag 2007¹⁰⁷¹ dat soms gehanteerd wordt als vertrekpunt voor bilaterale onderhandelingen getuigt hiervan. In dit hoofdstuk wordt onderzocht in welke mate artikel 16 OESO dan ontoereikend is om tegemoet te komen aan een Belgische implementatie. Immers, uit wat volgt zal aangetoond worden dat de Belgische invulling van het directors - artikel in bilaterale belastingverdragen aanleiding geeft tot heel wat interpretatievraagstukken en moeilijkheden. Dienvolgens zal nagegaan worden in welke mate het in deel I voorgestelde geherdefinieerde artikel 16 OESO toereikend is voor Belgische implementatie en de besproken interpretatievraagstukken en moeilijkheden kan oplossen.

In tal van belastingverdragen die België heeft gesloten, wordt – zoals reeds gesteld – uitdrukkelijk afgeweken van artikel 16 OESO. Een verklaring voor deze Belgische politiek die hiervoor kan gegeven worden, luidt dat België talrijke verschillen kent in de aard van de lichaamsvormen¹⁰⁷² en van de mandaten die in deze lichaamsvormen worden uitgeoefend. De afwijkingen die worden vastgesteld situeren zich *in globo* op drie niveaus. Sommige belastingverdragen verduidelijken op welke *lichamen* het directors-artikel van toepassing is. Een andere categorie van belastingverdragen specificeert dan weer welke *mandaten*

¹⁰⁷⁰ Voor een recenter voorbeeld, zie het belastingverdrag tussen België en Ghana d.d. 22 juni 2005.

¹⁰⁷¹ PEETERS, B. en LECOCQ, A., ‘New Belgian standard convention for tax treaty negotiations’, SWI 2007, 197. Het Modelverdrag kende een update in 2010. Zie ook: PEETERS, B. en VAN DE VIJVER, A., ‘Ontwerp van Belgisch standaardmodel van dubbelbelastingverdrag’, *Fisc. Int.* 288, 1-4.

¹⁰⁷² Zo stelt *ComOV 16/12* bijvoorbeeld het volgende: ‘De Belgische overeenkomsten vertonen in het tertiële-artikel opvallende verschillen met de OESO-modellen en zijn onderling in vrij uiteenlopende bewoordingen gesteld. Zulks houdt verband met onderlinge afwijkingen in de nationale wetgevingen op de vennootschappen.’

beoogd worden onder het directors-artikel terwijl weer een andere categorie van belastingverdragen nader ingaat op de *inkomsten* die precies worden beoogd.

Uit de bespreking die hierna volgt, zal blijken dat deze afwijkende belastingverdragen aanleiding hebben gegeven tot tal van interpretatieproblemen. Deze interpretatieproblemen zullen besproken worden en tegelijk zal onderzocht worden of deze afwijkingen in belastingverdragen m.b.t. artikel 16 OESO wel noodzakelijk zijn. Zo rijst de vraag of artikel 16 OESO niet toereikend genoeg is en zo niet, of de door mij voorgestelde herdefiniëring van artikel 16 OESO dan niet als verdragsartikel in het standaard Belgische Modelverdrag kan voorgedragen worden of minstens als uitgangspunt kan dienen voor bilaterale gesprekken die uitmonden in ondertekende belastingverdragen.

In een apart hoofdstuk wordt onderzocht hoe België ter vermijding van dubbele belasting, de voorkomingsmethode toepast. In dat deel wordt bekeken hoe artikel 23 OESO zich verhoudt tot artikel 22 Belgisch Modelverdrag en de bilaterale belastingverdragen die België heeft gesloten. Eveneens wordt nagegaan hoe de rechtspraak oordeelt over de voorkomingsmethode.

De hoofdstukken die worden gehanteerd, volgen inzake de nummering op de hoofdstukken die deel uitmaken van het eerste deel van dit onderzoek.

Hoofdstuk 6: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

I. Algemeen

Ik heb hiervoor gesteld dat vele Belgische belastingverdragen op een drietal niveaus afwijken van het OESO-Modelverdrag.¹⁰⁷³ Een eerste categorie van belastingverdragen die door België werden gesloten, verduidelijkt het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is. Sommige belastingverdragen verwijzen uitdrukkelijk naar het lichaam waarop het belastingverdrag van toepassing is.¹⁰⁷⁴ Als voorbeeld hiervan haal ik het verdrag met Frankrijk aan. Dit belastingverdrag stelt dat het directors-artikel van toepassing is op naamloze vennootschappen, vennootschappen bij wijze van geldschieting op aandelen en coöperatieve vennootschappen, zomede van de Franse vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en van de Belgische personenvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.¹⁰⁷⁵ Andere belastingverdragen hanteren eerder een globale noemer van lichamen waarop het belastingverdrag van toepassing is.¹⁰⁷⁶ Zo hanteren sommige belastingverdragen de noemer ‘vennootschap op aandelen’.¹⁰⁷⁷ Anderzijds hanteren sommige belastingverdragen – zoals de verdragen met Duitsland, Luxemburg en Oostenrijk – bijvoorbeeld de term ‘vennootschap op aandelen of een andere kapitaalvennootschap’. Dit kan aanleiding geven tot interpretatieproblemen. Om een duidelijk inzicht te verwerven in deze interpretatieproblemen, dient men hiervoor een onderscheid te maken tussen de situatie voor en na het zgn. Volmachtenbesluit.¹⁰⁷⁸

Op basis van dit hoger genoemd besluit, werden de inkomstencategorieën van bestuurders en werkende vennoten samengevoegd onder een nieuwe categorie:

¹⁰⁷³ Enkele belastingverdragen volgen het OESO-Modelverdrag. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan het belastingverdrag met Japan,

¹⁰⁷⁴ Principieel blijven de vennootschapsvormen naar het recht van de verdragsstaten buiten beschouwing.

¹⁰⁷⁵ Artikel 9 van het belastingverdrag tussen België en Frankrijk van 10 maart 1964.

¹⁰⁷⁶ Meestal gaat het om de noemers ‘vennootschap’ of ‘vennootschap op aandelen’. Voor een bespreking zie DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., ‘Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context, een fiscale analyse’, *A.F.T.* 2007, 10.

¹⁰⁷⁷ Deze verwijzing is restrictiever dan de verwijzing naar een ‘vennootschap’. Immers, het gaat dan slechts om de leden van de raad van bestuur, van een college van commissarissen of van een college van vereffenaars van een Naamloze Vennootschap op van een Commanditaire Vennootschap op Aandelen. Het gaat o.m. om de belastingverdragen met Brazilië, Bulgarije, Denemarken, Griekenland, Hongarije, Ivoorkust, Malta, Marokko, Roemenië, etc...

¹⁰⁷⁸ B.S. 31 december 1996 zoals bekrachtigd door de Wet van 13 juni 1997, B.S. 19 juni 1997.

de bedrijfsleiders. Dit Volmachtenbesluit werd gelanceerd omwille van de tegemoetkoming aan de budgettaire voorwaarden tot toetreding van België tot de Europese Economische en Monetaire Unie. Het Koninklijk Besluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2 §1 en 3 §1, 2° en 3° van de Wet van 26 juli 1996 strekkende tot de realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, heeft het Belgische fiscale landschap dan ook grondig herschapen. Zoals gesteld heeft dit zgn. Volmachtenbesluit o.a. het fiscaal statuut van vennootschapsmandatarissen in rechte of in feite geharmoniseerd door een nieuwe categorie van bezoldigingen van de bedrijfsleiders in te voeren. Tevens heeft dit Volmachtenbesluit ook het traditionele onderscheid tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen opgeheven. Daarover handelt de volgende passage.

2. Kapitaal- versus personenvennootschappen

In de situatie voor het Volmachtenbesluit werd een onderscheid gemaakt tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen.¹⁰⁷⁹ Dit onderscheid verving het oude onderscheid dat werd gemaakt tussen vennootschappen op aandelen¹⁰⁸⁰ en andere vennootschappen. Kapitaalvennootschappen en vennootschappen op aandelen waren volgens het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen de NV en de Commanditaire Vennootschap op Aandelen. Dit betekende volgens HUYGHE dat voor Belgische doeleinden de personenvennootschappen niet onder artikel 16 OESO konden vallen. Volgens HUYGHE wordt het toepassingsgebied van artikel 16 OESO immers beperkt door de verwijzing naar de mandatarissen van de vennootschap, namelijk de leden van de raad van bestuur, de raad van toezicht of een gelijkaardig orgaan. En, precies deze organen zijn niet aanwezig in alle Belgische vennootschappen.¹⁰⁸¹ Dit zou dan noodzakelijk betekenen dat de BVBA en de CV niet onder artikel 16 OESO zouden kunnen vallen; zij kennen namelijk enkel 'zaakvoerders'. Terecht werd deze stelling door enkele auteurs bekritiseerd in de Belgische rechtsliteratuur.¹⁰⁸² Het ganse misverstand is m.i. ontstaan door een foutieve vertaling van het begrip 'board of directors' hetwelk vervat zit in artikel 16 OESO. Men mag dit begrip

¹⁰⁷⁹ Artikel 2, §2 WIB92'

¹⁰⁸⁰ De volgende landen sloten een belastingverdrag met België waarin het begrip 'vennootschap op aandelen' werd gehanteerd in het directors-artikel: Brazilië, Canada, China, De Filipijnen, Griekenland, Hongarije, Ivoorkust, Malta,...

¹⁰⁸¹ HUYGHE, W., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 9.

¹⁰⁸² TIMMERMAN, I, VASTMANS, S. & WALLYN, T., 'Het bestuurdersartikel in dubbelbelastingverdragen', *T.R.V.* 2001, p. 197.

geenszins vertalen naar het Belgische begrip 'raad van bestuur'.¹⁰⁸³ Het begrip 'board of directors' is een begrip met een eigen betekenis en om die reden heb ik er in deel 1 van dit onderzoek dan ook voor gepleit een verdrag autonome interpretatie te geven aan dit begrip i.p.v. dat een staat conform het eigen rechtsstelsel hier een invulling aan geeft ingevolge artikel 3 (2) OESO, met kans op dubbele belasting nota bene. Een andere visie erop nahouden, kan m.i. aanleiding geven tot interpretatievraagstukken dewelke naderhand dan door de verdragsluitende staten dienen opgelost te worden. Een voorbeeld hiervan vind ik terug in het oude belastingverdrag met Nederland. Teneinde de BVBA toch onder het directors-artikel te laten vallen in het oude belastingverdrag met Nederland, hebben de respectievelijke belastingautoriteiten van België en Nederland in het kader van artikel 26, § 3 van het toenmalige verdrag een bilateraal akkoord afgesloten. Hierin werd besloten dat de werkende vennoten binnen een BVBA onder het directors-artikel zouden vallen.¹⁰⁸⁴ Dit akkoord werd nadien wel buiten toepassing verklaard door het Belgische hof van beroep van Gent omdat de verdragsbepalingen op zich voldoende duidelijk zouden zijn.¹⁰⁸⁵ Volgens het hof van beroep was het restartikel van het belastingverdrag van toepassing dat bepaalt dat inkomsten van een *in casu* Nederlander waarop geen van de andere artikelen van de overeenkomst van toepassing zijn, belastbaar zijn in de woonstaat (in dit geval was dat Nederland). Het hof van beroep van Gent was dus van mening dat het restartikel duidelijk is en derhalve niet voor interpretatie vatbaar is en er dus geen redenen voorhanden zijn om toepassing te maken van het voornoemde artikel 26, §3 van het belastingverdrag daar er bij gebrek aan onduidelijkheid geen onderling overleg noodzakelijk was. Het is dan ook merkwaardig dat datzelfde hof van beroep hetzelfde akkoord 4 jaar later wel honoreerde.¹⁰⁸⁶ Toch heeft de belastingdienst zich bij het eerste arrest neergelegd hetgeen blijkt uit een arrest van het hof van beroep van Brussel.¹⁰⁸⁷ Dit eerste arrest werd door bepaalde auteurs echter niet gespaard van kritische commentaar. Zo stelde GOEMAN dat de overlegprocedure niet kan aangewend worden

¹⁰⁸³ In de literatuur is er ook al op gewezen dat vertalingen van het OESO-Modelverdrag misleidend kunnen zijn. Zo stelde WASSERMEYER bijvoorbeeld: 'Applying two different approaches would lead to unequal treatment', zie WASSERMEYER, F., 'Doppelbesteuerung', Debatin/Wassermeyer (eds.), 2007, 15.

¹⁰⁸⁴ De gelijkstelling van een Nederlandse BV met een Nederlandse NV voor de toepassing van het belastingverdrag met Nederland wordt door de Belgische belastingadministratie niet alleen uitdrukkelijk aanvaard voor het directors-artikel maar ook voor het dividendartikel. Zie hiervoor *Com. OV* 16/15.

¹⁰⁸⁵ Gent 20 juni 1996, *F.J.F.* 1996, 96/194.

¹⁰⁸⁶ Gent 5 december 2000, *Fiscoloog* nr. 783, p. 9.

¹⁰⁸⁷ Brussel 21 januari 1999, *Fiscoloog Internationaal* nr. 185, p. 6. Nochtans heeft het hof van beroep van Gent daarna opnieuw het restartikel toepasselijk verklaard. Zie Gent 10 november 2009, *Fiscale Actualiteit* 2009/41, p. 13 16.

om de gevallen te regelen die niet expliciet of minstens impliciet in de overeenkomst zijn behandeld.¹⁰⁸⁸ Hij verwijst hiervoor naar VOGEL die gesteld heeft dat *'in such a case, the convention could be complemented only by a protocol subject, like the convention itself, to ratification or approval'*.¹⁰⁸⁹ Er werd ook op gewezen dat het arrest van het hof van beroep van 1996 niet alleen stond in zijn gedachtegang. In een gelijkaardig geval werd in het kader van het belastingverdrag met Luxemburg beroep gedaan op de procedure van onderling overleg waarbij het tot een administratief akkoord kwam. Het hof van beroep van Luik concludeerde echter dat een dergelijk akkoord niet bindend is voor de belastingplichtigen.¹⁰⁹⁰ Ook VAN CROMBRUGGE was van mening dat het arrest van 1996 een juiste conclusie had getrokken. Hij stelde dat het zonder meer onaanvaardbaar is dat de Belgische belastingadministratie, zij het met het akkoord van de Nederlandse belastingadministratie, de procedure voor onderling overleg aangrijpt om de interpretatie die de hoogste Belgische rechtspraak van het verdrag heeft gegeven, buiten spel te zetten. Zo meende hij dat wil men de toewijzing van de heffingsbevoegdheid ten aanzien van de werkende vennoten veranderen, de Belgische wet maar moet veranderd worden of er een nieuw verdrag moet afgesloten worden.¹⁰⁹¹ Ook andere auteurs stelden zich de vraag of de overeenkomst tussen beide autoriteiten wel in overeenstemming was met het belastingverdrag.¹⁰⁹²

Zoals gesteld, dient men voor de indeling van de belastingverdragen m.b.t. de aard van het lichaam een onderscheid te maken tussen de situatie voor en na het zgn. Volmachtenbesluit. Op 31 december 1996 werd in België namelijk een besluit genomen waarbij de inkomstencategorieën van bestuurders en werkende vennoten werden samengevoegd onder een nieuwe categorie, zijnde de 'bedrijfsleiders'. Meteen werd van de gelegenheid gebruik gemaakt om het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen op te heffen.¹⁰⁹³ Artikel 2, 5°, a van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen definieert nu het begrip 'vennootschap'. Het gaat volgens deze definitie om enigerlei vennoot-

¹⁰⁸⁸ GOEMAN, J., noot onder Gent 20 juni 1996, A.F.T. 1996/12, p. 465.

¹⁰⁸⁹ VOGEL, K., *'Commentary on double tax conventions'*, Kluwer 1991, 1189.

¹⁰⁹⁰ Luik 24 juni 1992. Ook het Hof van Beroep van Antwerpen kwam reeds tot een dergelijke conclusie, zie Antwerpen 29 juni 1982, F.J.F. 1983/353.

¹⁰⁹¹ VAN CROMBRUGGE, S., 'Onderling overleg over bezoldigingen van werkende vennoten onder het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag', A.J.T. 1996-97, p. 26.

¹⁰⁹² HEYVAERT, W., 'België en Nederland: regeling over belastingheffing werkende vennoten in Belgische BVBA's', *Fiscoloog Internationaal* nr. 101, p. 3.

¹⁰⁹³ Als bestuurder in de zin van het oude artikel 30.2° WIB92' werden aangemerkt, de personen die in naam en voor rekening van binnenlandse kapitaalvennootschappen wegens hun hoedanigheid van lid van de Raad van Bestuur als vennootschapsorgaan optraden.

schap, vereniging, inrichting of instelling die, regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard. Het begrip ‘vennootschap op aandelen’ wordt dus niet meer gehanteerd. Dit stelde problemen m.b.t. de interpretatie van het begrip ‘vennootschap op aandelen’ wanneer er toepassing van het directors-artikel dient gemaakt te worden en een bilateraal belastingverdrag verwijst naar deze term. Immers, er was geen definitie meer aanwezig van dit begrip in het interne fiscaal recht. Om die reden werd door sommige auteurs de visie geponeerd dat het begrip ‘vennootschap op aandelen’ diende geïnterpreteerd te worden conform het vennootschapsrecht.¹⁰⁹⁴ Het vennootschapsrecht maakt namelijk enkel een onderscheid tussen handelsvennootschappen met of zonder rechtspersoonlijkheid. Vennootschappen waarvan deelbewijzen in het kapitaal door aandelen worden vertegenwoordigd, omvatten de NV, de Comm. VA, de CV en de BVBA. Daarom stelde BAX dat de CV en de BVBA thans wel onder artikel 16 OESO vielen.¹⁰⁹⁵ Sommige auteurs stelden echter dat er alleen maar mag verwezen worden naar de interne *belastingwetgeving*.¹⁰⁹⁶ Zo stelde HUYGHE¹⁰⁹⁷ bijvoorbeeld dat indien een begrip dat aan de hand van het interne recht uitgelegd moet worden, en een verschillende betekenis heeft in het gemeen recht en in het fiscaal recht, op grond van het adagium *lex specialis derogat legi generali* de voorkeur moet worden gegeven aan de betekenis die voorkomt in het fiscaal recht. Een andere auteur is van mening dat een verwijzing naar het gemeen recht alleen maar mogelijk is van zodra dat een term ook gebruikt wordt binnen het domein van het fiscaal recht. *A contrario*, wanneer een term niet gehanteerd wordt binnen het nationaal fiscaal recht, maar enkel in het gemeen recht, dan kan volgens deze auteurs artikel 3(2) niet van toepassing zijn.¹⁰⁹⁸

Dat personenvennootschappen – zelfs indien de belastingverdragen spreken van kapitaalvennootschappen – wel degelijk onder artikel 16 van belastingverdragen vallen, wordt verder onderschreven door andere auteurs. Zo stelt DE BROE dat het Weens Verdragsverdrag moet worden ingeroepen en dat het begrip ‘vennootschap op aandelen’ geïnterpreteerd moet worden overeenkomstig zijn cou-

¹⁰⁹⁴ DE BROE, L. en WERBROECK, J., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 1996 - 1997’, *T.R.V.* 1997, 477, nr. 21.

¹⁰⁹⁵ BAX, A., ‘Belgisch-Nederlands verdrag: draagwijdte bestuurdersartikel’, *Fiscoloog Internationaal* nr. 167, p. 1 e.v.

¹⁰⁹⁶ PEETERS, B., *Fiscoloog Internationaal* nr. 110, 6 en VOGEL, K., *Double Taxation Convention*, 137.

¹⁰⁹⁷ HUYGHE, A., ‘Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder’, *T.F.R.* 107, p. 11.

¹⁰⁹⁸ VOGEL, K., ‘*Double Taxation Conventions*’, *Commentary*, 3rd ed. (1997), introduction, article 3, m. no. 62.

rante betekenis. En, de BVBA en de CV vallen dan wel onder de notie ‘vennootschap op aandelen’.¹⁰⁹⁹ Deze visie van DE BROE is m.i. correct aangezien die rekening houdt met een verdrag autonome interpretatie van belastingverdragen in deze context. Tevens werd verwezen naar een uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad als argument pro. Het betreft de uitspraak d.d. 18 september 1985.¹¹⁰⁰ In deze uitspraak werd een BV gelijkgesteld met een NV voor de toepassing van artikel 16 van het belastingverdrag. Dit arrest bevestigde een overeenkomst tussen de Belgische en de Nederlandse autoriteiten van 18 juli 1979 die het directors - artikel van toepassing verklaarde op bezoldigingen van directeuren van een Nederlandse BV.¹¹⁰¹ De Hoge Raad oordeelde: ‘*Die rechtsvorm verschilt echter in wezen nauwelijks van die van de naamloze vennootschap en voor zover er verschillen zijn, spelen die voor de toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving geen rol. Onder deze omstandigheden brengt een redelijke uitlegging van de overeenkomst mede onder de term ‘naamloze vennootschap’ ook de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid te begrijpen.*’¹¹⁰²

Persoonlijk onderschrijf ik – zoals gesteld – de visie van BAX en DE BROE, dit in tegenstelling tot de visie van de Belgische belastingdienst.¹¹⁰³ Deze visie volgt namelijk uit een verdrag autonome interpretatie van het begrip ‘board of directors’ uit artikel 16 OESO dewelke niet beperkt is tot een Belgische vertaling in ‘raad van bestuur’. Ook DE JAEGHER deelt deze visie in het licht van het belastingverdrag tussen België en Duitsland. Dit belastingverdrag hanteert voor doeleinden van artikel 16 de term ‘vennootschap op aandelen of andere kapitaalvennootschap’. Nochtans stelt deze auteur ook dat personenvennootschappen of coöperatieve vennootschappen ook beoogd worden aangezien deze rechtspersoonlijkheid hebben en betrokken zijn in winstgevende activiteiten.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁹ DE BROE, L. & WERBROECK, J., *Kroniek Internationaal Belastingrecht 1996 - 1997*, T.R.V. 1997, 481, nr. 30.

¹¹⁰⁰ Arrest van 18 september 1985, *BNB* 1985/333.

¹¹⁰¹ Deze stelling werd impliciet ook gevolgd door Hoge Raad 22 juli 1988, *B.N.B.* 1989/2, 14.

¹¹⁰² Het arrest werd besproken door: ROKS, E.C.N., ‘Nederland-België’, *W.F.R.* 1986/544.

¹¹⁰³ De Belgische belastingdienst is van mening dat uit de Belgische wetgeving dient te worden besloten dat de kapitaalvennootschappen en de vennootschappen op aandelen enkel de naamloze vennootschappen en de commanditaire vennootschappen zijn. De directors’fees van andere Belgische vennootschappen die in het Belgisch recht zijn terug te vinden, vallen volgens deze visie onder artikel 14 van het belastingverdrag. Zie daarvoor: Ci. Nr. AFZ/intern. IB/2002-0026 (AFZ 26/2002) van 17 december 2002. Voor een bespreking zie, DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., ‘Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context, een fiscale analyse’, *A.F.T.* 2007, II.

¹¹⁰⁴ DE JAEGHER, C., ‘International taxation of directors’ fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbours’, *World Tax Journal*, 2013, p. 225.

Zoals eerder gesteld, heeft België inmiddels ook een standaardverdrag gereedgemaakt hetwelk als basis dient voor de onderhandelingen van bilaterale belastingverdragen.¹¹⁰⁵ Het Belgische Modelverdrag 2007 gaat in artikel 3 d° uit van de volgende definitie voor het begrip vennootschap: *‘elke rechtspersoon of elke andere eenheid die voor de belastingheffing in de overeenkomstsluitende staat waarvan zij inwoner is als een rechtspersoon wordt behandeld’*. Het Belgische Modelverdrag 2010 geeft de volgende definitie: *‘elke rechtspersoon of elke entiteit die voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld’*. Recente belastingverdragen die door België werden gesloten, volgen deze definitie. Als voorbeeld haal ik het belastingverdrag tussen België en China aan dat in werking is getreden op 29 december 2013. Dit belastingverdrag hanteert de versie van het Belgische Modelverdrag 2010. Deze brede definitie houdt in dat niet enkel de eigenlijke vennootschappen maar ook vzw’s, publieke rechtspersonen en alle andere rechtspersonen die rechtspersonenbelasting verschuldigd zijn, hieronder vallen. Deze keuze sluit zonder meer aan bij de visie van de OESO zoals eerder in dit onderzoek al werd aangetoond.

Toch is het verwonderlijk dat het Belgisch Modelverdrag 2007 in artikel 15 §2 opnieuw het begrip ‘vennootschap op aandelen’ hanteert om de beloningen van werkende vennoten te vatten. Dit wordt herhaald in het Belgische Modelverdrag 2010. Gelet op de bovengenoemde uiteenzetting is deze keuze op zijn minst gezegd ongelukkig en eigenlijk vanuit legislatief oogmerk onbegrijpelijk. Immers, dit begrip werd met de installatie van het Volmachtenbesluit vervangen door het ruimere begrip ‘vennootschap’.¹¹⁰⁶ Ik pleit er dan ook voor om in alle belastingverdragen die België reeds heeft gesloten alsook in het Belgisch Modelverdrag een uniforme interpretatie te geven aan het begrip ‘vennootschap’. Deze verdere invulling zal later in dit onderzoek worden doorgevoerd. Men kan namelijk oude discussies m.b.t. de verschillen tussen personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen – die overigens al lang naar de archieven verbanen zijn – niet steeds weer opnieuw oprakelen. Zoals gesteld is m.i. de foutieve interpretatie volledig te wijten aan een taalbarrière en een foutieve vertaling van

¹¹⁰⁵ LOWAGIE, G., ‘Ontwerp van Belgisch standaardmodel van dubbelbelastingverdrag’, *Fiscoloog Internationaal* 288, p. 1.

¹¹⁰⁶ Eenzelfde fenomeen zie ik terugkomen in het belastingverdrag tussen België en Hong Kong van 10 december 2003. Artikel 15 van dit verdrag handelt over de bestuurdersvergoedingen. Volgens dit belastingverdrag mogen bestuurdersvergoedingen in principe worden belast in de vestigingsstaat van de bestuurde vennootschap. Vergoedingen voor de uitoefening van dagelijkse werkzaamheden van leidinggevende, technische, commerciële of financiële aard vallen onder regeling van niet-zelfstandige arbeid. Deze regel geldt volgens het belastingverdrag (met name ingevolge het Protocol) ook voor de beloningen die een inwoner van Hong Kong verkrijgt voor zijn persoonlijke werkzaamheid als vennoot in een Belgische vennootschap, niet zijnde een vennootschap op aandelen.

het begrip ‘board of directors’. Als een personenvennootschap namelijk een ‘zaakvoerder’ heeft en een aandelenvennootschap een ‘bestuurder’, zijn deze twee mandatarissen toch directors in de zin van het internationaal belastingrecht? Zoals gesteld in het eerste deel van dit onderzoek, mag de vertaling van een belastingverdrag in de eigen taal geen afbreuk doen aan termen die een uniforme betekenis worden toegemeten. De visie zoals weergegeven door de Belgische belastingdienst kan om al deze redenen derhalve niet gevolgd worden.¹¹⁰⁷ In zijn richtlijn stelt de Belgische belastingdienst namelijk dat de term ‘vennootschap op aandelen’ restrictiever is dan de formulering in het OESO-Modelverdrag. Naar Belgisch recht beoogt dit begrip volgens de belastingdienst slechts de leden van een raad van bestuur, van een college van commissarissen of van een college van vereffenaars van een naamloze vennootschap (NV) of van een commanditaire vennootschap op aandelen (Comm.VA). Enkel deze vennootschappen zijn volgens de belastingdienst vennootschappen op aandelen. Om die reden poneert de Belgische belastingdienst zal artikel 14 OESO (thans artikel 7 OESO) bijgevolg van toepassing zijn op de beloningen van de bestuurders, zaakvoerders, enz. van de andere Belgische vennootschappen.

Deze visie kan door mij niet onderschreven worden aangezien het in strijd is met de primauteit van de bronstaathetfing voor directors’ fees zoals verdedigd in deel I van dit onderzoek. Een gelijkaardige visie – die eveneens geenszins strookt met het OESO-Modelverdrag – wordt door de Belgische belastingdienst in dezelfde richtlijn gevolgd m.b.t. de belastingverdragen die de terminologie ‘vennootschap op aandelen of andere kapitaalvennootschap’ hanteren. Het gaat bij deze categorie van vennootschappen volgens de belastingdienst enkel om de NV’s en de Comm.VA. Artikel 14 OESO (thans artikel 7 OESO) zal volgens de belastingdienst ook bij deze belastingverdragen toepasselijk verklaard moeten worden op andere vennootschapsvormen.

Ik moet dan ook besluiten dat het halsstarrig vasthouden aan het begrip ‘vennootschap op aandelen’ de rechtszekerheid voor de belastingplichtige geenszins ten goede komt. De noodzaak van de visie om een dergelijke term opnieuw te blijven gebruiken – en dus fundamenteel af te wijken van het OESO-Modelverdrag – kan ernstig in vraag worden gesteld. Dit geldt zowel voor wat betreft het Belgische Modelverdrag als voor de Belgische belastingdienst.

¹¹⁰⁷ Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* 834, p. 347-372.

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

3. De Belgische invulling van ‘elke rechtspersoon of elke andere eenheid die voor de belastingheffing in de overeenkomstsluitende staat waarvan zij inwoner is als een rechtspersoon wordt behandeld’

3.1. Winstoogmerk

Artikel 3 d° van de Belgische Modelverdragen 2007 en 2010 bevatten zoals gesteld een definitie van het begrip ‘vennootschap’. Deze definitie bevat op het eerste gezicht geen enkel vereiste van winstoogmerk. Dit is niet conform aan de invulling die de Belgische wetgever geeft aan het begrip ‘vennootschap’ in het Belgische Wetboek van Inkomstenbelasting.¹¹⁰⁸ Immers, ingevolge artikel 2 §1, 5° WIB92 wordt onder ‘vennootschap’ begrepen *enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting of instelling die, regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard*. Aan deze definitie wordt dus een feitelijk criterium toegewezen.¹¹⁰⁹ Hierbij moet men geen acht slaan op de aard van de verrichtingen die winst of baten afwerpen: burgerlijke of handelsverrichtingen, geoorloofde of ongeoorloofde verrichtingen, in overeenkomst of strijdig met de statuten. De Belgische handelsvennootschappen zijn in beginsel altijd opgericht om een winstgevende werkzaamheid uit te oefenen.¹¹¹⁰ Onder de uitdrukking ‘een onderneming exploiteren’ moet worden verstaan een nijverheids-, handels of landbouwonderneming exploiteren waarvan de winst een als dusdanig aan de personenbelasting onderworpen beroepsinkomen zou vormen indien de onderneming werd gevoerd door een natuurlijke persoon of door een vennootschap of vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. Het begrip ‘exploitatie’ wijst op een duurzame activiteit, zijnde een geheel van verrichtingen die nodig zijn voor het produceren of verhandelen van goederen of het verlenen van diensten.¹¹¹¹ In dat opzicht werd bijvoorbeeld geoordeeld dat een patrimoniumvennootschap die opgericht werd als een burgerlijke vennootschap maar met de rechtsvorm van een handelsvennootschap, en zich er uitsluitend toe beperkt de ingebrachte onroerende

¹¹⁰⁸ Zo werd er ook al op gewezen dat het belastingverdrag tussen België en de VS afwijkt van artikel 2, 5 WIB92’ aangezien onder het belastingverdrag ‘a body corporate, treated as such for application of the Belgian income tax code is a company, regardless whether it is engaged in any enterprise or profit generating activities’, zie LEBEGUE, C., ‘Directors’ fees’, in *The new US-Belgium double tax treaty*, VAN DE VIJVER, A. (ed.), Larcier, 2009, p. 333.

¹¹⁰⁹ De oude rechtspraak van het Hof van Cassatie poneerde dat men bij het beoordelen van het al dan niet bezighouden met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard, rekening moest gehouden worden met het al dan niet bestaan van een winstoogmerk als subjectieve ingesteldheid. Zie hiervoor Cass. 22 januari 1952, *Arr. Verbr.* 1952, 257. De Wet van 3 november 1976 voerde echter een objectivering in.

¹¹¹⁰ *ComIB* 179/16

¹¹¹¹ *ComIB* 179/10

goederen te verhuren, weliswaar geen onderneming exploiteert maar zich wel bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard.¹¹¹² De uitdrukking ‘zich bezighouden met verrichtingen van winstgevende aard’ dekt in de eerste plaats dan weer de winstgevende bezigheden, m.a.w. de bezigheden met winstoogmerk.¹¹¹³ In de tweede plaats dekt de uitdrukking ook de bezigheden van winstgevende aard maar zonder winstoogmerk en die gekenmerkt worden door een voortdurende beroepswerkzaamheid, bestaande uit: (i) verrichtingen van nijverheids-, handels of landbouwkundige aard die door hun herhaald karakter en de aanwending van nijverheid of handelsmethoden, een bezigheid vormen; (ii) de aanwending van nijverheids- of handelsmethoden.¹¹¹⁴ Het begrip ‘verrichtingen van winstgevende aard maar zonder winstoogmerk’ steunt feitelijk op de beoordeling van twee elementen: het element herhaling en het element organisatie of aangewende methoden. Het juiste aantal verrichtingen kan nooit worden weergegeven als criterium. Wel zijn de frequentie, en bijgevolg een zekere bestendigheid alsmede de snelle opeenvolging ervan, belangrijke gegevens.¹¹¹⁵

Uit hetgeen hierboven werd behandeld, kan besloten worden dat voor de Belgische invulling van het begrip ‘vennootschap’ een winstoogmerk vereist is. Dit vereiste vindt men echter geenszins terug in de definitie van het begrip in het Belgische Modelverdrag. Nochtans blijkt m.i. uit een aantal omstandigheden dat het Belgische Modelverdrag hiermee wel rekening dient te houden. Immers, artikel 18, 3° van het Belgische Modelverdrag (artikel 18 Modelverdrag handelt over de overheidsfuncties) bepaalt dat *de bepalingen van artikel 14,15,16 en 17 van toepassing zijn op lonen, salarissen, pensioenen en andere soortgelijke beloningen, betaald ter zake van diensten bewezen in het kader van een bedrijf uitgeoefend door een overeenkomstsluitende staat of een staatkundig onderdeel of plaatselijke gemeenschap daarvan*. Ook wat betreft het Belgische Modelverdrag – en niet alleen wat

¹¹¹² Gent 18 januari 2005, *T.F.R.* 2005/291, p. 954.

¹¹¹³ CHEVALLIER, C., ‘*Vademecum Vennootschapsbelasting*’, 2006, Larcier, p. 23; CHEVALLIER, C., ‘*Vademecum Vennootschapsbelasting*’, Larcier, 2014, p. 24.

¹¹¹⁴ *ComIB* 179/II. In de rechtsleer bestaat reeds geruime tijd discussie over het antwoord op de vraag of de aanwezigheid van het winstoogmerk in hoofde van de VZW of in hoofde van haar leden een invloed kan hebben op het fiscaal regime van de vereniging (onderworpen aan de rechtspersonenbelasting of aan de vennootschapsbelasting). Volgens de belastingdienst dient een VZW in ieder geval onderworpen te worden aan de vennootschapsbelasting indien zij tracht aan één of meer van haar leden een stoffelijk voordeel te verschaffen (Vr. nr. 374 Canon, 1 april 1996, *Bull. Bel.*, afl. 763). Dat standpunt van de administratie wordt echter door bepaalde auteurs bekritiseerd (D. Beschrijver, ‘Een VZW-ziekenhuis: toepassing van de RPB of de Ven.B.’, *AFT* 1987, 124; D. Beschrijver, VZW & Belastingen, Kalmthout, Biblio, 2000, 93 en D. Beschrijver, ‘VZW’s, private stichtingen en stichtingen van openbaar nut’, in *Fiscaliteit van de liefdadigheid*, Brussel, Larcier, 2002, 310; zie ook Antwerpen 27 september 1994, *Fisc. Koer.* 94/585 en Antwerpen 9 januari 1995, *Fisc. Koer.* 95/264).

¹¹¹⁵ Voor een grondige analyse, zie bv. DIEPVENS, N., ‘De groei van de economische activiteiten in een VZW: onduidelijkheid troef in de inkomstenbelastingen’, *T.F.R.* 2013, 379.

betreft het OESO-Modelverdrag betreft – kan er dus een spanningsveld ontstaan wat betreft het toepasselijk verdragsartikel op directors die in een internationaal verband werkzaam zijn. Aan de orde is dus opnieuw – net als in deel 1 van dit onderzoek – het vraagstuk naar de aard van het lichaam (publiek of privaat). Dat dit gestelde probleem geen dode letter hoeft te blijven, bewijst een uitspraak van het hof van beroep van Bergen dat al eerder werd aangehaald aangaande het bestuursmandaat dat opgenomen werd in France Telecom.¹¹¹⁶ Indien de aanbevelingen uit deel 1 van dit onderzoek niet worden nagekomen, kunnen gelijkaardige interpretatievraagstukken zich opnieuw voordoen. Immers, waar ligt het onderscheidend criterium tussen het begrip ‘vennootschap’ zoals gebruikt in artikel 3, d° en artikel 15 van het Belgische Modelverdrag (vennootschapsleiders) enerzijds en het begrip ‘bedrijf’ uit artikel 18, 3° van hetzelfde modelverdrag (overheidsfuncties). Ook België heeft namelijk een aantal rechtspersonen dat van overheidswege een bijzondere opdracht heeft gekregen en publiekrechtelijk van aard zijn. In deze organen is het helemaal niet uitgesloten dat er directors uit andere staten in zetelen. Deze publiekrechtelijke organen worden opgesomd in artikel 180 WIB92. Hoewel deze lichamen aan heel wat kenmerken van vennootschappen voldoen, worden deze niet als vennootschap bestempeld. Het gaat om: de intercommunales beheerst door de Wet van 22 december 1986, De Waterwegen en Zeekanaal NV, de CVBA Autonome Haven du Centre et de l’Ouest, de Maatschappij der Brugse Zeevaartinrichtingen, de haven van Brussel, de gemeentelijke autonome havenbedrijven van Antwerpen, Oostende en Gent en de autonome havens van Luik, Charelerloi en namen, de nationale Delcredere-dienst, de Belgische Maatschappij voor de Financiering van de Nijverheid, het Participatiefonds, de Waalse Regionale Maatschappij voor Openbaar Personenvervoer en de exploitatiemaatschappijen die daaraan verbonden zijn, de Vlaamse Vervoermaatschappij en de autonome exploitatie-entiteiten binnen de Maatschappij, de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel, de waterzuiveringmaatschappijen van het kustbekken, het bekken van de Schelde en de bekkens van de Maas, de Seine en de Rijn, beheerst door de Wet van 26 maart 1971 en de vennootschap van publiek recht met een sociaal oogmerk, Belgische Technische Coöperatie. Effectenbeursvennootschappen zijn sedert aanslagjaar 2000 onderworpen aan de vennootschapsbelasting en worden dus

¹¹¹⁶ Bergen 16 oktober 1998, *F.J.F.* 1999/33. De discussie doet zich ook voor in een bredere context dan directors van publieke lichamen. In zijn arrest van 4 juni 2010 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat een intercommunale die een ziekenhuis uitbaat, geen handels- of nijverheidsbedrijf exploiteert zodat het personeel van dergelijke intercommunale dat in Frankrijk woont, in België belastbaar was (Cass. 4 juni 2010, F.09.0073.F, onuitg. in Pas. of Arr. Cass.). Voor een bespreking, zie DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2013’, *T.R.V.* 2013/14, p. 260-285.

wel degelijk als een vennootschap aanzien.¹¹¹⁷ Lichamen waarvan de activiteit hoofdzakelijk of bijkomstig bestaat uit de productie van elektriciteit met het oog op de verkoop ervan, worden vanaf 2007 ook als vennootschappen aanzien.¹¹¹⁸ Noteer echter dat intercommunales thans wel aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen.¹¹¹⁹

Om o.a. geen concurrentievervalsing te bewerkstelligen¹¹²⁰, is het aangewezen dat ook het Belgische Modelverdrag – conform mijn aanbeveling in hoofdstuk 3 – de economische activiteit centraal stelt als onderscheidend criterium tussen de begrippen vennootschap en bedrijf, waarbij goederen of diensten worden aangeboden aan een markt waarin concurrentie speelt en waarvoor een vergoeding als tegenprestatie wordt bekomen en evenzeer het risico voor een verkeerde prijszetting wordt gedragen. M.a.w. ook de begrippen ‘winstoogmerk’ en ‘in concurrentie treden’ zijn doorslaggevend om te ressorteren onder het begrip ‘vennootschap’ zoals vervat in artikel 15 Belgische Modelverdrag (vennootschapsleiders). Maatregelen m.b.t. concurrentievervalsing dewelke gepleegd zou worden door publiekrechtelijke organen, is in andere takken van het fiscaal recht ook al lang geen onbekende meer.¹¹²¹ Om dit te bewerkstelligen zou artikel 15 van het Belgische Modelverdrag kunnen voorzien in een eigen definitie van het begrip ‘vennootschap’. Er dient bij artikel 15 Belgische Modelverdrag m.i. dan ook een passage te worden ingevoerd dewelke poneert dat voor het begrip ‘vennootschap’ wordt verwezen naar artikel 2 §1, 5° WIB92.

3.2. Rechtspersoonlijkheid

(a) Algemeen

Noch uit het OESO-Modelverdrag, noch uit het Belgische Modelverdrag blijkt dat het lichaam dat kwalificeert voor doeleinden van het directors-artikel een winstoogmerk moet hebben. Hierboven werd er echter voor gepleit om het aspect van de winstoogmerk toe te voegen aan de definitie van ‘vennootschap’ in het Belgische Modelverdrag en dit voor doeleinden van artikel 15 van het Belgi-

¹¹¹⁷ Wet van 12 augustus 2000, B.S. 7 september 2000

¹¹¹⁸ Artikel 38 van de Wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten, B.S. 11 mei 1999.

¹¹¹⁹ Programmawet 19 december 2014. Voor een bespreking zie bijvoorbeeld VAN DYCK, J., ‘Intercommunales die overgaan naar VenB: geen dubbele belasting?’, *Fisc.* 1414, p. 3.

¹¹²⁰ In dat verband oordeelde LANG daarover reeds in het algemeen: ‘In the case of states performing services that might also be performed by private contractors, their employees shall be taxed in an equal way as if privately employed’, zie LANG, M., ‘Article 19(2): The complexity of the OECD Model can be reduced’, *Bulletin for International Taxation* 2007, 17.

¹¹²¹ BUELENS, B., ‘Regels BTW-plicht publiekrechtelijke lichamen opnieuw ongrondwettelijk bevonden’, *Fiscale Actualiteit* 2008/29, p. 1-6.

sche Modelverdrag. Een van de mogelijkheden om als een 'vennootschap' voor doeleinden van dit Belgische Modelverdrag te kwalificeren, luidt o.a. dat er rechtspersoonlijkheid voorhanden is en deze rechtspersoon daadwerkelijk als een rechtspersoon wordt belast.¹¹²² In wat volgt ga ik dieper in op de betekenis van dit begrip.

Rechtspersoonlijkheid wordt volgens het Belgisch recht toegekend door of krachtens een wet, decreet of een ordonnantie. In België kan een lichaam dus geen rechtspersoonlijkheid bezitten buiten deze opgesomde regelgevingen. Van zodra een lichaam vervolgens rechtspersoonlijkheid heeft verworven, dringt deze rechtspersoonlijkheid zich aan eenieder op, dus ook aan de fiscale overheden.¹¹²³ Van zodra een vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft verworven, vormt zij een afzonderlijke belastingplichtige met een afgescheiden vermogen. In het Belgische vennootschapsrecht vindt men *de facto* zeven vennootschapsvormen terug. Deze vormen kan men onderbrengen in twee categorieën, namelijk vennootschapsvormen met *onvolkomen* rechtspersoonlijkheid en vennootschapsvormen met *volkomen* rechtspersoonlijkheid. De Vennootschap onder Firma (VOF), de Commanditaire Vennootschap (Comm.V.) en de Coöperatieve Vennootschap met Onbeperkte Aansprakelijkheid (C.V.O.A.) hebben onvolkomen rechtspersoonlijkheid. De Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (BVBA), de Coöperatieve Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (CVBA), de Naamloze Vennootschap (NV) en de Commanditaire Vennootschap op aandelen (CVA) kennen volkomen rechtspersoonlijkheid. De *onvolkomen* rechtspersoonlijkheid impliceert dat de natuurlijke personen-vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle verbintenissen aangegaan voor de vennootschap. Bij *volkomen* rechtspersoonlijkheid is er een duidelijke scheiding tussen het vermogen van de vennootschap en dat van de vennoten afzonderlijk. In principe kan alleen het ingebrachte vermogen in de vennootschap aangesproken worden ter vereffening van de schulden aangegaan door de vennootschap. Het eigen persoonlijk vermogen blijft in beginsel buiten schot. Er dient vastgesteld te worden dat het Belgische Modelverdrag geenszins een onderscheid maakt tussen de vennootschappen met volkomen en onvolkomen rechtspersoonlijkheid. Het verdragsartikel beoogt enkel dat de rechtspersoon of entiteit belast wordt als rechtspersoon. Dat is ook het geval voor de vennootschapsvormen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid. De beide vennoot-

¹¹²² Behoudens het woord 'rechtspersoon' wordt ook het begrip 'entiteit' gebruikt. Het gaat dus om 2 onderscheiden zaken.

¹¹²³ LAGAE, J.P., 'Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of van haar tussenkomst', *T.F.R.* 1999, 833-850.

schapsgroepen worden m.i. om die reden beoogd in het Belgische Modelverdrag.

Uit wat voorafgaat kan geleerd worden dat rechtspersoonlijkheid – als een van de mogelijkheden – een vereiste is om te kwalificeren als ‘vennootschap’ zoals bedoeld in artikel 15 Belgische Modelverdrag. Nochtans voorziet het Belgische Modelverdrag er eveneens in dat elk lichaam dat voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld, ook als een vennootschap wordt beschouwd. Dit doet vragen rijzen voor wat betreft fiscaal transparante entiteiten en hun eventualiteit te kwalificeren onder het begrip ‘vennootschap’ binnen artikel 15 Belgische Modelverdrag. Artikel 29 §1 WIB92 bepaalt dat burgerlijke vennootschappen¹¹²⁴ of verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid die winst of baten verkrijgen, de opnemingen van de vennoten of leden en hun deel in de verdeelde of onverdeelde winst of baten, als winst of baten van de vennoten of leden wordt aangemerkt. Voor de bepaling van dit wetsartikel worden de volgende entiteiten geacht verenigingen te zijn zonder rechtspersoonlijkheid: onregelmatig opgerichte handelsvennootschappen, landbouwvennootschappen¹¹²⁵, Europese Economische Samenwerkingsverbanden, economische samenwerkingsverbanden, verenigingen van mede-eigenaars die krachtens artikel 577-5§1 van het Burgerlijk Wetboek rechtspersoonlijkheid bezitten.

Vanuit een wetshistorisch oogmerk merk ik vooreerst op dat sedert 1986 een strikte scheiding ingevoerd werd tussen de inkomsten van de vennoten en de inkomsten van de vennootschap zelf. Men vond dit terug in het oude artikel 25 WIB dat als volgt luidde: *‘in burgerlijke vennootschappen of verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, die in artikel 20, 1° of 3° WIB bepaalde inkomsten genieten, worden opnemingen der vennoten of leden, alsook hun deel in de verdeelde en onverdeelde winsten of baten als winsten of baten beschouwd ten name van bedoelde vennoten of leden’*.¹¹²⁶ De afzonderlijke fiscale behandeling van de inkomsten bij verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid die handelsdaden stellen, werd in de rechtsleer bekritiseerd. Voor wat betreft de interpretatie van deze oude regelgeving, kon men drie stellingen terugvinden. In een eerste benadering stelt men dat indien het inkomen vanuit het perspectief van de vennoten geen winstgevende bezigheid is, dit eveneens geldt voor de vereniging. Men beoordeelt de aard van de inkomsten m.a.w. vanuit het perspectief van de vennoten. Dit is ook

¹¹²⁴ VAN BREEDAM, S., ‘Burgerlijke maatschap: volkomen fiscaal transparant’, *Fiscoloog* 1173, p. 7.

¹¹²⁵ Behalve indien deze landbouwvennootschappen ervoor geopteerd hebben onderworpen te zullen worden aan de vennootschapsbelasting.

¹¹²⁶ LAGAE, J.P., ‘Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch Internationaal Belastingrecht’, in *Liber Amicorum baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 559 e.v.

de stelling van KRINGS.¹¹²⁷ Deze denkwijze mag volgens de rechtspraak wel niet het karakter van een fictie worden toegemeten.¹¹²⁸ Een tweede visie poneert dan weer dat indien binnen de vereniging sprake is van bedrijfswinst, dan zullen de aandeelhouders en medevennoten geacht worden een aandeel te verwerven in de bedrijfswinst.¹¹²⁹ Een derde strekking stelt dan weer dat artikel 25 WIB (thans artikel 29 WIB92) een fictie is die alle inkomsten die verworven worden door een vennootschap die ook exploitatiewinsten verwerft, in hoofde van de vennoten als winst moet gekwalificeerd worden.¹¹³⁰ Sommige auteurs stellen hierbij dat de vennoten – rekening houdende met deze fictie – verondersteld worden proportioneel de activiteiten van de partnership uit te oefenen.¹¹³¹ Andere auteurs zijn het hier niet mee eens en stellen dat een fictie beperkend moet worden uitgelegd.¹¹³²

De recentere literatuur beschouwt artikel 29 §1 WIB92 als zijnde afhankelijk van de activiteit van het lichaam zelf. Door de werking van artikel 29 §1 WIB92 worden de winsten of baten die behaald worden door een fiscaal transparante entiteit belast in de personenbelasting, de vennootschapsbelasting of de belasting der niet-inwoners al naargelang het geval de vennoten er aan onderworpen zijn. Het inkomen behoudt echter zijn aard in de omstandigheid dat de transparante entiteit een bedrijfsactiviteit uitoefent die winsten of baten oplevert.¹¹³³ Het is irrelevant of alle vennoten daadwerkelijk bijdragen tot die bezigheid, dan wel

¹¹²⁷ Besproken in KIRKPATRICK, L. en VAN DER HAEGEN, M., 'La société en participation ayant pour objet la mise en valeur et la vente des terrains: propriété des apports et regime fiscal des benefices', *R.C.J.B.* 1978, 181-197.

¹¹²⁸ Cass. 27 juni 1974, *Bull. Bel.* 533, 1885.

¹¹²⁹ MALHERBE, J., Examen de jurisprudence, droit fiscal des sociétés', *R.P.S.* 1983, 113-114; VAN CROMBRUGGE, S., 'De handelsvereniging bij wijze van deelneming en de tijdelijke handelsvereniging', *A.F.T.* 1986, 217.

¹¹³⁰ DENYS, L., 'Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht', in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia 1991, 959-1005.

¹¹³¹ HINNEKENS, PH., 'Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk', *T.F.R.* 2000, 951.

¹¹³² WUSTENBERGHS, T., 'Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten. De vaste inrichting op de helling', Gent, de Boeck & Larcier 2005, 615.

¹¹³³ WUSTENBERGHS, T., 'Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten. De vaste inrichting op de helling', Gent, de Boeck & Larcier 2005, 592.

zich beperken tot een loutere financiële inbreng.¹¹³⁴ In Nederland¹¹³⁵ en Duitsland¹¹³⁶ is het onderscheid tussen stille en werkende vennoten wel van belang.

Artikel 29 §2 WIB92 behandelt de zgn. fictie van verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid. Vooreerst behandel ik de onregelmatig opgerichte handelsvennootschappen. De Belgische rechtspraak heeft gesteld dat een onregelmatig opgerichte vennootschap als rechtspersoon blijft bestaan zolang de nietigheid niet is uitgesproken.¹¹³⁷ De onregelmatig opgerichte handelsvennootschappen werden fiscaal transparant behandeld door ze te kwalificeren onder de noemer van 'vereniging zonder rechtspersoonlijkheid'.¹¹³⁸ Men bedoelt met onregelmatig opgerichte vennootschappen wel enkel de casus waarin de onregelmatigheid de nietigheid van de handelsvennootschap tot gevolg heeft wegens de schending van artikel 4 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen. Deze bepaling voorziet erin welke akten moeten opgesteld worden bij de oprichting van een vennootschap. Dat betekent dus dat andere onregelmatig opgerichte vennootschappen altijd aan de vennootschapsbelasting onderworpen zullen worden.¹¹³⁹

Ten tweede wordt gesproken van de landbouwvennootschappen. Het gaat om vennootschappen naar burgerlijk recht die de exploitatie van een land- of tuinbouwonderneming tot doel heeft. Een landbouwvennootschap kan opteren voor de rechtspersoonlijkheid en voor een onderwerping aan de vennootschapsbelasting. Indien de landbouwvennootschap deze keuze niet gemaakt heeft, wordt zij beschouwd als een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. Ten derde zijn er de Europese Economische Samenwerkingsverbanden ('EESV').¹¹⁴⁰ Een dergelijk samenwerkingsverband staat slechts open voor deelnemers uit verschillende lidstaten. Om de oprichting van Belgische Economische samenwerkingsverbanden ('ESV') mogelijk te maken, werd voorzien in een eigen nationale regelgeving.¹¹⁴¹ De deelnemers kunnen zelf kiezen al dan niet rechtspersoonlijkheid toe te kennen aan de EESV. Het tijdstip waarop de rechtspersoonlijkheid wordt

¹¹³⁴ DE HAEN, K., 'Fiscale transparantie-een rechtsvergelijkende analyse', Kluwer 2009, p. 51.

¹¹³⁵ HEYVAERT, W., 'Inwoner' in B. PEETERS (ed.), *Het nieuwe Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag. Een artikelsgewijze bespreking*, Gent, Larcier 2002, 48.

¹¹³⁶ DANIELS, A.H.M., 'Issues in international partnership taxation, with special reference to the United States, Germany and The Netherlands', in *Series on International Taxation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers 1991, 28 en 30.

¹¹³⁷ Cass. 17 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1079.

¹¹³⁸ DENYS, L., 'Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht', in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 959-1005.

¹¹³⁹ Senaat, zitting 1972-1973, *Vers. Com. Fin.*, *Stuk* 278, 64-65.

¹¹⁴⁰ Ingevoerd door de Europese verordening van 25 juli 1985

¹¹⁴¹ Wet van 17 juli 1989

verkregen, verschilt al naargelang het gaat om een EESV dan wel om een ESV. Een EESV bezit rechtspersoonlijkheid vanaf de datum van inschrijving in het register van de EESV ter griffie van de rechtbank van koophandel. Een ESV bekomt rechtspersoonlijkheid vanaf dat de overeenkomst is geredigeerd. Ondanks deze rechtspersoonlijkheid zijn beide vormen van samenwerkingsverbanden voor Belgische doeleinden fiscaal transparant.¹¹⁴² Het resultaat van de werkzaamheden is alleen belastbaar bij de leden. Een laatste vorm van vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is de zgn. burgerlijke maatschap. Een burgerlijke maatschap wordt in België geregeld aangewend voor doeleinden van vermogensbeheer.¹¹⁴³ Aangezien een maatschap geen rechtspersoonlijkheid heeft wordt ze als fiscaal transparant beschouwd. De fiscale transparantie zorgt er voor dat de winst van de maatschap belast wordt bij de vennoten en niet bij de maatschap zelf. De inkomsten van de maatschap, zoals bijvoorbeeld huurinkomsten en inkomsten uit beleggingen, zijn niet belastbaar in de vennootschapsbelasting maar worden belast bij de vennoten in de personenbelasting.

Een vraag die ook rijst, luidt in welke mate *vennootschappen in oprichting* beoogd worden? Om in aanmerking te komen als kwalificerende vennootschap voor doeleinden van artikel 16 OESO conform een Belgische interpretatie of artikel 15 Belgische Modelverdrag, is het vereist dat de vennootschap reeds rechtspersoonlijkheid heeft verworven of als entiteit als rechtspersoon wordt behandeld voor doeleinden van de belastingheffing. Nochtans is het niet uitgesloten dat een director reeds vergoedingen bekomt in een cross border situatie tijdens de oprichtingsfase van de vennootschap. Deze vergoedingen kunnen m.i. wel degelijk onder artikel 16 OESO vallen of onder artikel 15 van het Belgische Modelverdrag indien de betrokken vennootschap ervoor heeft geopteerd de reeds gestelde bestuursdaden expliciet worden overgenomen door de vennootschap. Zo niet is er geen link met de vereiste fiscale onderwerping als entiteit of rechtspersoon. In het kader van het aansprakelijkheidsrecht bestaat een dergelijke overnameregeling eveneens in artikel 60 Wetboek van Vennootschappen. Dit wetsartikel bepaalt namelijk dat de persoonlijke aansprakelijkheid van de promotoren vervalt indien de vennootschap na het ontstaan van de verbintenis het uittreksel uit haar oprichtingsakte heeft neergelegd en de verbintenissen heeft overgenomen binnen de twee maanden na deze neerlegging. Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat transacties reeds kunnen toegerekend worden aan de vennootschap in oprichting.

¹¹⁴² Artikel 29 §2, 3-4° WIB92'

¹¹⁴³ HINNEKENS, Ph., 'Taxation of partnerships in Belgium: an imbroglio?', *Bulletin for International Taxation* 2008, 353-361.

(b) België en de *lex societatis*-leer

Zoals al kort aangegeven is voor Belgische doeleinden rechtspersoonlijkheid van belang om aan te duiden in welke mate een lichaam al dan niet als fiscaal transparant wordt bekeken. Dit is met name niet enkel van belang voor Belgische entiteiten maar eveneens in een internationale context. Een lichaam kan namelijk gevestigd zijn in het buitenland. Tot voor de Hervormingswet van 22 december 1989¹¹⁴⁴ voorzag het Belgisch recht in een zgn. *single entity* belastingheffing van buitenlandse partnerships. Dit hield in dat de buitenlandse partnership zelf – en dus niet de vennoten – belastbaar waren in België. Hierbij was het irrelevant of de buitenlandse partnership al dan niet rechtspersoonlijkheid had.¹¹⁴⁵ Wegens redenen van discriminatie werd deze praktijk door de Hervormingswet opgeheven. De Belgische rechtsleer en rechtspraak heeft thans de aan- of afwezigheid van transparantie gekoppeld aan het criterium van de rechtspersoonlijkheid voor doeleinden van het vennootschapsrecht.¹¹⁴⁶

Op grond van de algemene rechtsbeginselen van het internationaal privaatrecht en de Belgische rechtsorde, moet voor de beoordeling of een lichaam voor fiscale doeleinden al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft, gekeken worden naar de zgn. *lex societatis* leer.¹¹⁴⁷ Met *lex societatis* wordt het op het lichaam toepasselijke recht bedoeld. Er bestaan twee manieren om de *lex societatis* te bepalen, met name de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer. *Lex societatis* staat dan tegenover van de *lex fori*, het recht van de staat dat de regelgeving toepast. De Belgische belastingdienst heeft bevestigd dat een lichaam dat gevestigd is buiten België, geacht wordt over rechtspersoonlijkheid te beschikken, indien, overeenkomstig de publiek- of privaatrechtelijke regelgeving in de staat waar ze is opgericht, rechtspersoonlijkheid bezit en dit zelfs als zij aldaar fiscaal transparant is of indien zij, conform de Belgische vennootschapswetgeving, niet als een rechtspersoon zou aangemerkt worden.¹¹⁴⁸ Als motivatie hiervoor wordt het territorialiteitsbeginsel aangehaald. Uit dit beginsel volgt namelijk dat de Belgische belastingdienst nooit buitenlandse fiscale wetsbepalingen mag toepas-

¹¹⁴⁴ Wet houdende fiscale bepalingen van 22 december 1989, *B.S.* 29 december 1989.

¹¹⁴⁵ DENYS, L., 'The concept of permanent establishment revisited and other reflections beyond', *Bulletin for International Taxation* 2008, 440-451; HINNEKENS, P., 'Belasting van niet-inwoners: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten', in W. MAECKELBERGH (ed.), *Fiscaal Praktijkboek 92-93 Directe Belastingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen 1993, 96.

¹¹⁴⁶ J.L. LAGAE, 'Fiscale erkenning of niet erkenning van de vennootschap of van haar tussenkomst', *T.F.R.* 1999, 835; Brussel 4 juni 1974, *J.D.F.* 1975, 82.

¹¹⁴⁷ DE HAEN, K., '*Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*', 2de herwerkte uitgave, Kluwer, 2009, p. 82.

¹¹⁴⁸ *ComIB* 1992 nr. 179/7,4°

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

sen.¹¹⁴⁹ Hieruit volgt verder dat een lichaam dat buiten België is gevestigd en dat geen rechtspersoonlijkheid heeft volgens de staat van oprichting, ook in België geacht wordt over geen rechtspersoonlijkheid te beschikken, zelfs indien de entiteit in de staat van oprichting belast wordt als een vennootschap. Als de staat van oprichting geen alomvattende theorie inzake rechtspersoonlijkheid kent, moet volgens bepaalde doctrine ervan uitgegaan worden dat het lichaam dan geen rechtspersoonlijkheid heeft.¹¹⁵⁰

Bepaalde auteurs verwijzen echter niet naar de staat van oprichting als toepasselijk recht op de rechtspersoon maar wel naar de staat van de werkelijke zetel (real seat).¹¹⁵¹ Deze auteurs steunen hiervoor op het Wetboek van Internationaal Privaatrecht.¹¹⁵² In dit wetboek is expliciet gekozen voor de werkelijke zetelleer als aanknopingspunt voor de bepaling van het toepasselijke recht voor rechtspersonen. Het gaat dan om de plaats waar de rechtspersoon zijn voornaamste vestiging heeft.¹¹⁵³ De voornaamste vestiging wordt bepaald door 'in het bijzonder rekening te houden met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteiten centrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel'.¹¹⁵⁴ Bepaalde auteurs poneerden echter dat hieraan de betekenis moet worden toegekend dat het gaat om de voornaamste vestiging sinds de oprichting.¹¹⁵⁵ Inmiddels heeft het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht de invoering van de incorporatieleer voorgesteld.¹¹⁵⁶ Het voorstel werd bij wijze van beleidsnota in juli 2015 overhandigd aan de Minister van Justitie.

Als zou blijken dat het lichaam in de staat van oprichting vervolgens niet voorzien is van rechtspersoonlijkheid (vb. omdat de staat het begrip rechtspersoonlijkheid niet kent), dient overeenkomstig de Belgische rechtspraak eveneens nog nagekeken te worden in welke mate het lichaam geen rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de Belgische vennootschapswetgeving.¹¹⁵⁷

¹¹⁴⁹ HAELTERMAN, A., 'Is de Amerikaanse limited partnership fiscaal transparant?', *Fisc. Int.* 53, p. 2.

¹¹⁵⁰ HAELTERMAN, A., 'Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België', Kalmthout, Biblo, 1992, 458.

¹¹⁵¹ DEBRIER, K., 'Hybrid entities from a Belgian perspective', *Bulletin for International Taxation* 1996, 306-310; VAN KEIRSBILCK, M., 'Tax treatment of general partnerships: a landmark court decision', *European Taxation* 1998, 249-254.

¹¹⁵² Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, B.S. 27 juli 2004.

¹¹⁵³ Artikel 4 §2, 2° en artikel 110 IPR-Wetboek.

¹¹⁵⁴ Artikel 4 §3 IPR-Wetboek. Zie ook: WAUTELET, P., 'Quelques réflexions sur la lex societatis dans le Code de droit international privé', *R.P.S.* 2006, afl. 6948, 5.

¹¹⁵⁵ HINNEKENS, Ph., 'Taxation of partnerships in Belgium: an imbroglio?', *Bulletin for International Taxation* 2008, 353-361.

¹¹⁵⁶ GEENS, K., 'The Stockholm Promise', *European Company Law*, 2010, 182.

¹¹⁵⁷ Brussel 30 april 1998, *A.F.T.* 1999, 119.

De vennootschapsrechtelijke kenmerken van het buitenlandse lichaam, zullen dus telkenmale moeten worden vergeleken met een Belgische vennootschap.¹¹⁵⁸ In de literatuur heeft een aantal auteurs echter gesteld dat deze oplossing misschien wel praktisch is maar op deze wijze echter gebruik wordt gemaakt van een Belgisch begrippenkader bij het onderzoek van een buitenlands rechtstelsel zonder dat hiervoor een uitdrukkelijk wettelijke basis werd voorzien.¹¹⁵⁹

Overeenkomstig de traditionele *lex societatis* leer ging de Belgische belastingdienst er steeds van uit dat de fiscale transparantie van een zgn. Franse SCI onbelangrijk is voor de Belgische fiscale wetgeving. Immers, gelet op de rechtspersoonlijkheid naar Frans vennootschapsrecht, merkte de Belgische belastingdienst het inkomen uit een SCI aan als een dividend.¹¹⁶⁰ In het SCI-arrest heeft het Belgische Hof van Cassatie die redenering echter afgewezen.¹¹⁶¹ Een SCI (*Société Civile Immobilière*) is een vennootschapsvorm naar Frans recht voor het verwerven, aanhouden en beheren van onroerend goed in Frankrijk. Deze vennootschapsvorm heeft civielrechtelijk rechtspersoonlijkheid in Frankrijk, maar is onderworpen aan het stelsel van transluciditeit¹¹⁶², behalve indien zij heeft gopteerd voor onderwerping aan de vennootschapsbelasting. De Belgische belastingdienst is steeds van mening geweest dat op basis van de *lex societatis* leer het fiscaal transparant karakter van de SCI niet doorwerkt voor Belgische doeleinden. Gelet op deze rechtspersoonlijkheid was de Belgische belastingdienst van mening dat de inkomsten uit een SCI als een dividend moesten beschouwd worden.¹¹⁶³ Deze redenering werd door het Hof van Cassatie echter afgewezen dewelke van mening was dat de uitgekeerde inkomsten als onroerende inkomsten moesten worden bestempeld. Dit arrest werd door een aantal auteurs positief onthaald.¹¹⁶⁴ De Minister van Financiën heeft echter in antwoord op een parlementaire vraag laten verstaan zich niet te kunnen aansluiten

¹¹⁵⁸ Voor een verdere analyse, zie bijvoorbeeld VAN KEIRSBILCK, M., 'Noot onder Brussel 30 april 1998, *Fisc. Koer.* 1998/10; DE HAEN, K., '*Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*', Kluwer, 2009, p. 64.

¹¹⁵⁹ HUYGEN, W., 'Het OESO-rapport inzake partnerships-een kritische analyse', *A.F.T.* 2002, 408; DE BROE, L., 'Kroniek internationaal belastingrecht', *T.R.V.* 1998, 496; PEETERS, B., '*Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden*', Larcier, 2011, p. 49.

¹¹⁶⁰ DE HAEN, K., 'Op fiscale ronde van Frankrijk', *Int. Fisc. Act.* 2008/06.

¹¹⁶¹ Cass. 2 december 2004, *F.J.F.* 2005/179.

¹¹⁶² DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., 'Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen', *A.F.T.* 2005, 19-20.

¹¹⁶³ Artikel 18 WIB92'

¹¹⁶⁴ HINNEKENS, P., 'Winstuitkeringen door Franse SCI, vrijstelling in België', *Fiscoloog Internationaal* 2004/253,, p.1.; CLAES, W., 'Het arrest van het Hof van Cassatie over Franse SCI's in het licht van het OESO-rapport betreffende partnerships', *TFR*, 2006/312, 981.

bij de Belgische cassatierechtspraak.¹¹⁶⁵ Ik sluit mij aan bij de visie van de Minister van Financiën en dit omwille van een correcte toepassing van de *lex societatis* leer. Ook bijvoorbeeld PEETERS onderschrijft de visie van de Belgische Minister van Financiën¹¹⁶⁶. Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich namelijk laten leiden door de Franse kwalificatie van de inkomsten, zijnde onroerende inkomsten die belastbaar zijn in het land alwaar het onroerend goed is gelegen. Niet voor niets is het betrokken cassatie-arrest als een mijlpaalarrest bestempeld.¹¹⁶⁷ Het Hof van Cassatie hechtte namelijk veel belang aan de fiscale kwalificatie door de bronstaat, i.c. Frankrijk. Op die manier werd de oude Prince De Ligne rechtspraak verworpen dewelke eveneens toegepast werd in het arrest van 7 november 2002.¹¹⁶⁸ De Belgische belastingdienst heeft inmiddels in een circulaire gesteld dat de cassatierechtspraak niet kan gevolgd worden.¹¹⁶⁹ In deze circulaire wordt het standpunt ingenomen dat de partnerstaat niet gebonden is door de kwalificatie van de inkomsten door de bronstaat. Sommige auteurs volgen deze visie nochtans niet.¹¹⁷⁰ Hiervoor wordt steun gezocht in de kwalificatieregels die voortvloeien uit het OESO-rapport inzake partnerships. Onder tussen heeft het Hof van Beroep van Brussel de visie van het Hof van Cassatie onderschreven.¹¹⁷¹

Artikel 1 §2 van het Belgische Modelverdrag 2007 luidt als volgt: *‘een inkomstenbestanddeel verkregen via een entiteit die fiscaal transparant is overeenkomstig de wetgeving van een van beide overeenkomstsluitende staten, wordt beschouwd als zijnde verkregen door een inwoner van een overeenkomstsluitende staat voor zover het bestanddeel voor de toepassing van de belastingwetgeving van die overeenkomstsluitende staat wordt behandeld als inkomen van een inwoner’*. Deze passage kan m.i. als een kopie van het Amerikaanse Modelverdrag bestempeld worden.¹¹⁷² Ook het nieuwe belastingverdrag tussen België en de VS heeft een gelijkaardige bepaling

¹¹⁶⁵ PV nr. 1067 van 11 januari 2006, *Vr. En Antw. Kamer*, 2005-2006, nr. 51-108, 20 183. Het standpunt van de Minister van Financiën was mede ontleend aan de visie van DOCCLO, zie DOCCLO, C., noot onder Brussel 7 november 2002, *J.D.F.* 2003, afl. 7, 345; DOCCLO, C., ‘L’imposition en Belgique des dividendes de SCI françaises de droit commun-un autre cas d’interprétation unilatérale d’une convention bilatérale’, noot onder Luik 17 februari 2010, *T.F.R.* 2010, 621.

¹¹⁶⁶ PEETERS, B., ‘Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten’, Gent, Larcier, 2011, nr. 107-134.

¹¹⁶⁷ BAX, A., VAN LAER, S., CLAES, S., HUYGHEN, W., BODE, J. en BEYAERT, R., ‘De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 2)’, *A.F.T.* 2007/12, 39 - 92.

¹¹⁶⁸ Cass. 4 juni 1974, *J.D.F.* 1975, 82. Zie ook Brussel 7 november 2002, *F.J.F.* 2003/128.

¹¹⁶⁹ Circ. Nr. Ci.R9.Div./577.956 van 11 mei 2006.

¹¹⁷⁰ PIETERS, J., ‘SCI’s: minister vindt dat cassatie zich vergist’, *Int. Fisc. Act.* 2006/3, 1-3. BAKER, P., ‘*International Tax Law Reports*’ 2005, 453-468.

¹¹⁷¹ Brussel 10 september 2013, *Fisc. Koer* 2014/06.

¹¹⁷² Artikel 1 §6 Amerikaans Modelverdrag.

opgenomen.¹¹⁷³ Hoewel door sommige auteurs¹¹⁷⁴ is opgeworpen dat het als positief te bestempelen is dat het Belgische Modelverdrag in lijn is met de aanbevelingen van het OESO-Partnership Rapport, zorgt de geciteerde passage m.i. voor tal van interpretatievraagstukken. Het lichaam kan namelijk met rechtspersoonlijkheid bekleed zijn of de entiteit kan vergelijkbare vennootschapsrechtelijke karakteristieken vertonen met een Belgische vennootschap. Zo is door bepaalde auteurs erop gewezen dat deze passage kan botsen met de Belgische internrechtelijke regelgeving.¹¹⁷⁵ De hierboven geciteerde definitie van het begrip onderneming gaat uit van een fiscaal transparante behandeling van een partnership in de staat waar de vennoten fiscaal inwoner zijn, ongeacht de vennootschapsrechtelijke kwalificatie van de partnership in eender welke betrokken staat. Hierboven werd nochtans aangetoond dat de Belgische regelgeving veeleer kijkt naar de *vennootschapsrechtelijke* behandeling van een partnership. Er was dan ook een spanningsveld ontstaan tussen het Belgische Modelverdrag 2007 en de traditionele Belgische vennootschapsrechtelijke kijk op partnerships. In de literatuur is erop gewezen dat België – telkens wanneer het een belastingverdrag heeft afgesloten dat conform is aan het Belgische Modelverdrag – zijn interne wetgeving zal moeten inbinden.¹¹⁷⁶ Uit de praktijk blijkt dat dit ook effectief gebeurde. Zo was een aanpassing van de Belgische belastingwet noodzakelijk om implementatie van het nieuwe belastingverdrag tussen België en de VS mogelijk te kunnen maken. Artikel 4 van de Goedkeuringswet van het belastingverdrag bepaalt dat *‘in afwijking van Titel V van het WIB92, indien een inwoner van de Verenigde Staten een onderneming uitbaat met behulp van een entiteit waarop artikel 227, 2° WIB924 van toepassing is, de in België met behulp van die entiteit behaalde of verkregen inkomsten die in de Verenigde Staten in hoofde van die inwoner naar rata van zijn deelneming in de entiteit zijn belast, in België belast alsof die entiteit voor toepassing van de overeenkomst een inwoner was van de Verenigde Staten’*.¹¹⁷⁷ Deze bepaling was blijkbaar noodzakelijk om aan de vennoten van een genoemde fiscaal transparante entiteit die inwoner zijn van de VS de be-

¹¹⁷³ Artikel 1 §6 van het belastingverdrag tussen België en de USA van 27 november 2006.

¹¹⁷⁴ DE BROE, L., ‘Belgium’s tax treaty policy and the draft Belgian Model Convention’, *Bulletin for International Taxation* 2008, 322-336.

¹¹⁷⁵ DE BROE, L., ‘Belgium’s tax treaty policy and the draft Belgian Model Convention’, *Bulletin for International Taxation* 2008, 322-336.

¹¹⁷⁶ DE HAEN, K., *‘Fiscale Transparantie-Een rechtsvergelijkende analyse’*, Kluwer, A.F.T. 2009, p. 301.

¹¹⁷⁷ Artikel 4 van de Wet van 3 juni 2007 houdende instemming met de overeenkomst tussen de regering van het Koninkrijk België en de regering van de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen, ondertekend te Brussel op 27 november 2006, en houdende aanpassing van de Belgische belastingwetgeving aan sommige bepalingen van de genoemde overeenkomst, *Kamer* 2006-2007, Doc. 51 3054/001, 7244, B.S. 9 januari 2008.

scherming van het belastingverdrag te kunnen verzekeren.¹¹⁷⁸ Noteer wel dat de internrechtelijke belastingheffing voor vennootschappen hiermee opzij wordt gezet.¹¹⁷⁹ Nochtans dient opgemerkt te worden dat het beoogde artikel 4 geenszins oplossingen aanbiedt voor alle situaties. Zo merkt DE BROE op dat wanneer een Belgisch inwoner vennoot is in een partnership dat in de organisatiestaat fiscaal transparant is maar voorzien is met rechtspersoonlijkheid, middels de klassieke *lex societatis* leer niet tot gevolg kan hebben dat de inkomsten van het lichaam aan de Belgische vennoot toevloeien.¹¹⁸⁰

Niet enkel in deze context is een spanningsveld waar te nemen tussen de klassieke Belgische *lex societatis*-leer en het Belgische Modelverdrag 2007. Zo is eveneens opgeworpen dat er spanningsvelden kunnen ontstaan wat betreft bepaalde drempels die weergegeven worden in het Belgische Modelverdrag.¹¹⁸¹ Als voorbeeld wordt artikel 10 § 2 a van het Belgische Modelverdrag aangehaald hetwelk stelt dat de bronstaat zich moet onthouden van bronbelasting op dividenden wanneer de uiteindelijk gerechtigde een vennootschap is die fiscaal inwoner is van de andere staat en gedurende minimaal 12 maanden ononderbroken een rechtstreekse deelneming aanhoudt van ten minste 10% in het kapitaal van een decreterende vennootschap. Het volgende voorbeeld wordt hierbij gegeven. Stel dat een fiscaal transparant partnership in land Z 100% van de aandelen van een Belgisch lichaam aanhoudt. Anderzijds houdt ook een vennootschap in staat Z een 7% deelneming in de partnership. Stel dat de Belgische vennootschap een dividend uitkeert, dan stelt zich de vraag wie de uiteindelijk gerechtigde hiervan is. Bij toepassing van artikel 1 § 2 van het Belgische Modelverdrag mag de verdragsanalyse gebeuren op het niveau van de Belgische vennootschap en de vennootschap in staat Z. Mits toepassing van de *lex societatis* leer, komt men naar alle waarschijnlijkheid bij de partnership uit dewelke geen verdragsbescherming kan inroepen wegens haar fiscaal transparant karakter in staat Z. Een gelijkaardige problematiek steekt de kop op in het nieuwe belastingverdrag tussen België en de VS maar deze werden met een aantal admini-

¹¹⁷⁸ BAX, A., MARSOUL, K., CLAES, S., DRAYE, J., 'De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (deel 1)', *A.F.T.* 2007, afl. 6-7, 39-71.

¹¹⁷⁹ BAX, A., 'Goedkeuring van de overeenkomst tussen België en de Verenigde Staten', *Fiscoloog Internationaal*, 281, 1-9.

¹¹⁸⁰ DE BROE, L., 'Belgium's tax treaty policy and the draft Belgian Model Convention', *Bulletin for International Taxation* 2008, 322-336.

¹¹⁸¹ DE HAEN, K., 'Fiscale Transparantie-Een rechtsvergelijkende analyse', Kluwer, 2009, p. 299.

stratieve interpretaties weggewerkt.¹¹⁸² Een vertaling van deze aanpassing kan worden teruggevonden in de ruling van 12 augustus 2008.¹¹⁸³

M.i. is het noodzakelijk dat België – voor doeleinden van artikel 15 Belgische Modelverdrag – een duidelijke keuze maakt tussen de lex societatis-leer of artikel 1 §2 van het Belgische Modelverdrag. De Commissie voor Boekhoudkundige Normen (CBN) stelt daaromtrent dat de rechtspersoonlijkheid van een buitenlands lichaam moet worden beoordeeld naar Belgisch recht.¹¹⁸⁴ Het standpunt van de CBN – dat de lex fori leer verdedigde – kon op heel wat kritiek rekenen.¹¹⁸⁵ PEETERS ziet in de kritiek een bevestiging van de algemene principes: rechtspersoonlijkheid moet worden beoordeeld volgens de lex societatis en vereist een erkenning volgens de door de lex societatis aan dit begrip toegekende inhoud.¹¹⁸⁶ Inmiddels bevat het Belgische Modelverdrag 2010 geen passage meer zoals in artikel 1§2 Belgisch Modelverdrag 2007. Ik zie hier een bevestiging van de lex societatis-leer in. Dat is alleszins een gunstige evolutie. Om redenen die aangehaald zijn in deel I van dit onderzoek wordt namelijk gesteld dat België aansluiting dient te zoeken bij de *lex societatis* leer.¹¹⁸⁷ Het gaat dan om een ‘omkaderde’ autonome verdragsinterpretatie met voorkeur voor de incorporatieleer. Zoals reeds aangehaald heeft het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht inmiddels voorstellen gelanceerd om de incorporatieleer als dominante strekking in te voeren.¹¹⁸⁸

Ook de Belgische Rulingcommissie zal vaak consequent de lex societatis leer toepassen. Hiervan getuigen o.m. enkele rulings die betrekking hadden op de Duitse KG's.¹¹⁸⁹ De fiscale behandeling van een Duitse Kommanditgesellschaft roept vragen op omwille van het hybride karakter van deze entiteit. Hoewel een

¹¹⁸² Memorie van Toelichting bij het verdrag tussen België en de Verenigde Staten, Senaat, 3-2344/1, 26 maart 2007, 10.

¹¹⁸³ Voorafgaande Beslissing nr. 800.197 van 12 augustus 2008.

¹¹⁸⁴ Advies 168/1, besproken door VAN CROMBRUGGE, S., ‘Deelnemingen in buitenlandse vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid», *Fiscoloog*, nr. 456, p. 4-6.

¹¹⁸⁵ DE BROE, L., «Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen», *T.R.V.*, 1995, p. 39; DEBRIER, K., «Hybrid entities from a Belgian perspective», *B.I.B.F.D.*, 1996, p. 306

¹¹⁸⁶ PEETERS, B., ‘*Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden*’, Larcier, 2011, p. 46.

¹¹⁸⁷ In breng nog even in herinnering dat ik er voor gepleit heb dat het vennootschapsrechtelijk karakter van de entiteit haar fiscaal regime bepaalt voor verdragsdoeleinden, ook al is de entiteit in de organisatiestaat fiscaal transparant.

¹¹⁸⁸ Zie ook: GEENS, K. en WYCKAERT, M. e.a., ‘*Beginselen van Belgisch Privaatrecht, IV Verenigingen en Vennootschappen, Deel II De Vennootschap*, Mechelen, Kluwer, 2011, 397-398.

¹¹⁸⁹ Voorafgaande Beslissing van 30 juni 2005, nr. 300.326; Voorafgaande Beslissing 16 februari 2006, nr. 500.190.

KG onder Duits recht niet enkel fiscaal, maar ook juridisch transparant wordt behandeld, heeft ze toch een aantal kenmerken dat in het algemeen wordt geassocieerd met een aparte rechtspersoonlijkheid. Een KG kan immers zelfstandig drager zijn van rechten en verplichtingen. Wanneer een KG, bijvoorbeeld, een onroerend goed verwerft, zal zij in het Duitse kadaster als dusdanig worden vermeld als eigenaar van het goed. Een KG kan eveneens in rechte optreden en voor de rechtbank worden gedaagd.¹¹⁹⁰ De Belgische Minister van Financiën werd in het verleden al geraadpleegd over de Belgische fiscale behandeling van een Duitse KG.¹¹⁹¹ De parlementaire vraag handelde over een Belgische vennootschap die een deelneming in een KG vervreemde en hierbij een winst realiseerde. Aan de minister werd de vraag gesteld of de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid in hoofde van de KG impliceert dat de deelneming moet worden geacht een 'vaste inrichting' te vormen in hoofde van de vennootschap. Met als gevolg dat de winst gemaakt bij de vervreemding belastbaar is in Duitsland en vrijgesteld is in België. In zijn antwoord verwees de Minister van Financiën expliciet naar de behandeling van de KG onder Duits recht. De minister maakte immers een onderscheid naargelang de Belgische vennootschap al dan niet deelgerechtigd is in het vermogen en de reserves van de KG. Indien dit het geval is, wordt de Belgische vennootschap onder Duits recht behandeld als medeondernemer ('*Mitunternehmer*') en zijn de vervreemdingswinsten belastbaar in Duitsland overeenkomstig voormeld artikel 13 § 2 van het verdrag. In het tegenovergestelde geval, mogen de winsten worden belast in België (woonstaat van de vervreemder) overeenkomstig artikel 13 § 3 van het verdrag. Door te verwijzen naar het Duitse interne recht maakte de Minister van Financiën m.i. een correcte toepassing van het *lex societatis* principe.¹¹⁹² Dit beginsel werd ten andere door de Rulingcommissie niet enkel ingeroepen ter beoordeling van de Duitse KG. Ook voor de beoordeling van het fiscaal transparant karakter van een Bermudaanse LP werd de *lex societatis* ingeroepen.¹¹⁹³ Op basis van dezelfde leer, werd besloten tot het fiscaal transparant karakter van een Iers Gemeenschappelijk Fonds.¹¹⁹⁴ Hetzelfde geldt voor de zgn. Australische Unit Trusts. Deze trusts' zijn van het 'fixed' trust type. Een 'fixed trust' is een niet-discretionaire trust waarbij de begunstigde recht heeft op een vast of vooraf

¹¹⁹⁰ HAELTERMAN, A., '*Fiscale Transparantie*', Kalmthout, Biblio, p. 445.

¹¹⁹¹ PV van 18 juni 1991, V & A Senaat, 1990-1991.

¹¹⁹² DHAENE, M., 'Rulingcommissie bevestigt analyse Duitse Kommanditgesellschaft', *Fiscoloog Internationaal* 270, p. 1.

¹¹⁹³ Voorafgaande Beslissing 12 december 2006, nr. 600.465. Voor een bespreking, zie DHAENE, M., 'Rulings over Bermudaanse LP en Iers Gemeenschappelijk Fonds', *Fiscoloog Internationaal* 284, p. 7.

¹¹⁹⁴ Voorafgaande Beslissing van 16 september 2006, nr. 600.269.

bepaald deel van het inkomen en/of kapitaal van de trust. Een 'unit trust' is een 'fixed trust' waarbij de toekenning van het inkomen van de trust aan iedere begunstigde bepaald is door het aantal eenheden ('units') dat de begunstigde bezit. Gelet op het zuiver contractuele karakter van de Unit Trusts, besluit de Rulingcommissie op basis van de *lex societatis* leer tot hun fiscale transparantie.¹¹⁹⁵ In sommige gevallen werd een poging ondernomen om de *lex societatis* leer toe te passen maar stootte men op het gegeven dat de buitenlandse wetgeving onduidelijk was over de rechtspersoonlijkheid van entiteiten. Dat was bijvoorbeeld het geval voor de Deense Kommanditseldkab.¹¹⁹⁶ Om die reden werd dan teruggegrepen naar de *lex fori*. Hetzelfde geldt voor een US General Partnership. Aangezien de *lex societatis* leer geen uitsluitel kon brengen m.b.t. het vraagstuk van de rechtspersoonlijkheid, achtte de rechtspraak de *lex fori* leer van toepassing.¹¹⁹⁷ Wat betreft de US General Partnerships kwam ook de Rulingcommissie tot de conclusie dat deze geen rechtspersoonlijkheid bezit.¹¹⁹⁸

4. Het belastingverdrag met Nederland

4.1. Algemeen

Op 5 juni 2001 hebben België en Nederland een nieuw belastingverdrag getekend.¹¹⁹⁹ Het oude belastingverdrag met Nederland¹²⁰⁰ hanteerde voor doeleinden van het directors-artikel zoals vervat in artikel 16, de termen 'vennootschap op aandelen die inwoner is van België en gecommanditeerde vennoten van een vennootschap bij wijze van geldschieting op aandelen die inwoner is van België'. Zoals hierboven werd aangehaald, was het toepassingsgebied van de lichaamsvormen eng geformuleerd. Dit kan blijken uit de talloze aangehaalde discussies dewelke zich hebben voorgedaan en in hoofdzaak betrekking hadden op het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen en personenvennootschappen.

¹¹⁹⁵ Voorafgaande Beslissing van 7 augustus 2007, nr. 700.287. Voor een bespreking, zie HERMAND, O., 'Ruling bevestigt fiscale transparantie van Australische Unit Trusts', *Fiscoloog Internationaal* 285, p. 1.

¹¹⁹⁶ Voorafgaande Beslissing nr. 500.232

¹¹⁹⁷ Brussel 30 april 1998, *Fiscoloog* 668, p. 9; A.F.T. 1999, 119.

¹¹⁹⁸ Voorafgaande Beslissing nr. 500.198. Voor een bespreking, zie HINNEKENS, PH., 'Rulingcommissie past OESO-Rapport inzake Partnerships toe', *Fiscoloog Internationaal* 265, p. 1.

¹¹⁹⁹ LUST, S., 'Nieuw verdrag tussen België en Nederland ondertekend', *Fiscoloog Internationaal* 211, p. 1.

¹²⁰⁰ Oude belastingverdrag tussen België en Nederland zoals ondertekend op 19 oktober 1970, B.S. 25 september 1971.

Het huidige belastingverdrag met Nederland heeft in artikel 16 geopteerd voor een meer algemeen begrip, namelijk ‘vennootschap’.¹²⁰¹ In artikel 3, 1, c° wordt het begrip ‘vennootschap’ gedefinieerd als: *elke rechtspersoon of elke eenheid die voor de belastingheffing in de verdragsluitende Staat waarvan zij inwoner is, als een rechtspersoon wordt behandeld*. De definitie van het begrip ‘vennootschap’ in het huidige belastingverdrag met Nederland is dus duidelijk ruimer geformuleerd dan de interne Belgische betekenis van het begrip ‘vennootschap’ zoals vervat in artikel 2, 5, a° WIB92. Dit zou op het eerste zicht willen betekenen dat de vennootschap die bedoeld wordt in artikel 16 van het huidige belastingverdrag met Nederland geen winsttoogmerk moet kennen. Dat kan men namelijk niet *a priori* in de verdragstekst lezen. De keuze van de definiëring van het begrip ‘vennootschap’ in het huidige belastingverdrag met Nederland, sluit alleszins wel aan bij het OESO-Modelverdrag alsook bij het Belgische Modelverdrag. Ook in het OESO-Modelverdrag wordt m.i. *de lege lata* geen winstvereiste verwacht om te kwalificeren onder artikel 16. Hetzelfde werd reeds opgemerkt door LEBEGUE in de context van het belastingverdrag tussen België en de VS.¹²⁰² Ik verwijs daarvoor naar deel 1 van dit onderzoek.

De stelling van HUYGHE luidende dat het toepassingsgebied van artikel 16 beperkt wordt door de formulering van de vennootschapsvorm, kan in het huidige belastingverdrag geen verdere toepassing meer vinden.¹²⁰³ Immers, het huidige belastingverdrag kent een ruime formulering van de mandatarissen die beoogd worden in het directors-artikel zodat meer vennootschappen worden beoogd dan enkel diegene die een ‘raad van bestuur’ hebben geïnstalleerd. Door de aansluiting bij de definitie van het OESO-Modelverdrag dient in het verdrag met Nederland bijgevolg een ruime definitie gegeven te worden aan het begrip ‘vennootschap’. Het gaat om elke rechtspersoon of elke eenheid die in de overeenkomst sluitende staat waarvan hij inwoner is, voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld. Er is niet langer sprake van bijvoorbeeld ‘bestuurder van een naamloze vennootschap’. Het vennootschapsorgaan kan m.a.w. het toepassingsgebied van artikel 16 niet meer inperken. Zoals verder zal blijken, is er een ruime categorie van vennootschapsmandatarissen beoogd in artikel 16 van het huidige belastingverdrag met Nederland. Er wordt niet enkel

¹²⁰¹ Artikel 3b omschrijft het begrip ‘persoon’ als een natuurlijk persoon, een vennootschap en elke andere vereniging van personen.

¹²⁰² LEBEGUE, C., ‘Directors’ fees’, in *The new US-Belgium double tax treaty*, VAN DE VIJVER, A. (ed.), Larcier, 2009, p. 333.

¹²⁰³ HUYGHE heeft trouwens gesteld dat omwille van het Volmachtenbesluit van 20 december 1996 dit standpunt bekritisiseerbaar is geworden. Zie HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., ‘Vennootschapsleiding’, in *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, Larcier, 2008, p. 483.

een formeel maar ook een materieel criterium gehanteerd teneinde te kunnen besluiten tot een kwalificerende vennootschapsmandataris. Anderzijds moet men vaststellen dat artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland gebaseerd is op artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen.¹²⁰⁴ Hier voor vind ik steun in de 'gezamenlijke artikelsgewijze toelichting' bij het belastingverdrag, waarin volgende passage voorkomt: 'Jurisprudentie van belastingrechters in België en Nederland heeft met betrekking tot de toepassing van artikel 16 [...] van het [oude] Belgisch-Nederlandse belastingverdrag van 19 oktober 1970 tot onduidelijkheden geleid. De reden is dat de belastingrechters met betrekking tot de in vorenbedoeld artikel 16 gehanteerde uitdrukkingen 'beheerder, bestuurder en commissaris' uit leken te gaan c.q. uitgingen van een formeel criterium, terwijl de bevoegde autoriteiten van België en Nederland uitgingen van een materieel criterium. Teneinde dergelijke onduidelijkheden onder het onderhavige verdrag te voorkomen, is artikel 16 geformuleerd op basis van de Belgische nationale wetgeving met betrekking tot bestuurders c.a.' (*Parl.St. Senaat 2002-2003*, nr. 2-1293/2, 39). Bovendien stelt de toelichting ietwat verder uitdrukkelijk dat artikel 16, § 2 van het verdrag (de tweede categorie van vennootschapsleiders) gebaseerd is op 'artikel 32, eerste lid, ten 2°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992'.¹²⁰⁵ Dit houdt om de redenen die verder in dit onderzoek zullen worden besproken in paragraaf 4.3.4. m.i. per definitie een beperking in van de rechtsvormen die worden beoogd in artikel 16 van het belastingverdrag.

Wat betreft de vennootschapsvormen in Nederland, kan gesteld worden dat artikel 16 in hoofdzaak de Naamloze Vennootschap, de Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid en de Open Commanditaire Vennootschap beoogt. Ook Nederlandse stichtingen en verenigingen kwalificeren principieel onder het begrip 'vennootschappen' indien zij onder artikel 2, lid 1, letter d, van de Wet VPB vallen. De maatschap, de commanditaire vennootschap en de vennootschap onder firma werden in het oude belastingverdrag België - Nederland nog vernoemd in artikel 3 §1, c. Dit is niet meer het geval in het huidige belastingverdrag.¹²⁰⁶ Deze zijn volgens een Belgische circulaire een transparante

¹²⁰⁴ Artikel 32 WIB92' definieert wat dient begrepen te worden onder het begrip 'bedrijfsleider' in het Belgisch fiscaal recht.

¹²⁰⁵ COOLS, A., 'Aanpassing Nederlandse wet aan DBV met België: een maat voor niets?', *Fisc. Int.* 351, p. 5 e.v.

¹²⁰⁶ Dit zou volgens bepaalde rechtsleer een aantal nevengevolgen kunnen hebben. Zo wordt verwezen naar het advies van de Belgische Commissie voor Boekhoudkundige Normen die in het verleden een advies heeft gegeven m.b.t. de boekhoudkundige verwerking van een deelneming in een besloten commanditaire vennootschap naar Nederlands recht. Volgens de commissie moest een

entiteit met als gevolg dat iedere beherende partner voor zijn winstaandeel in de belastingheffing wordt betrokken.¹²⁰⁷ Er is in Nederland een wetsvoorstel¹²⁰⁸ ingediend dat aan de VOF en de CV de mogelijkheid bood rechtspersoonlijkheid te verwerven. Hoewel dit wetsvoorstel geen doorgang heeft gevonden, acht ik de discussie interessant om hier te bespreken. VAN VEEN heeft gesteld dat de meest in het oog springende renovatie bestaat in de creatie van de mogelijkheid dat openbare vennootschappen en commanditaire vennootschappen rechtspersoonlijkheid verwerven.¹²⁰⁹ Het verwerven van rechtspersoonlijkheid kan vanaf het moment van oprichting maar kan evengoed plaatsgrijpen op een later tijdstip. Indien deze vennootschappen vervolgens geopteerd hebben voor rechtspersoonlijkheid, kunnen ze in principe op verdragsniveau kwalificeren als vennootschappen. MEUSSEN heeft er echter op gewezen dat het wetsvoorstel niets zegt over het gegeven dat de rechtspersoonlijkheid de fiscale transparantie zou teniet doen.¹²¹⁰ Uit de memorie van toelichting zou echter blijken dat de Nederlandse Staatsecretaris de intentie heeft om de fiscale transparantie voor openba-

dergelijke deelneming geboekt worden als een participatie en niet als een onverdeeld aandeel in het vermogen van de commanditaire vennootschap. Dit komt dus neer op de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van dergelijke vennootschappen. Dit advies zou volgens HINNEKENS thans ernstig in vraag kunnen worden gesteld (HINNEKENS, PH., 'Belasting van niet-inwoners/vennootschappen: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten', in *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen*, 1992-1993, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen 1993, p. 111). VAN CROMBRUGGE is echter steeds de mening toegedaan dat deze erkenning van rechtspersoonlijkheid in het fiscaal recht doorgang moet vinden (VAN CROMBRUGGE, S., 'Deelnemingen in buitenlandse vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid', *Fiscoloog* nr. 456, p. 4 e.v.). Ook andere auteurs kantten zich tegen het advies. Zo stelde FAES dat het advies een miskenning is van de *lex societatis* (FAES, P., 'Partnerships: commentaar gebonden kwalificaties', *T.F.R.* nr. 190, p. 954). De visie van FAES dient ondersteund te worden. Het vraagstuk moet steeds opgelost worden vanuit de zienswijze waar de incorporatie van de vennootschap is gebeurd. Dit wordt ook bevestigd door het Belgische Hof van Cassatie alsook door bepaalde lagere rechtbanken. Deze zienswijze is alleszins in overeenstemming met de zienswijze van AVERY JONES (AVERY JONES, J.F., 'The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) OECD Model', *British Tax Review* 1984, p. 52). Andere rechtsleer is dan weer een andere mening toegedaan. Zo stelde MORTIER dat de loutere erkenning van de rechtspersoonlijkheid in het buitenland in België voor fiscale doeleinden niet voldoende kan zijn. Diens standpunt leunt dus dicht aan bij dat van de Belgische Commissie voor Boekhoudkundige Normen (MORTIER, F., 'noot bij Brussel 7 november 2002', *De Fiscale Koerier* 2003, 484-490).

¹²⁰⁷ Circ. Nr. AFZ/2002-0097 (AFZ /2003), 14 maart 2003, *Bull. Bel.* 836, 908-1086.

¹²⁰⁸ Voor een overzicht, zie: KADDOURI, A., 'Wet Personenvennootschappen; de stand van zaken', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005/2, p. 53-60.

¹²⁰⁹ VAN VEEN, W.J.M., 'Wetsvoorstel personenvennootschappen: what's new?', *Bb* 10 maart 2003, nr. 5, p. 36.

¹²¹⁰ MEUSSEN, G.T.K., 'Rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen: hoe zit het met de fiscaliteit?' *W.F.R.* 2001/1241.

re vennootschappen met rechtspersoonlijkheid te behouden.¹²¹¹ VAN KEMPEN wijst er echter op dat ondanks deze besprekingen er in het wetsvoorstel noch in de memorie van toelichting duidelijkheid wordt verschaft of de rechtspersoonlijkheid gevolgen zou hebben voor het fiscaal transparant karakter van deze personenvennootschappen.¹²¹² De Nederlandse Raad van State had echter al opgemerkt dat het van groot belang was dat de fiscale gevolgen van het al dan niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan personenvennootschappen van kapitaal belang was.¹²¹³ De memorie van toelichting werd naderhand dan ook aangepast.¹²¹⁴ De oorspronkelijke gedachte om de fiscale transparantie van de openbare vennootschap te handhaven, blijft dus in principe voorhanden. Zoals verder uit dit onderzoek zal blijken, heeft het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland voorzien in een aparte regeling voor hybride entiteiten. Welnu, de regeling m.b.t. hybride entiteiten zoals die opgenomen is in het Protocol bij het huidige belastingverdrag met Nederland, kan m.i. niet toegepast worden op de VOF of de CV die voor Nederlandse doeleinden geopteerd hebben voor rechtspersoonlijkheid. Vooreerst is het wetsvoorstel nooit tot wet verheven, maar quid indien dit wel het geval was geweest? Dat bekijk ik hierna.

Niettemin staande het wetsvoorstel zelf niets zei over het gegeven dat de rechtspersoonlijkheid de fiscale transparantie teniet doet¹²¹⁵, staat duidelijk in de memorie van toelichting dat het de bedoeling is om de fiscale transparantie voor deze vennootschappen te behouden.¹²¹⁶ Dit werd alzo aangevuld – zoals eerder gesteld – nadat de Raad van State had opgemerkt dat het van groot belang was

¹²¹¹ LAMERS, A.W.G. en STEVENS, A.J.A., 'Overige fiscale aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 BW', *W.F.R.* 2003/293.

¹²¹² VAN KEMPEN, M.L.M., 'Het wetsvoorstel Titel 7.13 en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *W.F.R.* 2003/285.

¹²¹³ Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. B, advies van de Raad van State, p. 4.

¹²¹⁴ De kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, MvT, p. 6 voorzien het volgende: 'Voor de goede werking van de voorgestelde vaststelling van Titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek is het wenselijk dat de belastingwetgeving, zoals die op dit moment luidt, op enkele punten wordt aangepast. Concrete voorstellen ter zake zullen worden ingediend in een nog te vervaardigen separaat wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel zal ertoe strekken te regelen dat de beoogde effecten van de civielrechtelijke regeling niet doorkruist worden door fiscale regelgeving. De Staatssecretaris van Financiën is derhalve voornemens de fiscale transparantie met betrekking tot de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten, te handhaven en voor de heffing van de overdrachtsbelasting wel gevolgen te verbinden aan de keuze voor rechtspersoonlijkheid. Dit verschil in benadering is ingegeven door de wens zoveel mogelijk aan te sluiten bij de beoogde civielrechtelijke effecten van het onderhavige wetsvoorstel.'

¹²¹⁵ MEUSSEN, G.T.K., 'Rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen: hoe zit het met de fiscaliteit?' *W.F.R.* 2001/1241; VAN KEMPEN, M.L.M., 'Het wetsvoorstel Titel 7.13 en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *W.F.R.* 2003/285.

¹²¹⁶ LAMERS, A.W.G. en STEVENS, A.J.A., 'Overige fiscale aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 (vennootschap) BW', *W.F.R.* 2003/293.

dat de fiscale gevolgen van het al dan niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de personenvennootschap van kapitaal belang was.¹²¹⁷ De oorspronkelijke gedachte om de fiscale transparantie van openbare vennootschappen te behouden, blijft dus voorhanden. Dat betekent dat deze vennootschappen niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen maar dat de vennoten in beginsel rechtstreeks (in geval van natuurlijke personen) in de inkomstenbelasting worden belast. M.i. kon het Nederlandse wetsvoorstel – indien het wet zou geworden zijn – echter geen doorgang gevonden hebben op bilateraal niveau tussen België en Nederland en wel om twee redenen. Vooreerst schendt een andersluidende mening m.i. de principiële interpretatievoorschriften van belastingverdragen. Artikel 3 §2 van het belastingverdrag stipuleert duidelijk dat *‘voor de toepassing van het verdrag op enig ogenblik door een verdragsluitende Staat heeft, tenzij de context anders vereist, elke daarin niet omschreven uitdrukking de betekenis welke die uitdrukking op dat ogenblik heeft volgens de wetgeving van die Staat met betrekking tot de belastingen waarop het verdrag van toepassing is’*. Men dient dus te onderkennen dat deze aangepaste regeling m.b.t. de personenvennootschappen tot stand is gekomen na het sluiten van het nieuwe belastingverdrag met Nederland en dus – indien zij in strijd is met de context ervan – geen effect kan hebben. Anderzijds wordt in dit onderzoek verdedigd dat de zgn. *lex societatis* leer doorgang dient te vinden. M.a.w., indien het vennootschapsrecht van de organiserende staat rechtspersoonlijkheid toekent aan een entiteit, dient de staat alwaar de vennootschapsmandataris inwoner is, deze rechtspersoonlijkheid te erkennen en dit los van het eventueel fiscaal transparant karakter ervan. De visie van BOOIJ zou dus geenszins gevolgd kunnen worden.¹²¹⁸ Deze auteur stelde voor om naar het voorbeeld van de VS een zgn. systeem van check the box in te voeren waardoor de onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting niet alleen afhankelijk is van het antwoord op de vraag of het lichaam rechtspersoonlijkheid heeft en een onderneming drijft, maar veeleer afhangt van de wijze waarop de vennootschapsrechtelijke structuur van de vennootschap is georgani-

¹²¹⁷ Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. B, advies Raad van State, p. 4. De memorie van toelichting werd aanleiding van dit advies aangevuld met de volgende passage: *‘Voor de goede werking van de voorgestelde vaststelling van Titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek is het wenselijk dat de belastingwetgeving, zoals die op dit moment luidt, op enkele punten wordt aangepast. Concrete voorstellen ter zake zullen worden ingediend in een nog te vervaardigen separaat wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel zal ertoe strekken te regelen dat de beoogde effecten van de civielrechtelijke regeling niet doorkruist worden door fiscale regelgeving. De Staatsecretaris van Financiën is derhalve voornemens de fiscale transparantie met betrekking tot de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, voor personenvennootschappen, ongeacht of zij wel of geen rechtspersoonlijkheid bezitten, te handhaven en voor de heffing van de overdrachtsbelasting wel gevolgen te verbinden aan de keuze van de rechtspersoonlijkheid. Dit verschil in benadering is ingegeven door de wens zoveel mogelijk aan te sluiten bij de civielrechtelijke effecten van het onderhavige wetsvoorstel’*.

¹²¹⁸ BOOIJ, J.A., ‘Fiscale consequenties van het wetsvoorstel rechtspersoonlijkheid personenvennootschappen’, W.F.R. 2002/1128.

seerd. De wetgever dient dus volgens de auteur objectieve criteria¹²¹⁹ voorop te stellen op grond waarvan een entiteit onderworpen is aan de vennootschapsbelasting.

Het Protocol bij het belastingverdrag met Nederland voorziet ook in een specifieke regeling omtrent vennootschappen *in oprichting*.¹²²⁰ Er wordt bepaald dat indien een onderneming of zelfstandig beroep wordt omgezet in een vennootschap, de inkomsten uit werkzaamheden voor die vennootschap in oprichting toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting of de vaste basis onder artikel 15 of 16 van het belastingverdrag. Met sommige auteurs ben ik het eens dat deze bepaling onduidelijk is en weinig praktisch nut heeft. Zo zal er namelijk geen verschil zijn in de heffingsbevoegdheid indien artikel 15 of 16 van toepassing is.¹²²¹ In de beide gevallen is namelijk de staat waar de vaste inrichting is gevestigd heffingsbevoegd. KAVELAARS heeft gepoogd deze onduidelijke regeling te verduidelijken. Hij stelt dat de verdragsstaten hebben willen duidelijk maken dat diegenen die directeur zijn van hun eigen vennootschap in oprichting onder het toepassingsgebied van artikel 15 of 16 vallen.¹²²² Deze visie lijkt mij zeer plausibel en heeft ook een praktisch nut.

4.2. Hybride entiteiten

Het belastingverdrag met Nederland kent een regeling voor de zgn. hybride entiteiten.¹²²³ *In casu* gaat het om een lichaam dat in de ene verdragsstaat als zodanig aan belasting is onderworpen maar in de andere staat als fiscaal transparant wordt aanzien. In de eerste verdragsstaat wordt het inkomen van het lichaam als een onderscheiden vermogen belast. In de tweede staat wordt het inkomen van het lichaam als een inkomen van de gerechtigden ervan belast. Een dergelijke verschillende fiscale behandeling kan aanleiding geven tot internationale dubbele belasting dan wel tot internationale dubbele vrijstelling. Omdat Nederland – in tegenstelling tot België – een voorbehoud heeft geformuleerd bij het OESO Partnership Rapport¹²²⁴ en hieruitvolgend voorbehoud tegen het

¹²¹⁹ Men spreekt in dat verband van ‘corporate characteristics’.

¹²²⁰ Nummer 20b Protocol I

¹²²¹ VANHAUTE, P. & VAN KEIRSBIJCK; M., *Het nieuw Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, Larcier, p. 372.

¹²²² KAVELAARS, P., ‘Het nieuwe verdrag met België’, *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, juli 2001, p. 2.

¹²²³ Punt 2 van het Protocol.

¹²²⁴ Zie onderdeel 20-24 van bijlage II bij het OESO Partnership rapport. Zie ook: HINNEKENS, P., ‘OESO-Rapport inzake toepassing van het OESO-Modelverdrag op Partnerships en de door België gesloten dubbelbelastingverdragen. Toetsing aan de hand van het nieuwe verdrag tussen België en Nederland’, in *Liber Amicorum L. Hinnekens*, Brussel, Bruylant, 2002, 245.

gewijzigde OESO-Commentaar¹²²⁵, hebben België en Nederland het wenselijk geacht om eventuele conflicten van subjectieve kwalificatie zelf te regelen. Nederland maakte een voorbehoud bij het OESO-Partnership Rapport en het gewijzigde OESO-Commentaar omdat de conclusies van het Rapport niet altijd een voldoende wettelijke basis vinden in de tekst van de verdragsbepalingen, de oplossingen voorgesteld in het Rapport mogelijkerwijze een aanpassing van het Nederlands interne recht vereisen, en het geen alomvattende oplossing voor alle mogelijke situaties van juridische of economische internationale dubbele belasting of niet belasting van partnerships omvat.¹²²⁶ Nederland heeft aan de OESO ten andere ter kennis gebracht zelf te werken aan oplossingen.¹²²⁷

Het Protocol bij het belastingverdrag tussen België en Nederland, moet dan ook in dit licht worden gezien. Het Protocol bij het belastingverdrag heeft namelijk een regeling uitgewerkt hetwelk veronderstelt dat de betrokken vennoten in hun woonplaatsstaat reeds geacht worden te zijn belast op hun aandeel in het inkomen van de hybride entiteit dat afkomstig is van de andere verdragsstaat zodat zij zich kunnen beroepen op de maatregelen tot vermijding of vermindering van internationale dubbele belasting.¹²²⁸ Een mogelijke toepassing van de voorliggende problematiek (weliswaar niet in toepassing van het belastingverdrag met Nederland), is het zgn. Prince de Ligne-arrest hetwelk handelde over de deelbewijzen die werden aangehouden door Belgische vennoten in een Franse société civile immobilière (SCI) die weliswaar rechtspersoonlijkheid heeft maar fiscaal transparant is in Frankrijk.¹²²⁹ Het hof van beroep van Brussel – die de leer van de *lex societatis* toepaste – stelde dat de SCI als een vennootschap diende behandeld te worden aangezien het onder Frans recht rechtspersoonlijkheid had. Om die reden was het hof van beroep van mening dat de SCI en dus niet haar Belgische partners getaxeerd dienden te worden op het onroerend inkomen.¹²³⁰ Een gelijkaardig vraagstuk werd nadien opnieuw behandeld voor het hof van beroep

¹²²⁵ Par. 27 van het OESO-Commentaar op artikel 1 OESO. Voor een bespreking, zie PÖTGENS, F.P.G. en DE HEER, L.J., 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *W.F.R.* 6870, p. 1024 e.v.; STEVENS, A.J.A., 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', *M.B.B.* 2010, nr. 4, p. 140.

¹²²⁶ DE HAEN, K., 'Fiscale transparantie-een rechtsvergelijkende analyse', Kluwer, 2009, p. 184.

¹²²⁷ PEETERS, B., 'Het nieuwe Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag', Gent, Larcier, 2002, nr. 3.28.

¹²²⁸ Voor een uitgebreide bespreking, zie HINNEKENS, L., 'Fiscaal transparante entiteiten onder het nieuwe verdrag', *Fisc. Int.* nr. 215, p. 5 e.v.

¹²²⁹ Zodoende behoort het maatschappelijk vermogen toe aan de vennootschap en is het niet onverdeeld tussen de vennoten. Zie voor een verdere bespreking: PLANIOL, M., RIPERT, G. & BOU-LANGER, J., 'Traité élémentaire de droit civile', t, II, nrs. 3038 et 3059.

¹²³⁰ Brussel 4 juni 1974, *J.D.F.* 1975, 82.

van Brussel.¹²³¹ Het hof van beroep was van mening dat de toekenningen aan de Belgische vennoten als een dividend diende beschouwd te worden maar zag zijn arrest vernietigd worden door het Belgische Hof van Cassatie.¹²³² Het Hof van Cassatie kwalificeerde het inkomen daarvoor eerst onder het Franse interne recht als een onroerend inkomen en beschouwde deze kwalificatie als bindend voor België. Sommige auteurs¹²³³ hebben erop gewezen dat de interpretatie door het hof van cassatie in overeenstemming is met de visie van bepaalde internationale rechtsleer¹²³⁴ alsook met het OESO-Commentaar op artikel 23.¹²³⁵ Om die reden werd tevens gesteld dat het merkwaardig is dat het initiële arrest geen toepassing heeft gemaakt van het gewijzigde OESO-commentaar.¹²³⁶ De Belgische Minister van Financiën heeft echter laten verstaan dat de inkomsten uit een Franse SCI in hoofde van de vennoten wel degelijk dienen beschouwd te worden als dividenden.¹²³⁷

Het Protocol waakt er eveneens over dat hybride entiteiten verdragsgerechtigd zijn.¹²³⁸ Indien een lichaam in de ene staat fiscaal transparant is maar als 'vennootschap' wordt behandeld in de andere staat, dan kan het lichaam de laatstgenoemde staat verzoeken jegens haar de verdragsbepalingen toe te passen in de mate dat deze toegepast hadden moeten worden indien de gerechtigden tot het lichaam, ieder voor hun aandeel het inkomen en het vermogen rechtstreeks zouden hebben genoten, respectievelijk bezaten. De nieuwe regeling van het Protocol komt neer op een keuzemogelijkheid: de partnership kan de verdrags-

¹²³¹ Brussel 7 november 2002, *F.J.F.* 2003/128. Dit arrest werd goedgekeurd door DOCCLO die er meteen aan toevoegde dat er geen sprake is van dubbele belasting aangezien de in België belaste inkomsten in hoofde van de vennoten dividenden zijn terwijl de belasting op de onroerende inkomsten die in Frankrijk worden betaald een belasting is dewelke verschuldigd is door de SCI (zie DOCCLO, C., 'noot onder Brussel 7 november 2002, *J.D.F.*, p. 342 e.v.

¹²³² Cass. 2 december 2004, *T.F.R.* 312, p. 981.

¹²³³ VAN DE VIJVER, A. & VAN ZANDWEGHE, M., 'Distributions by French Société Civile Immobilière Tax Exempt in Belgium', *European Taxation* 2005, p. 209-210.

¹²³⁴ AVERY JONES, J.F., 'The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) OECD Model', *British Tax Review* 1984, p. 52.

¹²³⁵ Nr. 32/3 van de OESO-commentaar op artikel 23 zegt namelijk het volgende: '*Where due to differences in the domestic law between the state of source and the state of residence, the former applies, with respect to a particular item of income or capital, provisions of the convention that are different from those that the state of residence would have applied to the same item of income or capital, the income is still being taxed in accordance with the provisions of the convention, as interpreted and applied by the state of source. In such a case, therefore, the two articles require that relief from double taxation be granted by the state of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law.*'

¹²³⁶ HINNEKENS, P., 'Nieuw arrest inzake Franse Société Civile Immobilière. Toetsing aan internationaalrechtelijke fiscale ontwikkelingen', *Fisc. Int.* nr. 237, p. 9 e.v.

¹²³⁷ PV nr. 1067 van de heer D. VAN DER MAELEN van 11 januari 2006, *QRVA* 51 108, p. 20183. Voor een verdere bespreking, zie CLAES, W., 'Het arrest van het Hof van Cassatie over Franse SCI's in het licht van het OESO-rapport betreffende partnerships', *T.F.R.* nr. 312, p. 981 e.v.

¹²³⁸ Zie Punt 4, b van Protocol I bij het belastingverdrag tussen België en Nederland van 5 juni 2001.

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

sluitende staat die het als niet-transparant behandelt, verzoeken om bepaalde verdragsbepalingen toe te passen in de mate waarin die hadden moeten worden toegepast indien de gerechtigden in het vermogen van het lichaam het inkomen en het vermogen van dat lichaam, ieder voor zijn aandeel, rechtstreeks hebben genoten dan wel hebben bezeten. De verdragspolitiek van België wordt door heel wat auteurs ondersteund.¹²³⁹ Er wordt wel de nadruk op gelegd dat het verschil tussen het Protocol en het OESO-Partnership Rapport luidt dat in het Protocol de partnership zelf de mogelijkheid heeft om verdragsbepalingen te laten gelden ten behoeve van de achterliggende vennoten.¹²⁴⁰

4.3. De gezamenlijke artikelsgewijze toelichting en het belastingverdrag met Nederland

4.3.1. Algemeen

De Belgische en de Nederlandse belastingdienst hebben een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting opgesteld bij het huidige belastingverdrag. Er dient onderzocht te worden in welke mate deze toelichting van belang kan zijn voor de beoogde vennootschapsvormen in het directorsartikel. Om die reden wordt er uitvoerig op ingegaan.

Men vindt deze toelichting o.a. terug bij de memorie van toelichting die neergelegd werd in het Nederlandse parlement in het kader van de goedkeuringswet van het huidige belastingverdrag.¹²⁴¹ Deze gezamenlijke toelichting was reeds als actiepoint terug te vinden in de beleidsnota van de Nederlandse regering voor situaties wanneer er verdragsbepalingen zijn of interpretaties die afwijken van het OESO-Modelverdrag. Tot dusver was dit niet haalbaar gebleken voor de Nederlandse fiscus. Op dat punt betekende de gezamenlijke toelichting dus een primeur.

De status van deze gezamenlijke artikelsgewijze toelichting, werd door sommige instanties in vraag gesteld. Zo vroeg de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs zich openlijk af of deze toelichting niet te verregaand was. Het valt de Orde namelijk op dat de toelichting op diverse onderdelen een ruimere uitleg geeft aan de letterlijke verdragsbepalingen dan deze bepalingen zelf. Zo wordt als voorbeeld aangehaald dat artikel 18 opmerkt dat onder het begrip 'uitbetalen'

¹²³⁹ RUSSO, R., 'Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Direct Tax Directives', *E.T.* 2006, 478-486.

¹²⁴⁰ FIBBE, G., & ISENBAERT, M., 'The new partnership approach in the 2003 Belgium-Netherlands Tax Treaty', *Intertax* 2004, 159.

¹²⁴¹ Men kan deze elektronisch terugvinden via www.minfin.nl/CDV02-672.DOC

tevens lijkt te vallen de overdracht van pensioenaanspraken. De Orde verkiest toch de letterlijke tekst van de wet.¹²⁴² Echter, zowel de Nederlandse Staatssecretaris¹²⁴³ als bepaalde auteurs¹²⁴⁴ aanvaarden dat deze toelichting tot de context van het huidige belastingverdrag met Nederland behoort. Ook naar mijn mening behoort dergelijke toelichting tot de context van het belastingverdrag en wel om volgende redenen.¹²⁴⁵ Vooreerst wordt daartoe ingegaan op de betekenis van het begrip 'context'.

Als basis geldt dat indien een term niet wordt gedefinieerd in het belastingverdrag, de context bij het belastingverdrag primeert voor de invulling van de term boven de invulling op basis van het interne recht van de bronstaat.¹²⁴⁶ De context is dus per definitie een voorrangregeling (noteer dat het belastingverdrag met Nederland niet spreekt van het begrip 'zinsverband').¹²⁴⁷ Slechts indien geen oplossing kan gevonden worden op internationaal niveau, dient naar een betekenis gezocht te worden op nationaal niveau. Een aantal auteurs¹²⁴⁸ is van mening dat voor interpretatiedoeleinden van een niet gedefinieerde term, eerst verwezen wordt naar het interne recht van de verdragstoepassende staat. Als daar een betekenis kan worden vastgesteld, wordt vervolgens nagegaan of de context een andere betekenis vereist.¹²⁴⁹ Andere auteurs kennen meer belang toe

¹²⁴² Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB), nr. 28.259 van 26 juni 2002.

¹²⁴³ Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 259, nr. 6, p. 2.

¹²⁴⁴ VAN ELDONK, H.E.P.J. & PÖTGENS, F., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998/1517.

¹²⁴⁵ COOLS, A., 'Aanpassing Nederlandse wet aan DBV met België: een maat voor niets?', *Fisc. Int.* 351, p. 5; COOLS, A., 'De context bepaalt mee de interpretatie van een verdrag', *Int. Fisc. Act.* 2011/5.

¹²⁴⁶ Artikel 3 §2 OESO

¹²⁴⁷ HUYGHE merkt op dat het begrip 'zinsverband' enger is dan het begrip 'context'. Het begrip context omvat de gemeenschappelijke bedoeling van de beide verdragsstaten bij de ondertekening van het belastingverdrag, de onderlinge samenhang van de verdragsbepalingen, het artikel van het verdrag waarin het begrip voorkomt evenals de betekenis en de interpretatie van het begrip in de interne wetgeving van de andere verdragsstaat. Daarentegen betekent het begrip 'zinsverband' het verband met de omringende tekst. Daardoor stelt HUYGHE dat het begrip 'zinsverband' slechts naar bepaalde facetten verwijst van het begrip 'context' (zie HUYGHE, A., 'De kwalificatie van vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid onder de dubbelbelastingverdragen', *T.F.R.* 177, p. 241). Dezelfde visie wordt ondersteund door ENGELEN (ENGELEN, F.A., 'Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk: driemaal is nog geen scheepsrecht! Een waarschuwing aan het adres van de Nederlandse verdragsonderhandelaars', *W.F.R.* 1999/649).

¹²⁴⁸ Voor een overzicht zie REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, p. 458 e.v.; CASTRO, R.T., 'When does the context otherwise require in article 3 of the OECD Model Convention', *Intertax*, 2014, p. 709 e.v.

¹²⁴⁹ DE BROE, L., 'International tax planning and prevention of abuse. A study under domestic tax law, tax treaties and EC Law in relation to conduit and base companies', Amsterdam, IBFD, 2008, 277.

aan de context.¹²⁵⁰ Er bestaat dus geen éénsgezindheid over het onderwerp hetwelk kan toegeschreven worden aan een onduidelijke invulling van het begrip 'require'. Echter, uit heel wat rechtspraak van het Bundesfinanzhof¹²⁵¹, blijkt dat een verdragautonome interpretatie moet worden nagestreefd. Ik heb mij daar ook uitdrukkelijk bij aangesloten. Bij een verdragautonome verdragsinterpretatie moet er slechts subsidiair worden verwezen naar het nationale recht. Als er dus een context voorhanden is, kan men stellen dat dit een verdragautonome interpretatie met zich brengt.

De interpretatiemethode luidende dat de context van een belastingverdrag belangrijker is dan de betekenis binnen de nationale rechtsorden – mag echter niet tot gevolg hebben dat een verdrag also wordt uitgelegd dat het in zijn geheel geen effect heeft. Dit is namelijk een algemeen aanvaard principe hetgeen vervat zit in het adagium 'ut res magis valeat quam pereat'. De voorrangsrol dewelke ik toemeet aan de context van een belastingverdrag, werd eerder al door sommige internationale auteurs naar voren geschoven.¹²⁵² Ook bijvoorbeeld DEBATIN houdt deze visie erop na.¹²⁵³

Indien de voorrangsrol van de context dan vaststaat, dient vervolgens nagegaan te worden wat precies wordt verstaan onder het begrip 'context'. Dit begrip wordt namelijk niet gedefinieerd in het OESO-Modelverdrag. De OESO gaat er van uit dat de context o.a. wordt bepaald door de bedoeling van de staten op het ogenblik van de ondertekening van het verdrag. Het OESO-Commentaar bevat hieromtrent het volgende: '*the context is constituted in particular by the intention of the contracting states when signing the convention as well as the meaning given to the term in question in the legislation of the other contracting state*'. M.i. sluit het begrip context in de zin van artikel 3(2) OESO aan bij de bepalingen van het Verdrag van Wenen. Om dit te duiden is het vooreerst van belang om de relatie tussen artikel 3 (2) OESO en de interpretatiemethode van de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen scherp te stellen. Het wordt gemeenzaam aangenomen dat artikel 3 (2) OESO *lex specialis* is t.o.v. de artikelen 31 en 32 verdrag van Wenen.¹²⁵⁴ In de

¹²⁵⁰ HEINRICH, J. en MORITZ, H., 'Interpretation of tax treaties', *E.T.* 2000, 149; JANSEN, T. en DE VOS, P., '*Handboek Internationaal en Europees Belastingrecht*', Antwerpen, Intersentia, 2006, 109.

¹²⁵¹ BFH BsTbL, II, 5 (1986), BFH 160, 513, 515 (1990), BFH BsTbL, II, 15, (1997)

¹²⁵² KOCH, F.E., '*The double Taxation Conventions*', 1947, p. 55; TEICHNER, K., '*Internationales Steuerrecht*', 1967, p. 147, TIXIER, G, GEST, G. & KEROGUES, J., '*Droit Fiscal International*', 1979, nr. 417.

¹²⁵³ DEBATIN, H., 'Auslegungsmaximen zum internationalen Steuerrecht', Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, december 1969.

¹²⁵⁴ ENGELN, F., '*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*', IBFD, 2004, 10.10.2;

visie van ENGELEN en STEVENS zullen de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen maar aan de orde zijn indien het interpretatievoorschrift van artikel 3 (2) OESO niet van toepassing is.¹²⁵⁵ SHANNON oordeelde op zijn beurt dat 'article 3 (2) is a special rule of interpretation with respect to the general rules of interpretation of the Vienna Convention and has priority over those rules'.¹²⁵⁶ LANG stelde dan weer dat 'article 3 (2) by and large only repeats the otherwise applicable rules on treaty interpretation and can therefore be omitted'.¹²⁵⁷

In mijn visie zijn de bepalingen uit het Verdrag van Wenen een *minimum minimales* ter definiëring van het begrip. Artikel 3 (2) OESO is ook een verdragsartikel zodat de artikelen 31 en 32 Verdrag van Wenen op hun beurt daarop ook van toepassing zijn.¹²⁵⁸ Of zoals DE BROE het verwoordde: 'Article 3 (2) must not be interpreted in a vacuum. Its interpretation itself is subject to the general rule of interpretation of article 31 Vienna Convention.'¹²⁵⁹

Wat heeft dit dan tot gevolg voor de invulling van het begrip 'context'? In artikel 31 (2) van het Verdrag van Wenen, gaat het naast de tekst van het verdrag, de preambule en eventuele protocollen, om aanvullende overeenkomsten en akten die partijen overeen zijn gekomen. In het derde lid wordt de context nog verder uitgebreid met nadien overeengekomen afspraken tussen de verdragspartijen. Een context van een belastingverdrag kan echter verder gaan dan hetgeen genoemd is in het Verdrag van Wenen. Dat is eigenlijk evident als men in acht neemt dat het Verdrag van Wenen verder stelt dat verdragen te goeder trouw moeten worden uitgelegd. Ik ben aldus van mening dat de context mede dient bepaald te worden door de artikelen 31-33 van het Verdrag van Wenen maar hierdoor geenszins is beperkt. Ook FITZMAURICE verwoordde het treffend: '*An agreed interpretation provides context wherever it is found.*'¹²⁶⁰ Eenzelfde visie

ENGELEN, F.A en STEVENS, A.J.A., 'De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België', *M.B.B.* 2003, p. 115.

¹²⁵⁵ Dat is volgens de Hoge Raad het geval indien een in een verdrag niet nader omschreven uitdrukking in de nationale belastingwetgeving van de verdragstoepassende staat niet in een vergelijkbare context wordt gebruikt. Zie HR 21 februari 2003, *V-N* 2003/13.9.

¹²⁵⁶ SHANNON, H., 'US income tax treaties, reference to domestic law for the meaning of undefined terms', *Intertax*, 1989, p. 455.

¹²⁵⁷ LANG, M., 'Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht, Das neue Musterabkommen der OECD', Vienna, Linde Verlag, 1994, p. 35.

¹²⁵⁸ WATTEL, P. en MARRES, O., 'Characterization of fictitious income under OECD patterned tax treaties', *European Taxation* 2003, 70. In dezelfde zin: DE BROE, L. en NEYT, R., in 'The new US-Belgium Double Tax Treaty. A Belgian and EU Perspective', Larcier, 2009, p. 56.

¹²⁵⁹ DE BROE, L. en NEYT, R., in 'The new US-Belgium Double Tax Treaty. A Belgian and EU Perspective', Larcier, 2009, p. 61.

¹²⁶⁰ FITZMAURICE, G., 'The law and procedure of the International Court of Justice', 28 *British Yearbook of International Law*, 1951, p. 13.

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

komt ook terug bij VAN RAAD die poneerde dat het begrip context niet mag worden beperkt tot de verdragsartikelen maar tevens strekt tot de preambule, protocollen en andere gemeenschappelijke stukken welke in verband met het verdrag zijn gebracht.¹²⁶¹

Een ruime invulling van het begrip 'context', wordt te meer gesteund door de historie van belastingverdragen. Immers, het begrip 'unless the context otherwise requires' zoals gebruikt in artikel 3 (2) OESO, is historisch een product van de Engelse rechtspraak en wordt daar reeds gebruikt vanaf de 19 de eeuw. Onder het Engelse recht heeft het begrip 'context' een vele bredere betekenis dan hetgeen vervat zit in het Verdrag van Wenen. Zo sluit het o.m. relevante rechtspraak in alsook parlementaire voorbereidingswerken.¹²⁶² Bepaalde arresten van het International Court of Justice onderschrijven deze visie en hielden rekening met andere bronnen dan enkel diegenen die vermeld stonden in artikel 31 van het Verdrag van Wenen.¹²⁶³

De ruime interpretatie dewelke ik aan het begrip 'context' toeken, wens ik te benoemen als een 'natuurlijke context' van een belastingverdrag. De natuurlijke context van een belastingverdrag is elke overeenstemming die werd bereikt door verdragspartijen en niet wordt beperkt door de context van het Verdrag van Wenen. De enige beperking die hieraan gesteld kan worden, is het voorwerp en het doel van een belastingverdrag. De context moet m.a.w. het voorwerp en het doel van een belastingverdrag kunnen dienen. Mijn visie is een aanvulling op een terminologische vondst van VAN BRUNSCHOT die ook lijkt uit te gaan van het hogere doel van belastingverdragen, zijnde dubbele belasting of dubbele vrijstelling vermijden. In zijn visie schept het doel van een belastingverdrag de *ultieme* context.¹²⁶⁴ Op die manier worden dus twee begrippen geïntroduceerd: de natuurlijke en de ultieme context.

¹²⁶¹ VAN RAAD, C., 'Interpretatie van belastingverdragen', *M.B.B.* 1978/49.

¹²⁶² SHANNON, H., 'United States income tax treaties: reference to domestic law for the meaning of undefined terms', *Intertax*, 1989/11, 459.

¹²⁶³ Voor een bespreking, zie VAN DER BRUGGEN, E., 'Unless the Vienna convention otherwise requires: notes on the relationship between article 3 (2) of the OECD Model Tax Convention and articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the law of treaties', *European Taxation* 2003, p. 147.

¹²⁶⁴ VAN BRUNSCHOT, F., 'The judiciary and the OECD Model Tax Convention and its commentaries', *Bulletin*, 2005, p. 8.

4.3.2. Is de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting een context?

Er zijn zeer sterke argumenten voorhanden om te stellen dat de artikelsgewijze toelichting bij het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland tot de *natuurlijke* context van het verdrag behoort.

In de gezamenlijke toelichting bij het belastingverdrag tussen België en Nederland wordt – zoals reeds geponeerd – gesteld dat het Belgische artikel 32 WIB92 (bedrijfsleidersartikel) als basis heeft gediend voor artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland. De volgende parlementaire toelichting voorziet namelijk letterlijk het volgende: *‘Jurisprudentie van belastingrechters in België en Nederland heeft met betrekking tot de toepassing van artikel 16 [...] van het [oude] Belgisch-Nederlandse belastingverdrag van 19 oktober 1970 tot onduidelijkheden geleid. De reden is dat de belastingrechters met betrekking tot de in vorenbedoeld artikel 16 gehanteerde uitdrukkingen ‘beheerder, bestuurder en commissaris’ uit leken te gaan c.q. uitgingen van een formeel criterium, terwijl de bevoegde autoriteiten van België en Nederland uitgingen van een materieel criterium. Teneinde dergelijke onduidelijkheden onder het onderhavige verdrag te voorkomen, is artikel 16 geformuleerd op basis van de Belgische nationale wetgeving met betrekking tot bestuurders c.a.’ (Parl.St. Senaat 2002-2003, nr. 2-1293/2, 39).* Bovendien stelt de toelichting ietwat verder uitdrukkelijk dat art. 16, § 2 van het verdrag (de tweede categorie van vennootschapsleiders) gebaseerd is op ‘artikel 32, eerste lid, ten 2°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

Ook MOESKOPS kwam reeds eerder tot deze conclusie.¹²⁶⁵ Hij stelde dat omwille van de grote gelijkheid tussen artikel 16 van het belastingverdrag en artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen, voor de analyse van het toepassingsgebied, de interpretatie die het Belgische interne fiscale recht geeft, moet gevolgd worden. Verdere duiding hoe dit dan precies dient te gebeuren, werd echter niet gegeven.

Niettegenstaande sommige Nederlandse auteurs van mening zijn dat het Belgische begrippenkader niet bindend is voor Nederland, wordt in de gezamenlijke toelichting wel duidelijk verwezen naar artikel 32 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen. PÖTGENS heeft hieromtrent gesteld dat indien de verdragsluitende staten zouden gewild hebben dat de uitleg rond artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen van toepassing zou geweest zijn

¹²⁶⁵ MOESKOPS, C., ‘Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland’, *A.F.T.* november 2002, p. 426.

voor de beide contracterende partijen, dit expliciet zou genotuleerd zijn.¹²⁶⁶ Welnu, zoals ik heb aangetoond, is dat expliciet genotuleerd. Volgens PÖTGENS heeft Nederland echter het recht om de termen gehanteerd in de artikelen 16, par. 1 en 2 van het belastingverdrag zelfstandig en met behulp van het eigen interne recht te interpreteren. Zodra de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting gepubliceerd werd, heeft PÖTGENS deze visie verfiind. In zijn bijdrage stelt de auteur zich de vraag of de verwijzing naar artikel 32 WIB92 zo mag worden opgevat dat zij daarmee de in dit wetsartikel voorgestane uitleg alles bepalend is voor doeleinden van artikel 16 §1 en 2 van het belastingverdrag.¹²⁶⁷ Dat is volgens deze auteur niet het geval aangezien de Belgische termen niet nader gedefinieerd zijn. Daarom kan volgens de auteur worden aangenomen dat de uitleg naar Belgisch recht één van de elementen is die bij de interpretatie van de in de artikelen 16 §1 en 2 belastingverdrag gebezigde begrippen een rol kan spelen, maar die niet alleen doorslaggevend is.

Hiermee ben ik het oneens om de genoemde redenen. In de Nederlandse parlementaire voorbereidingswerken¹²⁶⁸ vind ik verder een verklaring voor dit gegeven. Zo wordt gesteld dat de Belgische nationale fiscale wetgeving zowel een formeel als een materieel bestuurdersbegrip (waarbij de uitdrukking bestuurder ruim moet worden opgevat, namelijk als lid van de vennootschapsleiding) kent. Bij de toepassing van artikel 16 van het Verdrag 1970 kan als gevolg van de jurisprudentie slechts een *formeel* bestuurdersbegrip worden gehanteerd.¹²⁶⁹ De consequentie hiervan is dat zich met betrekking tot bestuurdersbeloningen c.a. in de praktijk situaties van dubbele belasting respectievelijk dubbele vrijstelling voordoen. Als voorbeeld wordt de situatie van een werkend vennoot (thans ook bedrijfsleider genoemd) genoemd. Volgens Belgische maatstaven valt deze vennoot op grond van materiële criteria onder de werking van de bestuurdersbepalingen in het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992. Vanwege die materiële criteria is op de werkende vennoot artikel 16 van het Verdrag 1970 niet van toepassing. Bovendien is vanuit Belgisch perspectief artikel 15 van dit verdrag op

¹²⁶⁶ PÖTGENS, F.P.G., *l.c.*, 4.1.1.

¹²⁶⁷ PÖTGENS, F.P.G., 'Nogmaals art. 15 en 16 belastingverdrag met België: inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking', *M.B.B.* 2003/4, p. 145.

¹²⁶⁸ Bijlage bij nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 28259 (Goedkeuringswet Nederlands-Belgische belastingverdrag van 5 juni 2001, *Trb.* 2001/136)

¹²⁶⁹ Via het 'Belastingplan 2013' breidde Nederland de belastingplicht van buitenlandse lichamen uit wat bestuurdersbeloningen betreft: naast beloningen voor het 'formele' bestuurderschap, kan Nederland daardoor voortaan ook belasting heffen over beloningen voor 'materiële' bestuurswerkzaamheden of 'managementdiensten' verricht voor een in Nederland gevestigd lichaam. De Nederlandse wetgever heeft de uitbreiding doorgevoerd met hoofdzakelijk Belgische management-BVBA's in het achterhoofd.

hem niet van toepassing, omdat hij naar Belgische maatstaven zijn werkzaamheden niet in dienstbetrekking verricht. Consequentie hiervan is dat de werkende vennoot vanuit Belgisch perspectief onder de werking van artikel 22 (restartikel) valt. Vanuit Nederlands perspectief valt de werkende vennoot, gelet op de Nederlandse opvatting over het gesloten systeem van de artikelen 15 tot en met 21 van het oude belastingverdrag, onder artikel 15 of 16. De parlementaire werken stellen dat een dergelijke problematiek binnen deze context niet kan worden opgelost met een bepaling die in hoge mate aansluit bij artikel 16 van het OESO-Modelverdrag. Een sluitende oplossing is volgens de Nederlandse regelgever wel mogelijk door de Belgische nationale fiscale wetgeving zo veel als mogelijk in het verdrag te consolideren. Om die reden zou artikel 16 van het nieuwe belastingverdrag tussen België en Nederland in hoge mate gebaseerd zijn op artikel 32 en artikel 270, ten 1^o, WIB92.

Ook STEVENS en ENGELEN hebben hun licht laten schijnen op de voorliggende problematiek. Deze auteurs zijn van mening dat er in alle gevallen sprake is van een latere overeenkomst in de zin van artikel 31, lid 3, a Verdrag van Wenen.¹²⁷⁰ Nochtans achten beide auteurs de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting geen context in de zin van artikel 3 (2) van het belastingverdrag. Immers, aangezien de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting eerst enige tijd na het sluiten van het verdrag door de partijen is opgesteld, vormt dit een motief om te betwijfelen of het over een context gaat. Ten slotte beklemtonen beide auteurs dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting niet vooraf ter uitdrukkelijke goedkeuring aan het parlement is voorgelegd. Zij stellen dan ook dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting door het parlement had moeten goedgekeurd worden om verbindend te zijn. De gezamenlijke artikelsgewijze toelichting is dan wel gepubliceerd in de memorie van toelichting, toch ziet de goedkeuringswet slechts op het verdrag. Deze erg formele visie kan men m.i. ernstig worden betwijfeld. De verdragspartners hebben voorafgaand aan het ondertekenen van het verdrag zeker meegewogen dat het oude artikel 16 van het verdrag tot onduidelijkheden aanleiding gaf. Precies dat is de reden voor de uitbreiding ervan in het nieuwe verdrag, dit alles gesteund op artikel 32 WIB92.

Ondertussen is het ook wel duidelijk dat de Hoge Raad veel belang hecht aan de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting.¹²⁷¹ Zo werd geoordeeld: *‘Verder komt in dit verband grote betekenis toe aan de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het*

¹²⁷⁰ ENGELEN, F.A. en STEVENS, A.J.A., ‘De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België’, *M.B.B.* 2003, p. 116.

¹²⁷¹ Hoge Raad 9 november 2012, *NTRF* 2012, 2646.

Verdrag, aangehaald in onderdeel 5.4 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. Daaruit blijkt dat het de bedoeling van beide verdragsluitende partijen is dat de in artikel 12a van de Wet LB 1964 neergelegde gebruikelijkloonregeling onder het Verdrag kan worden toegepast. Daardoor onderscheidt het onderhavige verdrag uit 2001 zich wezenlijk van het voorgaande belastingverdrag met België uit 1970, waarop het hier-voor in 3.3.7 vermelde arrest van 5 september 2003 betrekking had. In het licht van deze gezamenlijke toelichting, die zowel in Nederland als in België is gepubliceerd in de parlementaire stukken met betrekking tot de goedkeuring van het Verdrag, kan niet gezegd worden dat de in artikel 3, § 2, van het Verdrag bedoelde context een andere uitleg vereist. Gelet op die gezamenlijke toelichting kan evenmin worden gezegd dat uitleg van het begrip 'beloning' in overeenstemming met artikel 12a van de Wet LB 1964, in strijd is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing door Nederland van het Verdrag.' De Hoge Raad gaat er dus van uit dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting wel degelijk tegenstelbaar is aan beide staten en acht het voldoende dat deze voorkomt in de gepubliceerde parlementaire stukken.

M.i. is de gezamenlijke artikelswijze toelichting niet enkel een context voor interpretatiedoeleinden. Het gegeven dat de beide verdragsluitende staten gewent hebben dat artikel 32 WIB92 model staat voor de redactie van artikel 16 van het belastingverdrag, heeft nog andere gevolgen m.b.t. interpretatie. Zo zal in beginsel de definitie van een gedefinieerde term in het belastingverdrag moeten gevolgd worden. Hoewel de tekst van een definitie van primair belang is, kan deze tekst niet geïsoleerd worden maar moet deze gelezen worden in samspraak met andere elementen en middelen van interpretatie van artikel 31 Verdrag van Wenen.¹²⁷² De duidelijke tekst van een verdragsbepaling wordt gevolgd indien noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen bij die bepaling, noch elders uit het verdrag blijkt dat er een gemeenschappelijke van de tekst afwijkende bedoeling voorhanden is.¹²⁷³ Ook het Internationaal Gerechtshof heeft reeds gesteld dat het zich niet enkel op een grammaticale interpretatie van een verdragstekst kan baseren.¹²⁷⁴ Ook de Hoge Raad heeft bij de interpretatie van belastingverdragen in het verleden meermaals de strekking van een verdragsbepaling laten prevaleren boven de letterlijke tekst ervan.¹²⁷⁵ Dat heeft m.i. tot gevolg dat zelfs bij gedefinieerde begrippen, men toch in acht

¹²⁷² ENGELEN, F., 'Interpretation of Tax Treaties under International Law', Doctoral series, nr. 7, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 121.

¹²⁷³ HR 3 juli 1991, B.N.B. 1991/248. Zie ook PÖTGENS, F.P.G., 'ABP-pensioen en belastingverdrag', *NTRF Beschouwingen* 2009, p. 22.

¹²⁷⁴ ICJ Reports 1978, p. 22-3

¹²⁷⁵ HR 8 februari 2002, *NTRF* 2002/252; HR 11 mei 2007, *NTRF* 2007/944.

moet nemen dat de verdragssluitende partijen gewild hebben dat artikel 32 WIB92 het uitgangspunt is voor doeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag. HUYGHE heeft in het verleden een gelijkaardige visie ontwikkeld m.b.t. het oude belastingverdrag tussen België en Nederland. Hij stelde dat er goede argumenten zijn om te bepleiten dat het directorsartikel hetwelk een attractie inhoudt (zie verder) op basis van de context van het verdrag buiten werking kan worden gesteld en derhalve enkel vergoedingen die een persoon verkrijgt in zijn hoedanigheid van director worden beoogd.¹²⁷⁶

En last but not least hebben de verdragspartijen zelf gesteld dat: ‘*Naar de mening van beide landen is de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting in overeenstemming met de verdragstekst, het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht en het commentaar op het OESO Modelverdrag.*’¹²⁷⁷ De verdragssluitende staten hebben dus zelf gesteld dat de toelichting parallel loopt aan de verdragstekst. Duidelijker kan een intentie niet zijn.

4.3.3. Pacta sunt servanda

De stelling dat de Belgische zienswijze op artikel 32 WIB92 als basis dient voor de interpretatie van artikel 16 van het huidige belastingverdrag, kan er echter voor zorgen dat het adagium *pacta sunt servanda* wordt geschonden. Dat heeft dan belangrijke repercussies voor de interpretatie van het belastingverdrag. Immers, hierdoor zal zowel België maar dus ook Nederland gebonden zijn door de uitleg die België geeft in zijn nationale recht aan artikel 16 van het huidige belastingverdrag. Er is m.a.w. hierdoor een verdragsautonome interpretatie geschept. Indien men aanvaardt dat een verdragsartikel op een nationaal wetsartikel is gebaseerd, zijn er goede redenen om te bepleiten dat ook toekomstige veranderingen aan dit nationale wetsartikel verdragsgevolgen heeft. Immers, indien men een brede context heeft aanvaard, aanvaardt men onmiddellijk ook dat de vroegere en toekomstige rechtspraak m.b.t. artikel 32 WIB92 daartoe behoort. Zoniet wordt de interpretatie van artikel 16 van het belastingverdrag wel zeer moeilijk.

Een nieuwe en toekomstige interpretatie van artikel 32 WIB92 zou echter het bilaterale evenwicht in het gedrang kunnen brengen. Om die reden moet geacteerd worden dat de natuurlijke context van artikel 16 van het huidige belastingverdrag in beginsel enkel de stand van zaken kan aanvaarden m.b.t. de Belgi-

¹²⁷⁶ HUYGHE, A., ‘Het ongrondwettelijk verklaarde attractiebeginsel onder de DBV’s’, *Fisc. Int.* 296, p. I e.v.

¹²⁷⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 259, nr. 6, blz. 2.

sche interne interpretatie van artikel 32 WIB92 *tot de datum van de ondertekening van het huidige belastingverdrag*. De Belgische zienswijze op artikel 32 WIB92 behoort m.i. dan ook tot de natuurlijke context van het huidige belastingverdrag tot 5 juni 2001, het moment van ondertekening van het belastingverdrag. Over de toekomstige wetswijzigingen m.b.t. artikel 32 WIB92, zal desgevallend een nieuwe onderhandeling moeten ontstaan die dan aanleiding geeft tot een nieuw akkoord of een addendum bij het belastingverdrag. In ontkenkend geval zal een toekomstige toepassing van artikel 16 van het huidige belastingverdrag een verdragsschending kunnen betekenen. Althans dat is de theorie maar verder zal blijken dat deze visie praktisch moeilijk invulbaar is.

De gevolgen van het feit dat het directorsartikel in het belastingverdrag met Nederland op Belgische leest geschoeid is, doet nog verdere vragen rijzen. De vraag luidt m.i. eveneens of de interpretatie van artikel 32 WIB92 door de belastingadministratie of de Belgische rechtspraak doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het huidige belastingverdrag en hierdoor het beginsel 'pacta sunt servanda' kan geschonden worden? M.i. is het – gelet op de hiërarchie van de rechtsbronnen – volstrekt onmogelijk dat de latere interpretatie van artikel 32 WIB92 door de Belgische staat doorslaggevend is voor de interpretatie van artikel 16 van het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland. Immers, in België is het een vaststaande rechtspraak dat het internationale recht voor gaat op het hiermee strijdig zijnde nationale recht. In België gaat het echter om een jurisprudentieel principe¹²⁷⁸ terwijl deze regeling in Nederland constitutioneel is geregeld. Indien men aldus zou oordelen dat de Belgische interpretatie door de belastingdienst of de jurisprudentie van artikel 32 WIB92 doorslaggevend is voor de interpretatie van artikel 16 van het huidige belastingverdrag, primeert *de facto* het nationale recht opnieuw op het internationale recht. Dit is volstrekt onmogelijk en druist in tegen de interpretatietechnieken van het recht. Er anders over oordelen betekent m.i. een schending van het algemene rechtsbeginsel dat het internationale recht primeert op het nationale recht. Het standpunt dat slechts de Belgische zienswijze op artikel 32 WIB92 tot en met 5 juni 2001 dient gevolgd te worden volgt dus ook uit het principe van de hiërarchie der rechtsbronnen.

Echter, het lijkt me aanbevelenswaardig dat de verdragspartijen – in onderling overleg – toch rekening zouden houden met de evoluties die zich voordoen in België omtrent artikel 32 WIB92. Immers, België is het beste geplaatst om evoluties van artikel 32 WIB92 te notuleren en te interpreteren. Dit volgt m.i. uit

¹²⁷⁸ Cass. 27 mei 1971, *J.T.* 1971, 473.

het feit dat aangezien artikel 16 van het verdrag een zulk eigenaardige creatie is die steunt op artikel 32 WIB92 zodat niet elke voeling met dit Belgische wetsartikel kan verloren gaan. Zodoende gaat artikel 32 WIB92 niet enkel een nationale dimensie krijgen maar ook een internationale dimensie. Artikel 32 WIB92 gaat als het ware een trein worden die op twee sporen tegelijk rijdt, een nationaal traject en een internationaal traject. Wat de internationale dimensie van artikel 32 WIB92 betreft, dient België naar de toekomst toe een aantal fundamentele regels in acht te nemen. Gelet op het feit dat artikel 16 van het belastingverdrag steunt op artikel 32 WIB92 zal België niet meer zo vrij zijn als vroeger om wijzigingen aan te brengen aan artikel 32 WIB92 of inzake de interpretatie ervan. De oorzaak hiervan ligt in het dubbel traject dat artikel 32 WIB92 aflegt. De vrijheid van de Belgische wetgever m.b.t. de evolutie en toekomstige aanpassingen en/of interpretaties van artikel 32 WIB92 is vrij maar daar waar het beginsel *pacta sunt servanda* wordt geschonden, houdt de nationale interpretatie van artikel 32 WIB92 op.

De vraag rijst of een dergelijke visie dient doorgetrokken te worden naar de toekomstige jurisprudentie m.b.t. de invulling van artikel 32 WIB92? Ook de Belgische rechtspraak vormt zich een visie over artikel 32 WIB92 en derhalve rijst de vraag of die doorgang moet vinden naar artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland. Dit doet m.a.w. vragen rijzen of een zgn. '*judicial override*' effect kan ressorteren. Het is namelijk zo dat een rechterlijke uitspraak die in strijd is met de context van het belastingverdrag, een niet gelegitimeerde verwachting kan scheppen in die mate dat lagere rechtbanken of – meer in het algemeen – andere rechtbanken en hoven van oordeel zijn de niet geoorloofde uitspraak te moeten volgen. Het gegeven dat een Belgische uitspraak van een rechtbank of een hof ingaat tegen de context van het belastingverdrag, moet m.i. gerelativeerd worden. Vooreerst kent het continentale België geen precedentenrechtspraak zoals dat gekend is in het Angelsaksische recht. Dit vindt o.m. zijn uiting in artikel 6 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek hetgeen stelt dat rechters geen uitspraak mogen doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking. Een uitspraak dewelke derhalve ingaat tegen de context van het belastingverdrag, heeft dus geen enkele precedentswaarde. Nochtans dient er m.i. een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen een geïsoleerde uitspraak die ingaat tegen de context van het nieuwe belastingverdrag en een zgn. *usus fori*. In de eerste situatie kan er m.i. geen sprake zijn van een *judicial override* waartegen de internationale gemeenschap dient op te treden. In het tweede geval echter wel. Immers, er is sprake van een *usus fori* zodra dat meerdere arresten over een gelijkaardige thema hetzelfde oordeel vellen. M.i. dient

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

de internationale gemeenschap dus zeker en vast op te treden tegen een *usus fori* hetwelk in strijd is met de context van het belastingverdrag. Als zich een tendens van rechtspraak voordoet die strijdig is met de context van een belastingverdrag, moet opgetreden worden. Gelet op het moreel gezag dat verbonden wordt aan pakweg een arrest van het Belgische Hof van Cassatie, dient echter elke geïsoleerde uitspraak van dit hoogste Belgische gerechtsorgaan in overeenstemming te zijn met de context van het belastingverdrag. Dezelfde visie zou men kunnen poneren voor wat betreft de richtlijnen van de belastingadministratie of de Rulingcommissie¹²⁷⁹ ook al heeft de Minister van Financiën aangegeven dat er geen precedentensysteem bestaat voor rulings.¹²⁸⁰

Men kan er bij wijze van besluit van uitgaan dat artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland een eigen *notificatieverplichting* in het leven heeft geroepen. Nochtans dient men vast te stellen dat het belastingverdrag met Nederland al een algemene notificatieverplichting inhoudt. Artikel 2 alinea 4 van het verdrag stelt namelijk dat de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten elkaar alle wezenlijke wijzigingen die in hun onderscheidene *belastingwetten* zijn aangebracht, meedelen. Deze regeling komt overeen met de Engelse tekst van het OESO-Modelverdrag.¹²⁸¹ Ook het OESO-Commentaar stelt dat de verdragsluitende staten er zorg voor moeten dragen dat belangrijke of wezenlijke veranderingen in de belastingwetgeving aan elkaar worden gemeld.¹²⁸² BOOIJ heeft in een bijdrage getracht om aan te geven wanneer een staat precies verplicht is de andere staat in te lichten.¹²⁸³ Een eerste criterium luidt dat deze verplichting bestaat zodra de wijzigingen in de belastingwetgeving zeer omvangrijk zijn. Als tweede criterium geldt dat de omvang van de wijzigingen niet omvangrijk zijn maar dat de financiële en de economische impact van de wijzigingen belangrijk zijn. En als laatste criterium haalt hij aan dat de wijziging in de belastingwetten leidt tot een verschuiving van heffingsbevoegdheid. In dit proefschrift zou ik een criterium willen toevoegen. Namelijk, de wijzigingen in een nationale wetgeving indien een belastingverdrag gestoeld is op deze nationale wetgeving. Dit is met name het geval voor het huidige belastingver-

¹²⁷⁹ Dienst Voorafgaande Beslissingen in Fiscale Zaken

¹²⁸⁰ Parlementaire Vraag van 25 maart 2011, *Vr. & Antw. Kamer* 2010-2011, afl. 53, 36.

¹²⁸¹ De Verenigde Staten hanteren een notificatieverplichting die enigszins afwijkt van die van de OESO. Er wordt namelijk het volgende gestipuleerd: 'The competent authorities of the contracting states shall notify each other of any significant changes that have been made in their respective taxation laws or other laws affecting their obligations under the convention, including explanations, regulations, rulings or judicial decisions'.

¹²⁸² Zoals geïntegreerd in het OESO-Modelverdrag van 1977

¹²⁸³ BOOIJ, J.A., 'De notificatieverplichting in bilaterale belastingverdragen: Nederland in verzuim!', *W.F.R.* 2005/1379.

drag met Nederland hetgeen gesteund is op artikel 32 WIB92. België is m.i. dus op grond van artikel 2 alinea 4 van het verdrag verplicht om elke essentiële wijziging aan artikel 32 WIB92 te melden aan Nederland. Dit strekt zich m.i. niet uit tot enkel wetgeving. Gelet op de specificiteit van het verdragsartikel – omwille van de fundering op een nationaal wetsartikel – dienen ook fundamentele wijzigingen in de rechtspraak en/of in de visie van de Belgische belastingadministratie te worden meegedeeld.

Als besluit kan gesteld worden dat de Belgische visie op artikel 32 WIB92 doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag tot en met de ondertekening van het belastingverdrag. Het gaat om een autonome verdragsinterpretatie. Vanaf deze datum is België verplicht relevante wijzigingen in de wetgeving, de rechtspraak en de visie van de belastingdienst te melden aan Nederland conform een bijzondere notificatieverplichting die m.i. vervat zit in het belastingverdrag. Op die manier kan dan een nieuwe bilaterale context gezocht worden, dit alles in onderling overleg.

4.3.4. Het winstvereiste in het belastingverdrag met Nederland

Hierboven werd aangehaald dat artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland duidelijk gebaseerd is op artikel 32 WIB92. Er werd gesteld dat de Belgische invulling van artikel 32 WIB92 – onder bepaalde voorwaarden – doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag. Er dient onderzocht te worden of deze stelling ook gevolgen heeft voor de interpretatie van de *vennootschapsvormen* die vervat zitten in artikel 16 van het belastingverdrag. Indien men stelt dat artikel 16 van het belastingverdrag gefundeerd is op artikel 32 WIB92, heeft dit m.i. automatisch tot gevolg dat de vennootschapsvorm binnen het verdragsartikel moet gekwalificeerd worden naar Belgische maatstaven. Er is daarentegen wel degelijk een definitie voorhanden van het begrip ‘vennootschap’ in het belastingverdrag maar hoger werd reeds gesteld dat de tekst van een belastingverdrag alleen maar kan worden gevolgd indien een duidelijke gemeenschappelijke bedoeling van de partijen ontbreekt. En, de verdragspartijen hebben artikel 16 van het verdrag expliciet gesteund op artikel 32 WIB92.

Precies deze conclusie heeft tot gevolg dat artikel 16 van het belastingverdrag – in tegenstelling tot artikel 16 OESO en artikel 15 van het Belgische Modelver-

drag – enkel rechtspersonen beoogt die winst nastreven.¹²⁸⁴ Artikel 32 WIB92 verwijst immers naar het begrip vennootschap binnen het Belgische Wetboek van Inkomstenbelasting hetwelk teruggevonden kan worden in artikel 2, 5° a WIB92. In dit wetsartikel wordt een winstvereiste ingesloten. Hiervoor vind ik verder expliciet steun bij de visie van de Belgische Minister van Financiën die stelde dat enkel vennootschappen onder artikel 32 WIB92 vallen.¹²⁸⁵ Het gegeven dat deze parlementaire vraag dateert van voor de ondertekening van het huidige belastingverdrag met Nederland, impliceert m.i. dat deze tot de natuurlijke context van het belastingverdrag behoort. Het gegeven dat artikel 16 van het belastingverdrag tussen België en Nederland enkel toepasselijk is op vennootschappen in de fiscale zin van het woord, heeft noodzakelijk tot gevolg dat bijvoorbeeld de verenigingen zonder winstoogmerk (VZW's) in principe niet onder het toepassingsgebied van het verdragsartikel kunnen vallen. Immers, directors van dergelijke lichamen zijn niet bedoeld in artikel 32 WIB92. Hiervan dient afgeweken te worden indien de VZW onderworpen wordt aan de vennootschapsbelasting, hetgeen o.a. in België mogelijk is. Dit zal het geval zijn wanneer de VZW een onderneming exploiteert of wanneer zij zich bezighoudt met verrichtingen van winstgevende aard die het kader van artikel 182 WIB92 overstijgen.¹²⁸⁶ De latere Belgische circulaire van 17 december 2002 kan m.i. hieraan

¹²⁸⁴ De term 'winstgevendheid' dient m.i. opgevat te worden in de zin van 'gericht op of vatbaar voor winst'. Zie hierover BEKAERT J., 'Het begrip beroepswerkzaamheid in het fiscaal recht', *R.W.* 1989-1990, 636.

¹²⁸⁵ Parlementaire Vraag van 1 oktober 1999, *Vr. en Antw. Senaat 2002-2003*, nr. 2-69, p. 3854. Dit standpunt werd later bevestigd, zie V & A Senaat 25 februari 2003, nr. 2-69, p. 3854. Besproken in *Fiscoloog* nr. 892, p. 1. Dit standpunt werd ook al verdedigd door bepaalde auteurs. Zie hiervoor: BAILLEUX, A. & GOOSSENS, C., 'Zijn beheerders van VZW's altijd bedrijfsleiders?', *Fiscoloog* 623, p. 6.

¹²⁸⁶ Parlementaire Vraag nr. 101/2 van de heer ISTASSE van 1 oktober 1999, *Vr. en Antw., Senaat, 2002-2003*, nr. 2-69, p. 3854. Het vraagstuk of een rechtspersoon onderworpen is aan de vennootschapsbelasting dan wel aan de rechtspersonenbelasting, moet geëvalueerd worden op basis van haar werkelijke bedrijvigheid. Men dient dus niet uit te gaan van zijn statutair doel. Dat betekent in concreto dat een lichaam zonder winstoogmerk aan de vennootschapsbelasting onderworpen zal zijn wanneer het voor zijn hoofdbezigheid werkt met een economisch doel, een organisatie en de strategie op termijn en met rationale beheersmethoden die essentieel gesteund zijn op de begripnen kosten, opbrengsten en rentabiliteit (VAN CROMBRUGGE, S., 'Beginselen van vennootschapsbelasting', *Biblo*, Kalmthout, 2003, 24 nr. 18). Zowel het hoofdzakelijk karakter van de economische bezigheid als het gebruik van nijverheids-of handelsmethoden zijn vereist. (COPPENS, P. en BAILLEUX, A., '*Droit fiscal. Les impôts sur les revenus*', Brussel, Larcier, 1985, 303). Ter beoordeling van het hoofdzakelijk dan wel het bijkomend karakter van de economische bedrijvigheid in hoofde van de vzw, heeft de Belgische belastingadministratie twee criteria naar voren geschoven: het verwantheids criterium en het kwantitatief criterium (*Gedr. St. Senaat, 1975-76*, nr. 925/2, p. 18). Bij de toetsing van het eerste criterium wordt nagegaan in welke mate de economische bedrijvigheid noodzakelijkerwijs met de ideële activiteit is verbonden. Het kwantitatief criterium houdt een vergelijking in van het aantal ingezette personen en/of gebruikte materiële middelen voor de uitoefening van de ideële activiteit. Wanneer uit deze vergelijking namelijk zou blijken dat de ingezette midde-

niets veranderen.¹²⁸⁷ Deze circulaire geeft commentaar bij de bepalingen van belastingverdragen die de toewijzing regelen van de heffingsbevoegdheid voor de inkomsten verkregen door bedrijfsleiders. In deze richtlijn wordt weliswaar gesteld dat ook de leden van de raad van bestuur, de raad van toezicht of van een gelijkaardig orgaan van een vereniging of van een instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, onder artikel 16 vallen. Er wordt in deze circulaire echter geen onderscheid gemaakt tussen de belastbaarheid van VZW's in de vennootschapsbelasting dan wel in de rechtspersonenbelasting. Deze circulaire kan m.i. de gemeenschappelijke bedoeling van de verdragspartijen niet opzij schuiven tenzij deze het onderwerp zou geweest zijn van de bijzondere notificatieverplichting die vervat zit in artikel 16 van het belastingverdrag. De directors van VZW's die aan de rechtspersonenbelasting onderworpen zijn, kunnen m.i. niet onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland ressorteren. De directors van VZW's die geen winstoogmerk nastreven kunnen onder artikel 14 van het belastingverdrag met Nederland worden geplaatst. In deze theorie zou de director van een dergelijke VZW belastbaar zijn in zijn woonplaatsstaat tenzij hij in de staat alwaar hij de functie uitoefent over een vaste inrichting zou beschikken.

Deze gedachtegang is m.i. eveneens in overeenstemming met de visie dewelke ik in deel I van dit onderzoek heb verdedigd voor artikel 16 OESO. Niet enkel de context van het belastingverdrag geeft verder aanleiding tot de conclusie dat enkel vennootschappen in de fiscale zin worden beoogd. Hetzelfde kan afgeleid worden uit de titel die artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland draagt: 'vennootschapsleiders'. De inhoud van het begrip 'vennootschapsleider' is duidelijk beperkter dan de inhoud van het begrip 'bedrijfsleider'. Ook FISCHER merkte dit onderscheid reeds op.¹²⁸⁸ Niet elk lichaam is gericht op winst maar naar Belgische maatstaven is elke vennootschap gericht op winst. Het gaat hierbij wel degelijk om het winstoogmerk en niet om het effectief behalen van winst. Het lichaam moet gericht zijn op of vatbaar zijn voor winst.¹²⁸⁹ Het gaat om een geheel van verrichtingen die zich vaak genoeg voordoen en met elkaar verbonden zijn om een voortdurende en gewone bedrijvigheid op te leveren en die een beroepskarakter hebben.¹²⁹⁰

len die gebruikt worden voor de belangenloze activiteit duidelijk minder groot zijn dan de middelen die worden ingezet voor de economische activiteit, dan beoogt de vzw een winstoogmerk.

¹²⁸⁷ Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* Nr. 834, p. 347-372.

¹²⁸⁸ FISCHER, C., 'Qui sont les dirigeants d'entreprise?', *L'Echo*, februari 1997.

¹²⁸⁹ BEKAERT, J., 'Het begrip beroepswerkzaamheid in het fiscaal recht', *R.W.* 1989-90, 636.

¹²⁹⁰ Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 403.

Deze visie kan eveneens gevolgen hebben voor bepaalde Belgische handelsvennootschappen. Vennootschappen in België kunnen namelijk een handelsdoel hebben maar eveneens een burgerlijk doel. De keuze wordt gemaakt door de oprichtende aandeelhouders en wordt tevens bepaald door de aard van de uit te oefenen activiteiten. In de statuten wordt dan bepaald dat de vennootschap niet is opgericht met het oogmerk aan de vennoten een rechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen zodat zij niet beschouwd worden als kooplui. Om deze reden zullen zij principieel geacht worden geen winst na te streven. In de marge dient opgemerkt te worden dat het Belgische Hof van Cassatie het niet eens is met deze visie en gesteld heeft dat een vennootschap die de rechtsvorm van een handelsvennootschap heeft aangenomen, geacht wordt te zijn opgericht met het oog op de uitoefening van een winstgevende activiteit.¹²⁹¹

De interpretatie van het begrip ‘vennootschap’ in het directorsartikel van het belastingverdrag met Nederland, betekent een fundamentele afwijking van artikel 16 OESO. De noodzaak van een dergelijk afwijkende invulling van het begrip ‘vennootschap’, volgt dan ook enkel uit de gezamenlijke bedoeling van de verdragspartijen. In een ruimer perspectief volgt de noodzaak van een dergelijke interpretatie van het begrip uit het globale kader dat een vennootschap voor doeleinden van artikel 16 OESO m.i. eveneens een winst oogmerk moet nastreven. Dat werd zo door mij verdedigd in deel 1 van dit onderzoek. Het belastingverdrag met Nederland is dus een bevestiging van mijn visie m.b.t. de invulling van het lichaamsbegrip voor doeleinden van artikel 16 OESO.

5. Tussentijds besluit

Sinds de invoering van het Volmachtenbesluit van 20 december 1996 is het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen in België afgeschaft. Sommige belastingverdragen hanteren echter nog het begrip ‘vennootschap op aandelen’. Dit is met name ook het geval voor het Belgische Modelverdrag 2007 en 2010. Ook de Belgische belastingdienst blijft het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen aanhangen. Hierdoor wijkt België af van artikel 16 OESO. Nochtans zorgt de hantering van het begrip ‘vennootschap op aandelen’ voor heel wat interpretatieproblemen. Om deze interpretatievraagstukken te vermijden is het noodzakelijk dat België een uniforme invulling zou geven aan het begrip ‘vennootschap’. De invulling van dit begrip kan m.i. niet

¹²⁹¹ Cass. 20 mei 2005, *F.J.F. 2005/257*. Deze visie lijkt mij bekritiseerbaar aangezien de Belgische belastingadministratie er wel van uitgaat dat niet alle kosten die door een lichaam worden gemaakt, per definitie als beroepskosten worden aangemerkt. Er moet wel degelijk een causaal verband met het maatschappelijk doel van de onderneming kunnen worden aangetoond.

gelijk lopen met de invulling die het OESO-Modelverdrag aan dit begrip geeft. Immers, indien de OESO-definitie weerhouden zou worden, is m.i. het onderscheid niet duidelijk tussen mandaten die worden uitgeoefend in publieke lichamen enerzijds en in private lichamen anderzijds. Uit artikel 18.3° Belgisch Modelverdrag blijkt namelijk dat de bepalingen van artikel 14, 15, 16 en 17 van toepassing zijn op lonen, salarissen, pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald ter zake van diensten bewezen in het kader van een bedrijf uitgeoefend door een overeenkomstsluitende staat of een staatkundig onderdeel of plaatselijke gemeenschap daarvan. De criteria om te kunnen spreken van een 'bedrijf' dienen m.i. overgenomen te worden uit hoofdstuk 1 van dit onderzoek. Dit kan m.i. gebeuren door in artikel 15 Belgisch Modelverdrag aan te duiden dat het begrip 'vennootschap' wordt bekeken in de fiscale zin van artikel 2 §1, 5° WIB92.

Wat betreft partnerships heeft de Belgische belastingdienst steeds de *lex societatis* - leer verdedigd. Echter, het Belgische Modelverdrag 2007 stelt in artikel 1 §2 niet het vennootschapsrechtelijk karakter van de partnership als doorslaggevend maar wel het fiscale transparante karakter ervan. Het Belgische Modelverdrag is dan wel in lijn met het OESO Partnership Rapport en daarbij aansluitende OESO - Commentaar maar strookt niet met de klassieke Belgische visie. Om redenen aangehaald in hoofdstuk 1 dient m.i. aansluiting gezocht te worden bij de *lex societatis* leer. Het Belgische Modelverdrag 2010 heeft zich daar reeds naar geschikt, de Belgische Commissie voor Boekhoudkundige Normen echter niet.

Op 5 juni 2001 hebben België en Nederland een nieuw belastingverdrag ondertekend. Bij dit belastingverdrag hoort een zgn. gezamenlijke artikelsgewijze toelichting. Deze toelichting behoort m.i. tot de zgn. natuurlijke context van het belastingverdrag. In deze toelichting staat duidelijk vermeld dat artikel 16 van het verdrag gestoeld is op het Belgische bedrijfsleiderartikel zoals vervat in artikel 32 WIB92. Dit betekent dat de Belgische invulling van artikel 32 WIB92 doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag, weliswaar tot en met aan de ondertekening van het verdrag in 2001. Er anders over denken zou een *treaty override* opleveren. Om die reden is er m.i. een bijzondere notificatieverplichting vervat in artikel 16 van het verdrag. België zal alle fundamentele wijzigingen in wetgeving, rechtspraak en de visie van de belastingdienst dienen door te geven aan Nederland. Op die manier kan een nieuwe bilaterale context worden gezocht.

Indeling nopens het lichaam waarop het directors-artikel van toepassing is

Het gegeven dat artikel 16 van het belastingverdrag geëffend is op artikel 32 WIB92, heeft gevolgen voor de rechtsvormen die beoogd worden in dit verdragsartikel. De rechtsvormen moeten gekwalificeerd worden naar Belgische maatstaven hetgeen betekent dat de invulling conform het Belgisch Wetboek van Inkomstenbelasting doorslaggevend is. Het kan dus enkel om vennootschappen gaan. Ook de Belgische Minister van Financiën heeft verklaard dat enkel vennootschappen worden beoogd in artikel 32 WIB92. M.i. kan België noch Nederland aansluiting zoeken bij het OESO-Modelverdrag om invulling te geven aan het begrip 'vennootschap', dit alles voor doeleinden van interpretatie van het directorsartikel in het belastingverdrag met Nederland. Artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland verwijst m.i. dan ook enkel naar vennootschappen in de fiscale zin van artikel 2, §1 5°, a WIB92.

Hoofdstuk 7: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

1. Algemeen

In de inleidende beschouwingen bij deel 2 van dit onderzoek, werd aangegeven dat België – wat betreft de bilaterale belastingverdragen – op een drietal niveaus afwijkt van artikel 16 OESO-Modelverdrag. In een eerste passage werd aangegeven dat sommige bilaterale belastingverdragen afwijkingen vertonen m.b.t. de kwalificerende vennootschapsvormen. Een aantal belastingverdragen bepaalt dan weer uitdrukkelijk de *mandatarissen* waarop het directors-artikel van toepassing is. Zo hanteren sommige verdragen de terminologie ‘lid van de raad van bestuur of van toezicht’.¹²⁹² Een aantal andere verdragen voegt daaraan toe dat het directors-artikel ook van toepassing is op leden van soortgelijke of gelijkaardige organen.¹²⁹³ In andere verdragen zijn de gecommanditeerde vennoten van een CVA dan weer opgenomen.¹²⁹⁴ Het belastingverdrag met Frankrijk bevat een zeer gedetailleerde opsomming van de mandatarissen die beoogd worden. Het gaat om beheerders, commissarissen, vereffenaars, vennoten-zaakvoerders en andere gelijkaardige mandatarissen. Met betrekking tot het belastingverdrag met Frankrijk, oordeelde de rechtspraak dat een Belgisch rijksinwoner die zaakvoerder was in een Franse S.A.R.L. maar geen vennoot was, als een ‘andere gelijkaardige mandataris’ moest bestempeld worden aangezien uit de statuten van de vennootschap bleek dat zaakvoerders die geen vennoten waren, dezelfde ruime bevoegdheden hadden als een vennoot-zaakvoerder.¹²⁹⁵

2. Verschillende visies

In de literatuur¹²⁹⁶ zijn er twee visies die opduiken wat betreft de draagwijdte van het directorsartikel in belastingverdragen: een ruime visie en een beperkte.

¹²⁹² Het gaat om de belastingverdragen met Denemarken, Ierland Japan,...

¹²⁹³ Het gaat o.m. om de belastingverdragen met Duitsland, Finland, Griekenland, Italië, Luxemburg, Zweden, Portugal en Spanje.

¹²⁹⁴ Het gaat bijvoorbeeld om de belastingverdragen met Denemarken, Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland, etc...

¹²⁹⁵ Bergen 4 november 1994, *F.J.F.* nr. 95/30.

¹²⁹⁶ DE BROECK, L., ‘Bestuurdersbezoldigingen in een internationale context’, *Fiscaal Praktijkboek*, 1993-94, p. 76; DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., ‘Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context, een fiscale analyse’, *A.F.T.* 2007, II, 6; DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours’, *World Tax Journal*. 2013, p. 227.

In wat volgt onderzoek ik wat precies de draagwijdte is van beide visies alsook welke visie doorgang moet vinden.

(a) De ruime visie

In een *ruime visie*¹²⁹⁷ worden de mandatarissen van artikel 32 WIB92 beoogd dewelke niet enkel bestuurders¹²⁹⁸ en zaakvoerders¹²⁹⁹ omvatten maar ook bijvoorbeeld de vereffenaars¹³⁰⁰ en de beoefenaars van andere soortgelijke functies.¹³⁰¹ DE JAEGHER stelde dat de Belgische corporate governancecode lijkt te impliceren ‘that a wide approach should be adopted in defining the term director, thereby including for example managers, liquidators, organs with similar functions and persons assuming functions of a similar nature’.¹³⁰²

De vraag of hogergenoemde ‘soortgelijke functies’ onder het directorsartikel kunnen vallen, staat al langer ter discussie. Sommige auteurs hebben de uitbreiding van het toepassingsgebied naar soortgelijke functies bestempeld als een ontoelaatbare uitbreiding van het toepassingsgebied *ratione personae*.¹³⁰³ DE JAEGHER stelt dan weer dat het feit dat sommige belastingverdragen expliciet soortgelijke functies vernoemen, geen bewijs kan zijn dat deze functies normaal

¹²⁹⁷ Deze ruime visie heeft naar Belgisch intern recht niet tot gevolg dat bijvoorbeeld de erelonen die een advocaat of een architect van een vennootschap op aandelen waarin hij tevens bestuurder is, ontvangt voor prestaties geleverd in het kader van zijn beroep als advocaat of als architect, zijn aan te geven als bezoldigingen van bestuurder maar als baten van een vrij beroep. Op verdragsrechtelijk niveau kan m.i. deze redenering niet a priori doorgetrokken worden. Het bestuurdersartikel maakt namelijk geen onderscheid al naargelang handels-dan wel burgerlijke activiteiten worden ontplooid.

¹²⁹⁸ De ere-bestuurders en gewezen bestuurders die geen eigenlijke bestuursfunctie of soortgelijke functies meer uitoefenen en geen stemrecht hebben in de raad van bestuur, worden volgens de Belgische visie niet bedoeld. De vergoedingen die zij voor enigerlei prestatie van de vennootschap ontvangen zijn baten van winstgevende bezigheden.

¹²⁹⁹ Het begrip ‘zaakvoerder’ omvat alle personen die in een personenvennootschap gelijkaardige bevoegdheden hebben als bestuurders in kapitaalvennootschappen. Het gaat om personen die in het kader van hun statutair doel of door de vennoten bepaald mandaat instaan voor het beheer van een vennootschap en er in die bevoegdheid alle handelingen stellen zoals bepaald in de statuten of bij ontstentenis van statutaire bepalingen zoals bepaald in het wetboek van vennootschappen. Zoals bestuurders zijn zaakvoerders eveneens een orgaan van de vennootschap (organiek criterium). Het is niet langer vereist dat de zaakvoerder ook vennoot is. De kwalificatie als zaakvoerder staat niet in oorzakelijk verband met aandeelhouderschap. Voor een verdere analyse, zie TILLEMANS, B., ‘Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging’, Kalmthout, Biblio, 1996, 870 e.v.

¹³⁰⁰ Een vereffenaar is een persoon die door de vennootschap is aangesteld met als taak het actief van de vennootschap te verwezenlijken, de schulden te betalen en de eventuele liquidatieboni onder de vennoten te verdelen, in geval van faillissement.

¹³⁰¹ Deze mogelijkheid is trouwens ook voorzien in het OESO-Commentaar, OESO 16/3. De belastingverdragen met o.a. Argentinië, Cyprus en Hongarije voorzien in een dergelijke bepaling.

¹³⁰² DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours, *World Tax Journal*. 2013, p. 227.

¹³⁰³ HUYGHE, A., ‘Evaluatie van begrippen bij de belastingheffing van inkomsten uit niet zelfstandige arbeid’, *T.F.R.* 1995, 248.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

niet ingesloten zitten.¹³⁰⁴ Veel rechtspraak is er echter niet voorhanden om de criteria te achterhalen die dienstig kunnen zijn ter vaststelling van een soortgelijke functie. Bepaalde uitspraken hechtten belang aan het feit dat de aandeelhoudersvergadering al dan niet de bevoegdheid van een director toewees aan een belastingplichtige.¹³⁰⁵

Het lijkt mij dan ook van belang om zelf op zoek te gaan naar heldere criteria die toewijsbaar zijn aan de zgn. soortgelijke functies. Van ‘soortgelijke functies’ wordt gesproken indien een persoon daadwerkelijk een mandaat uitoefent binnen een vennootschap zonder dat deze de titel van bestuurder, zaakvoerder of vereffenaar draagt. Wat een soortgelijke functie is, wordt in het Belgisch recht echter niet gedefinieerd. Deze functies veronderstellen wel positieve daden van bestuur en vertegenwoordigingsbevoegdheid ten aanzien van derden. Sommige Belgische auteurs gaan – omdat het begrip niet wettelijk is omschreven – hiervoor te rade bij de Franse auteurs.¹³⁰⁶ Door hen wordt gesteld dat een soortgelijke functie moet beantwoorden aan het criterium van het verrichten van daden van positief bestuur. Deze visie vind ik o.a. terug bij RIVES-LANGES.¹³⁰⁷ Deze auteur bepleitte namelijk drie voorwaarden waaraan cumulatief moet zijn voldaan alvorens besloten kan worden tot een soortgelijke functie. Deze drie voorwaarden – dewelke ik onderschrijf – zijn: (1) daden stellen (2) positieve daden van bestuur stellen (3) een positieve daad van bestuur stellen in alle onafhankelijkheid en vrijheid.

Vooreerst moeten er dus ‘daden’ worden gesteld. Het formuleren van raadgevingen of suggesties volstaat niet. De daden die worden gesteld dienen daarenboven *positief* te zijn. Verduisteringen, diefstallen of oplichtingen zijn geen positieve daden van bestuur. Het gaat enkel om legitieme beslissingen ter uitvoering van het maatschappelijk doel die het commerciële en financiële lot van de onderneming beïnvloeden. Het stellen van positieve daden van bestuur wordt dus gekenmerkt dus het nemen van beslissingen. Indien een beslissing een vrijblijvend karakter heeft, kan het niet worden gekwalificeerd als een soortgelijke bestuursdaad die onder artikel 16 van het belastingverdrag valt. Het geven van adviezen en dergelijke is derhalve onvoldoende om als een soortgelijke activiteit

¹³⁰⁴ DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours, *World Tax Journal*. 2013, p. 230.

¹³⁰⁵ Brussel 17 september 1998, *F.J.F.* 1999, 99/2; Gent 30 oktober 1997, *F.J.F.* 1998, 174.

¹³⁰⁶ LEVENEUR, L., ‘Situations de fait et droit privé’, Parijs, *LGDJ* 1990, 490 p; RIPERT, G. et ROBLOT, R., « Traité de droit commercial », Parijs *LGDJ* 1990, 3 delen.

¹³⁰⁷ RIVES-LANGES, J.L., ‘La notion dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », *D.* 1975, VII, 41.

bestempeld te worden. Het moet daadwerkelijk gaan om beslissingen die bepalend en cruciaal zijn voor het financiële, industriële of commerciële lot van een lichaam.¹³⁰⁸ Tertio dient de bestuursdaad in volledige onafhankelijkheid en vrijheid genomen te worden. Personen die een gelijksoortige functie uitoefenen, worden door de rechtspraak gedefinieerd als personen in een vennootschap die eenzelfde juridisch statuut genieten als dat van de bestuurders of zaakvoerders. Deze personen die hetzelfde juridisch statuut bezitten als een bestuurder of een vereffenaar hebben dan meestal een andere titel. Hiermee worden ook de mandaten bedoeld die uitgeoefend worden door natuurlijke personen, die volgens de statuten van de vennootschap of volgens de wet verbonden zijn met het statuut van zaakvoerder.¹³⁰⁹ Het volstaat dat aan deze personen bevoegdheden worden toegewezen die eigen zijn aan een bestuurder opdat deze personen zouden kunnen worden beschouwd als beoefenaar van een gelijkaardige functie. Deze bevoegdheden kunnen worden verkregen op basis van een wettelijk mandaat, een overeenkomst, toegekend door de algemene vergadering van aandeelhouders of door een of meerdere bestuurders.¹³¹⁰ De beoordeling of personen een gelijksoortige functie als die van beheerder of bestuurder vervullen, zal vaak afhangen van een concrete invulling. In de rechtsleer gaan er echter stemmen op om te stellen dat indien verrichtingen worden uitgevoerd die voorafgaandelijk aan de goedkeuring van de raad van bestuur onderworpen zijn, er geen sprake kan zijn van gelijksoortige functies.¹³¹¹ Uit bepaalde rechtspraak kan tevens afgeleid worden dat het louter uitvoeren van dagelijks bestuur moeilijk tot de kwalificatie van directeur aanleiding kan geven.¹³¹²

In de ruime visie gaat het niet alleen om de zgn. bedrijfsleiders van de *eerste categorie*. Tevens gaat het in de ruime visie ook over natuurlijke personen die in een lichaam een werkzaamheid of een leidende functie van dagelijks bestuur¹³¹³,

¹³⁰⁸ Kh. Brussel 20 september 1979, *J.T.* 1980, 49; Kh. 30 maart 1981, *J.T.* 1981, 524; Kh. Brussel 22 oktober 1982, *B.R.H.* 1982, 583.

¹³⁰⁹ TIMMERMANS, I., VASTMAN, S. en WALLYN, T., 'Het bestuurdersartikel in dubbelbelastingverdragen', *T.R.V.* 2001, 203.

¹³¹⁰ DE BUYSER, W. & TAEKELS, P., 'Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context. Een fiscale analyse', *A.F.T.* 2007/11, p. 3-14.

¹³¹¹ VOET, L., 'Vergelijkende studie van de belastingstelsels die inzake vennootschapswinsten van toepassing zijn enerzijds op de bezoldigingen en tantièmes van de beheerders, commissarissen enz en anderzijds op de aan de aandeelhouders toegekende dividenden', *T.F.R.* 1979, nr. 19, 54-71.

¹³¹² Besproken door DE JAEGHER, C., 'International Taxation of Directors' Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours', *World Tax Journal.* 2013, p. 230.

¹³¹³ Noteer echter dat een BVBA geen orgaan van dagelijks bestuur kan instellen. Uit artikel 12 §1 sub 3b W. Ven. volgt dat de installatie ervan voorbehouden is aan de NV en de commanditaire vennootschap op aandelen.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

van commerciële, technische of financiële aard uitoefenen, buiten een arbeids-overeenkomst. Het gaat om de zgn. *bedrijfsleiders van de tweede categorie* zoals weerhouden in artikel 32 WIB92. Wat hieronder dient begrepen te worden, is ook steeds het voorwerp van controverse geweest.¹³¹⁴ Het is aan de rechtsleer¹³¹⁵ geweest om hieraan enige richting te geven. Zo werd vooreerst gesteld dat de zgn. *inhouse counsels* er wel kunnen onder vallen maar geenszins de zelfstandige medewerkers die niet in de vennootschap zelf werkzaam zijn. Ook de tussenkomst van de Minister van Financiën leek al noodzakelijk om te pogen duidelijkheid te scheppen over de vraag wie precies wordt bedoeld met de tweede categorie van bedrijfsleiders. De minister stelde dat wanneer er geen enkele werkzaamheid in de schoot van de vennootschap wordt uitgeoefend, men niet als bedrijfsleider van de tweede categorie kan aangemerkt worden.¹³¹⁶ Wat betreft de externe adviseurs werd gesteld dat zij principieel niet als bedrijfsleiders kunnen gekwalificeerd worden op voorwaarde 'dat zij voldoende afstand bewaren'. Dat de tweede categorie van bedrijfsleiders moeilijk in te vullen is, kan tevens blijken uit een andere parlementaire vraag die gesteld werd aan de Minister van Financiën. Zo werd aan de minister gevraagd of het enkel om 'directieleden' kan gaan? Dit werd weliswaar bevestigend beantwoord door de minister die verder poogde te verduidelijken dat het gaat om de met het dagelijks bestuur belaste directeur, de commercieel directeur, de technisch of financieel directeur, wanneer zij die leidinggevende activiteit in de onderneming op zelfstandige basis uitoefenen.¹³¹⁷ Nergens wordt echter op overtuigende wijze aangetoond wat precies begrepen dient te worden onder de term 'directieleden'.¹³¹⁸

De Belgische belastingdienst is nochtans altijd – en dit niettegenstaande het onduidelijke toepassingsgebied – voorstander geweest van een dergelijke *ruime* interpretatie voor doeleinden van belastingverdragen.¹³¹⁹ Niet enkel de Belgische belastingdienst toonde zich al een aanhanger van de ruime visie. Ook in de rechtspraak gingen daar stemmen voor op. Het hof van beroep van Brussel kwam tot een dergelijke ruime interpretatie in een situatie waarin het belastingverdrag met Duitsland van toepassing was.¹³²⁰ Hierbij is het van belang op te

¹³¹⁴ In artikel 32 WIB92' stemt het dagelijks bestuur overeen met de term functie en de leidende functie met de term werkzaamheid.

¹³¹⁵ VAN DYCK, J., 'Zijn beheerders van een VZW ook bedrijfsleiders?', *Fiscoloog* 620, p. 6; Zie eveneens *Fiscoloog* 629, p. 4.

¹³¹⁶ V & A. *Senaat* 8 juli 1997, nr. 1-49, p. 2463.

¹³¹⁷ *Gedr. St. Kamer*, 1996-97, nr. 925/8, p. 7.

¹³¹⁸ X., 'Alleen voor personen met leidinggevende capaciteiten?', *Fiscoloog* 608, p. 8.

¹³¹⁹ Parlementaire Vraag van 29 mei 1980, *Bull. Bel.* Nr. 587, 1506. Zie ook Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* 834, p. 347-372.

¹³²⁰ Brussel 14 juni 1972, *Bull. Bel.* 1972, 2313.

merken dat België steeds een voorbehoud heeft geformuleerd bij artikel 16 OESO en zich het recht heeft voorgehouden om artikel 16 ook toe te passen op vergoedingen verkregen wegens de uitoefening van andere werkzaamheden dan die van director maar die overeenkomstig de Belgische fiscale wetgeving met dergelijke activiteiten gelijk worden gesteld.¹³²¹ De visie van de Minister van Financiën dat de functies met betrekking tot het dagelijks bestuur binnen een vennootschap als soortgelijke functies moeten aanzien worden, is daar waarschijnlijk een uitvloeisel van.¹³²² Op basis van artikel 525 Wetboek van Vennootschappen kan de raad van bestuur zijn bevoegdheden inzake dagelijks bestuur namelijk delegeren aan een orgaan van dagelijks bestuur, verschillend van gedelegeerd bestuur. De *ratio legis* achter deze regel is om een soepele bedrijfsvoering te bevorderen. De benoeming, het ontslag en de bevoegdheid van de dagelijks bestuurder worden volgens artikel 525 Wetboek van Vennootschappen geregeld in de statuten. De mogelijkheid om een orgaan van dagelijks bestuur in te stellen moet echter niet statutair worden voorzien.¹³²³ De statuten kunnen de instelling van een orgaan van dagelijks bestuur weliswaar verbieden.¹³²⁴ Het bestaan van een orgaan van dagelijks bestuur op zich is tegenwerpelijk aan derden indien de formaliteiten inzake de bekendmaking in de Bijlagen van het Belgisch Staatsblad werden nageleefd overeenkomstig artikel 76 Wetboek van Vennootschappen. De bevoegdheid om een orgaan van dagelijks bestuur in te stellen, kan toekomen aan de algemene vergadering, de raad van bestuur of het directiecomité.¹³²⁵ Het orgaan van dagelijks bestuur kan uit één of meerdere natuurlijke of rechtspersonen bestaan, die geen aandeelhouder of bestuurder van de betrokken vennootschap moeten zijn. Artikel 525 Wetboek van Vennootschappen verduidelijkt echter niet welke de bevoegdheden van een dagelijks bestuurder zijn. Dat lijkt mij nochtans wel van principieel belang te zijn om na te gaan of een dagelijks bestuurder als een soortgelijke functie kan beschouwd worden op nationaal en verdragsniveau. Derhalve wordt er algemeen gesteld dat de dagelijkse bestuurder bevoegd is om daden van dagelijks bestuur te stellen, maar over de reikwijdte van dit abstracte begrip bestaat veel discussie. De vraag of een handeling onder het dagelijks bestuur van een vennootschap valt is een feitenkwesitie die steeds *in concreto* zal moeten worden beoordeeld, rekening

¹³²¹ Com. OESO 1997, nr. 16/6.

¹³²² K.B. 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, B.S. 31 december 1996, 4 de ed.

¹³²³ VAN DRIESSCHE, H., 'Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA', *Not. Fisc. M.* 2002, afl. 8-9, 232.

¹³²⁴ VAN BOVEN, R., in 'X., Vennootschappen en verenigingen. *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*', Boek VIII, Titel IV, Hfdst. 1, Afd. II, dagelijks Bestuur 2.

¹³²⁵ CAPRASSE, O., 'Le délégué à la gestion journalière et les délégations des pouvoirs', in CDVA (ed.), *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, 89

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

houdend met de bijzondere omstandigheden van het geval.¹³²⁶ Ook het Belgische Hof van Cassatie is reeds tussengekomen om het begrip ‘dagelijks bestuur’ te definiëren. Cassatie omschrijft daden van dagelijks bestuur als ‘*de handelingen of verrichtingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap, of de behoeften die om reden van zowel minder belang dat ze vertonen, als van noodzakelijkheid een spoedige oplossing te treffen, de tussenkomsst van de raad van bestuur niet rechtvaardigen*’.¹³²⁷ Deze definitie viseert bijgevolg twee categorieën van handelingen, zijnde (1) de handelingen die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks leven van de vennootschap (recurrente handelingen) en (2) de handelingen van gering belang of die een spoedige oplossing behoeven.¹³²⁸ De tweede categorie beoogt dus handelingen die, hoewel ze uitzonderlijk zijn, toch binnen het dagelijks bestuur kunnen vallen, op voorwaarde dat ze slechts van gering belang zijn¹³²⁹ of er sprake is van hoogdringendheid. De meerderheid van de rechtspraak¹³³⁰ en de rechtsleer¹³³¹ beschouwt de voorwaarden van de tweede categorie als alternatief en niet cumulatief. Om te beoordelen of een handeling slechts van gering belang is, dient rekening te worden gehouden met de aard en de omvang van de onderneming, alsook met het maatschappelijk doel. Van hoogdringendheid is sprake als de raad van bestuur niet meer tijd kan worden samengeroepen.¹³³² Cassatierechtspraak wil de voorwaarden van de tweede categorie cumulatief interpreteren.¹³³³

M.i. kunnen functies van dagelijks bestuur verdragsrechtelijk niet zonder meer worden gelijk geschakeld met ‘soortgelijke functies’. Dat wordt bevestigd in bepaalde rechtspraak van het hof van beroep van Gent.¹³³⁴ Dit zal m.i. enkel het geval zijn indien de soortgelijke functie te kwalificeren is als een top level management positie en het vennootschapsbelang wordt gediend, criteria die vermeld zijn in deel 1 van dit onderzoek. Enkel op deze wijze kan m.i. een rele-

¹³²⁶ Bepaalde rechtspraak definieert daden van dagelijks bestuur als handelingen die slechts de dagelijkse uitvoering van een beleidslijn zijn, bepaald door de raad van bestuur. Zie bijvoorbeeld Rb. Leuven 26 november 1952, *Rev. Prat. Soc.* 1953, nr. 4312.

¹³²⁷ Cass. 17 september 1968, *Pas.* 1969, I, 61.

¹³²⁸ BAART, T. & BECKERS, J.B., ‘Dagelijks bestuur: algemene principes onder de loep’, *Accountancy & Fiscaliteit* 2010/7, p. 2.

¹³²⁹ Brussel 5 oktober 2006, niet gepubliceerd.

¹³³⁰ Brussel 5 oktober 2002, *F.J.F.* 2003, 560; RvS 23 oktober 2001, *RRD* 2001, 364-369.

¹³³¹ TILLEMANN, B., ‘Bestuur van vennootschappen’, Brugge, Die Keure, 2005, 663-666; VANGERVEN, D., ‘Rechtspersonen, beginselen van Belgisch privaatrecht’, Deel I, IV, Mechelen, Kluwer 2007, 147-148.

¹³³² TILLEMANN, B., ‘Bestuur van vennootschappen’, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 1056.

¹³³³ Cass. 26 februari 2009, besproken door BAART, T. & BECKERS, J.B., ‘Dagelijks bestuur: algemene principes onder de loep’, *Accountancy & Fiscaliteit* 2010/7, p. 2.

¹³³⁴ Geciteerd in VAN ELDONK, H.E.P.J. en PÖTGENS, F.P.G., ‘Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België’, *W.F.R.* 6312, p. 1517-1527.

vant onderscheid worden gemaakt met de andere managers binnen een lichaam. Ook de rechtspraak¹³³⁵ en sommige auteurs¹³³⁶ ondersteunen deze visie en poneren dat om te kunnen spreken van een gelijksoortige functie, de grens van het dagelijks bestuur in vennootschapszaken moet overschreden worden.¹³³⁷ Bovendien wordt gesteld dat noch de statuten, noch de raad van bestuur en noch de algemene vergadering de notie van 'dagelijks bestuur' kan verruimen.¹³³⁸

Een gelijkaardige vraag naar de invulling van het begrip 'soortgelijke functie' werd gesteld aan de Minister van Financiën voor wat betreft de zgn. *vaste vertegenwoordigers*. Artikel 61, § 2, 1ste lid, van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt met name dat wanneer een rechtspersoon aangewezen wordt als bestuurder, zaakvoerder of lid van het directiecomité, van de directieraad of van de raad van toezicht, deze ertoe gehouden is om onder zijn vennoten, zaakvoerders, bestuurders, leden van de directieraad, of werknemers een *vaste vertegenwoordiger* te benoemen die belast wordt met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon. Deze vertegenwoordiger moet aan dezelfde voorwaarden voldoen en is burgerrechtelijk en strafrechtelijk aansprakelijk alsof hij zelf de betrokken opdracht in eigen naam en voor eigen rekening zou volbrengen, onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt.¹³³⁹ De minister verklaarde dat de zgn. vaste vertegenwoordigers wel degelijk bedrijfsleiders zijn in de zin van artikel 32, eerste lid, 1° WIB92. De visie van de minister kan m.i. niet onderschreven worden. Immers, het beleid en de vertegenwoordiging van de vennootschap dient nog steeds georganiseerd te worden door de rechtspersoon-bestuurder. Het gegeven dat de benoemingsvoorwaarden en aansprakelijkheden van de vaste vertegenwoordiger gelijklopend zijn met die van een bestuurder, motiveert nog niet dat de bevoegdheden gelijklopend zijn. De Belgische commissarissen¹³⁴⁰ –

¹³³⁵ Bergen 5 september 2003

¹³³⁶ VAN RIJN, J., & HEENEN, J., '*Principes de droit commercial*', Bruylant, Brussel, 1954, T. I, p. 411, nr. 649.

¹³³⁷ Brussel 20 oktober 1994, *F.J.F.* 1995/31. Een goed voorbeeld hiervan kan bijvoorbeeld worden teruggevonden in Antwerpen 24 augustus 1988, *Bull.* 682, p. 867. Daarin wordt gesproken van een dagelijks bestuurder die naast de gewone handelingen van dagelijks bestuur, alle briefwisseling mag tekenen, contracten mag afsluiten etc. Zie ook Luik 6 november 1959, *Bull.* 364, p. 816. Cassatie heeft deze visie ook bevestigd, zie Cass. 24 mei 1966, *Bull.* 444, p. 1578. Een persoon die loutere suggesties doet strekkende tot bestuursdaden, maar die naderhand door de raad van bestuur moeten worden bevestigd, stelt geen bestuursdaden, zie Luik 29 oktober 1958.

¹³³⁸ VAN OMMESLAGHE, P. et DIEUX, X., 'Examen de jurisprudence, 1979 à 1990, Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.* 1993, p. 780, nr. 127.

¹³³⁹ Parlementaire Vraag van 14 januari 2009, *Vr. en Antw. Kamer*, 2008-2009, nr. 046, p. 28 30.

¹³⁴⁰ Niet te verwarren met het Nederlandse begrip commissaris.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

die onder de leden van het Instituut van de bedrijfsrevisoren moet gekozen worden – worden sedert de Wet van 20 juli 1990 ook niet meer begrepen onder het begrip ‘soortgelijke functies’. Hieromtrent heeft de Belgische Minister van Financiën namelijk verklaard dat de inkomsten van ambtenaren, openbare mandatarissen of andere commissarissen die als vertegenwoordiger van een overheid een permanente opdracht van controle en toezicht uitoefenen in openbare instellingen of intercommunales, aangezien moeten worden als werknemersbezoldigingen (indien er een statutaire band bestaat, of de inkomsten verkregen zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, of de controleopdracht een voortzetting is van het mandaat dat werknemersbezoldigingen oplevert) of als baten in de andere gevallen.¹³⁴¹

(b) De beperkte visie

Zoals hierboven gesteld zijn er twee Belgische visies m.b.t. de invulling van artikel 16 OESO, een ruime visie en een enge visie. In een tweede visie die eerder als *beperkt* kan bestempeld worden, is het toepassingsgebied van artikel 16 beperkt tot leden van de raad van bestuur of van de andere organen waarvan sprake in het verdragsartikel maar sluiten het verdragsartikel geenszins de andere mandatarissen uit artikel 32 WIB92 in. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid over de vergoeding van deze andere mandatarissen wordt dan toegevoegd aan andere verdragsartikels. Deze enge visie staat dus een formeel criterium voor. Bijvoorbeeld DE BROECK staat een dergelijke visie voor.¹³⁴²

(c) Welke visie moet doorgang vinden?

Men kan zich de vraag stellen welke visie doorgang moet vinden als dominante strekking binnen de Belgische belastingverdragen? Welnu, de enge visie sluit m.i. het dichtst aan bij de originele visie van het OESO-Modelverdrag. In het eerste deel van dit onderzoek heb ik er echter voor gepleit om naast de formeel benoemde mandatarissen, ook bepaalde top level managers onder het toepassingsgebied van het verdragsartikel te brengen. Het lijkt me wenselijk dat België om die reden afstand zou doen van zijn ruime visie op artikel 16 OESO en opnieuw aansluiting zoekt bij de historische betekenis van artikel 16 OESO, weliswaar gecorrigeerd door de aanbevelingen dewelke ik heb geformuleerd in deel 1 van dit onderzoek. Zoniet zal het onduidelijk blijven welke personen precies onder het directorsartikel begrepen moeten worden.

¹³⁴¹Parlementaire Vraag van 17 september 2009, *Vr. en Antw. Kamer*, 2009-2010, nr. 086, p. 165-167.

¹³⁴²DE BROECK, L., ‘Bestuurdersbezoldigingen in een internationale context’, *Fiscaal Praktijkboek* 1993-94, 76.

Eén en ander heeft dan tot gevolg dat de Belgische visie op artikel 32 WIB92 geen doorgang vindt op verdragsniveau hetgeen trouwens aansluit met de door mij verdedigde visie dat artikel 16 verdragautonom moet geïnterpreteerd worden. Enkel de formeel benoemde mandatarissen en de high level top managers ressorteren onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO en artikel 15 Belgische Modelverdrag 2007 en 2010. De Belgische belastingdienst houdt er m.i. dan ook een vreemde redenering op na door bijvoorbeeld de bedrijfsrevisoren onder artikel 16 OESO te plaatsen.¹³⁴³

Bij wijze van conclusie kan gesteld worden dat de visie van de Belgische belastingdienst¹³⁴⁴ – dewelke poneert dat het begrip bestuurder voor doeleinden van artikel 32 WIB92 een eigen fiscale betekenis heeft die afwijkt van het vennootschapsrecht – niet kan worden doorgetrokken op verdragsniveau. Nochtans moet gemeld worden dat artikel 15 van het Belgische Modelverdrag voor een trendbreuk zorgt wat betreft de toepassing van de ruime visie. Immers, artikel 15 par. 2 van dit Modelverdrag weerhoudt het volgende: *‘Beloningen die een persoon op wie paragraaf 1 van toepassing is van een vennootschap die inwoner is van een overeenkomstsluitende Staat verkrijgt ter zake van de uitoefening van dagelijkse werkzaamheden van leidinggevende of technische, commerciële of financiële aard, en beloningen die een inwoner van een overeenkomstsluitende Staat verkrijgt ter zake van zijn dagelijkse werkzaamheid als vennoot in een vennootschap – niet zijnde een vennootschap op aandelen – die inwoner is van een overeenkomstsluitende Staat, mogen worden belast overeenkomstig de bepalingen van artikel 14 alsof het ging om beloningen die een werknemer ter zake van een dienstbetrekking verkrijgt en alsof de werkgever de vennootschap was.’* Uit deze paragraaf blijkt dat het Belgische Modelverdrag er van uit gaat dat dagelijkse werkzaamheden van leidinggevende aard, ook op de gebieden van financiën, commercieel en technisch beleid, moeten geacht worden gepresteerd te worden in dienstbetrekking. Deze personen worden voor het Belgische Modelverdrag dus gelijkgeschakeld met werknemers. Er dient opgemerkt te worden dat deze visie in overeenstemming is met de historische bedoeling van artikel 16 OESO aangezien destijds enkel superviserende functies werden beoogd (cf. het gebruik van de term ‘fee’ bepaalde het verdragautonome toepassingsgebied). Het Belgische Modelverdrag zoekt m.i. dus aansluiting bij artikel 16 OESO. Op zich is dat een vreemde gedachte aangezien België in beginsel een monistische vennootschapsstructuur kent en de opdeling tussen een uitvoerend en niet-uitvoerend orgaan *de facto* niet kent. Hoewel het Belgische Modelverdrag aansluiting neigt te zoeken bij de ware toedracht van artikel 16

¹³⁴³ Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* nr. 834, p. 347 e.v.

¹³⁴⁴ Parlementaire Vraag van 30 november 1992, *Bull.* 726, p. 892; *ComIB* 32/2.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

OESO, is het m.i. niet correct om elke persoon met leidinggevende kwalificaties uit te sluiten van het directorsartikel indien een formeel-organiek criterium niet aanwezig is. Artikel 15 par. 2 van het Belgische Modelverdrag toont hiermee een ongenueanceerde visie. Er zou op zijn minst een opdeling moeten gemaakt worden tussen verschillende categorieën van leidinggevende personen. Zo werd reeds afdoende aangetoond dat personen die het vennootschapsbelang dienen en aan strategiebepaling doen, kwalificeren onder het bestuurdersartikel. Om deze reden is het volgens mij noodzakelijk dat België afstand doet van artikel 15 par. 2 van het Belgische Modelverdrag en het geherformuleerde artikel 16 OESO uit deel 1 van dit onderzoek zou overnemen. Op die wijze kan België dan tevens nog tegemoet komen aan het voorbehoud dat het heeft geformuleerd bij artikel 16 OESO.

3. Andere hoedanigheid in een lichaam

3.1. Algemeen

Het artikel m.b.t. directors' fees is volgens het Belgische Modelverdrag en sommige belastingverdragen enkel toepasselijk op belastingplichtigen die kwalificerende vergoedingen verkrijgen in hun hoedanigheid van lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht of een gelijkaardig orgaan. Deze visie bevat – zoals reeds gesteld – een formeel en eng criterium. Het verdragsartikel is dan per definitie niet van toepassing op de inkomsten die deze kwalificerende personen in een eventuele andere hoedanigheid in hetzelfde lichaam verkrijgen, bijvoorbeeld als werknemer. Om die reden voorzien de meeste Belgische belastingverdragen in een bijkomende clause i.v.m. de belastingheffing van de andere beloningen die een lid van de raad van bestuur, de raad van toezicht of van een gelijkaardig orgaan uit de vennootschap verkrijgt. Zoals HUYGHE terecht opmerkt kunnen die belastingverdragen *de facto* worden ingedeeld in drie grote categorieën.¹³⁴⁵

Een eerste reeks van belastingverdragen voorziet dat de beloningen die aan de bedoelde personen worden toegekend voor de uitoefening van dagelijkse werkzaamheden in een vaste inrichting gelegen in de andere verdragsstaat dan die waarvan de vennootschap inwoner is, in de andere staat belastbaar zijn. Bepaalde auteurs zijn namelijk van mening dat deze driehoekssituatie buiten het toe-

¹³⁴⁵ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 17.

passingsgebied van artikel 16 OESO valt.¹³⁴⁶ Zo wordt gesteld dat indien een inwoner van een bepaalde staat in België een bestuurdersfunctie uitoefent in een vaste inrichting van een lichaam van een andere staat waarmee België een belastingverdrag heeft gesloten, de inkomsten die voortvloeien uit deze bestuurdersfunctie niet onder het bestuurdersartikel van dat belastingverdrag vallen. *In casu* zal ook nog moeten kunnen aangetoond worden dat er sprake is van een zgn. materiële of personele vaste inrichting. De Belgische Rulingcommissie heeft in een ruling gesteld dat wat betreft een functie van dagelijks bestuur, niet snel een vaste inrichting zal ontstaan. *In casu* ging het om een VP m.b.t. human resources.¹³⁴⁷ Uit de praktijk blijkt namelijk dat heel wat activiteiten in een vaste inrichting door leidinggevenden worden uitgeoefend vanuit een thuishkantoor. De vraag of (een bureelruimte in) de woning van een werknemer een vaste inrichting kan vormen van het buitenlandse lichaam, is zeer omstredden.¹³⁴⁸ Het uitgangspunt is dat de woning van een werknemer in beginsel niet als een bedrijfsinrichting van de werkgever kan worden beschouwd. De werkgever heeft immers principieel niet het recht om deze woning voor de uitoefening van zijn activiteiten te gebruiken (beschikkingsmacht). Dit standpunt wordt bovendien bijgetreden in de internationale jurisprudentie en doctrine.¹³⁴⁹ In de OESO discussienota 2012 beklemtoont de OESO dat er pas sprake kan zijn van de vereiste beschikkingsmacht, wanneer het thuishkantoor op 'regelmatige' en 'voortdurende' basis wordt gebruikt om er de werkzaamheden van de buitenlandse werkgever in uit te oefenen én deze laatste de werknemer (contractueel of feitelijk) 'verplicht' om thuis te werken.¹³⁵⁰ Anders is het indien de werkgever geheel of gedeeltelijk tussenkomt in de betaling van de huurprijs van de woning. In dat geval verkrijgt de werkgever wel het recht om - een gedeelte van - de woning te gebruiken voor de uitoefening van zijn activiteiten.

Een tweede categorie van belastingverdragen voorziet dat de beloningen die de bedoelde personen ontvangen ter zake van de uitoefening van dagelijkse werkzaamheden van leidinggevende of van technische aard overeenkomstig de bepalingen van het verdragsartikel rond niet-zelfstandige arbeid (artikel 15 OESO)

¹³⁴⁶ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 19-20.

¹³⁴⁷ Voorafgaande Beslissing nr. 900.440 van 22 december 2009.

¹³⁴⁸ WUSTENBERGHS, T. en VANMECHELEN, W., 'Thuishkantoor vormt geen vaste inrichting', *Fisc. Int.* 340, p. 3.

¹³⁴⁹ WUSTENBERGHS, T., *'De vaste inrichting op de helling'*, Gent, Larcier, 2005, 53.

¹³⁵⁰ OECD Discussion Draft on the interpretation and application of the Commentary to Article 5 of the OECD Model Tax Convention

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

belastbaar zijn.¹³⁵¹ In dit geval wordt er vaak nog verduidelijkt dat deze beloningen worden behandeld alsof het ging om beloningen betaald aan een werknemer ter zake van een dienstbetrekking en alsof de werkgever de vennootschap was. Dat is eveneens het geval voor artikel 15 v.h. Belgische Modelverdrag.

Een derde reeks van belastingverdragen voorziet dat de normale beloningen die de kwalificerende mandatarissen in een andere hoedanigheid verkrijgen, belastbaar zijn overeenkomstig het artikel over zelfstandige arbeid (artikel 14 OESO) of het artikel over niet-zelfstandige arbeid (artikel 15 OESO). Wat betreft de bestuurders of zaakvoerders die ook een dagelijkse werkzaamheid van leidinggevende of technische aard uitoefenen, stelt de Belgische belastingdienst voor om een splitsing op te maken van de diverse beloningen.¹³⁵² Hiervoor wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het deel van hun beloningen dat betrekking heeft op hun werkzaamheid als director, gelijk is aan het hoogste bedrag van de tantièmes, presentiegelden en andere soortgelijke beloningen die worden betaald aan een bestuurder of zaakvoerder die geen dagelijkse werkzaamheid van leidinggevende of van technische aard, noch een speciale werkzaamheid (bijvoorbeeld, de deelname aan de periodieke vergaderingen van de raad van bestuur binnen de vennootschap uitoefent). Wanneer er in de vennootschap geen enkele bestuurder of zaakvoerder van dat type bestaat, wordt aangenomen dat de belanghebbenden geen tantièmes, presentiegelden of andere beloningen verkrijgen in hun hoedanigheid van bestuurder of zaakvoerder. De Belgische belastingadministratie waagt zich ook aan een definitie van het begrip 'dagelijkse werkzaamheid van leidinggevende of technische aard'. Het gaat om een activiteit van bestuur die de dagelijkse behoeftes van de vennootschap niet overstijgt of het geheel van de exploitatiehandelingen die geen beslissingen vormen die behoren tot de werkzaamheid van bestuurder of van zaakvoerder, maar het dagelijkse leven van de vennootschap uitmaken. De benoeming, de afzetting en de bevoegdheden van de afgevaardigde(n) bij het dagelijkse bestuur worden in principe geregeld door de statuten. Onder dagelijkse werkzaamheid van *technische aard*, wordt verstaan een werkzaamheid van alle aard die continu en regelmatig, en niet uitzonderlijk of op specifieke punten gericht, en al dan niet krachtens een arbeidsovereenkomst wordt uitgeoefend. Een dergelijke visie van

¹³⁵¹ Als voorbeeld haal ik het belastingverdrag met Qatar aan. Voor een bespreking, zie LOWAGIE, G., 'België sluit verdrag met Qatar', *Fiscoloog Internationaal* 296, p. 6. Dit is o.m. ook het geval voor het belastingverdrag met Marokko. Voor een bespreking, zie LOWAGIE, G., 'Nieuw verdrag met Marokko', *Fiscoloog Internationaal* 304, p. 5. Ook het belastingverdrag met Griekenland voorziet dit bijvoorbeeld. Voor een bespreking hiervan, zie LOWAGIE, G., 'Nieuw verdrag met Griekenland aangenomen', *Fiscoloog Internationaal* 261, p. 3.

¹³⁵² Circulaire van 17 december 2002, *Bull.* nr. 834, p. 347 e.v.

de Belgische belastingdienst is m.i. bijzonder ongenueanceerd hetgeen ik al vermeld heb bij de bespreking van artikel 15 van het Belgische Modelverdrag. Het gaat er dus van uit dat bepaalde high level top managers geen directors kunnen zijn.

Dit is tevens niet mijn enige kritiek op de visie van de belastingdienst. De circulaire van 17 december 2002 voert een fictie in. Het gaat om de veronderstelling dat het deel van de beloningen dat betrekking heeft op de werkzaamheid als bestuurder gelijk is aan het hoogste bedrag van de tantièmes, presentiegelden en andere soortgelijke beloningen die worden betaald aan een bestuurder of zaakvoerder die geen dagelijkse werkzaamheid van leidinggevende of van technische aard, noch een speciale werkzaamheid (bijvoorbeeld, de deelname aan de periodieke vergaderingen van de raad van bestuur binnen de vennootschap uitoefent. Wanneer er in de vennootschap geen enkele bestuurder of zaakvoerder van dat type bestaat, wordt aangenomen dat de belanghebbenden geen tantièmes, presentiegelden of andere beloningen verkrijgen in hun hoedanigheid van bestuurder of zaakvoerder. Deze fictie houdt een schending in van het beginsel *pacta sunt servanda*. Immers, de belastingverdragen die voorzien in een bepaling dat bestuurders of zaakvoerders eveneens een dagelijkse werkzaamheid van leidinggevende of van technische aard uitoefenen, voorzien niet in deze fictie. Deze fictie was niet gekend op het ogenblik van het afsluiten van heel wat belastingverdragen. Door eenzijdig en *a posteriori* een fictie los te laten op deze verdragen, schendt de Belgische belastingdienst het compromis dat werd bereikt in de belastingverdragen die in een dergelijke clause voorzien. Het is dus twijfelachtig of een dergelijke fictie doorgang kan vinden naar de betrokken belastingverdragen. Uit de literatuur weten we namelijk dat de interne ficties op verdragsniveau slechts om drie redenen kunnen getolereerd worden.¹³⁵³ In eerste instantie indien de fictie uitdrukkelijk wordt herbevestigd in het verdrag. Anderzijds omwille van anti-misbruikwetgeving waarvan uit het belastingverdrag zelf blijkt dat deze door het verdrag niet wordt beïnvloed. En ten slotte, indien het gaat om anti-misbruikwetgeving dewelke kadert in een algemeen substance over form beginsel dat zo wezenlijk is dat aangenomen mag worden dat dergelijke wetgeving tot de fundamentele van het fiscaal recht van ontwikkelde naties behoort en grosso modo geleidelijk in diverse staten toegepast wordt. M.i. is geen enkele van de drie motieven van toepassing op de besproken

¹³⁵³ PEETERS, B., 'De internrechtelijke ficties in het Belgisch fiscaal recht in het licht van het adagium *pacta sunt servanda*', in *Liber Amicorum Maeckelbergh*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1993, p. 343-367; PEETERS, B., 'Ficties en dubbelbelastingverdragen: een slecht huwelijk', *Fiscoloog Internationaal* 220, p. 4.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

fictie zodat deze dan ook geen doorwerking kan hebben in belastingverdragen afgesloten voor 17 december 2002.

In de rechtspraak zijn er tevens gevallen bekend die handelden over een splitting van de vergoedingen die worden bekomen in verschillende hoedanigheden. Zo oordeelde de rechtbank van Leuven over een situatie van een onbezoldigde Belgische zaakvoerder van een vennootschap met zetel in Luxemburg die tevens technische (informatica) prestaties leverde voor deze vennootschap.¹³⁵⁴ De rechtbank stelde vast dat nergens in de oprichtingsakte of statuten wordt vermeld dat het mandaat als zaakvoerder bezoldigd was.¹³⁵⁵ Andere rechtspraak volgt dan weer heel expliciet de verdragstekst. Indien de verdragstekst stelt dat ‘de normale beloningen die in een andere hoedanigheid worden verkregen door de in §1 bedoelde personen naar gelang van het geval belastbaar zijn volgens artikel 14 of 15 §1’. Dat was met name het geval in een casus waar een belastingplichtige zowel een bestuursmandaat uitoefende in een Luxemburgse vennootschap maar tevens ondersteunende activiteiten verrichtte voor dezelfde vennootschap. *In casu* was het duidelijk dat de vergoeding toewijsbaar was aan deze ondersteunende activiteiten en om die reden paste de rechtbank artikel 14 van het belastingverdrag tussen België en Luxemburg toe.¹³⁵⁶ DE BROE sluit zich aan bij de visie van de rechtbank aangezien de bewoordingen van het belastingverdrag geen andere conclusie toelaten.¹³⁵⁷ De rechtbank van Brussel oordeelde op haar beurt dat omwille van de letterlijke en specifieke bewoordingen van de verdragstekst (cf artikel 16 §2 van het oude belastingverdrag tussen België en Nederland) de vergoeding die een Nederlandse bediende bekam – die tevens een onbezoldigd bestuursmandaat had bij dezelfde Belgische vennootschap – in België belastbaar was.¹³⁵⁸ HUYGHE heeft de visie van de rechtbank fel bekritiseerd.¹³⁵⁹ Niettegenstaande de visie van de rechtbank steunt op een letterlijke lezing van het betrokken belastingverdrag, moet men volgens de auteur rekening houden met de interpretatieregels uit het Verdrag van Wenen en de contextuele interpretatietechniek. Hij stelde dat ‘*indien de Hoge Raad op basis van dezelfde ver-*

¹³⁵⁴ Rb. Leuven 4 januari 2013, *F.J.F.* 2012/215.

¹³⁵⁵ Besproken door DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2013’, *T.R.V.* 2013, p. 260-285.

¹³⁵⁶ Rb. Bergen 20 december 2007, *F.J.F.* 2009/187.

¹³⁵⁷ DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2009’, *T.R.V.* 2010, p. 117-149.

¹³⁵⁸ Rb. Brussel 16 november 2007, onuitg., besproken door HUYGHE, A., ‘Het ongrondwettelijk verklaarde attractiebeginsel onder de DBV’s’, *Fisc. Int.* 296, 1 e.v. Idem: Brussel 15 september 1995, *R.W.* 1995-96, 1417.

¹³⁵⁹ HUYGHE, A., ‘Het ongrondwettelijk verklaarde attractiebeginsel onder de DBV’s’, *Fisc. Int.* 296, 1 e.v.

dragstekst tot een andere conclusie komt dan de Belgische rechtspraak, dan duidt dit minstens erop dat de tekst van het verdrag niet duidelijk is. Bijgevolg moet ons inziens worden teruggevallen op de algemene regels inzake de interpretatie van verdragen in het algemeen, zoals vervat in het Verdrag van Wenen en van dubbelbelastingverdragen in het bijzonder. Voorts stelt de auteur zich de vraag of een interpretatie die impliciet uitgaat van de toepassing van het attractiebeginsel – dat in een intern-rechtelijke context ongrondwettig werd verklaard ingeval het bestuursmandaat onbezoldigd is – kan worden aangemerkt als een interpretatie te goeder trouw. Ik heb mij eerder in dit onderzoek ook al uitgesproken in het voordeel van een contextuele interpretatie van belastingverdragen die ingaat tegen de letterlijke verdragstekst en juich om die reden de visie van HUYGHE toe.

Ten slotte merk ik nog op dat de Belgische Rulingcommissie zich eveneens heeft uitgesproken over een dualiteit van functies binnen hetzelfde lichaam.¹³⁶⁰ Een onbezoldigd bestuursmandaat sluit artikel 16 OESO uit indien dezelfde persoon nog een bezoldigde werknemersfunctie bekleedt in hetzelfde lichaam. Om eindeloze discussies met de belastingdienst te vermijden is het in de praktijk aangewezen om het bedrag van de vergoeding van de director ofwel statutair te bepalen, ofwel te laten vaststellen in de notulen van de algemene vergadering. Tevens kan ervoor geopteerd worden om de bezoldiging van de director contractueel vast te leggen. Het contractueel vastleggen van een loon van een director zou eveneens als een onderbouw kunnen dienen voor een rechtvaardiging van dit loon. Ook de Rulingcommissie onderschrijft deze visie nu dus.¹³⁶¹

3.2. Werkende vennoten

De problematiek van de werkende vennoten in verdragsverband is zeer complex. Dat heeft volgens DE BROE vele oorzaken.¹³⁶² Zo bevatten tal van belastingverdragen geen eigen clausules m.b.t. werkende vennoten en is het interne statuut van de werkende vennoot vaak onderworpen geweest aan veranderingen.¹³⁶³ Sommige belastingverdragen voorzien echter wel in een clausule rond *werkende vennoten*. Dat is bijvoorbeeld het geval in het huidige belastingverdrag met de

¹³⁶⁰ Voorafg.Besliss. nr. 2014.244, 29 juli 2014

¹³⁶¹ COOLS, A., 'Rulingcommissie geeft visie over werkgeversbegrip in artikel 15 OESO-Modelverdrag, maar er blijven onduidelijkheden', *Int. Fisc. Act.* 2014/11.

¹³⁶² DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2003-2004', *T.R.V.* 2004/7, p. 641-685.

¹³⁶³ Voor de Wet van 5 januari 1976 werden de inkomsten van werkende vennoten in het intern Belgisch fiscaal recht aangemerkt als ondernemingswinsten in de zin van (oud) artikel 20.1° WIB. Ingevolge de Wet van 5 januari 1976 maakten inkomsten van werkende vennoten voortaan een afzonderlijke categorie van bedrijfsinkomsten uit.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

Verenigde Staten waar deze categorie onder het loonartikel wordt geplaatst.¹³⁶⁴
Ook het belastingverdrag met Frankrijk bevat een expliciete toewijzingsregel.¹³⁶⁵

In globo kan men stellen dat de kwalificatie van de beloningen van werkende vennoten onder de Belgische belastingverdragen een moeilijk parcours heeft afgelegd. Voor 1976 werden de inkomsten van werkende vennoten als winsten gekwalificeerd. Als gevolg daarvan viel de toewijzing van de heffingsbevoegdheid voor inkomsten van werkende vennoten onder het verdragsartikel inzake ondernemingswinsten.¹³⁶⁶ Het Hof van Cassatie oordeelde in de zgn. Freens casus vervolgens dat aangezien inkomsten van werkende vennoten niet langer worden belast als ondernemingswinst onder het Belgisch intern recht, de fiscus niet langer kon argumenteren dat deze inkomsten kwalificeren als ondernemingswinst in de zin van artikel 7 OESO.¹³⁶⁷ Het resultaat van het cassatiearrest was dat de discussie over de heffingsbevoegdheid voor inkomsten van werkende vennoten zich verplaatste van artikel 7 naar andere verdragsartikelen.¹³⁶⁸ Zo kan vooreerst verwezen worden naar de werkende vennoten in een Belgische CV onder het belastingverdrag met Frankrijk. Zelfs de Belgische Minister van Financiën moest schoorvoetend toegeven dat hij niet meteen wist onder welk verdragsartikel dergelijke beloningen moesten gerangschikt worden.¹³⁶⁹ De minister achtte de toepassing van het restartikel – hetwelk de heffingsbevoegdheid aan Frankrijk toeweest – uitgesloten.¹³⁷⁰ PEETERS achtte deze visie verrassend aangezien de rechtspraak van het Hof van Cassatie het restartikel in een

¹³⁶⁴ Inzake het oude belastingverdrag met de USA heeft het hof van beroep van Brussel het restartikel toepasselijk verklaard op de vergoedingen die een Belgische personenvennootschap uitkeerde aan de buitenlandse werkende vennoten. Als motivatie werd het zgn. arrest Freens ingeroepen. De toepassing van artikel 14 (zelfstandige professionele werkzaamheden) van het verdrag werd verworpen aangezien de werkende vennoten in België een afzonderlijke categorie van belastingplichtigen uitmaken (alleszins tot aan het Volmachtenbesluit van 20 december 1996). Ook de toepassing van artikel 15 werd afgewezen aangezien er in casu geen sprake was van ondergeschiktheid. Eveneens werd de toepassing van artikel 16 afgewezen aangezien dit verdragsartikel enkel toeziet op de tantièmes welke bij de vennootschap niet als aftrekbare bedrijfslast aftrekbaar zijn. En, de vergoedingen die werden betaald aan de Amerikaanse werkende vennoten waren wel fiscaal aftrekbaar. Voor een bespreking zie HINNEKENS, PH., 'Werkend vennoot: uiteindelijk toch belastbaar in België', *Fisc. Int.* nr. 227, p. 5 e.v.

¹³⁶⁵ Artikel 9 van het belastingverdrag tussen België en Frankrijk van 10 maart 1964.

¹³⁶⁶ LAGAE, J.P., 'Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationaal belastingrecht', *Liber Amicorum professor baron Jean van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 559.

¹³⁶⁷ Cassatie 21 december 1990, *Fisc. Koer.* 91/210.

¹³⁶⁸ MORTIER, F., 'Noot onder Gent 10 november 2009, *Fisc. Koer.* 2010/07, p. 440-446.

¹³⁶⁹ *Vr. en Antw.*, senaat, 1994-95, 21 maart 1995, 7992.

¹³⁷⁰ PEETERS, B., 'Werkende vennoten blijven voor interpretatieproblemen zorgen', *Fisc. Int.* nr. 137, 7.

Belgisch-Nederlandse context wel toepasselijk verklaard had.¹³⁷¹ De rechtspraak verklaarde het restartikel toepasselijk aangezien de beloning van een werkend vennoot niet als een loon of een salaris kon bestempeld worden.¹³⁷² Inzake het nieuwe belastingverdrag met Italië¹³⁷³ werd artikel 16 §2 van het verdrag toegepast hetwelk verwijst naar andere functies die mandatarissen bekleeden. Gelet op de afwezigheid van een band van ondergeschiktheid en de zelfstandige uitoefening van de functie besloot het hof van beroep tot de toepassing van artikel 14.¹³⁷⁴ HINNEKENS bekritiseerde deze uitspraak fel aangezien het hof niet was nagegaan of de werkende vennoot tevens wel een formeel mandaat bekleedde. M.b.t. het oude belastingverdrag met de Verenigde Staten besloot de rechtspraak ook – zoals reeds gesteld – tot de toepassing van het restartikel.¹³⁷⁵ Ook DE BROE bekritiseerde deze uitspraak fel. Het hof had namelijk geoordeeld dat de eerste paragraaf van artikel 16 niet van toepassing kan zijn omdat overeenkomstig het OESO-Modelverdrag van 1977 dit enkel zou slaan op tantièmes die opgenomen zijn in de winst van de vennootschap of geacht worden het geïnvesteerde kapitaal te vergoeden hetgeen in casu niet het geval was vermits de bezoldiging van de werkende vennoot een vergoeding uitmaakt voor zijn prestaties en niet voor zijn investering. DE BROE stelt hieromtrent dat uit de tekst van artikel 16 nergens blijkt dat het begrip tantièmes moet beperkt worden tot vergoedingen die bestaan uit uitkeringen uit de belaste winst van de vennootschap of uit vergoedingen voor het geïnvesteerde kapitaal.¹³⁷⁶ Ook artikel 15 OESO kwam soms ter sprake. De voornaamste voorwaarde voor de toepassing van dit verdragsartikel luidt echter dat de belastingdienst moet kunnen aantonen dat de prestaties die aan de basis liggen van de inkomsten, beantwoorden aan die van arbeid in ondergeschikt verband. Volgens een constante rechtspraak zou die kwalificatie enkel mogelijk zijn voor vennoten die slechts een beperkt aantal aandelen bezitten en geen leidinggevende functie bekleeden.¹³⁷⁷

¹³⁷¹ PEETERS, B., 'Werkende vennoten: ook in Belgisch-Franse verhoudingen toepassing van het restartikel', *T.F.R.* 194, p. 65.

¹³⁷² DESTERBECK, F., 'Bezoldigingen werkende vennoten in woonstaat belastbaar', *Int. Fisc. Act.* 2001/1, p. 1.

¹³⁷³ Dit belastingverdrag is afgesloten op 29 april 1983.

¹³⁷⁴ Besproken in HINNEKENS, PH., 'Werkend vennoot onder DBV België-Italië', *Fisc. Int.* nr. 224, p. 3 e.v.

¹³⁷⁵ Besproken in HINNEKENS, PH., 'Werkend vennoot: uiteindelijk toch belastbaar in België?', *Fisc. Int.* nr. 227, p. 5 e.v.

¹³⁷⁶ DE BROE, L. en WERBROECK, J., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2001-2002', *T.R.V.* 2002/8, p. 604-642.

¹³⁷⁷ Antwerpen 7 juni 1988, *Fisc. Koer.* 88/341; Brussel 25 oktober 1988, *T.R.V.* 1989, 133; Gent 12 december 1989, *F.J.F.* 90/100; Brussel 28 februari 1992, *Fisc. Koer.* 92/294,...

Inmiddels heeft de Belgische belastingdienst haar visie weergegeven over de toepasselijke verdragsartikelen op werkende vennoten in een cross border situatie.¹³⁷⁸ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de oude en de nieuwe belastingverdragen. M.b.t. de laatste categorie verdragen wordt uitgegaan van de vaststelling dat de recente Belgische belastingverdragen een clause in artikel 16 §2 inlassen die als volgt luidt: *'beloningen die een inwoner van een overeenkomstsluitende staat verkrijgt ter zake van zijn persoonlijke werkzaamheid als vennoot in een vennootschap, niet zijnde een vennootschap op aandelen, die inwoner is van de andere overeenkomstsluitende staat, mogen overeenkomstig de bepalingen van artikel 15 worden belast, alsof het zou gaan om beloningen die een werknemer ter zake van een dienstbetrekking verkrijgt en alsof de werkgever de vennootschap zou zijn'*. Ook het Belgische Modelverdrag voorziet in een dergelijke clause. Dat betekent *in concreto* dat de Belgische staat van mening is dat de beloningen van werkende vennoten als bezoldigingen uit niet-zelfstandige arbeid moeten bestempeld worden. Dat betekent dus dat noch het artikel over de zelfstandige beroepen noch het restartikel van toepassing worden verklaard.

Hierbij dient een aantal aandachtspunten meegegeven te worden. Vooreerst gaat het enkel om de werkende vennoten die geen zaakvoerder zijn, noch een gelijkaardige functie uitoefenen. In bevestigend geval zal het directorsartikel wel van toepassing zijn. Tevens omschrijft de circulaire om welke lichamen het gaat. Het gaat niet om 'vennootschappen op aandelen' waardoor de naamloze vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen¹³⁷⁹ niet als kwalificerende vennootschapsvormen opereren. De regeling die voor de toekomst door de belastingdienst werd uitgewerkt in verband met de werkende vennoten, is door sommige auteurs bekritiseerd.¹³⁸⁰ Immers, de visie van de Belgische belastingdienst heeft tot gevolg dat er verschillende regels worden toegepast al naargelang een werkende vennoot tevens een bestuursmandaat uitoefent of niet. Indien de werkende vennoot namelijk wel een mandaat uitoefent, valt hij onder de regeling van de vennootschapsmandatarissen en gelijkgestelden. Dit heeft als gevolg dat hij op de zelfstandige occasionele werkzaamheden onder de toepassing van artikel 14 kan vallen. Terwijl indien de werkende vennoot geen mandaat uitoefent op dergelijke werkzaamheden, artikel 15 van toepassing is.

¹³⁷⁸ Circulaire van 17 december 2002

¹³⁷⁹ Merk op dat hier weer het historische onderscheid tussen kapitaal en personenvennootschappen de kop opsteekt.

¹³⁸⁰ HUYGHE, A., 'Werkende vennoten: circulaire achterhaald door cassatie-arrest?', *Fisc. Int.* nr. 241, p. 3 e.v.

Zoals gesteld, neemt de Belgische belastingdienst ook een standpunt in m.b.t. de *oudere* belastingverdragen. Aangezien de meeste belastingverdragen geen expliciete regeling voorzien voor de vergoedingen die worden bekomen door werkende vennoten, heeft de circulaire hiervoor in een regeling voorzien. Men kan zich ernstig de vraag stellen in welke mate een dergelijke circulaire geen schending inhoudt van artikel 26 Verdrag van Wenen. Immers, dit verdragsartikel bepaalt uitdrukkelijk dat een internationaal verdrag niet voor eenzijdige uitlegging door één van de verdragssluitende staten vatbaar is, maar dat het verdrag geïnterpreteerd moet worden overeenkomstig de gemeenschappelijke bedoeling van de verdragssluitende staten. Men zou zelfs kunnen spreken van een treaty override. Dit fenomeen wordt door de OESO omschreven als ‘the enactment of legislation which is intended to nullify unilaterally the application of international treaty obligations or the enactment of legislation which is intended to have effects in clear contradiction to international treaty obligations’.¹³⁸¹ Een tax treaty override kan op heel veel verschillende manieren plaatsvinden. Te denken valt aan ‘legislation reverting a judicial decision in conflict with the legislature’s interpretation of a treaty, changing the definition of a term employed in a treaty which, due to article 3(2) and the dynamic interpretation, implies changing the treaty itself, changes in domestic legislation which unintentionally conflicts with a treaty provision’.¹³⁸² Indien een belastingverdrag geen specifieke toewijzingsregeling voorziet en een staat eenzijdig een *a posteriori* regeling invoert, kan dit m.i. als een treaty override worden bestempeld.

De Belgische belastingdienst maakt een onderscheid tussen twee categorieën van werkende vennoten: vennoten met een beperkt aantal aandelen en vennoten met een aanzienlijk pakket aan aandelen.¹³⁸³ De eerste categorie van werkende

¹³⁸¹ OECD, ‘Recommendations of the Council concerning tax treaty override’, 2 oktober 1989, C(89), 146.

¹³⁸² SCHOUERI, L.E., ‘Tax Treaty Override: A Jurisdictional Approach’, *Intertax* 2014, p. 683.

¹³⁸³ Uit tal van parlementaire vragen en de rechtspraak bleek reeds dat de omvang van de kapitaalparticipatie van belang was. Zo werden werkende vennoten zonder leidinggevende functie in vennootschappen en met een klein aantal aandelen in eigendom, fiscaal als werknemer beschouwd. Zie: Parlementaire Vraag van 25 juni 1979, *Bull. Bel.* 577/10.79, 1604; Parlementaire Vraag van 28 april 1981, *Bull. Bel.* 598/08-09.81, 1813; Parlementaire Vraag van 10 augustus 1984, *Bull. Bel.* 634/12.84, 3220; Parlementaire Vraag van 31 mei 1991, *Bull. Bel.* 712/01.92, 306; Bergen 29 mei 1980, *J.D.F.* 1981, 226 (bezit van 2,6% van de aandelen); Brussel 10 mei 1983, *J.D.F.* 1984, 126; Brussel 18 september 1984, *F.J.F.* 85/5 (bezit van 149 deelbewijzen op een totaal van 400); Brussel 18 september 1985, *J.D.F.* 1987, 202; Luik 15 januari 1986, *J.D.F.* 1987, 202; Gent 25 november 1986, *F.J.F.* 88/4 (hoedanigheid van werkend vennoot weerhouden wegens leidinggevende functie niettegenstaande een aandelenbezit van 10%); Luik 26 november 1986, *F.J.F.* 87/43; Luik 18 februari 1987, *F.J.F.* 87/141; Luik 9 maart 1988, *Bull. Bel.* 680/02.89, 881; Brussel 25 oktober 1988, *T.R.V.* 1989/2, 133 met NOOT van VAN CROMBRUGGE, S.; Gent 20 december 1988, *F.J.F.* 1989/28; Antwerpen 2 april 1990, *Bull. Bel.* 711/12..91, 2935 (bezit van 1056/2200 aandelen doet besluiten tot de hoeda-

vennoten betreft de personen die een beperkt aantal aandelen in de vennootschap bezitten, geen leidinggevende functie waarnemen binnen het lichaam maar er wel doorlopend en op regelmatige wijze werkzaamheden uitoefenen. Deze categorie van vennoten wordt volgens de circulaire geacht een dienstbetrekking uit te oefenen binnen een lichaam voor zover hun hoedanigheid als vennoot niet de band van ondergeschiktheid teniet doet die hen bindt aan de vennootschap. De tweede categorie van vennoten betreft de vennoten die over een aanzienlijk pakket aan aandelen in een lichaam beschikken. Volgens de circulaire oefenen zij werkzaamheden van zelfstandige aard uit voor rekening van een lichaam (artikel 14 belastingverdragen). Uit deze circulaire kan afgeleid worden dat de Belgische belastingdienst haar standpunt t.o.v. buitenlandse werkende vennoten heeft gewijzigd. Initieel was de Belgische belastingdienst namelijk van mening dat artikel 7 OESO toepasselijk diende verklaard te worden op de categorie van de werkende vennoten. De buitenlandse vennoten werden geacht in België zelf over een vaste inrichting te beschikken op de plaats waar de Belgische personenvennootschap haar zetel van werkelijke leiding of een exploitatiezetel heeft, zodat zij in België belastbaar waren op dit inkomen.¹³⁸⁴ Het gegeven dat de rechtspraak het restartikel toepaste op werkende vennoten, werd door de Belgische belastingautoriteiten dan ook nooit aanvaard.¹³⁸⁵ Eén van de bewijzen hiervoor is het akkoord in 1992 met de Nederlandse belastingautoriteiten in het kader van de onderlinge overlegprocedure. Men kan echter stellen dat de visie van de Belgische belastingadministratie uit de circulaire van 17 december 2002 inmiddels weer achterhaald is. Het Belgische Hof van Cassatie heeft namelijk opnieuw uitspraak gedaan over de situatie van de buitenlandse werkende vennoten. Het hof van beroep van Brussel had op 14 juni 2002 namelijk geoordeeld dat artikel 14 onmogelijk van toepassing kon zijn op de werkende vennoten onder het oude Belgische-Italiaanse belastingverdrag. Het hof van beroep oordeelde dat de inkomsten van werkende vennoten een aparte categorie van bezoldigingen uitmaakten zodoende dat ze onmogelijk onder artikel 14 konden vallen. Welnu, het Belgische Hof van Cassatie gaf het

nigheid van werkend vennoot); Brussel 2 december 1994, *F.J.F.* 95/80; Luik 27 september 1995, *J.D.F.* 1996, 55; Brussel 27 januari 1999, *Fiscoloog* 708.

¹³⁸⁴ *ComOV* 7/601.

¹³⁸⁵ Sommige rechtsleer heeft hiervoor een verklaring gegeven. Zo wordt erop gewezen dat de visie van de belastingdienst een historische reden heeft. Immers, tot de wetswijziging van 1976 werden de vergoedingen die toegekend werden aan werkende vennoten internechtelijk als winst aangemerkt. Zie hiervoor HINNEKENS, P., 'Buitenlandse werkende vennoten: onzekerheid blijft', *Fiscoloog Internationaal* 207, p. 1.

hof hierin gelijk en bevestigde op die manier de oude Freens – rechtspraak. Het Hof van Cassatie besloot finaal tot de toepassing van het restartikel.¹³⁸⁶

De regeling zoals gehanteerd door de recente belastingverdragen en door het Belgische Modelverdrag m.b.t. de werkende vennoten, is m.i. te betreuren maar pragmatisch wel werkbaar. Het innemen van het standpunt dat werkende vennoten zonder mandaat per definitie gelijk worden gesteld met werknemers, getuigt van een ongenueanceerde visie. Echter, opnieuw aansluiting zoeken bij de eerdere indeling tussen werkende vennoten met een minderheidspakket aan aandelen enerzijds en werkende vennoten met een meerderheidspakket aan aandelen anderzijds, is m.i. ook geen optie. Dat blijkt afdoende uit deel I van dit onderzoek. In hoofdstuk 2 van Deel I heb ik gesteld dat voor een ‘werkend vennoot’, voor doeleinden van artikel 16 OESO, beoordeeld dient te worden in welke mate er een *de jure* dan wel een *de facto* zeggenschap is in een lichaam waarin een deelneming wordt aangehouden. Zonder deze zeggenschap, kan er m.i. namelijk geen sprake zijn van strategiebepaling, een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen spreken van een director. Mij lijkt het echter al te moeilijk om voor doeleinden van artikel 16 OESO dit na te gaan. Tevens streven aandeelhouders een individueel belang na, dit in tegenstelling tot het vennootschapsbelang dat een onderscheidend criterium is om te kunnen besluiten tot de kwalificatie van ‘director’. Op die manier voldoen zij m.i. niet aan de criteria die ik opgeworpen heb in hoofdstuk I van Deel I om te kwalificeren als een director.

4. Het belastingverdrag met Nederland

4.1. Vennootschapsleiders van de eerste categorie

Beloningen die een persoon die inwoner is van een verdragsluitende Staat verkrijgt van een vennootschap die inwoner is van de andere verdragsluitende Staat ter zake van de uitoefening van een opdracht of taak als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of ter zake van de uitoefening van functies die volgens de wetgeving van die andere Staat als soortgelijke functies worden beschouwd, mogen in die andere Staat worden belast.

In het oude belastingverdrag met Nederland was het toepassingsgebied m.b.t. de beoogde mandatarissen beperkt. Enkel diegenen die bestuurder waren of commissaris in een Belgische NV of een Belgische CVA¹³⁸⁷ vielen onder artikel 16 van het belastingverdrag.¹³⁸⁸ Onder het oude belastingverdrag waren de Bel-

¹³⁸⁶ Cass. 3 oktober 2003, www.cass.be.

¹³⁸⁷ Voor de BVBA, zie hoofdstuk 5, punt 2.

¹³⁸⁸ De Nederlandse Hoge Raad was van mening dat een gewezen bestuurder tevens onder artikel 16 van het belastingverdrag viel op voorwaarde dat de beloningen worden uitbetaald ter zake van zijn

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

gische en de Nederlandse fiscus overeengekomen dat een *formeel* criterium zou gehanteerd worden.¹³⁸⁹ Deze enge interpretatie werd trouwens bevestigd in de Belgische rechtspraak.¹³⁹⁰ alsook in de Nederlandse rechtspraak.¹³⁹¹ Maar, de (Belgische) belastingdienst voelde zich gesterkt door de parlementaire vraag uit 1980 en stelde dat personen, die in rechte of in feite, functies uitoefenen die gelijkaardig zijn aan die van een bestuurder, onder artikel 16 van het belastingverdrag vielen. De visie van de belastingdienst werd onderscheven door de hogere rechtspraak in België.¹³⁹² Nederland hing ook een formele zienswijze aan van het directorsartikel weliswaar met de nuance dat ook verwacht werd dat deze functie ook feitelijk werd ingevuld. Hiervan getuigt de rechtspraak van de Hoge Raad.¹³⁹³ Zo oordeelde de Hoge Raad dat als bestuurder van een in Nederland gevestigd lichaam moet worden aangemerkt diegene, die, al of niet tezamen met anderen, deel uitmaakt van het orgaan dat volgens het op dat lichaam toepasselijk recht en de daarvoor geldende statuten is belast met het besturen van het lichaam. Dat betekende dat het onvoldoende was dat iemand over de bevoegdheid beschikte om het lichaam te vertegenwoordigen. Niet de feitelijke werkzaamheden maar wel de statutaire inhoud van de functie was derhalve doorslaggevend volgens de Hoge Raad.¹³⁹⁴

In het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland hebben de verdragspartijen echter duidelijk voor ogen gehad om het directorsartikel uit te breiden. Zo wordt in het belastingverdrag een opsomming gemaakt van de volgende mandatarissen die onder het toepassingsgebied van artikel 16 vallen: (1) een eerste categorie omhelst de bestuurders, zaakvoerders, vereffenaars en soortgelijke functies; (2) een tweede categorie zijn de personen die buiten het kader van een dienstbetrekking een leidende werkzaamheid of leidende functie uitoefenen van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële

bestuursmandaat. Voor een bespreking zie DEFOORT, J., 'Beloningen toegekend aan een gewezen bestuurder vallen onder de tantiëmereregeling, aldus de Nederlandse Hoge Raad', *Fisc. Int.* nr. 66, p. 3 e.v.

¹³⁸⁹ Niet gepubliceerde circulaire van het Hoofdbestuur van 30 augustus 1989. VAN ELDONK & PÖTGENS stelden dat het als bevreemdend overkomt dat een dergelijke belangrijke overeenstemming tussen twee staten niet wordt gepubliceerd. (VAN ELDONK, H.E.P.J. & PÖTGENS, F., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998/1517. Toch dient aanvaard te worden dat een dergelijk belangrijk document tot de natuurlijke context van het belastingverdrag behoort.

¹³⁹⁰ Gent 30 oktober 1997, *A.F.T.* 1998/2, 90-91 met noot van DE RIJCK, A.

¹³⁹¹ Hoge Raad 22 december 1999, *B.N.B.* 2000/94.

¹³⁹² Brussel 14 juni 1972, *Bull. Bel.* 1972, 2313; Cass. 24 mei 1966, *Bull. Bel.* 1967, nr. 444, 1581.

¹³⁹³ Hoge Raad 26 augustus 1981, *B.N.B.* 1981, 307; Hoge Raad 22 december 1999, *B.N.B.* 2000, 94.

¹³⁹⁴ Nederland heeft bijvoorbeeld ook een mutual agreement met Frankrijk getekend stellende dat het inkomen van een gérant in een Franse SARL onder artikel 15 van het belastingverdrag valt. Deze mutual agreement werd o.m. vernoemd in Hoge Raad 10 december 2004, *B.N.B.* 2005/195.

aard; (3) een derde categorie zijn de personen die buiten het kader van een dienstbetrekking andere werkzaamheden van vennootschapsleiding dan deze vermeld in paragraaf 1 en 2 uitoefenen.

Zoals ik reeds heb aangehaald, blijkt uit deze verbreding van artikel 16 van het belastingverdrag duidelijk dat artikel 32 WIB92 als grondslag heeft gediend voor deze uitbreiding. De uitbreiding zorgt er dus voor dat naast een formeel tevens een materieel criterium zal gehanteerd worden.¹³⁹⁵ Ook MOESKOPS heeft er al op gewezen dat ingevolge de gelijkgestelde functies er twee analoge functies naast elkaar komen te staan, zijnde een formeel criterium en een eerder inhoudelijk criterium.¹³⁹⁶ Dat kan inderdaad afgeleid worden uit (de tekst van) het betrokken belastingverdrag. Dat betekent echter nog niet dat het directorsartikel in het huidige belastingverdrag uitblinkt in transparantie. Dat zal thans verder worden onderzocht.

(a) Bestuurders en zaakvoerders

Een eerste categorie van vennootschapsleiders dewelke aan de orde komt in het huidige belastingverdrag met Nederland, zijn diegenen die een opdracht of een taak als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of een functie die volgens de wetgeving in de bronstaat als een soortgelijke functie wordt beschouwd, bekleden. Het gaat hier om de *formele* mandatarissen. KAVELAARS is van mening dat deze uitbreiding naar soortgelijke functies moet bekeken worden in de context van de ambitie van de Belgische autoriteiten zoveel mogelijk heffingsbevoegdheid naar zich toe te willen trekken.¹³⁹⁷

De begrippen 'bestuurder' en 'zaakvoerder' worden niet gedefinieerd in het huidige belastingverdrag met Nederland. In principe moeten de begrippen dan

¹³⁹⁵ Artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen zegt namelijk het volgende: Bezoldigingen van bestuurders zijn alle beloningen die voor de verkrijger de opbrengst zijn van zijn opdracht of taak als bestuurder of vereffenaar of van een gelijksoortige functie. Daartoe behoren inzonderheid: (1) vaste of veranderlijke bezoldigingen, met inbegrip van tantièmes, die kapitaalvennootschappen anders toekennen dan als terugbetaling van eigen kosten aan de vennootschap; (2) Voordelen, vergoedingen en bezoldigingen die in wezen gelijkaardig zijn aan die vermeld in artikel 31, tweede lid, 2 tot 5. Wanneer een bestuurder van een vennootschap aan deze laatste een gebouwd onroerend goed verhuurt, worden in afwijking van artikel 7, de huurprijs en de huurvoordelen als bezoldigingen van bestuurder aangemerkt, in zover zij meer bedragen dan vijf derden van het kadastraal inkomen gerevaloriseerd met de in artikel 13 vermelde coëfficiënt. Van deze bezoldigingen worden de kosten in verband met het verhuurde onroerende goed niet in aftrek gebracht.

¹³⁹⁶ MOESKOPS, C., 'Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland', *A.F.T.* 2002/II, p. 426.

¹³⁹⁷ KAVELAARS, P., 'De arbeidsinkomsten onder het conceptverdrag met België', *W.F.R.* 2001/1464.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

ingevuld worden volgens hun internrechtelijke betekenis.¹³⁹⁸ In de Belgische rechtsorde worden bestuurders benoemd door de algemene vergadering of anderzijds aangesteld in de oprichtingsakte. Een orgaan met rechtspersoonlijkheid kan namelijk zelf geen rechtshandelingen stellen. De rechtspersoon moet zich laten vertegenwoordigen door een ander orgaan: de bestuurder. Wat België betreft worden de bestuurders formeel benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders. In Nederland is een bestuurder een persoon die voldoet aan de eisen van het Burgerlijk Wetboek. Ook in Nederland wordt dus een formeel criterium gehanteerd.¹³⁹⁹ Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek belast het bestuur, behoudens eventuele beperkingen zoals gesteld door de statuten, met het besturen van een vennootschap.¹⁴⁰⁰ Een bestuurder is dan ook een persoon die formeel belast is met het bestuur van een vennootschap onder de conditie dat deze ook feitelijk moet worden uitgeoefend.

Ook wat betreft de 'zaakvoerders' wordt er een formeel criterium gehanteerd in België. Het K.B. van 20 december 1996 heeft het fiscaal regime van bestuurders en werkende vennoten geharmoniseerd en heeft het begrip 'werkende vennoten' vervangen door het begrip 'zaakvoerder'. Overeenkomstig het Belgisch Wetboek van Vennootschappen wordt een BVBA beheerd door één of meer bezoldigde of onbezoldigde lasthebbers. Een zaakvoerder oefent dus de bevoegdheden uit in een personenvennootschap die gelijkaardig zijn aan die van een bestuurder. Het gaat om personen die in het kader van hun statutair doel of een door de vennoten bepaald mandaat instaan voor het beheer van een vennootschap en binnen deze bevoegdheden handelingen stellen zoals die worden voorgeschreven door de statuten of bij gebrek daaraan, zoals bepaald door het Wetboek van Vennootschappen.

Echter, het begrip 'zaakvoerder' is niet gekend in Nederland. Om die reden heeft PÖTGENS ervoor gepleit om aan het begrip de gewone betekenis te geven zoals het omschreven staat in het woordenboek.¹⁴⁰¹ Van Dale definieert een 'zaakvoerder' als een bedrijfsleider, een filiaalhouder of uitbater van een zaak.

¹³⁹⁸ In dezelfde zin: PÖTGENS, F., 'Supreme Court clarifies meaning of director in tax treaties', *European Taxation* 2000, p. 518.

¹³⁹⁹ BW Boek 2, artikel 132, 242, 129 en 239.

¹⁴⁰⁰ Dit houdt in dat deze persoon leiding geeft aan de rechtspersoon, de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in en buiten rechte ter harte neemt, bindende beslissingen neemt voor de rechtspersoon en het beheer van het vermogen van de vennootschap organiseert binnen de begrenzingen die de wet en de statuten daaraan stellen. Zie ASSER-VAN DER GRINTEN, 'De Rechtspersoon II', Zwolle 1986, nr. 38 e.v.; JANSEN, C.J.H., KORTMANN, S.S.J.J. en van SOLINGE, G., 'Verspreide geschriften van W.C.L. Van Der Grinten', Kluwer, 2004, 324.

¹⁴⁰¹ PÖTGENS, F.P.G., 'Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België', *M.B.B.* 2001/387.

Met andere auteurs ben ik het echter eens dat een dergelijke verdragsinvulling een brug te ver is.¹⁴⁰² Nederland mag geen eigen invulling geven aan het begrip aangezien de context van het belastingverdrag vraagt dat de Belgische invulling van het begrip moet gevolgd worden. Tevens blijkt niet uit de natuurlijke context van het belastingverdrag dat de verdragssluitende partijen de bedoeling hebben gehad om een invulling conform het woordenboek te geven aan het begrip 'zaakvoerder'. Deze visie is trouwens in tegenstrijd met de gedachtegang dat de eerste categorie van vennootschapsleiders uit het verdrag moeten voldoen aan een formele invulling. Naar Belgisch recht is een zaakvoerder dan ook een lid van het college van zaakvoerders dewelke een formele aanstelling impliceert.

Ook staatssecretaris VAN EIJK¹⁴⁰³ heeft in zijn nota van 15 augustus 2002 gesteld dat indien Nederland als bronstaat opereert, er binnen de context van artikel 16 een Nederlandse invulling aan de gehanteerde uitdrukking zal dienen gegeven te worden maar dit gaat in zijn visie niet zover dat ook aan een niet in het Nederlandse rechtsbestel voorkomende rechtsfiguur een specifieke invulling zal moeten gegeven worden. Ook mij lijkt het bevreemdend over te komen dat de verdragssluitende staten een begrip in het belastingverdrag introduceren waaraan enkel en alleen in één verdragsstaat een zinvolle betekenis kan aangegeven worden die overeenstemt met de context van het belastingverdrag. Indien Nederland de bronstaat is, dient een oplossing naar voren geschoven te worden die in overeenstemming is met de natuurlijke context van het belastingverdrag. Deze oplossing dient noodzakelijk te luiden dat indien Nederland de bronstaat is, de invulling van het begrip 'zaakvoerder' zonder gevolg zal moeten blijven. Er anders over oordelen zou in strijd zijn met de formele betekenis die toegewezen werd aan het begrip. M.b.t. artikel 16 §1 van het belastingverdrag moet men bijgevolg noodgedwongen concluderen dat de verdragspartijen verdragsauto-noom een term hebben geïntroduceerd die van generlei betekenis is voor Nederland.

PÖTGENS heeft in een latere publicatie dan M.B.B. 2001/387 geoordeeld dat de term 'zaakvoerder' niet zomaar mag worden genegeerd indien Nederland de bronstaat is. Hij stelt dat indien dat de bedoeling zou geweest zijn, de verdragsluitende partijen de verdragstekst anders hadden moeten redigeren, bijvoorbeeld door niet een wederkerig geformuleerde tekst aan te houden maar een

¹⁴⁰² MOESKOPS, C., 'Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland', *A.F.T.* 2002/II, p. 427.

¹⁴⁰³ Aangehaald in PEETERS, B., 'Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag. Een artikelsgewijze bespreking', Larcier, 2008, 496.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

tweedeling, zoals onder het oude belastingverdrag.¹⁴⁰⁴ Op zijn minst hadden de verdragssluitende staten dit volgens de auteur dan in de gezamenlijke artikels-gewijze toelichting moeten opnemen. Deze visie is m.i. moeilijk te volgen. Immers, omwille van de gestelde interpretatieproblematieken werd uitdrukkelijk bepaald artikel 16 van het belastingverdrag te doen steunen op artikel 32 WIB92. De exacte reden hiervoor is dat de belastingrechters met betrekking tot de in vorenbedoeld artikel 16 gehanteerde uitdrukkingen «beheerder, bestuurder en commissaris» uit leken te gaan c.q. uitgingen van een formeel criterium, terwijl de bevoegde autoriteiten van België en Nederland uitgingen van een materieel criterium. Er waren dus ernstige interpretatieproblemen m.b.t. het personeel toepassingsgebied van het verdragsartikel. Indien men dan hiervoor een oplossing zoekt en er aansluiting wordt gevonden bij een Belgisch wetsartikel, is het m.i. weinig waarschijnlijk dat het begrippenkader uit dit verdragsartikel wordt genegeerd. Het was m.i. dus een bewuste keuze om de term zaakvoerder te integreren al hebben de verdragsonderhandelaars waarschijnlijk foutief ingeschat welke praktische gevolgen dit met zich bracht. Tevens is er nog de visie van de Nederlandse Staatssecretaris (zie hoger). Het gaat weliswaar om een eenzijdige nota van toelichting. De status van dergelijke eenzijdige toelichtingen is bediscussieerd in de literatuur.¹⁴⁰⁵ ENGELEN is alleszins van mening dat het gaat om een aanvullend middel van interpretatie in de zin van artikel 32 Verdrag van Wenen.¹⁴⁰⁶ Deze nota kan dus aanvullend dienst doen om te stellen dat de term niet volgens Nederlands recht kan ingevuld worden.

Om al deze redenen zou het aangewezen zijn dat de beide staten in een gezamenlijk overleg verder zouden bepalen welke betekenis zij wensen te geven aan het begrip 'zaakvoerder'. Hierbij zouden zij dan kunnen opteren voor een zodanige invulling van het begrip dat het gevolg kan ressorteren indien Nederland de bronstaat is. Deze invulling dient dan noodzakelijk integraal deel uit te maken van de context in het belastingverdrag. Het zou in de lijn der verwachting moeten liggen deze betekenis zoveel als mogelijk aansluiting te laten zoeken bij het Belgisch recht. De natuurlijke context van artikel 16 van het belastingverdrag vereist dit nu eenmaal.

¹⁴⁰⁴ PÖTGENS, F.P.G., 'Nogmaals art. 15 en 16 belastingverdrag met België: inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking', *M.B.B.* 2003, p. 147.

¹⁴⁰⁵ VAN RAAD, C., 'Het nationale recht bij de uitlegging van belastingverdragen', *Liber Amicorum Scheltens*, Kluwer, 1984, p. 162; PIJL, H., 'The theory of the interpretation of tax treaties, with reference to Dutch practice', *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1997, 540.

¹⁴⁰⁶ ENGELEN, F.A., 'Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk: driemaal is nog geen scheepsrecht', *W.F.R.* 1999/6340, p. 659.

(b) Commissarissen

In deel I van dit onderzoek werd er al op gewezen dat diverse staten een dual bestuursmodel hanteren. Welnu, dat is met name ook het geval voor Nederland waar men een zgn. ‘commissaris’ kent.¹⁴⁰⁷ De Nederlandse commissaris zal overeenkomstig het protocol bij het nieuwe belastingverdrag beschouwd worden als een soortgelijke functie als die van bestuurder of zaakvoerder.¹⁴⁰⁸ Naar Nederlands recht oefent een commissaris toezicht uit op de algemene leiding van de vennootschap.¹⁴⁰⁹ In die zin vertoont de raad van commissarissen in enige mate een gelijkenis met de Belgische raad van bestuur, gezien het feit dat in de Belgische vennootschapspraktijk het dagelijkse bestuur veelal aan een directiecomité toevertrouwd wordt, waarbij deze laatste dan onder de principiële controle van de raad van bestuur komt te staan.¹⁴¹⁰ In België kan de functie van commissaris enkel worden opgenomen door een lid van het Instituut van Bedrijfsrevisoren en heeft het begrip dus een hele andere betekenis.¹⁴¹¹ Vanuit Belgisch fiscaal oogpunt zijn de commissarissen vrije beroepers die enkel controle uitoefenen op de jaarrekening van welbepaalde lichamen. De inkomsten van Belgische commissarissen vallen onder het belastingverdrag met Nederland principi-

¹⁴⁰⁷ Het begrip mag geenszins worden verward met het Belgische begrip ‘commissaris’. De Belgische commissaris heeft de taak om jaarrekeningen van bepaalde rechtspersonen te controleren. Voor een verdere toelichting, zie: TILLEMANN, B., ‘Het statuut van de commissaris-revisor’, *Studies IBR, Recht 3/97*, Brussel, IBR, p. 12, nr. 17; OLIVIER, H. en VAN DE WALLE, V., ‘Artikel 64 §3’, in *Artikelsgewijze commentaar vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer 1997, p. 3-4. Deze rol is duidelijk onderscheiden van die van de accountant. Voor een bespreking, zie: VAN BOVEN, R., ‘Rol van de accountant bij de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoten (artikel 166 W. Ven.)’, *Accountancy & Tax 2002/2*, p. 30-33.

¹⁴⁰⁸ Protocol I, nr. 20 a.

¹⁴⁰⁹ In Nederland werd voor de leden van de raad van commissarissen expliciet vastgelegd dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, Zie Artikel 2:140, al 2 (voor de NV) en 2:250, al. 2 (voor de BV). Omdat commissarissen het vennootschapsbelang dienen, ressorteren zij m.i. *a fortiori* onder het bestuurdersartikel. In de rechtsleer wordt aangenomen dat deze regels m.b.t. het vennootschapsbelang evengoed gelden voor de bestuurders. Zie hiervoor: ASSER, C. en MAEIJER, J.M.M., ‘*Handleiding tot de bedoeling van het Nederlands burgerlijk recht*’, II, vertegenwoordiging en rechtspersoon, 3, De Naamloze en de Besloten Vennootschap, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, nr.293, p. 366; ASSER/MAEIJER, VAN SOLINGE en NIEUWE WEME, ‘*Asser serie-deel III, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Naamloze en de Besloten Vennootschap*’, derde druk, Tjeenk Willink, 2009; GLASZ, J.R., BECKMAN, H. en BOS J.A.M., ‘*Bestuur en toezicht*, Deventer, Kluwer, 1994, 95-96; VAN SCHILFGAARDE, P., ‘*Van de BV en de NV*’, Gouda Kluwer, 2009, Vijftiende druk, p. 235. Zie ook VAN SCHILFGAARDE, P., ‘*Van de BV en de NV*’, Kluwer, zestiende druk, 2013, 511 p.

¹⁴¹⁰ BLUMBERG, J.P., ‘Het directiecomité in het corporate governance debat’, *V & F* 1998, nr. 8-10; DE WULF, H. en VAN DER ELST, C., ‘Corporate governance en beursgenoteerde vennootschappen: eerste analyse van de jaarverslagen 1997’, *Bank. Fin.* 1998, 335, 336; KEUTGEN, G., ‘L’organisation de la gestion des sociétés: l’exemple du comité de direction’ *Rev. Dr. Intern. Comp.* 1995, 7 - 39.

¹⁴¹¹ Wet van 21 februari 1985 op het Bedrijfsrevisorat, B.S. 28 februari 1985.

eel onder artikel 14.¹⁴¹² Dit is echter anders met de Nederlandse commissarissen. Zij zijn vanuit historisch oogmerk directors die onder artikel 16 OESO vallen. Dat kwam ook al aan bod in deel 1 van het onderzoek. Het feit dat het protocol van hen vennootschapsleiders maakt, is dan ook terecht. De kritiek van KAVELAARS is dan ook onterecht.¹⁴¹³ Hij stelde dat een commissaris naar Nederlands recht juist niet vergelijkbaar is met een bestuurder, zaakwaarnemer of vereffenaar. Een Nederlandse commissaris houdt volgens de auteur alleen maar toezicht maar geeft geen leiding. Gelet op de historische context van artikel 16 OESO dient het echter ten volle onderschreven te worden dat de Nederlandse commissaris in het nieuwe belastingverdrag onder artikel 16 valt. Immers, eerder werd aangetoond dat door het woordgebruik 'fee' de League of Nations enkel superviserende functies beoogde in artikel 16 OESO. De functie van commissaris heeft m.i. een dergelijke toezichthoudende taak. Anderzijds werd in hoofdstuk 1 van Deel 1 al aangetoond dat de taak van commissaris drastisch gewijzigd is.

De Belgische commissaris kan echter principieel niet onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen. Dit wordt mee ondersteund door de gedachtegang dat de verdragsluitende staten overeengekomen zijn dat externe adviseurs niet als vennootschapsleiders zouden aanzien worden. Echter, de Belgische belastingdienst heeft toch bepaald dat bedrijfsrevisoren onder artikel 16 OESO vallen.¹⁴¹⁴ Deze visie dient volgens mij bestreden te worden. Immers, de Belgische bedrijfsrevisor is een onafhankelijke en onpartijdige deskundige die de jaarrekening van bepaalde vennootschappen controleert.¹⁴¹⁵ Meer in het bijzonder kijkt de bedrijfsrevisor na of de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële positie van bepaalde lichamen en van de resultaten van het boekjaar. De revisor is dus echter niet meer dan de 'bewaker' van de kwaliteit van de jaarrekening. Ingevolge de deontologie dient de bedrijfsrevisor onafhankelijk op te treden. Om die reden mag een bedrijfsrevisor in beginsel geen bestuursmandaten uitoefenen in hetzelfde lichaam als diegene die hij financieel controleert. M.i. dient een bedrijfsrevisor dan ook niet het vennootschapsbelang zoals besproken in dit onderzoek. Wel integendeel. De bedrijfsrevisor heeft een wettelijke taak om de getrouwheid van de financiële resultaten te bevestigen. Deze getrouwheid

¹⁴¹² Volgens de Belgische belastingdienst zal het inkomen van een bedrijfsrevisor echter onder artikel 16 OESO vallen. Zie hiervoor de circulaire van 17 december 2002.

¹⁴¹³ KAVELAARS, P., 'De arbeidsinkomsten onder het conceptverdrag met België', *W.F.R.* 2001/1464.

¹⁴¹⁴ Circulaire van 17 december 2002

¹⁴¹⁵ De bedrijfsrevisor is onderworpen aan beroepsregels die door de Wet van 21 juli 1953 en het K.B. van 10 januari 1994 zijn bepaald.

is niet enkel een garantie voor de aandeelhouders van een lichaam maar voor alle actoren erin. En precies deze garantie strookt niet met de uitgebreide visie die sommige auteurs erop nahouden ter invulling van het begrip ‘vennootschapsbelang’. Ten slotte rest nog de vraag of de Belgische bedrijfsrevisor niet kan ressorteren onder artikel 16 §3 van het belastingverdrag; daarvoor verwijst ik naar paragraaf 4.3 van dit onderzoek.

(c) Vereffenaars

Ook de categorie van de ‘vereffenaars’ wordt in het huidige belastingverdrag beschouwd als vennootschapsleider van de eerste categorie. Het feit dat vereffenaars dus onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen, staat volgens een letterlijke lezing van het belastingverdrag dus niet ter discussie. De theoretische vraag of een vereffenaar onder artikel 16 zou vallen zonder expliciete vermelding maar met vermelding dat artikel 16 van toepassing is op de leden van de raad van bestuur, toezicht *of een ander gelijkaardig orgaan*, is minder eenduidig te beantwoorden. Een vereffenaar neemt namelijk het bestuur van een vennootschap over vanaf het ogenblik van de ontbinding van een lichaam. Vanaf de invereffeningstelling van het lichaam lopen de bevoegdheden van bestuurders of zaakvoerders in België ten einde en zal de algemene vergadering¹⁴¹⁶ één of meer¹⁴¹⁷ vereffenaars aanduiden¹⁴¹⁸. De vereffenaar kan zowel een natuurlijk persoon zijn alsook een rechtspersoon. Ingeval de vereffenaar een rechtspersoon is, moet de natuurlijke persoon die hem vertegenwoordigt voor de uitoefening van de vereffening in het benoemingsbesluit worden aangewezen. Iedere wijziging van deze aanwijzing moet worden neergelegd ter griffie en worden gepubliceerd.¹⁴¹⁹ Indien er geen vereffenaar is benoemd, dan worden de vennoten – zaakvoerders in de VOF of de Comm V., de leden van de raad van bestuur of de leden van de directieraad in een Europese Vennootschap, alsook de bestuurders of de zaakvoerders in de NV, de BVBA, in de CV en in de ESV ten aanzien van derden als vereffenaars beschouwd.¹⁴²⁰ De opdracht van de vereffenaar is driedelig: het realiseren van het actief, het aanzuiveren van het passief en het bestemmen van het eventuele vereffeningssaldo. Voor zover de statuten of de akte van benoeming niet anders bepalen, kunnen de vereffenaars alle rechtsge-

¹⁴¹⁶ Ingevolge artikel 184, alinea 1, tweede lid Wetboek van Vennootschappen treden zij pas in werking nadat de rechtbank van koophandel hun benoeming heeft bevestigd.

¹⁴¹⁷ Indien er meerdere vereffenaars zijn, vormen zij overeenkomstig artikel 184, §1, negende lid Wetboek van Vennootschappen een college.

¹⁴¹⁸ De Wet van 2 juni 2006 heeft belangrijke wijzigingen aangebracht wat betreft de aanstelling van vereffenaars.

¹⁴¹⁹ Artikel 184, §1, tiende lid Wetboek van Vennootschappen

¹⁴²⁰ Artikel 185 Wetboek van Vennootschappen

dingen voeren, hetzij als eiser hetzij als verweerder, alle betalingen ontvangen, opheffing van inschrijving verlenen met of zonder kwijting, alle roerende waarden van de vennootschap te gelde maken, alle handelspapieren endosseren, dadingen of compromissen aangaan betreffende alle geschillen. Zij kunnen tevens de onroerende goederen van de vennootschap openbaar verkopen indien zij de verkoop nodig achten voor de betaling van de schulden van de vennootschap.¹⁴²¹ De vereffenaar kan tevens het bedrijf of de handel voorzetten tot de tegeldemaking ervan, leningen aangaan voor de betaling van de schulden van de vennootschap, handelspapieren uitgeven, de goederen van de vennootschap hypothekeren of in pand geven, de onroerende goederen, zelfs uit de hand, verkopen en het vermogen in andere vennootschappen inbrengen. Voor het stellen van deze handelingen moeten zij de voorafgaande machtiging van de algemene vergadering bekomen hebben.¹⁴²²

In België wordt de vereffenaar – om al deze redenen – als een bedrijfsleider aangezien.¹⁴²³ Dat deze keuze op verdragsniveau wordt doorgetrokken, is volgens mij dan ook terecht. Immers, de vereffenaar of het college van vereffenaars stelt m.i. strategische bestuursdaden die genomen worden in het vennootschapsbelang. Tevens worden er m.i. handelingen gesteld die duidelijk het dagelijks bestuur overtreffen. Dit kan tevens blijken uit de aansprakelijkheid die de vereffenaar kan oplopen. Vereffenaars zijn namelijk jegens derden alsook jegens de vennoten verantwoordelijk voor de vervulling van hun taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur.¹⁴²⁴ Ook naar Nederlands recht bestaat het mandaat als vereffenaar.¹⁴²⁵ Het hangt in beginsel van de benoemde persoon af of er een of meerdere vereffenaars zijn. De wet noemt echter noch een maximum, noch een minimum. Ook in Nederland vereffenen de vereffenaars het vermogen overeenkomstig het doel van de vereffening. Vereffenaars treden ook steeds collegiaal op, zoals bestuurders dat ook doen. Ook de regels van artikel 2:23 en 2.23a, elk lid 1, worden in algemene woorden de voor het

¹⁴²¹ Artikel 186 Wetboek van Vennootschappen

¹⁴²² Artikel 187 Wetboek van Vennootschappen

¹⁴²³ VAN LAERE, D., 'De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties', *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 1997-1998*, Diegem, Ced Samson, 1997, 42.

¹⁴²⁴ Artikel 192 Wetboek van Vennootschappen; Voor relevante rechtspraak, zie: Gent 22 juni 1994, F.J.F. 95/20 en Rb. Dendermonde 13 oktober 1997. Voor literatuur: DESTERBECK, F., 'Ook erfgenamen vereffenaar aansprakelijk voor fiscale schulden', *Fiscale Actualiteit* 2004/20, p. 1; GEIGNER, H., 'Stopzetting van een vennootschap', in *Bestendig Handboek Vennootschap en Aansprakelijkheid*, Kluwer, 2000, IV.1, 19; PIETERS, J., 'De fiscus kan (soms) de vereffenaar aanspreken', *Fiscale Actualiteit* 2003/41, p. 3.

¹⁴²⁵ BW, Boek 2, artikel 23.

bestuur geldende regels toepasselijk verklaard.¹⁴²⁶ PÖTGENS merkt op dat indien de functie van vereffenaar wordt uitgeoefend door een inwoner van België ten aanzien van een in Nederland gevestigde vennootschap en de activiteit gebeurt op zelfstandige basis, dat er dan een heffingsprobleem ontstaat in het Nederlandse interne recht. De inkomsten van een vereffenaar kwalificeren naar Nederlands recht namelijk als inkomsten uit onderneming en Nederland kan hierover enkel maar belasting heffen op voorwaarde dat de vereffenaar in Nederland over een vaste inrichting beschikt. PÖTGENS stelt zich dan ook de vraag of Nederland door het belastingverdrag wordt belemmerd in zijn heffingsmogelijkheden die naar nationaal recht bestaan.¹⁴²⁷ De activiteiten van deze vereffenaar zouden eventueel onder artikel 14 van het nieuwe verdrag kunnen vallen (uitoefening van een vrij beroep of andere werkzaamheden van zelfstandige aard), terwijl ze ook voor een kwalificatie onder artikel 16, par. 1, in aanmerking komen. Indien de vereffenaar niet geregeld over een vaste basis in Nederland beschikt, zal Nederland de beloningen die hij uit hoofde van zijn vereffeningswerkzaamheden ontvangt niet ingevolge artikel 14 kunnen belasten, terwijl Nederland dat wel kan indien zij kwalificeren onder artikel 16, par. 1, van het nieuwe verdrag. Anders dan voor artikel 16, par. 2, 3 en 4 – waar in artikel 14, par. 1, is gesteld dat zij voortgaan op artikel 14 – is er voor een samenloop tussen artikel 14 en artikel 16, par. 1, niets bepaald. Indien de betreffende werkzaamheden onder artikel 7 kwalificeren in plaats van artikel 14, dan is de samenloop wel geregeld. Op basis van artikel 7, par. 7, wordt dan voorrang gegeven aan artikel 16, par. 1. M.i. kan artikel 14 van het belastingverdrag alleen maar aan de orde zijn, indien zou blijken dat de vereffenaar niet daadwerkelijk het bestuur van het lichaam heeft overgenomen.

(d) Soortgelijke functies

Het huidige belastingverdrag met Nederland beschouwt ook de zgn. ‘soortgelijke functies’ als vennootschapsleiders van de eerste categorie. Het gaat om een persoon die functies uitoefent die krachtens de wet of de statuten aan de raad van bestuur zijn voorbehouden. Deze gelijkenschakeling geldt zelfs indien de persoon een statuut heeft dat verschilt van dat van een bestuurder, een zaakvoerder of een vereffenaar en zelfs indien deze persoon niet beschikt over alle voorrechten die aan de genoemde functies zijn verbonden.¹⁴²⁸ Het gaat om per-

¹⁴²⁶ VAN DIJK, J.M., DUMOULIN, S.H.M.A. en DEN TONKELAAR, J.D.A., ‘Ondernemingsrecht en effectenrecht’, Vierder druk, Kluwer, 2007, p. 47.

¹⁴²⁷ PÖTGENS, F.P.G., ‘Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België’, *M.B.B.* 2001/376.

¹⁴²⁸ Cass. 17 november 1956, *Pas.* 1957, I, 285.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

sonen die zich ofwel in een volkomen gelijke rechtstoestand als die van bestuurders bevinden, maar die een andere titel dragen, ofwel diegenen, hoewel zij zich niet in een dergelijke rechtstoestand bevinden, in feite bevoegdheden uitoefenen die krachtens de wet of het vennootschapscontract aan de bestuurders eigen zijn.¹⁴²⁹ Dit betekent dus dat wanneer een persoon niet formeel als bestuurder, zaakvoerder of vereffenaar in een lichaam is benoemd maar wel een gelijksoortige functie bekleedt, deze persoon in het belastingverdrag met Nederland als een vennootschapsleider zal aangezien worden in de zin van artikel 16 van het belastingverdrag.

De uitbreiding van artikel 16 van het belastingverdrag naar soortgelijke functies, sluit m.i. duidelijk aan bij de opzet van artikel 32 WIB92. Het is niet uniek dat het belastingverdrag met Nederland een dergelijke uitbreiding kent. Ook o.a. het belastingverdrag met Frankrijk kent een dergelijke uitbreiding.¹⁴³⁰ De keuze voor een dergelijke uitbreiding, betekent een fundamentele afwijking van artikel 16 OESO waardoor de actieradius van het verdragsartikel ruimer wordt. In het oude belastingverdrag met Nederland had het Hoofdbestuur der Belastingen onder invloed van de rechtspraak¹⁴³¹ echter ingestemd met de niet-toepasselijkheid van artikel 16 op de soortgelijke functies.¹⁴³² Ook de Nederlandse rechtspraak sloot zich aan bij het formele criterium van vennootschapsleiders en sloot de soortgelijke functies uit het toepassingsgebied van artikel 16.¹⁴³³ Eveneens bepaalde Belgische rechtspraak bevestigde deze visie.¹⁴³⁴ De uitbreiding tot soortgelijke functies in het nieuwe belastingverdrag met Nederland, sluit alleszins aan bij het voorbehoud dat België heeft geformuleerd bij artikel 16 OESO. Zo heeft België zich het recht voorbehouden om artikel 16 ook toe te passen op de inkomsten die de leden van de raad van bestuur of van de raad van toezicht van een vennootschap in een andere hoedanigheid verwerven, voor zover de internrechtelijke Belgische wetgeving dergelijke functies gelijkstelt met deze van bestuurder of lid van een toezichtraad.

Alvorens sprake kan zijn van soortgelijke functies, dienen m.i. – zoals eerder gesteld – twee voorwaarden vervuld te zijn. Vooreerst moeten er positieve daden

¹⁴²⁹ Cass. 8 mei 1962, *Bull. Bel.* 389, 1437.

¹⁴³⁰ Voor een toepassing in de rechtspraak zie Bergen 4 november 1994, *F.J.F.* nr. 95/30.

¹⁴³¹ Gent 30 oktober 1997, *F.J.F.* nr. 98/65; Brussel 17 september 1998, *F.J.F.* nr. 99/2; Gent 14 mei 1998, *A.F.T.* 1998, 348.

¹⁴³² Brief van het Hoofdbestuur van 30 augustus 1989, onuitgegeven maar geciteerd door BAX, A., 'Exit werkend vennoot, exit personenvennootschap', *Fiscoloog Internationaal* 1997, nr. 158, 6.

¹⁴³³ Hoge Raad 22 december 1999, *B.N.B.* 2000/94. Voor een bespreking, zie PÖTGENS, F., 'Supreme Court clarifies meaning of director in tax treaties', *European Taxation* 2000, 517.

¹⁴³⁴ Gent 30 oktober 1997 en Gent 14 mei 1998.

van bestuur worden geleverd.¹⁴³⁵ Anderzijds moet er sprake zijn van de overschrijding van het takenpakket van dagelijkse bestuur. In feite komt deze visie op hetzelfde neer als de visie van de Belgische belastingdienst. Die stelde namelijk dat onder 'soortgelijke functies' moet beschouwd worden: (i) personen die zich in een identieke rechtstoestand bevinden als die van bestuurder, zaakvoerder enz. maar die een andere titel dragen; (ii) personen, die hoewel ze zich niet in een soortgelijke rechtstoestand bevinden, in feite bevoegdheden uitoefenen die eigen zijn aan bestuurders, zaakvoerders etc.¹⁴³⁶

Wat begrepen dient te worden onder 'positieve daden van bestuur', werd eerder al besproken. Als tweede cumulatieve voorwaarde om als soortgelijke functie in de zin van artikel 16 §1 van het belastingverdrag in aanmerking te komen, is het – zoals reeds gesteld – noodzakelijk dat de bestuursdaden het takenpakket van het dagelijkse bestuur overtreffen. Dit vraagt uiteraard om een definiëring van het begrip 'dagelijks bestuur'. Dit begrip wordt in de Belgische wetgeving niet gedefinieerd. De rechtspraak daarentegen heeft wel een definitie van het begrip naar voren geschoven. Het gaat om 'de bestuursdaden die niet verder reiken dan de behoeften van het dagelijks bestuur van de vennootschap, of die, gelet zowel op het belang ervan als op de noodzaak van een spoedig optreden, de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet rechtvaardigen'.¹⁴³⁷ Een andere definitie wordt gegeven door de lagere rechtspraak die stelt dat het gaat om 'het geheel van de handelingen die in verband met de exploitatie gesteld worden in het kader van de door de raad van bestuur gestelde beslissingen en die samen als het ware het dagelijkse leven van de vennootschap aangaan'.¹⁴³⁸ Dat het begrip zich niet gemakkelijk laat lenen voor een definitie, werd ook al opgemerkt door bepaalde auteurs.¹⁴³⁹ Bepaalde casuïstiek geeft alleszins wel een richting aan.¹⁴⁴⁰ Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat wanneer de raad van bestuur alle statutaire machten doorgeeft aan een persoon zonder beperking van aard of bedrag, dit een soortgelijke functie betreft.¹⁴⁴¹ In omgekeerde zin werd geoor-

¹⁴³⁵ In dezelfde zin: DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., 'Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context', *A.F.T.* 2007/II, p. 6.

¹⁴³⁶ Ci. Nr. AFZ/Intern.IB/2002-0026 van 17 december 2002.

¹⁴³⁷ Cass. 17 september 1968, *Pas.* 1969, I, 61.

¹⁴³⁸ Luik 15 juni 1988, *F.J.F.* 1988, 343.

¹⁴³⁹ Zie in dat verband DEBRUYNE, noot onder Gent 13 februari 1990, *A.F.T.* 1990, 274 e.v.

¹⁴⁴⁰ Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat iemand die een aangifte in de vennootschapsbelasting ondertekent, niet per se een bedrijfsleider van de eerste categorie is. Vaak zal deze handeling namelijk bestempeld worden als een daad van dagelijks beheer indien de aangifte een loutere weergave is van de balans die door de raad van bestuur werd opgesteld, zie Brussel 20 oktober 1994, *F.J.F.* 1995/60, besproken door VAN CROMBRUGGE, S., 'Wat zijn gelijksoortige functies als die van bestuurders?', *Fisc.* nr. 496, p. 2 e.v.

¹⁴⁴¹ Brussel 15 oktober 1957.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

deeld wat betreft een gevolmachtigde die alleen beslissingen mocht nemen onder het gezag, de leiding of het toezicht van de raad van bestuur.¹⁴⁴² Hieruit kan dus geconcludeerd worden dat de uitoefening van het dagelijks bestuur niet kan beschouwd worden als een soortgelijke functie in de mate dat deze persoon nog gecontroleerd wordt door en verantwoording verschuldigd is aan het bestuursorgaan. Dat werd eerder ook al aangegeven.

De analyse hierboven doet vragen rijzen naar bepaalde leden van comités die bevoegdheden toegewezen kregen van het bestuursorgaan en de vraag of deze als soortgelijke functie beschouwd kunnen worden. In het eerste hoofdstuk ben ik daar reeds op ingegaan maar gelet op de context van het belastingverdrag met Nederland, dient de natuurlijke context van het verdrag gerespecteerd te worden, wetende dat artikel 16 van het verdrag gesteund is op artikel 32 WIB92. Zo kan in België bijvoorbeeld een directiecomité worden geïnstalleerd in een lichaam.¹⁴⁴³ Heel wat bedrijven die genoteerd staan op de BEL-20 voorzien in een dergelijk directiecomité¹⁴⁴⁴ hoewel recentere studies dit afzwakken.¹⁴⁴⁵

Indien men tot de slotsom zou komen dat de leden van het directiecomité nog verantwoording dienen af te leggen aan het bestuursorgaan, kan artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland niet toepasselijk verklaard worden op deze leden. De vraag rijst dan ook in welke mate de bevoegdheden van de raad van bestuur exclusief blijven? M.i. is de bevoegdheid van het directiecomité exclusief zodat de leden ervan onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen.¹⁴⁴⁶ De memorie van toelichting motiveert deze visie door het volgende te stellen: *'er wordt voorgesteld de leden van het directiecomité op dezelfde wijze aansprakelijk te*

¹⁴⁴² Luik 15 juni 1988, *F.J.F.* 1988, 343.

¹⁴⁴³ Wet van 2 augustus 2002 dewelke een afdeling I bis ingevoegd heeft in Titel IV van Boek VIII van het Wetboek van Vennootschappen. De artikelen 524 bis en 524 ter die deze afdeling vormen, behandelen het directiecomité als orgaan dat kan worden ingesteld in de NV. De wetgever heeft ervoor gekozen de mogelijkheid van installatie van een directiecomité enkel te voorzien in de NV en niet in de BVBA. Ook de Commanditaire Vennootschap op aandelen heeft deze mogelijkheid.

¹⁴⁴⁴ DE WULF, H., 'Corporate Governance: een inleiding', *Not. Fisc. M.* 1998, 199.

¹⁴⁴⁵ WYCKAERT, M. en GEENS, K., 'Het gebruik van het facultatief duaal systeem in Belgische beursgenoteerde vennootschappen: enkele facts and figures', *T.R.V.* 10/7, p. 527-538.

¹⁴⁴⁶ Een groot gedeelte van de rechtsleer deelt deze visie. Zie o.m. DIEUX, X. en WILLERMAIN, D., 'Le comité de direction et les comités consultatifs selon la loi du 2 Aout 2002 modifiant le code des sociétés', in *Legal Tracks: Essays on contemporary corporate and finance law*, Brussel, Bruylant, 2003, 272-273; NELISSEN GRADE, J.M., 'Het nieuwe directiecomité', in *Jan Ronse Instituut (ed.) Nieuw Vennootschapsrecht 2002-wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 132-136, VAN GERVEN, D., 'De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur', *T.R.V.* 2004, 24-26. Contra: CARPRASSE, O., 'Personne morale administrateur et comité de direction', *DAOR* 2002/64, 340; DE WULF, H., 'De Wet Corporate Governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen', *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, Deel 3, 216.

stellen als de bestuurders: elkeen evenwel binnen de eigen sfeer van zijn bevoegdheid.¹⁴⁴⁷ Een verdere motivatie vind ik in een linguïstisch argument. Zo spreekt de Nederlandse tekst van artikel 524 bis van het Wetboek van Vennootschappen er duidelijk over dat de Raad van Bestuur bevoegdheden ‘overdraagt’ aan het directiecomité. De term ‘overdracht’ wijst m.i. op een afstand doen van bevoegdheden hetgeen betekent dat de raad van bestuur en het directiecomité organen zijn met exclusieve bevoegdheden. Al met al blijft het echter twijfelachtig of de raad van bestuur en het directiecomité concurrerende bevoegdheden hebben dan wel exclusieve bevoegdheden. Voor doeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland bestaat er dan ook geen duidelijkheid over of de leden van het directiecomité als soortgelijke functies kunnen kwalificeren. Dat zorgt op zijn minst voor rechtsonzekerheid. Deze rechtsonzekerheid wordt verder nog in de hand gewerkt door het feit dat België een monistisch bestuursstelsel kent en Nederland in beginsel een dualistisch. Met ingang van 1 januari 2013 is de Wet bestuur en toezicht in werking getreden in Nederland. De nieuwe wettelijke regeling maakt het mogelijk dat uitvoerende directors en niet uitvoerende directors deel uitmaken van één orgaan, het zogenoemde ‘one-tier board’. In elk geval, het directiecomité hoeft niet per se uit bestuurders te bestaan. Nederland zal dus ongetwijfeld met zijn referentiekader toekijken op de leden van Belgische directiecomités (formeel criterium) waardoor deze personen mogelijks zullen kwalificeren onder artikel 15 van het belastingverdrag, zijnde de niet-zelfstandige arbeid (tenzij kan aangetoond worden dat deze onder artikel 16 §2 vallen). Wegens het voorbehoud dat België bij artikel 16 OESO heeft geformuleerd en wegens het feit dat het directorsartikel uit het Belgisch-Nederlands belastingverdrag op Belgische leest is geschoeid, zal België ingeval van heffingsbevoegdheid al gauw concluderen dat de leden van het directiecomité onder artikel 16 van het belastingverdrag ressorteren. Deze situatie kan aanleiding geven tot dubbele belasting en is bijgevolg niet wenselijk. Dat zal eens te meer het geval zijn indien men weet dat een lid van het directiecomité zijn taak perfect in dienstverband kan uitoefenen zodat artikel 16 §2 van het belastingverdrag hierop niet van toepassing kan zijn.

Een oplossing voor dit probleem is dus noodzakelijk. Welnu, een oplossing die hiervoor kan gevonden worden, is de overname van de aangepaste versie van artikel 16 OESO zoals door mij geformuleerd in deel I van dit onderzoek. Men kan m.i. niet ontkennen dat leden van het directiecomité mee sturing geven aan

¹⁴⁴⁷ Parl. St. Kamer Z (2000/2001), nr. 1211/1, 37; Parl. St. Kamer Z (2000/2001), nr. 1211/14, 33 en 205.

het beleid van een lichaam en alzo het vennootschapsbelang dienen.¹⁴⁴⁸ Volgens een letterlijke lezing van artikel 522 Wetboek van Vennootschappen mag de raad van bestuur echter geen strategiebepaling overlaten aan het directiecomité. De handelingen ter verwezenlijking lijken dan ook voorbehouden aan de raad van bestuur. Er lijkt dus een conflict te ontstaan tussen het spanningsveld in belastingverdragen nopens het vraagstuk of leden van het directiecomité als soortgelijke functies kunnen kwalificeren – en de geformuleerde oplossingen daarvoor – en artikel 522 Wetboek van Vennootschappen. Dat mag echter geen bezwaar zijn om de aangereikte criteria in hoofdstuk 1, Deel 1 van dit onderzoek autonoom toe te passen. In de praktijk kan bovendien worden vastgesteld dat het strategische beleid wel mee bij het directiecomité berust.¹⁴⁴⁹ Er bestaan dus ook visies luidende dat het directiecomité de bevoegdheden van het dagelijkse bestuur overtreft. Enkel lijkt het dan wel noodzakelijk dat de verrichtingen die aan het directiecomité worden opgedragen, nauwkeurig moeten omschreven worden aangezien de raad van bestuur geen algemene bevoegdheidsdelegatie kan doorvoeren.¹⁴⁵⁰ Men dient m.i. het directiecomité dan ook als een afzonderlijk vennootschapsorgaan te beschouwen hetwelk het vennootschapsbelang dient. Artikel 524 bis van het Wetboek van Vennootschappen voorziet er namelijk ook in dat de raad van bestuur een omvangrijk deel van zijn bestuursbevoegdheden aan een directiecomité kan delegeren. De verhouding tussen de raad van bestuur en het directiecomité wordt om al deze redenen in de literatuur voorzichtig omschreven als ‘een facultatieve aanzet van een duale structuur’.¹⁴⁵¹ Ook in Nederland is er een gelijkaardig systeem bekend. Daar kan vertegenwoordigingsbevoegdheid bekomen worden ofwel via de statuten ofwel bij volmacht. In dit laatste geval spreekt men van een zgn. *procuratiehouder* die vaak in dienst zal zijn van het lichaam en onderworpen is aan de instructies van de raad van bestuur. Een volmacht van een procuratiehouder kan algemeen of bijzonder zijn. De vraag rijst of een procuratiehouder als soortgelijke functie in de zin van artikel 16 §1 van het belastingverdrag kan worden gekwalificeerd? In

¹⁴⁴⁸ Zie ook: DELMOTTE, B., ‘Behoudt of verliest de raad van bestuur de bevoegdheden die hij heeft verleend aan het directiecomité?’, *T.R.V.* 2004, p. 219-224.

¹⁴⁴⁹ BYTTEBIER, K., PIU, P. en ROELAND, S., ‘*Corporate Governance, eigendom, bestuur en controle van vennootschappen*’, Maklu Uitgevers, 2003, p. 136.

¹⁴⁵⁰ JANSSENS, E., ‘Wetsontwerp Corporate Governance voert dualistisch bestuursstelsel in’, *Balans* 2001, afl. 436, 6.

¹⁴⁵¹ SWOLFS, L. en DE KLERCK, B., ‘Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders’, in X, *Bestuurders en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Brussel, Larcier, 2003, 60. Voorstellen om het duaal systeem verplicht te maken werden echter niet weerhouden. LAGA, H., ‘Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht, zoeken naar oplossingen voor de 21 ste eeuw’, in Reeks *Rechtspersonen en Vennootschapsrecht*, Jan Ronse Instituut K.U. Leuven, Kalmthout, Biblio, 1999, 480-481; KEUTGEN, G., ‘Vers la légalisation du comité de direction’, in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant 2002, 799-800.

elk geval zal de functie meestal niet onder artikel 16 §2 van het belastingverdrag te plaatsen zijn aangezien doorgaans sprake is van een dienstverband. Sommige auteurs stellen dat bij de algemene procuratiehouder uit de feiten zal moeten blijken of hij een soortgelijke functie uitoefent in de zin van het huidige belastingverdrag. Bij een bijzondere procuratiehouder zal hiervan meestal geen sprake zijn volgens dezelfde auteur.¹⁴⁵² Het is spijtig dat de auteur deze visie niet verder onderbouwd heeft. Ik ga er van uit dat de auteur bedoeld heeft dat hij deze feiten aftoetst aan de criteria die hij vooropgesteld heeft om te kunnen besluiten tot een soortgelijke functie. Het is wel steeds noodzakelijk dat het dagelijks bestuur overtroffen wordt. Om die reden is ook in de Nederlandse rechtsleer gepoogd een invulling te geven aan het begrip 'besturen'. Sommige auteurs beschrijven het begrip als leiding geven, beslissen en dirigeren.¹⁴⁵³ M.i. kan de aanbeveling uit deel 1 van dit onderzoek zeker en vast verdere oplossingen aanreiken. Er zal dan moeten aangetoond worden dat de procuratiehouder handelingen stelt die als strategisch kunnen benoemd worden en het vennootschapsbelang dient. Dus, enkel de procuratiehouders die voldoen aan de criteria zoals vooropgesteld in hoofdstuk 1 van dit onderzoek kunnen bijgevolg bestempeld worden als een vennootschapsleider in de zin van het belastingverdrag met Nederland. Ook VAN LAERE heeft ten andere reeds gesteld dat teneinde te kunnen besluiten tot soortgelijke functies, positieve daden van bestuur voorhanden moeten zijn die verband houden met de ondernemingsstrategie.¹⁴⁵⁴ Zijn visie handelde echter niet over het huidige belastingverdrag met Nederland. Het Belgische Hof van Cassatie heeft wel gezegd dat dat het tot het aanwezig zijn van de soortgelijkheid voldoende is dat aan die personen bevoegdheden zijn verleend welke rechtens de wet of het vennootschapscontract aan de bestuurders eigen zijn.¹⁴⁵⁵ Hierin lees ik dat het om meer dan dagelijks bestuur moet gaan.

4.2. Vennootschapsleiders van de tweede categorie

Beloningen die een persoon die inwoner is van een verdragsluitende Staat verkrijgt van een vennootschap die inwoner is van de andere verdragsluitende Staat ter zake van de uitoefening – buiten het kader van een dienstbetrekking – van een leidende werk-

¹⁴⁵² MOESKOPS, C., 'Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland', *A.F.T.* 2002, p. 428.

¹⁴⁵³ VAN DER HEIJDEN, E.J.J., 'Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap', twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. VAN DER GRINTEN, met medewerking van H.J.M.N. HONEE en TH. C.M. HENDRIKS-JANSEN, p. 404.

¹⁴⁵⁴ VAN LAERE, D., 'De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties', *Fiscaal Praktijkboek 1997-98*, Ced Samson, Diegem, 1997, 42.

¹⁴⁵⁵ Cass. 17 november 1956.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

zaamheid of leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard, mogen in die andere staat worden belast.

(a) Algemeen

De tweede categorie van vennootschapsleiders dewelke opgenomen zijn in het huidige belastingverdrag met Nederland, zijn de personen die ter zake van de uitoefening *buiten het kader van een dienstbetrekking* van een leidende werkzaamheid of leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard uitoefenen. Deze functies zijn duidelijk ontleend aan de tweede categorie van bedrijfsleiders in het Belgische fiscale recht. Het gaat dus om natuurlijke personen die zonder dat ze bestuurder, zaakvoerder of vereffenaar zijn, instaan voor het dagelijks bestuur van een vennootschap buiten een arbeidsovereenkomst en om commerciële, technische of financiële *directeuren* die niet-loontrekkenden zijn. Dat betekent dat deze vennootschapsleiders zich ten minste op directieniveau moeten situeren. Ook de voorbereidende werken bij het wetsontwerp tot bekrachtiging van het Belgische Volmachtenbesluit stellen dat het om de directeur gaat die met het dagelijkse bestuur belast is, de commercieel directeur, de technisch directeur of de financieel directeur en enkel in de mate dat ze deze activiteit op zelfstandige basis uitoefenen in een lichaam.¹⁴⁵⁶

Enkel natuurlijke personen worden beoogd. Het gegeven dat men al dan niet aandeelhouder is in de het lichaam is irrelevant.

De twee onderscheiden directiefuncties die beoogd worden in de tweede categorie van vennootschapsleiders in het belastingverdrag hebben nog een andere gemeenschappelijke noemer. Behoudens het feit dat enkel natuurlijke personen beoogd worden dewelke een directiefunctie bekleden, dient de functie uitgeoefend te worden *buiten* een arbeidsovereenkomst. Dit lijkt op het eerste zicht een eenvoudig criterium te zijn. Namelijk, als de functies worden uitgeoefend via een arbeidsovereenkomst dan is artikel 16 van het belastingverdrag niet van toepassing. Als de positie wordt uitgeoefend op zelfstandige basis dan is artikel 16 van het verdrag wel van toepassing. Deze voorwaarde zal eerder moeten nagekeken worden voor Belgische doeleinden dan voor Nederlandse doeleinden. In België kunnen de directeursfuncties immers zowel op zelfstandige basis als in ondergeschikt verband worden uitgeoefend en dit in tegenstelling tot de formele mandatarissen waar sociaalrechtelijk een vermoeden van zelfstandigheid aan kleeft.

¹⁴⁵⁶ *Gedr. St. Kamer* 1996-97, nr. 925/8, 7.

Het is m.i. typerend om te kunnen spreken van een ondergeschikt verband als er een ‘gezagsverhouding’ aanwezig is. Teneinde te weten te komen of de vennootschapsleiders van de tweede categorie onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen, dient m.a.w. o.a. nagegaan te worden of zij onder gezag werkzaam zijn. In bevestigend geval is artikel 16 van het belastingverdrag niet van toepassing. In beginsel zal dan artikel 15 van het belastingverdrag van toepassing zijn aangezien de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting expliciet heeft gesteld het gesloten systeem van artikel 15 t.e.m. 20 te aanvaarden.¹⁴⁵⁷ PÖTGENS stelde dat het ‘op het eerste zicht opvallend is dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting het bestaan van een dergelijk systeem met zoveel nadruk bevestigt aangezien het ook kan afgeleid worden uit de beginbewoordingen van artikel 15, par. 1 Verdrag en het commentaar op artikel 15 OESO-Modelverdrag.¹⁴⁵⁸ Zo opvallend acht ik dit niet. Het kan mogelijks als een verder bewijs gelden om aan te tonen dat de OESO geen gesloten systeem van de arbeidsartikelen erkent.¹⁴⁵⁹

Het begrip ‘gezag’ wordt niet gedefinieerd in het belastingverdrag. In beginsel geldt de interpretatietechniek van artikel 3 (2) belastingverdrag indien een verdragsterm niet wordt gedefinieerd. Echter, m.i. moet men ten rade gaan bij het interne Belgische recht om de term in te vullen. Dit volgt uit het gegeven dat artikel 32 WIB92 tot de natuurlijke context van artikel 16 van het belastingverdrag behoort. Alvorens criteria worden aangereikt om het begrip ‘gezag’ te kunnen invullen, dient vooreerst opgemerkt te worden dat de partijen niet zelf kunnen kiezen welke kwalificatie zij aan hun samenwerking wensen te geven. Ook al sluit een lichaam een aannemingsovereenkomst, indien uit de feiten blijkt dat er gezag aanwezig is, dan zal voor fiscale doeleinden een arbeidsverhouding aanwezig zijn.¹⁴⁶⁰ De contracterende partijen kunnen dus niet zelf beslissen of zij al dan niet onderworpen worden aan het Belgische arbeidsrecht. Het gaat dus om een materiële toets aangezien een gezagsverhouding bestaat zodra iemand in feite gezag kan uitoefenen over iemands handelen.¹⁴⁶¹ Het zijn namelijk dwingende wetsvoorschriften die bepalen of men onder het arbeidsrecht valt of niet.¹⁴⁶² Dat blijkt eveneens uit een rapport van het Belgische Rekenhof hetwelk 100 vonnissen heeft bestudeerd die werden uitgesproken in de periode

¹⁴⁵⁷ Zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 2001-2002, 28 259, nr. 3, p. 41-42.

¹⁴⁵⁸ PÖTGENS, F.P.G., ‘Nogmaals artikel 15 en 16 belastingverdrag met België: inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking’, *M.B.B.* 2003, p. 131.

¹⁴⁵⁹ COOLS, A., ‘OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid’, *T.F.R.* 477, p. 186 e.v.

¹⁴⁶⁰ Cass. 11 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 32; Cass. 7 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1059; Cass. 15 februari 1982, *R.W.* 1982-83, 2210.

¹⁴⁶¹ Cass. 9 januari 1995, *J.T.T.* 1995, 93; Cass. 23 juni 1997, *J.T.T.* 1997, 335.

¹⁴⁶² Cass. 11 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 29.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

tussen 1999 en 2001.¹⁴⁶³ Tevens is het m.i. niet belangrijk of de directeurs al dan niet onderworpen zijn aan één of ander stelsel binnen de sociale zekerheid. Zo is het gegeven dat men bijvoorbeeld als 'zelfstandige' eigen sociale zekerheidsbijdragen betaalt aan een sociaal verzekeringsfonds niet determinerend om te kunnen spreken van een vennootschapsleider van de tweede categorie. Dit werd trouwens ook bevestigd door het Belgische Hof van Cassatie.¹⁴⁶⁴ Dezelfde redenering kan m.i. gevolgd worden voor het al dan niet hebben van een BTW-nummer.¹⁴⁶⁵ Echter, uit de organisatie van de werkzaamheden kan wel afgeleid worden of een persoon onder gezag werkt of niet. Om als vennootschapsleider van de tweede categorie bestempeld te worden is het m.i. noodzakelijk dat elke vorm van gezag achterwege blijft voor de invulling van de functie-inhoud. Diegene die zichzelf namelijk ten volle autonoom mag organiseren is geen werknemer.¹⁴⁶⁶

Thans reik ik een aantal criteria aan dewelke gehanteerd moeten worden om na te gaan of er sprake is van gezag teneinde tot een correcte kwalificatie van een vennootschapsleider van de tweede categorie te kunnen besluiten. Deze criteria zijn niet in het minst mede ingegeven vanuit de criteria die werden vooropgesteld door de Belgische Programmawet van 27 december 2006.¹⁴⁶⁷ In deze wet-

¹⁴⁶³ Rapport van het rekenhof: 'Voorkoming en bestrijding van schijnzelfstandigheid', mei 2004, p. 15.

¹⁴⁶⁴ Cass. 19 maart 1979, *R.W.* 1979-1980, 1514; Cass. 13 april 1992, *J.T.T.* 1992, 217; Cass. 23 juni 1997, *J.T.T.* 1997, 335.

¹⁴⁶⁵ Het feit dat fiscale stukken in beginsel niet determinerend zijn, wil niet zeggen dat geen enkele waarde mag worden gehecht aan de erin opgenomen gegevens. Zo kan de omvang van de erin aangegeven beroepskosten wel een aanwijzing zijn van de daadwerkelijke uitoefening van een zelfstandige activiteit. Zie bijvoorbeeld Arbeidshof Luik 14 november 2001, *Soc. Kron.* 2003, 235.

¹⁴⁶⁶ Cass. 9 mei 1988, *R.W.* 1988-1989, 677. Noteer tevens dat de Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) eind 1998 een werkgroep van deskundigen heeft samengebracht om tot een werkbare oplossing te komen inzake het onderscheid tussen zelfstandigen en werknemers. Deze werkgroep heeft een eenvoudig en gemakkelijk te hanteren model opgesteld aan de hand waarvan preventief een eerste aanwijzing omtrent de rechtspositie kan worden verkregen (zie VAN LIMBERG-HEN, G. & PUT, J., 'Werknemer of zelfstandige: met vragenlijst en puntensysteem naar een voorafgaandelijk bindend advies', *T.S.R.* 2001, 105-299.). Er worden criteria naar voren geschoven en elk criterium krijgt een aantal punten. Wie bij de invulling van de vragenlijst een score haalt van minder dan 40, kan niet worden aanzien als zelfstandige. Het is gebleken dat dit model tevens wordt gebruikt in de rechtspraak, zie *Arbrb.* Leuven 26 oktober 2001, *N.J.W.* 2002, 10, 358-60. Noteer tevens dat de Programmawet van 27 december 2006 heeft voorzien in de mogelijkheid van de aanvraag van de zgn. sociale rulings.

¹⁴⁶⁷ Sinds meerdere jaren hebben verschillende ministers getracht via wetgevend werk criteria voorop te stellen die een duidelijke scheidingslijn moeten aftekenen tussen werknemers en zelfstandigen. De Programmawet van 27 december 2006, *B.S.* 28 december 2006, ed. 3, p. 75249, betreffende de aard van de arbeidsrelaties is hierin geslaagd. Het gaat om de artikelen 328 tot 343 van deze Programmawet.

geving worden definities gegeven van de begrippen ‘werknemer’¹⁴⁶⁸ en ‘zelfstandige’¹⁴⁶⁹. Voor de stemming van de Programmawet, werd de juridische kwalificatie van de arbeidsrelatie volledig beheerst door de rechtspraak. Zo definieerde het Hof van Cassatie de band van ondergeschiktheid die de arbeidsovereenkomst onderscheidt van een aanneming als volgt: *het juridische gezag van de werkgever die het recht heeft om instructies te geven aan de werknemer voor de organisatie en de uitvoering van het overeengekomen werk*. Het bestaan van een werkgeversgezag was dan ook een zuivere feitelijke aangelegenheid waarvan de beoordeling steeds aan de rechtbanken werd overgelaten. Het gevolg was dat de rechter een afweging maakte van karakteristieke elementen van de samenwerking zoals bijvoorbeeld de kwalificatie van de overeenkomst, contractuele clausules, om uit te maken of er meer aanwijzingen waren voor het bestaan van een band van ondergeschiktheid, dan wel of de elementen die wijzen op zelfstandigheid de bovenhand haalden (indiciënmethod). Sedert 2003 wijzigde het Hof van Cassatie echter deze benaderingswijze. Het hof stelde immers: *‘Wanneer de elementen onderworpen zijn aan beoordeling, niet toelaten om de kwalificatie gegeven door de partijen aan de overeenkomst die zij gesloten hebben uit te sluiten, dan kan de rechter ten gronde geen andere kwalificatie in de plaats stellen’*.¹⁴⁷⁰ Het Hof van Cassatie lanceerde met deze rechtspraak de voorrang van de wil van de partijen en van de kwalificatie die zij hebben gegeven aan hun contractuele relatie door de rechtbank uit te nodigen om enkel en alleen te herkwalificeren wanneer de elementen die haar ter beoordeling voorgelegd worden door de partij die de herkwalificatie vraagt onverenigbaar zijn met deze kwalificatie.

Zoals gesteld, reikt de genoemde Programmawet criteria aan om te aard van de arbeidsrelatie te beoordelen.¹⁴⁷¹ Zo moet er vooreerst rekening worden gehouden met de wil van de partijen. Dit dient nog steeds het uitgangspunt te zijn aangezien men anders niet de contractsvrijheid van de partijen zou aanvaarden het-

¹⁴⁶⁸ Het begrip ‘werknemer’ wordt als volgt gedefinieerd: de persoon die er zich in arbeidsovereenkomst toe verbindt, tegen betaling van een loon, onder het gezag van een andere partij, de werkgever, arbeid te verrichten.

¹⁴⁶⁹ Het begrip ‘zelfstandige’ wordt als volgt gedefinieerd: de natuurlijke persoon, die, een beroepsactiviteit uitoefent buiten de onder a) bedoelde gezagsband en die niet verbonden is door een statuut.

¹⁴⁷⁰ Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, p. 271; Cass. 28 april 2003, *J.T.T.* 2003, p. 261; Cass. 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, p. 122; Cass. 3 mei 2004, S.03.0108.N.

¹⁴⁷¹ CLESSE, J., ‘La qualification juridique de la relation de travail’, in *Questions de droit social*, CLESSE, J. en KEFER, F. (ed.), Liège, Anthemis 2007, 229-260; KERREMANS, J., ‘De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties: kroniek van een aangekondigde dood’, *J.T.T.* 2007, 149-155; VAN EECKHOUTTE, W. en DEMAESENEIRE, G., ‘Arbeidsrelatieswet. Het bepalen van de rechtsaard van arbeidsrelaties’, *N.J.W.* 2007, 98-119; VAN HOOGENBEMT, H., ‘Zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid na de Programmawet (I) van 27 december 2006’, *Or* 2007, afl. 3, 49-65.

geen onverzoenbaar is met de beginselen van een rechtstaat. Vervolgens dient men de determinerende *materiële* toets door te voeren om na te gaan of de juridische kwalificatie door de partijen wel overeenstemt met de werkelijkheid. De juridische werkelijkheid dient dus afgetoetst te worden aan de economische werkelijkheid. Deze economische werkelijkheid wordt afgetoetst aan een optelsom van indicatiën. Als indicatiën worden o.a. vernoemd het zich gedragen als vennootschapsleider-ondernemer t.o.v. de overheid en van medecontractanten, verantwoordelijkheid en beslissingsmacht hebben, geen waarborg hebben op een vaste vergoeding (m.a.w. mede het ondernemingsrisico dragen), enz. Indien het gaat om een mondelinge overeenkomst, dan wordt de feitelijke contractuele relatie onderzocht op basis van de overige criteria. Ten tweede zal de gradatie van vrijheid van de organisatie van de werktijd worden nagegaan. Zo wijst het vrij organiseren van de tijdsbesteding, volgens zijn eigen beschikbaarheid en gading volgens de memorie van toelichting¹⁴⁷² op een zelfstandige activiteit. Daartegen staat de verplichting om zich te schikken naar een precieze en dwingende werktijdregeling, het feit de vakantiedagen niet vrij te kunnen bepalen, de verplichting zijn afwezigheden te verantwoorden op een gezagsverhouding. Dit criterium moet echter *in concreto* worden beoordeeld. Zo stelt de memorie van toelichting bijvoorbeeld dat een partij die als ondernemer in een aannemingsovereenkomst wordt gekwalificeerd en die inderdaad over een bepaalde graad van vrijheid beschikt met betrekking tot de organisatie en de praktische uitvoering van het werk maar wel rekenschap moet afleggen over zijn tijdsgebruik aan de opdrachtgever, geen band van ondergeschiktheid heeft t.o.v. zijn opdrachtgever.¹⁴⁷³ Ten derde zal nagegaan worden in welke mate het werk vrij kan georganiseerd worden. Zo zal de precieze omschrijving van de taken alsook het bestaan van precieze onderrichtingen en van beslissingen van een hiërarchisch meerdere wijzen op een gezagsverhouding. Toch moet dit m.i. genuanceerd worden. In de mate waarin een persoon een resultaatsverplichting op zich neemt, kunnen de algemene onderrichtingen en richtlijnen verenigbaar zijn met het ontbreken van een gezagsverhouding indien zij noodzakelijk zijn met het oog op de verwezenlijking van een bepaald doel. Als laatste criterium wordt de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen, naar voren geschoven. De eventuele onderwerping aan een hiërarchische controle en bijgevolg de blootstelling aan interne sancties moeten worden beschouwd als elementen die wijzen op een gezagsrelatie. De vier voorgaande criteria noemt men de algemene criteria. Specifieke criteria kunnen worden uitgewerkt voor sectoren en be-

¹⁴⁷² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer 2006-2007*, nr. 51-2773/1, p. 203.

¹⁴⁷³ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer 2006-2007*, nr. 51-2773/1, p. 216.

roepen of beroeps categorieën waar veel schijnzelfstandigheid bestaat. Dan moet dan gebeuren bij K.B. en na advies van de sector of de beroepsverenigingen. Die criteria kunnen elementen van economische afhankelijkheid of onafhankelijkheid bevatten, zonder dat die evenwel voorrang kunnen krijgen op het criterium van juridische afhankelijkheid, het gezag.¹⁴⁷⁴ Niettegenstaande de verdienste van de vier criteria, blijkt dat discussies zullen blijven bestaan.¹⁴⁷⁵ Ook voor de invoering van de vier criteria was de rechtspraak over de invulling van een gezagsverhouding legio.¹⁴⁷⁶

De integratie in het belastingverdrag met Nederland van het vereiste dat men buiten een dienstbetrekking werkzaam moet zijn om bestempeld te kunnen worden als een vennootschapsleider van de tweede categorie, is volgens mij geen goede keuze geweest. Teneinde te kunnen spreken van een vennootschapsleider is m.i. het statuut (al dan niet een zelfstandig statuut) van deze persoon niet van doorslaggevend belang. Waarom zou een persoon die een zelfstandig statuut heeft eerder als vennootschapsleider kunnen bestempeld worden dan een persoon die in een gezagsverhouding staat? Wat daarentegen *de lege ferenda* wel relevant is, is m.i. in welke mate de vennootschapsleider de mogelijkheid heeft strategische beslissingen te nemen voor een lichaam en hierdoor het vennootschapsbelang dient. Het lijkt mij dan ook noodzakelijk dat artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland voor wat betreft de vennoot-

¹⁴⁷⁴ Artikel 334 §1 en 2 van de Programmawet van 27 december 2006.

¹⁴⁷⁵ Voor een toepassing in de rechtspraak van de Arbeidsrelatieswet: Arbeidshof Antwerpen 9 maart 2007, *Or.* 2007, weergave I. PLETS, afl. 5, 122. Het arbeidshof komt na een beoordeling op grond van de algemene criteria tot de conclusie dat de uitoefening van de arbeidsrelatie tussen partijen geen voldoende elementen naar voren brengt die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door de partijen aan hun arbeidsrelatie werd gegeven.

¹⁴⁷⁶ Over werkroosters: Cass. 2 december 1985, *R.W.* 1985-86, 2915; Cass. 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 959; Cass. 12 mei 2003, *R.R.D.* 2003, 195 met not M. DUMONT; Contra: Cass. 30 september 1985, *R.W.* 1985-86, 2791. Het feit dat er geen controle is op de aanwezigheden, dat de uurregeling en de vakantie vrij bepaald worden aangezien als een aanwijzing van het feit dat de arbeid niet in ondergeschikt verband wordt verricht, zie Cass. 19 april 1982, *R.W.* 1982-83, 2836. Ook over de vraag of uit de betalingswijze afgeleid kan worden of er tussen de partijen een arbeids-overeenkomst is, heeft het Hof van Cassatie uitspraak gedaan. In een arrest van 5 december 1983 oordeelde het hof dat uit de vaststellingen aangaande het uurloon van de betrokkene, niet wettig kan worden afgeleid dat er tussen de partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan (Cass. 5 december 1983, *R.W.* 1984-85, 1291). In een arrest van 2 november 1992 oordeelde het Hof van Cassatie daarentegen dat uit een aantal met elkaar in verband gebrachte feitelijke gegevens, inzonderheid het vast loon dat overeengekomen was, wettig kan afgeleid worden dat er tussen de partijen een gezagsverhouding bestond (Cass. 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 959). De omstandigheid dat er geen minimumloon wordt gewaarborgd, zodat de betrokkene het risico draagt van de resultaten van zijn werk, wordt in aanmerking genomen als een gegeven dat de afwezigheid van een gezagsverhouding staft (Cass. 19 april 1982, *R.W.* 1982-83, 2836). Het feit dat de arbeidsprestaties hoofdzakelijk op ongeregelde tijdstippen worden verricht en onmogelijk kunnen worden gepland, volstaat niet om te besluiten dat er geen band van ondergeschiktheid is (Cass. 3 april 1995, *J.T.T.* 1996, 21).

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

schapsleiders van de tweede categorie afstand zou nemen van het gegeven dat deze personen werkzaam moeten zijn in dienstverband. Trouwens, niet enkel het vereiste dat er in dienstverband moet gewerkt worden, is m.i. een gebrekkige keuze. Dat blijkt uit de volgende alinea.

Tevens is het zeer onduidelijk welke personen onder de categorie van de *vennootschapsleiders van de tweede categorie* kwalificeren. Wel heeft de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting gesteld dat: *'de facto vormen de bepalingen van de paragrafen 2 en 3 een lex specialis van de bepalingen van artikel 14.'*¹⁴⁷⁷ *De facto* kan men twee groepen onderscheiden: diegenen die een leidende werkzaamheid hebben enerzijds en anderzijds diegenen die een leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard hebben. Wat begrepen dient te worden onder een 'leidende functie' is niet meteen duidelijk. Zoals uiteengezet in deel 1 van dit onderzoek, kunnen heel wat managers een leidende functie hebben. Dit maakt van hen zeker nog geen vennootschapsleiders. Daarvoor is heel wat meer vereist. Anderzijds werd ook reeds gesteld dat een leidende functie van dagelijks bestuur van een persoon zeker nog geen vennootschapsleider maakt. Hiervoor is het noodzakelijk dat het dagelijks bestuur net overtroffen wordt. Wat betreft de eindverantwoordelijken op het gebied van het commercieel, financieel of technisch beleid, rijst de vraag of deze personen als vennootschapsleiders kunnen kwalificeren. Hieromtrent heeft VAN DIJCK reeds opgeroepen om niet te overdrijven en al te veel functies te laten categoriseren onder de noemer van de bedrijfsleiders van de tweede categorie.¹⁴⁷⁸ Het gegeven dat personen die, op zelfstandige basis, commerciële, technische of financiële werkzaamheden vervullen, betekent nog niet dat plots iedereen tot director wordt gepromoveerd. De auteur geeft dan ook een tot de verbeelding sprekend voorbeeld. Een externe accountant vervult op zelfstandige basis financiële werkzaamheden ten behoeve van een lichaam die hem hiervoor heeft aangesteld. Maar, daarom wordt deze accountant nog niet aangezien als een bedrijfsleider. Ook de Belgische Minister van Financiën heeft dit trouwens zo gesteld.¹⁴⁷⁹

M.i. kunnen externe adviseurs inderdaad niet gekwalificeerd worden als vennootschapsleiders van de eerste categorie. Dit staat trouwens in de parlementaire voorbereidingswerken van het Volmachtenbesluit.¹⁴⁸⁰ Ook PÖTGENS is van mening dat indien men de externe adviseurs in alle omstandigheden als ven-

¹⁴⁷⁷ Artikel 16 punt 20 van Protocol I

¹⁴⁷⁸ Trends 6 maart 1997

¹⁴⁷⁹ Parlementaire Vraag nr. 249 van 23 mei 1997, *Bull. Vr. en Antw., Senaat*, 8 juli 1997, p. 2463.

¹⁴⁸⁰ *Gedr. St. Kamer* 1996-97, nr. 925/8, p. 7.

nootschapsleiders zou aanzien, artikel 14 van het belastingverdrag betekenisloos zou worden.¹⁴⁸¹ Toch moet men deze visie m.i. nuanceren. De activiteit van de externe adviseur dient zich m.i. te beperken tot het formuleren van adviezen en aanbevelingen op occasionele basis. Zo is het bijvoorbeeld niet ondenkbeeldig dat een lichaam – hetwelk geen financieel directeur in huis heeft – op regelmatige basis beroep doet op een externe financieel adviseur. Men zou dan van mening kunnen zijn dat deze adviseur dan *de facto* de rol vervult van financieel directeur in het lichaam en alzo mee sturing geeft aan het beleid.¹⁴⁸² In dergelijke omstandigheden is een herkwalificatie van extern adviseur naar vennootschapsleider niet ondenkbeeldig. Een eventuele herkwalificatie is eveneens aan de orde zodra de adviseur bepaalde instructies kan geven aan het personeel van het lichaam. Tevens dient men voorbehoud te formuleren voor de situaties waarin een externe adviseur zou zetelen als een extern bestuurder. Als een raadgever benoemd wordt tot extern bestuurder, vallen m.i. zowel diens activiteiten als adviseur alsook diens activiteiten als bestuurder onder artikel 16 van het nieuwe belastingverdrag met Nederland.

Het is volgens mij dan ook noodzakelijk dat het belastingverdrag met Nederland afstand zou doen van de categorie van de vennootschapsleiders van de tweede categorie. Immers, een verwijzing naar een positie als '*official in a top level managerial position of a company*' waarbij in een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting wordt omschreven dat het gaat om de personen die strategische beslissingen nemen en het vennootschapsbelang dienen, is minder vatbaar voor kritiek en eenduidiger.

(b) Nederlands Belastingplan 2013

Het Nederlandse 'Belastingplan 2013' bevatte een groot aantal fiscale maatregelen.¹⁴⁸³ Eén ervan moest het 'heffingsvacuüm' dichten voor de beloningen die Belgische managementvennootschappen ontvangen in ruil voor hun werkzaamheden verricht voor Nederlandse lichamen. De Nederlandse overheid had namelijk vastgesteld dat er in de praktijk – voornamelijk in de relatie tot België – ingespeeld werd op een 'vacuüm' in artikel 17a van de Nederlandse 'Wet op de Vennootschapsbelasting 1969'. Op basis van dit artikel is een in het buitenland gevestigd lichaam in Nederland belastbaar op de beloningen die het ontvangt in ruil voor werkzaamheden verricht als 'bestuurder of commissaris van een in

¹⁴⁸¹ PÖTGENS, F.P.G., 'Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België', *M.B.B.* 2001/376.

¹⁴⁸² Zie echter 4.3

¹⁴⁸³ Wet van 20 december 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

Nederland gevestigd lichaam in de zin van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen'. In dit kader wordt het begrip 'bestuurder' over het algemeen formeel uitgelegd. Beloningen die een in het buitenland gevestigd lichaam ontvangt voor werkzaamheden verricht als bestuurder van een in Nederland gevestigd lichaam, kunnen daardoor alleen in de Nederlandse belastingheffing worden betrokken, voor zover het lichaam als een statutaire bestuurder kwalificeert. Vandaar dat Belgische BVBA's vaak feitelijke bestuurswerkzaamheden en managementdiensten verrichten ten behoeve van Nederlandse vennootschappen, zonder formeel bestuurder/zaakvoerder te zijn.

Om dit heffingsvacuüm te dichten, heeft de Nederlandse wetgever het toepassingsgebied van voormeld artikel 17a uitgebreid: het viseert voortaan niet alleen beloningen voor 'werkzaamheden die worden verricht als bestuurder of commissaris van een in Nederland gevestigd lichaam in de zin van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen', maar ook de beloningen voor 'leidende werkzaamheden en functies die worden verricht voor een zodanig lichaam'. De uitbreiding vindt 'voor het eerst toepassing met betrekking tot boekjaren die aangaan op of na 1 januari 2013'.

De memorie van toelichting bij het Belastingplan 2013 wijst er terecht op dat de uitbreiding 'in verdragsituaties uiteraard alleen effect heeft in relatie tot staten waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten dat de heffingsbevoegdheid over vergoedingen voor dergelijke materiële bestuurswerkzaamheden toewijst aan de staat waarin het lichaam waarvoor de werkzaamheden worden verricht, is gevestigd (in casu Nederland)'. Volgens de memorie van toelichting is dit in het bijzonder het geval 'in de relatie met België', aangezien in het verdrag met België 'een specifieke bestuurdersbepaling met een ruime reikwijdte is opgenomen' in de vorm van art. 16, § 2 van het verdrag.

Volgens de memorie wordt aldus gewaarborgd dat beloningen voor de functies en werkzaamheden waarvoor het heffingsrecht aan Nederland is toegewezen op grond van voormelde verdragsbepaling, ook onder de uitbreiding van het interne recht vallen. Nog steeds volgens de memorie is 'de toepassing van artikel 16, paragraaf 2 van het verdrag met de Belgische bevoegde autoriteiten afgestemd'. Om die reden besluit de memorie van toelichting dat 'het derhalve niet in discussie is dat de heffingsbevoegdheid [over de betrokken beloningen] als gevolg van de uitbreiding van artikel 17a [...] ook op grond van het belastingverdrag met België door Nederland kan worden geëffectueerd'.

Bij deze wetswijziging kunnen enkele inhoudelijke opmerkingen worden gemaakt.¹⁴⁸⁴ Vooreerst kan worden vastgesteld dat volgens de memorie het heffingsvacuüm zich specifiek voordoet in de relatie met België. Dat is niet vreemd aangezien het probleem zich precies voordeed met betrekking tot België. Bijgevolg kan worden aangenomen dat men dit 'lek' heeft trachten te dichten door de mosterd te gaan halen bij artikel 16, § 2 van het belastingverdrag tussen België en Nederland. Dit artikel heeft betrekking op de beloningen van de tweede categorie van vennootschapsleiders, nl. de beloningen die een persoon, inwoner van een verdragsstaat, verkrijgt van een vennootschap die inwoner is van de andere verdragsstaat, 'ter zake van de uitoefening – buiten het kader van een dienstbetrekking – van een leidende werkzaamheid of leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard'. Dergelijke beloningen mogen in die andere staat (de woonstaat van de vennootschap dus) worden belast.

Het verdrag doelt hier dus op de personen die – zonder dat ze bestuurder, zaakvoerder of vereffenaar zijn (cf. de eerste categorie van vennootschapsleiders bedoeld in art. 16, § 1 DBV) – instaan voor het dagelijkse bestuur van een vennootschap buiten een arbeidsovereenkomst, alsook om commerciële, technische of financiële directeuren die geen loontrekkenden zijn. De nieuwe Nederlandse regelgeving formuleert het toepassingsgebied evenwel helemaal anders dan het verdrag. De gewijzigde wetgeving heeft het enkel over 'leidende werkzaamheden en functies'. Wat onder dit begrip begrepen moet worden, wordt niet verder verduidelijkt. Dit kan m.i. aanleiding geven tot ernstige interpretatieproblemen ook al heeft de Staatssecretaris van Financiën gepoogd verheldering te brengen.¹⁴⁸⁵ Wat is immers de scheidingslijn tussen een leidende functie en een niet-leidende functie? Welke criteria zullen daartoe aangereikt worden? Men beoogt blijkbaar managementdiensten, maar wat is een 'manager'? Zo werd reeds eerder uitgelegd dat de term 'manager' in Europa vaak worden gebruikt voor een persoon met een leidinggevende functie. Maar in de Verenigde Staten zal als 'manager' aangezien worden, iedereen die verantwoordelijk is voor ten minste één andere persoon, zonder rekening te houden met het feit of aan deze mana-

¹⁴⁸⁴ Zie ook COOLS, A., 'Aanpassing Nederlandse wet aan DBV met België: een maat voor niets?', *Fisc. Int.* 351, p. 5 e.v.

¹⁴⁸⁵ Met 'leidende werkzaamheden en functies' wordt volgens de staatsecretaris bedoeld, leidende werkzaamheden en functies die worden verricht zonder dat sprake is van formeel bestuurderschap. De voorgestelde uitbreiding is dus gericht op materiële bestuurswerkzaamheden en managementdiensten. Het gaat dus om werkzaamheden en functies die gelijk zijn aan wat bestuurders normaal gesproken doen (zie verklaring van 22 oktober 2012, Kamerstuk 33.402).

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

ger een leidinggevende taak is toegewezen.¹⁴⁸⁶ Het is dus niet verstandig geweest een nationale bepaling te enten op een onduidelijk verdragsartikel.

4.3. Vennootschapsleiders van de derde categorie

Beloningen die een persoon die inwoner is van een verdragsluitende Staat verkrijgt van een vennootschap die inwoner is van de andere verdragsluitende Staat ter zake van de uitoefening – buiten het kader van een dienstbetrekking – van werkzaamheden andere dan deze vermeld in de paragrafen 1 en 2 mogen in die andere Staat worden belast.

De derde categorie van vennootschapsleiders die werd weerhouden in het huidige belastingverdrag met Nederland, betreft de personen die buiten het kader van een dienstbetrekking andere werkzaamheden van vennootschapsleiding dan zijn vermeld in de paragrafen 1 en 2 uitoefenen. De derde categorie van vennootschapsleiders vervult met andere woorden de rol van *restcategorie*. Deze restcategorie is niet geïnspireerd op Belgische wetgeving. Dat betekent dus dat vennootschapsleiders van de derde categorie niet per definitie bedrijfsleiders zijn. Dit heeft tot gevolg dat de invulling van deze categorie van vennootschapsleiders principieel niet op basis van de Belgische regelgeving gebeurt.

Sommige auteurs gaven al aan – op het ogenblik dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting nog niet voorradig was – dat het onduidelijk was welke personen onder artikel 16, paragraaf 3 belastingverdrag ressorteren. Zo geeft PÖTGENS aan dat de voorgaande paragrafen van het verdragsartikel al zeer ruim zijn zodat niet valt in te zien wie dan nog verder als vennootschapsleider kan beschouwd worden.¹⁴⁸⁷ Ook andere auteurs stelden zich kritische vragen bij de introductie van een dergelijke ruime restcategorie. Zo vroeg HUYGHE zich af of artikel 16, paragraaf 3 van het belastingverdrag verwijst naar de uitzonderlijke situatie waarin consultants bijna uitsluitend werken voor een bepaalde vennootschap en niet onder artikel 16, paragraaf 2 van het belastingverdrag vallen.¹⁴⁸⁸ De gezamenlijke artikelsgewijze toelichting heeft daarna gepoogd om helderheid te brengen. Zo wordt gesteld dat ‘*in weerwil van de in de paragrafen 2 en 3 gehanteerde uitdrukking «buiten het kader van een dienstbetrekking», de bepalingen*

¹⁴⁸⁶ SUTTER/BURGSTALLER, ‘Der manager in DBA - recht’, in GASSNER et al. (ed.), *Arbeitnehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, 2003, p. 51.

¹⁴⁸⁷ PÖTGENS, F.P.G., ‘Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België’, *M.B.B.* 2001/376.

¹⁴⁸⁸ HUYGHE, A., ‘Vennootschapsleiding’, in *Het nieuwe Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, B. PEETERS (ed.), Larcier, Gent, 2001, p. 419.

*van artikel 14 op deze beloningen niet van toepassing zijn. De facto vormen de bepalingen van de paragrafen 2 en 3 een lex specialis van de bepalingen van artikel 14.*¹⁴⁸⁹

Gelet op hetgeen geschreven staat in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting, is men *de facto* genoodzaakt artikel 16 paragraaf 3 van het belastingverdrag te limiteren tot vrije beroepen. Immers, artikel 14 OESO handelde om het zgn. vrije beroep of daarmee gelijkgestelde activiteiten.¹⁴⁹⁰ Ik lees een bevestiging van de visie van HUYGHE in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting al blijf ik dan nog steeds met de vraag achter welke vrije beroepen dan nog onder artikel 14 van het belastingverdrag vallen? Dan moeten dan noodzakelijk vrije beroepers zijn die niet vaak voor eenzelfde lichaam werkzaamheden verrichten. Om die reden is het uitgesloten dat ad hoc activiteiten onder deze restcategorie vallen. Nochtans begrijp ik dan niet waarom zowel artikel 16, paragraaf 2 als zowel paragraaf 3 als een *lex specialis* op artikel 14 van het belastingverdrag wordt beschouwd. Het bewijst alleszins dat artikel 16, paragraaf 3 van het belastingverdrag overbodig is.¹⁴⁹¹

Vanuit de gedachtegang dat enkel vennootschapsleiders in de ware betekenis van het woord worden beoogd, is de introductie van een restcategorie al helemaal onbegrijpelijk. Deze visie is eveneens vreemd gelet op de titel van artikel 16 van het belastingverdrag: vennootschapsleiders. Zo lijkt het erop dat deze restcategorie voor ogen heeft gehad om alle zelfstandige diensten die voor een lichaam worden gepresteerd, onder deze restcategorie moeten vallen. Ik ontwaar dan ook een grote discrepantie tussen de titel van het verdragsartikel en de vennootschapsleiders van de derde categorie. Men zou toch kunnen verwachten dat een titel een samenvatting is van een inhoudelijk verdragsartikel.

Gelet op de grote onzekerheid omtrent artikel 16, par 3 van het belastingverdrag, zal het nog maar de vraag zijn welke personen onder deze categorie van vennootschapsleiders zullen vallen volgens de rechtspraak. Meer dan 10 jaar toepassing van het huidige belastingverdrag leert mij dat er nog geen gevallen in de rechtspraak gekend zijn hierover.

Bij wijze van besluit kan ik het volgende stellen. Hoewel het duidelijk is dat de verdragssluitende staten gewenst hebben een heel breed toepassingsgebied te

¹⁴⁸⁹ Artikel 16 punt 20 van Protocol I

¹⁴⁹⁰ DE KORT, J.W.J., 'De afschaffing van het modelverdragsartikel inzake inkomsten uit zelfstandig uitgeoefende arbeid', *W.F.R.* 2000/6407, p. 1543 e.v.

¹⁴⁹¹ Ook artikel 14 OESO werd trouwens overbodig geacht en geschrapt op basis van het OESO Rapport 'Issues related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention'.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

bereiken met artikel 16, par 3 van het belastingverdrag, hebben zij het personeel toepassingsgebied onmiddellijk weer ingeperkt door te stellen dat het om *lex specialis* gaat t.o.v. artikel 14 van het belastingverdrag. Indien de verdragsluitende staten de beoogde personen in artikel 16, par. 3 van het belastingverdrag willen behouden, kunnen deze m.i. evengoed onder artikel 16, par. 2 worden gebracht. Nochtans pleit ik ervoor bij toekomstige verdragsonderhandelingen goed na te denken welke personen daadwerkelijk als ‘vennootschapsleiders’ kunnen bestempeld worden. Volgens de titel van het verdragsartikel wilde men deze categorie namelijk vatten. Zoals ik heb aangegeven in deel 1 van dit onderzoek zijn daartoe op zijn minst twee essentiële criteria noodzakelijk: het ondernemingsbelang dienen en aan strategiebepaling doen. Van vrije beroepers kan men zich de vraag stellen in welke mate zij het ondernemingsbelang dienen? Vanuit mijn perspectief leveren zij eerder diensten, waaraan de directors van het lichaam al dan niet vrijblijvend gevolg geven. M.i. kunnen zij ook moeilijk bestuurdersaansprakelijkheid oplopen.

4.4. Rechtspersonen-mandatarissen

Rechtspersonen-mandatarissen worden onder het OESO-Modelverdrag opgenomen onder artikel 16. Dat is uitvoerig besproken in deel 1 van dit onderzoek. Dat is eveneens waar voor het belastingverdrag met Nederland. Wat betreft het oude belastingverdrag met Nederland had de Hoge Raad gesteld dat rechtspersonen-mandatarissen onder het toepassingsgebied van artikel 16 vielen.¹⁴⁹² Ook in het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland, kan men op basis van een letterlijke lezing van het belastingverdrag besluiten dat artikel 16 van toepassing is op rechtspersonen-mandatarissen.¹⁴⁹³ Het nieuwe belastingverdrag verwijst in artikel 16 namelijk naar het begrip ‘persoon’ dat overeenkomstig artikel 3 §1, b wordt gedefinieerd als een natuurlijk persoon, een vennootschap en elke andere vereniging van personen. Echter, gelet op de natuurlijke context van het belastingverdrag met Nederland, moet men m.i. tot een andere conclusie komen.¹⁴⁹⁴ Immers, de twee eerste categorieën van vennootschapsleiders dewelke opgenomen zijn in artikel 16 zijn duidelijk gesteund op artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen. En, artikel 32 van het Belgische Wetboek van Inkomstenbelastingen is enkel van toepassing op natuurlijke

¹⁴⁹² Hoge Raad 18 september 1985, *B.N.B.* 1985/333.

¹⁴⁹³ HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., ‘Vennootschapsleiding’, in *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, PEETERS, B. (ed.), Larcier, 2008, p. 501.

¹⁴⁹⁴ COOLS, A., ‘Aanpassing Nederlandse wet aan DBV met België: een maat voor niets?’, *Fiscoloog Internationaal* 351, p. 5 e.v.

personen hetgeen uitdrukkelijk in de wettekst zelf vermeld staat.¹⁴⁹⁵Ik stel trouwens vast dat deze visie inmiddels bijval krijgt.¹⁴⁹⁶

Gelet op de tegenspraak tussen de bewoordingen in het belastingverdrag enerzijds en de natuurlijke context van het belastingverdrag anderzijds, valt het te betreuren dat de verdragspartijen hierover geen uitsluitel hebben gegeven. Immers, het is niet wenselijk om de rechtspersonen-mandatarissen onder een ander verdragsartikel dan artikel 16 te laten vallen. Zoals reeds eerder gesteld in dit proefschrift zou dan de problematiek van de vaste inrichting (als threshold) op de proppen komen hetgeen vermeden dient te worden. Uit de natuurlijke context van het belastingverdrag dient echter geconcludeerd te worden dat artikel 16 enkel natuurlijke personen beoogd heeft.¹⁴⁹⁷

4.5. Vennootschapsleiders en vaste inrichtingen

Artikel 16 §4 van het huidige belastingverdrag met Nederland stelt het volgende:¹⁴⁹⁸

‘Niettegenstaande de bepalingen van de paragrafen 2 en 3 mogen de aldaar bedoelde beloningen die een persoon verkrijgt ter zake van de uitoefening van die werkzaamheden in een vaste inrichting gevestigd in de andere verdragsluitende staat dan die waarvan de vennootschap inwoner is en die door deze vaste inrichting worden gedragen, in die andere staat worden belast’.

(a) Algemeen

Deze bepaling uit het belastingverdrag met Nederland behandelt dus het geval waarbij de beloningen uitgekeerd worden aan een persoon die buiten het kader

¹⁴⁹⁵ DE BROECK schreef in het verleden reeds dat hoewel artikel 32 WIB92' enkel natuurlijke personen beoogt, artikel 16 OESO en de aldus hierop gebaseerde dubbelbelastingverdragen toepassing vinden op rechtspersonen. Zie: DE BROECK, L., 'Bestuurdersbezoldigingen in internationale context', in W. Maeckelbergh (ed.), *Fiscaal Praktijkboek-Internationaal*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen 1994, 77.

¹⁴⁹⁶ BOS, M. en LIEVENS, K., 'Belgische vennootschappen mogelijk belastbaar in Nederland terzake van management-vergoedingen doorberekend aan Nederlandse vennootschappen', *Int. Fisc. Act.* 2013/09.

¹⁴⁹⁷ Mijn visie daaromtrent, dewelke ik gelanceerd heb in *Fiscoloog* 351, p. 5, is inmiddels door bepaalde auteurs al gedeeld. Zie daarover: BOS, M., LIEVENS, K., 'Belgische vennootschappen mogelijk belastbaar in Nederland terzake van management-vergoedingen doorberekend aan Nederlandse vennootschappen', *Int. Fisc. Act.* 2013/09.

¹⁴⁹⁸ Uit de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting leer ik dat de verdragsluitende partijen deze vierde paragraaf gebaseerd hebben op artikel 270, 1° WIB92' en dit in samenhang met artikel 87 van het KB/WIB92'. Tevens wordt daarin gesteld dat vanuit de Nederlandse optiek deze bepaling de situatie omvat voor de vennootschapsleiding waarop artikel 6, tweede lid, onderdeel a van de Nederlandse Wet op de Loonbelasting 1964 betrekking heeft.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

van een dienstbetrekking, een leidende werkzaamheid of een functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard uitoefent in een vaste inrichting gevestigd in de andere verdragssluitende staat dan die waarvan de vennootschap inwoner is en die door deze vaste inrichting worden gedragen.

Zoals MOESKOPS m.i. terecht opmerkt, valt het onmiddellijk op dat paragraaf 4 enkel een uitzondering maakt op de paragrafen 2 en 3 en derhalve niet ten aanzien van de formele mandatarissen en analoge functies.¹⁴⁹⁹ Dat betekent *in concreto* dat paragraaf 4 alleen van toepassing is op vennootschapsleiders die niet formeel benoemd werden of op de soortgelijke functies. Dezelfde auteur stelt dat de *ratio legis* van dit onderscheid onduidelijk is maar veronderstelt dat dit ingegeven is vanuit de idee van splitsing van bezoldigingen. Het eigenlijke bestuurdersmandaat wordt dan uitgeoefend in de hoofdzetel terwijl de activiteit ten behoeve van de vaste inrichting als een afgescheiden zelfstandige activiteit van vennootschapsleiding wordt beschouwd.

Het oude belastingverdrag met Nederland voorzag in een strengere bepaling dan de bepaling in het huidige verdrag. In het oude verdrag was er namelijk sprake van dat beloningen verkregen door bestuurders die *in een wezenlijke en vaste functie* werkzaamheden verrichten in een vaste inrichting gevestigd in een andere staat dan die waarvan de vennootschap inwoner is, in die andere staat mogen worden belast indien de beloningen als zodanig ten laste komen van deze vaste inrichting. Hiermee wordt bedoeld dat het moet gaan om werkelijke functies. Dat een functie 'vast' moet zijn, betekent dat ze niet tussentijds of tijdelijk mag zijn.¹⁵⁰⁰ Volgens de nieuwe tekst mogen de aldaar bedoelde beloningen die een persoon verkrijgt ter zake van de uitoefening van *die werkzaamheden* in een vaste inrichting gevestigd in de andere verdragssluitende staat dan die waarvan de vennootschap inwoner is en die door deze vaste inrichting worden gedragen, in die andere staat worden belast. Vanuit terminologisch standpunt verwijst de bepaling 'die werkzaamheden' dus naar de paragrafen 2 en 3 van artikel 16 waarbij het gaat om leidende werkzaamheden of leidende functies van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard en andere werkzaamheden van vennootschapsleiding. Inhoudelijk zal deze terminologische wijziging echter weinig invloed hebben. De nieuwe tekst is dus duidelijk minder streng.

¹⁴⁹⁹ MOESKOPS, C., 'Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland', *A.F.T.* nr. II, p. 436.

¹⁵⁰⁰ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 19.

Hoewel het begrip ‘wezenlijke en vaste functies’ al sedert aanslagjaar 1991 niet meer bestaat in de Belgische rechtsorde, zijn sommige auteurs van mening dat de interpretatie ervan nog steeds relevant is voor de invulling van het directors-artikel in de belastingverdragen.¹⁵⁰¹ Ook MOESKOPS heeft gesteld dat in het huidige belastingverdrag met Nederland, impliciet nog steeds wordt verwezen naar wezenlijke en vaste functies aangezien anders niet ingezien kan worden hoe leiding kan worden gegeven.¹⁵⁰² In beginsel zou men deze visie kunnen bestrijden aangezien m.i. nergens uit blijkt dat de verdragssluitende staten dit gewenst hebben. Indien ik de visie van beide auteurs echter tegen het licht houd van de criteria die ik aanreikte in deel 1 van dit onderzoek – om te kunnen besluiten tot een director –, valt er veel te zeggen voor de onderschrijving van de visie van beide auteurs. Er valt namelijk niet in te zien hoe het vennootschapsbelang kan gediend worden en aan strategiebepaling kan gedaan worden zonder dat er bijvoorbeeld een werkelijke functie voorhanden is.

Voor wat betreft de inhoud van het begrip ‘vaste inrichting’, dient teruggegrepen te worden naar artikel 5 van het belastingverdrag alsook naar de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting. Men spreekt van een *materiële* vaste inrichting indien er een vaste bedrijfsinrichting¹⁵⁰³ voorhanden is met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend. In het bijzonder gaat het om een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor, een fabriek, een werkplaats en een mijn, olie- of gasbron, steengroeve of enige andere plaats waar natuurlijke rijkdommen worden gewonnen.

Alvorens men van een vaste inrichting kan spreken, dient er dus een *inrichting* voorhanden te zijn. Het gaat bijvoorbeeld om een gebouw, machines of outillage. VOGEL stelt dat de term bedrijfsinrichting moet worden geassimileerd met

¹⁵⁰¹ HUYGHE, A., ‘Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder’, *T.F.R.* 107, p. 19.

¹⁵⁰² MOESKOPS, C., ‘Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België-Nederland’, *A.F.T.* nr. 11, p. 437.

¹⁵⁰³ De aanwezigheid van personeel is geen *conditio sine qua non* om de bedrijfsinrichting als vaste inrichting te kunnen kwalificeren. Volledig geautomatiseerde inrichtingen kunnen bijgevolg een vaste inrichting uitmaken. De OESO heeft in 2003 om die reden een nieuwe paragraaf in het OESO-Commentaar ingeschreven, luidende: ‘Where an enterprise operates computer equipment at a particular location, a permanent establishment may exist even though no personnel of that enterprise is required at that location when no personnel are in fact required to carry on business activities at that location.’ Zie daarvoor OESO-Commentaar 5/42.6. Nochtans blijven sommige auteurs desondanks bepleiten dat een minimale aanwezigheid van personeel evenwel een noodzakelijke voorwaarde blijft (zie SHALHAV, S., ‘The revised permanent establishment rules’, *Intertax* 2003, p. 131-147).

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

alle lichamelijke zaken die voor de uitoefening van een lichaam kunnen worden gebruikt.¹⁵⁰⁴ Deze inrichting moet eveneens *vast* zijn. Dit betekent enerzijds dat de inrichting verbonden moet zijn met een bepaald geografisch punt en anderzijds dat zij wordt gekenmerkt door een zekere duurzaamheid.¹⁵⁰⁵ De inrichting hoeft geen lokaal te zijn; het is ook niet vereist dat de inrichting uitsluitend dient voor de uitoefening van de werkzaamheden van het lichaam. Het OESO-Commentaar spreekt van een ‘certain amount of space’.¹⁵⁰⁶ Om als een bedrijfsinrichting te worden aangemerkt, moet de plaatsruimte tot doel hebben het ontplooiën van de activiteiten van een lichaam op vreemd grondgebied te bewerkstelligen, te bevorderen of te vergemakkelijken.¹⁵⁰⁷ In oktober 2011 lanceerde de OESO een discussienota m.b.t. het concept vaste inrichting.¹⁵⁰⁸ Een letterlijke lezing van artikel 5 §1 OESO leidde namelijk mogelijks tot de conclusie dat er geen voorwaarde wordt gesteld inzake de uitgestrektheid van de macht waarover een lichaam moet beschikken om de kwestieuze bedrijfsinrichting te gebruiken.¹⁵⁰⁹ De OESO – en daarin gevolgd door enkele auteurs – is de mening toegedaan dat het niet noodzakelijk was dat het buitenlandse lichaam eigenaar of huurder is van de betrokken bedrijfsinrichting.¹⁵¹⁰ De OESO verduidelijkte in randnummer 4.2. van het OESO-Commentaar dat de zgn. beschikkingsmacht in feite afhangt van twee factoren: de mate waarin het lichaam op de desbetreffende locatie aanwezig is en, de aard van de activiteiten die daar worden uitgeoefend. Ook in het kader van de BEPS-Rapporten kondigen zich evoluties aan m.b.t. de invulling van het concept vaste inrichting, met name in BEPS Actiepunt 7.¹⁵¹¹ Het volstaat hiervoor te verwijzen naar de relevante literatuur.¹⁵¹²

¹⁵⁰⁴ VOGEL, K., ‘Double Taxation Conventions’, Artikel 5, nr. 23. Voor een uitgebreide lektuur over de vaste inrichting, zie: SKAAR, A., « Permanent Establishment: Erosion of a tax treaty principle », in Series on International Taxation, nr. 13, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 46; HUSTON, J. & WILLIAMS, L., « Permanent Establishments: A planning primer », Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 46.

¹⁵⁰⁵ Com. OESO, artikel 5, nr. 5. Voor een uitgebreide lektuur, zie LARKING, A., ‘The importance of being permanent’, *Bull.* 1998, 266-273; COOLS, A., ‘Het in België organiseren van typecursussen resulteert in een vaste inrichting’, *Int. Fisc. Act.* 2006/07.

¹⁵⁰⁶ OESO Commentaar 5/4

¹⁵⁰⁷ WUSTENBERGHS, T., ‘Stand op handelsbeurs: vaste inrichting’, *Fisc. Int.* 297, p. 4.

¹⁵⁰⁸ OECD Public Discussion Draft on the interpretation and application of article 5

¹⁵⁰⁹ WUSTENBERGHS, T. e.a., ‘Artikel 5: OESO poogt bijkomend te verduidelijken’, *Fisc. Int.* 338, p. 4.

¹⁵¹⁰ PIJL, H., ‘Vaste inrichting en de voorgestelde wijzigingen van het OESO-Commentaar’, *W.F.R.* 2002, p. 1047-1057; CARIDI, A., ‘Proposed changes to the OECD Commentary on Article 5: Part II- The construction PE Notion, the negative list and the agency PE notion’, *European Taxation* 2003, 38-46.

¹⁵¹¹ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Het finale Rapport werd gepubliceerd op 5 oktober 2015.

In het huidige belastingverdrag tussen België en Nederland, wordt tevens als voorbeeld van een vaste inrichting gegeven, *de plaats waar leiding wordt gegeven*. M.i. is het toepassingsgebied van een ‘plaats van leiding’ ruimer dan het toepassingsgebied van de categorie van de vennootschapsleiding. In de literatuur is er echter nog niet veel aandacht geweest voor het onderscheid.¹⁵¹³ Toch is het onderscheid tussen beide begrippen cruciaal in dit proefschrift. VOGEL stelt dat de beslissingen die genomen worden in een plaats waar leiding wordt gegeven, significant moeten zijn voor de onderneming in haar geheel. Hij omschrijft het als volgt: ‘A place where decisions are taken is one where the crucial decisions – making process takes place, where the authoritative words are spoken’.¹⁵¹⁴ Ook bij sommige andere auteurs heb ik treffende definities teruggevonden. Zo definieert SKAAR een ‘place of management’ als volgt: ‘To decide whether a place of management exists, the nature of the activities performed in the place is significant. Clearly, the performance of the business activities or ownership of property does not qualify for a place of management. On the other hand, a place of management does not have to be the head office. However, the place must have power to make decisions’¹⁵¹⁵ Ook BELLINGWOUT heeft zich gewaagd aan een definitie en stelde dat het onderscheid neerkomt op het onderscheid tussen hoofdleiding van de onderneming en – aan deskundigheid te herkennen – leiding van de onderneming waarbij geen sprake is van hoofdleiding.¹⁵¹⁶

Uit wat voorafgaat blijkt m.i. dat artikel 16 §4 van het belastingverdrag met Nederland veelzeggend is over de twijfelachtigheid waarmee het directorsartikel in dit belastingverdrag is opgesteld. Verder blijkt uit deze passage meer in het algemeen dat het vaste inrichtingvraagstuk voor directors niet aan de orde mag zijn. Immers, de verdragsonderhandelaars hebben ervoor gekozen de vennootschapsleiders van de eerste categorie niet onder artikel 16 §4 te brengen. Voor deze vennootschapsleiders maakt het dus niet uit of zij hun activiteiten al dan niet uitoefenen op het niveau van de vaste inrichting en hun bezoldigingen met betrekking tot die activiteiten worden doorgerekend aan de vaste inrichting.¹⁵¹⁷

¹⁵¹² PLEIJSIER, A., ‘The Agency Permanent Establishment in BEPS Action 7: treaty abuse or business abuse?’, *Intertax*, 2015, p. 147 e.v.;

¹⁵¹³ Dit werd ook opgemerkt door een andere auteur. Zie, BROOD, E.A., ‘The fiscal residence of companies (bespreking IFA-congres 7-9-1987)’, *M.B.B.* 1988/46.

¹⁵¹⁴ VOGEL, K., ‘Klaus Vogel on double taxation conventions’, Kluwer, 1991, p. 213.

¹⁵¹⁵ SKAAR, A.A., ‘Permanent Establishment, Erosion of a tax treaty principle’, in *Series on International Taxation*, nr. 13, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 117.

¹⁵¹⁶ J.W. BELLINGWOUT, ‘Zetelverplaatsing van rechtspersonen, Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten’, Kluwer, Deventer, 1996, p. 207.

¹⁵¹⁷ HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., ‘Vennootschapsleiding’, in *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, PEETERS, B. (ed.), Larcier, 2008, p. 500.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

Voor de vennootschapsleiders van de eerste categorie, maakt het dus niet uit waar zij hun activiteiten feitelijk uitoefenen, noch of de vergoedingen worden doorgerekend. Ik zie hier een bevestiging in van mijn standpunt dat ik verdedigde in deel 1 van dit onderzoek alwaar ik bepleit heb dat fysieke aanwezigheid voor directors geen threshold kan zijn, noch dat de schuldenaar van de vergoedingen relevant is.

(b) Gedragen door de vaste inrichting

Artikel 16 §4 van het huidige belastingverdrag met Nederland stelt eveneens dat de beloningen van de vennootschapsleiders van de tweede en de derde categorie mogen belast worden in de staat van de vaste inrichting maar op voorwaarde dat deze beloningen 'gedragen' worden door deze vaste inrichting. Bij deze bepaling vallen onmiddellijk twee zaken op. Het belastingverdrag hanteert niet meer de term 'als zodanig' en er wordt bovendien gesteld dat de beloningen moeten gedragen worden door de vaste inrichting. Het oude belastingverdrag stelde – zoals gezegd – dat de beloningen 'als zodanig' ten laste van de vaste inrichting moesten komen. In tegenstelling tot de algemene regel van artikel 16 – luidende dat de schuldenaar van de inkomsten irrelevant was – werd hier dus wel geoordeeld wie de schuldenaar van beloningen diende te zijn. Hoewel bepaalde auteurs¹⁵¹⁸ van mening waren dat de draagwijdte beperkt was, kon dat vanuit bepaalde richtinggevende rechtspraak m.b.t. artikel 15 (2)(3) OESO niet afgeleid worden. De zaak handelde meer specifiek over artikel 15 (2)(3) van het oude Nederlands-Belgische belastingverdrag waarin de eis gesteld werd dat de beloning *als zodanig* niet ten laste mag komen van de vaste inrichting in de werkstaat. Op basis van die bepaling kon het Amsterdamse hof beslissen, dat een indirecte doorbelasting van een salaris van een werknemer via de post 'general and administrative expenses' er niet toe had geleid, dat het salaris 'als zodanig' ten laste van de vaste inrichting in het werkland was gekomen. Deze rechtspraak leek te vereisen dat de beloningen zelf moesten ten laste genomen worden. Een vergoeding voor geleverde diensten zoals een managementfee, viel hier dus niet onder noch een indirecte doorbelasting van een salaris via een algemene kostenstaat.¹⁵¹⁹

De cruciale vraag dewelke beantwoord dient te worden luidt dan ook als volgt: is door het wegvallen van de terminologie 'als zodanig' de impact van artikel 16 §4 veranderd? Men zou kunnen stellen dat vooreerst moet teruggegrepen worden

¹⁵¹⁸ HINNEKENS, L., 'The salary split and the 183 day exception in the OECD model and Belgian tax treaties', *Intertax*, 1988, 233.

¹⁵¹⁹ Hof Amsterdam 29 november 2000, *FED* 2001/38.

naar een letterlijke lezing van artikel 16 §4. Dit zou dan tot gevolg hebben dat het niet langer vereist is dat de loonkost *an sich* van de vennootschapsleider ten laste komt van de vaste inrichting. M.a.w., de loonkost mag vervat zitten in een globale factuur tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. In het verleden was de Hoge Raad ook al deze mening toegedaan door te oordelen dat in een verdragscontext zonder vereiste van ten laste neming als dusdanig het voldoende is dat de kosten middels een indirecte doorbelasting ten laste komen van de vaste inrichting.¹⁵²⁰ De rechtspraak van de Hoge Raad heeft zich verder dusdanig ontwikkeld dat het voldoende is dat het salaris bezien vanuit artikel 7 van het belastingverdrag (at arm's length beginsel) toerekenbaar is aan de vaste inrichting.¹⁵²¹

Het huidige belastingverdrag hanteert dan wel niet meer langer de terminologie 'als zodanig' maar de beloningen moeten wel 'gedragen worden' door de vaste inrichting om heffingsbevoegdheid tot resultaat te hebben in de staat van de inrichting. Dit begrip weerspiegelt volgens sommige auteurs een economische werkelijkheid. Zo is VOGEL bijvoorbeeld deze mening toegedaan.¹⁵²² Dit betekent derhalve dat de kost effectief gedragen moet worden en dat dit enkel mogelijk is indien de beloningen als beroepskost afgetrokken worden van de winsten van de vaste inrichting. In de rechtsliteratuur duiken er visies op die minder belang hechten aan de boekhoudkundige verwerking. Zo stelde VAN RAAD dat aan de boekhouding ter zake enig gewicht kan toegekend worden maar dat de boekhoudkundige verwerking niet beslissend is.¹⁵²³ Andere auteurs zijn de mening toegedaan dat het voldoende is dat de arbeid ten behoeve van de vaste inrichting is geleverd zodat *de facto* aansluiting bij de principes van artikel 7 OESO wordt gezocht.¹⁵²⁴ Dit gaat om het onderscheid tussen een boekhoudkundige toerekening aan de vaste inrichting dan wel om een notioneel fiscale toerekening. De Hoge Raad is alleszins de mening toegedaan dat een boekhoudkundige toerekening aan de orde is en fiscale correcties uit den boze zijn.¹⁵²⁵ Dat ligt anders bij de toerekening van bijvoorbeeld een salaris of een ontslagvergoeding

¹⁵²⁰ Zie voor een bespreking: PÖTGENS, F., 'Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België (artikel 15 en 16)', *M.B.B.* 2001/12, 391.

¹⁵²¹ Hoge Raad 23 november 2007, *B.N.B.* 2008/29, met annotatie door P. KAVELAARS. Voor een uitgebreide bespreking, zie PÖTGENS, F.P.G., 'Beloningen ten laste van een vaste inrichting', *N.T.F.R. Beschouwingen*, 2008/16, p. 20 e.v.

¹⁵²² VOGEL, K., 'On double tax conventions', p. 902.

¹⁵²³ VAN RAAD, K., 'Construction project PE in The Netherlands and taxation of employment income borne by a PE', *Bulletin* 1999, p. 325.

¹⁵²⁴ Zie bijvoorbeeld advocaat generaal Van den Berge in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 2001.

¹⁵²⁵ Hoge Raad 23 juni 2006, zaaknummer 42544. In dezelfde zin Hof Amsterdam 19 april 1983, *Vakstudienieuws*, jaargang 39, nr. 15

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

aan een vaste inrichting waar die at arm's length-toerekening wel voldoende is.¹⁵²⁶

Toch is het bijzonder relevant om aan te halen dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting een bijzondere passage bevat m.b.t. artikel 16 §4 van het belastingverdrag. Dat is met name van belang voor interpretatiedoeleinden van het belastingverdrag. De passage in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting luidt als volgt: *'Deze bepaling van paragraaf 4 is gebaseerd op artikel 270, ten 1°, van het Belgische Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 in samenhang met artikel 87 van het Koninklijk Besluit tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992. Vanuit Nederlandse optiek omvat deze bepaling voor de vennootschapsleiding de situatie waarop artikel 6, tweede lid, onderdeel a, van de Nederlandse Wet op de loonbelasting 1964 betrekking heeft.'* Artikel 270, 1° WIB92 stelt dat de bedrijfsvoorheffing verschuldigd is door de in de artikelen 3, 179 of 220 vermelde belastingplichtigen die als schuldenaar, bewaarder, mandataris of tussenpersoon in België of in het buitenland in artikel 30, 1° en 2°, bedoelde bezoldigingen, pensioenen, renten en toelagen *betalen of toekennen*, evenals de in artikel 227 vermelde niet-inwoners voor wie de in artikel 30, 1° en 2°, bedoelde bezoldigingen, pensioenen, renten en toelagen die ze in België of in het buitenland betalen of toekennen, beroepskosten zijn in de zin van artikel 237. Er moet dus sprake van zijn dat er een 'betaling of toekenning' heeft plaatsgegrepen. Het Belgische commentaar op het Wetboek van Inkomstenbelasting gaat hier dieper op in.¹⁵²⁷ De toekenning en de betaling van de bezoldigingen, enz., vallen dikwijls samen. Opdat er toekenning is, in de fiscale betekenis van het woord, is het noodzakelijk dat de verkrijger werkelijk over de inkomsten kan beschikken; m.a.w., de inkomsten moeten onmiddellijk kunnen worden geïncasseerd (zie commentaar op art. 273, WIB92).

Welnu, doordat de wet zegt dat er sprake moet van beroepskosten, dient m.i. het principe van de boekhoudkundige toerekening naar voor geschoven te worden. Met dezelfde strengheid waarmee beoordeeld werd dat de schuldenaar binnen artikel 16 irrelevant is, dient diezelfde strengheid gehanteerd te worden voor artikel 16 §4. De beloningen van de vennootschapsleiders van de tweede en de derde categorie dienen dus boekhoudkundig gedragen te worden door de vaste inrichting. Een gelijkaardige visie wordt gegeven door HUYGHE en BOMBEKE, weliswaar niet op dezelfde gronden. Beide auteurs stellen dat *'De kosten moeten wel degelijk doorgerekend worden. Het volstaat niet dat de kost had moeten doorgere-*

¹⁵²⁶ Hoge Raad 23 juni 2006, B.N.B. 2006/295.

¹⁵²⁷ ComIB 360/67

kend worden.¹⁵²⁸ In het kader van artikel 15, lid 2, onderdeel c en de invulling van het begrip ‘borne by’ wordt een andere visie geponereerd door KAVELAARS¹⁵²⁹ en PÖTGENS¹⁵³⁰. Beide auteurs stellen dat de toerekening van de salariskost op een at arm’s lenght basis in dezen het enige criterium is.

4.6. Het fictief loon van de directeur-groootaandeelhouder

(a) Algemeen

Nederland kent een zgn. fictief loonregeling dewelke is geïnstalleerd met ingang van 1 januari 1997 en dewelke vervat zit in artikel 12a van de Wet op de loonbelasting 1964. Dit wetsartikel stelt het volgende: ‘Ten aanzien van de werknemer die arbeid verricht ten behoeve van een lichaam waarin hij een aanmerkelijk belang heeft,...., wordt het in het kalenderjaar genoten loon tenminste gesteld op (...).’¹⁵³¹ Niet enkel het loon is fictief maar ook het genietingsmoment. Het gebruikelijke of fictieve loon wordt geacht te zijn genoten bij het einde van het kalenderjaar of bij het einde van de dienstbetrekking zo deze in de loop van het kalenderjaar eindigt.¹⁵³²

In het verleden is er echter controverse geweest omtrent de vraag of deze fictie rondom de directeur-groootaandeelhouder doorwerking kan vinden in het oude belastingverdrag met Nederland.¹⁵³³ Bij het onderzoek moet dus een onderscheid gemaakt worden tussen de fictie die doorwerkt op verdragsniveau in de situatie m.b.t. het oude belastingverdrag enerzijds en m.b.t. het huidige belastingver-

¹⁵²⁸ HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., ‘Vennootschapsleiding’, in *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, B. PEETERS (ed.), Larcier, 2008, p. 501.

¹⁵²⁹ KAVELAARS, P., ‘OESO 2010 en het werknemersartikel’, *N.T.F.R.* 2010/40, p. 30 en 31.

¹⁵³⁰ PÖTGENS, F.P.G., ‘Some selected interpretation and qualification issues with respect to article 15 (2) b and c of the OECD Model’, in *The 2010 OECD Updates* (red. D. WEBER en S. VAN WEEGHEL’, *Series on International Taxation*, Wolters Kluwer 2011, p. 131 en 132.

¹⁵³¹ %

¹⁵³² PÖTGENS merkt op dat artikel 12a verband houdt met de toenmalige wens van de wetgever om een einde te maken aan oneigenlijk gebruik van de anti-cumulatieregeling van artikel 14, lid 5 van de inmiddels vervallen Wet Vermogensbelasting 1964, destijds ook bekend als de 68% - regeling. Vanwege de bepaling, dat niet meer dan 68% van het belastbaar inkomen aan inkomsten-en vermogensbelasting hoefde te worden betaald, zagen sommige directeuren-groootaandeelhouders af van het opnemen van salaris uit hun vennootschap. Daardoor creëerden zij een nihil inkomen, waardoor zij noch inkomsten, noch vermogensbelasting hoefden te betalen, en evenmin premie volksverzekeringen. Artikel 12a moest deze praktijk een halt toeroepen door een fictief loon voor de directeur-groootaandeelhouder in het leven te roepen. Besproken in PÖTGENS, F., ‘Ficties en belastingverdragen’, *T.F.R.* nr. 265, p. 663 e.v.

¹⁵³³ KRANSFELD, F., ‘Het Nederlandse fictief loon in verdragssituaties’, *Fiscoloog Internationaal* 191, p. 6; BETTEN, R., ‘Fictitious Usual Wage for Substantial Shareholder’, *E.T.* 2002, 98; PEETERS, B., ‘Artikel 15 OESO-Modelverdrag: inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid. De nieuwe administratieve circulaire d.d. 25 mei 2005 en de niet gedefinieerde begrippen’, *T.R.V.* 2006, 217.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

drag anderzijds. Vooreerst wordt de situatie in het oude belastingverdrag besproken.

M.b.t. het oude belastingverdrag oordeelde de Nederlandse Hoge Raad dat het fictief loon noch onder artikel 15 noch onder artikel 16 kan vallen en wel om interpretatieredenen van belastingverdragen. Immers, de invoering van ficties in het nationale recht, nadat het belastingverdrag werd afgesloten, maakt een schending uit van het beginsel 'pacta sunt servanda'.¹⁵³⁴ De verdragssluitende staten hebben bij de onderhandeling van het oude belastingverdrag nooit de intentie gehad om het fictief loon onder artikel 15 of 16 van het verdrag te laten vallen. Zelfs het restartikel kon volgens de Hoge Raad bijgevolg geen soelaas brengen.¹⁵³⁵ Er anders over oordelen zou een inbreuk uitmaken op de interpretatietechnieken van belastingverdragen.¹⁵³⁶ De Hoge Raad honoreerde hiermee dan ook de toepassing van de *beperkt evolutieve* interpretatietechniek van belastingverdragen.¹⁵³⁷

De visie van de Hoge Raad dient onderschreven te worden aangezien de invoering van kwalificatieficties *in casu* aanleiding geeft tot een verschuiving van heffingsbevoegdheid. Indien men het tegendeel zou beweren – zoals bijvoorbeeld de Nederlandse Staatsecretaris deed en het fictief loon kwalificeerde onder artikel 15 of 16 OESO¹⁵³⁸ – dient men m.i. aan te tonen dat de opname van het fictief loon tot de context van het belastingverdrag hoort. De regelgeving m.b.t. het fictief loon was inderdaad reeds in voege ten tijde van het ondertekenen van het belastingverdrag met Nederland. Maar zoals bepaalde auteurs terecht heb-

¹⁵³⁴ In een arrest dat handelde over de conserverende aanslag en de vraag of de regelgeving daaromtrent in strijd was met de goede trouw oordeelde de Hoge Raad dat dit niet het geval was. Hierbij werd er rekening mee gehouden dat reeds bij de verdragsonderhandelingen tussen Nederland en België de wenselijkheid van belastingheffing over pensioen nadrukkelijk hebben besproken. Tevens wordt verwezen naar de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting en het feit dat daarin wordt ingegaan op het feit dat Nederland een conserverende aanslag zal invoeren wat betreft pensioenaanspraken (Hoge Raad 13 mei 2011, *B.N.B.* 2011/160, met noot P. KAVELAARS).

¹⁵³⁵ Het arrest van de Hoge Raad d.d. 5 september 2003 werd besproken in VAN DE VIJVER, A. & VAN DUYSE, K., 'Fictief loon: toch niet onder het restartikel?', *Fisc. Int.* nr. 240, p. 1-3. Voor verdere duiding zie: Annotatie KAVELAARS, P. bij HR 5 september 2003, nr. 37 651, *BNB* 2003/379 en HR 5 september 2003, nr. 37 670 *BNB* 2003/ 381.

¹⁵³⁶ PEETERS, B., 'Ficties in dubbelbelastingverdragen: een slecht huwelijk?', *Fiscoloog Internationaal* 220, p. 4; PEETERS, B., 'De internrechtelijke ficties in het Belgisch fiscaal recht in het licht van het adagium pacta sunt servanda', in *Liber Amicorum W. Maeckelbergh*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1993, 343.

¹⁵³⁷ Een mooie verwoording van dit beginsel vind ik terug bij KOBETSKY: The rule of international law that treaties are binding and must be performed in good faith is a fundamental principle. Overriding treaties damages a country's international standing (...), zie KOBETSKY, M., 'The aftermath of the Lamesa Case: Australia's tax treaty override', *Bulletin* 2005, p. 248.

¹⁵³⁸ Zie onder meer de brief van de Staatsecretaris van 21 januari 1998 aan de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs, nr. DB 97/2769, V-N 1998, 7.17, p. 665.

ben gesteld, blijkt nergens uit dat de verdragssluitende staten gewild hebben dat de fictief loonregeling doorwerking vindt in het belastingverdrag met Nederland. Uit niets blijkt dat de staten deze doorwerking effectief gewenst hebben.¹⁵³⁹ Dezelfde strekking poneert dat om die reden het fictief loon hoogstens onder artikel 21 van het nieuwe belastingverdrag met Nederland kan vallen hetwelk de heffingsbevoegdheid toewijst aan de woonstaat. Deze visie is m.i. ondertussen achterhaald. Immers, de verdragssluitende staten hebben inmiddels bekend gemaakt dat het huidige belastingverdrag met Nederland zodanig moet worden geïnterpreteerd dat het fictief loon begrepen is in artikel 15 of 16 van het belastingverdrag. Dit werd alzo opgenomen in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting en ook de Nederlandse voorbereidende werken stellen dit als dusdanig.¹⁵⁴⁰ Noteer bovendien dat de Hoge Raad deze visie inmiddels ook al onderschreven heeft.¹⁵⁴¹ Zoals reeds eerder aangehaald, is het m.i. voldoende dat de natuurlijke context van het belastingverdrag insluit dat het fictief loon onder artikel 15 of 16 valt zodat het geenszins vereist is dat het belastingverdrag dit zelf expliciet voorziet.

(b) Wenselijkheid fictief loonregeling

Niettegenstaande de verdragspartijen gewenst hebben dat de fictieve loonregeling wel degelijk onder de arbeidsartikelen valt van het huidige belastingverdrag, is deze keuze m.i. echter niet wenselijk. Hiervoor geef ik de volgende motivering.

Zo spreekt zowel artikel 15 alsook artikel 16 van het feit dat het inkomen ‘verkre- gen’ moet worden. Men kan m.i. bezwaarlijk poneren dat een fictief loon is

¹⁵³⁹ VAN DE VIJVER, A. & VAN DUYSSE, K., ‘Fictief loon valt onder het restartikel’, *Fisc. Int.* nr. 221, p. 3.

¹⁵⁴⁰ Nota van 16 augustus 2002, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28.259, nr. 6.

¹⁵⁴¹ HR 9 november 2012, nr 11/02127. In dat verband werd het volgende geoordeeld: Verder komt in dit verband grote betekenis toe aan de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het Verdrag, aangehaald in onderdeel 5.4 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. Daaruit blijkt dat het de bedoeling van beide verdragssluitende partijen is dat de in artikel 12a van de Wet LB 1964 neergelegde gebruikelijkloonregeling onder het Verdrag kan worden toegepast. Daardoor onderscheidt het onderhavige verdrag uit 2001 zich wezenlijk van het voorgaande belastingverdrag met België uit 1970, waarop het hiervoor in 3.3.7 vermelde arrest van 5 september 2003 betrekking had. In het licht van deze gezamenlijke toelichting, die zowel in Nederland als in België is gepubliceerd in de parlementaire stukken met betrekking tot de goedkeuring van het Verdrag, kan niet gezegd worden dat de in artikel 3, § 2, van het Verdrag bedoelde context een andere uitleg vereist. Gelet op die gezamenlijke toelichting kan evenmin worden gezegd dat uitleg van het begrip ‘beloning’ in overeenstemming met artikel 12a van de Wet LB 1964, in strijd is met de goede trouw die in acht moet worden genomen bij de uitleg en toepassing door Nederland van het Verdrag.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

verkregen.¹⁵⁴² Ook VAN IMMERSEEL heeft dit eerder gesteld en poneerde dat indien er niets daadwerkelijk wordt verkregen, er geen inkomen voorhanden kan zijn in de zin van artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland. Om die reden besluit de auteur tot de toepassing van het restartikel.¹⁵⁴³

Men dient inderdaad te bekennen dat in tegenstelling tot het verwerven van andere inkomsten, er bij een fictief loon bezwaarlijk sprake kan zijn van een vermogensverschuiving noch over een beschikkingsmacht. Het fictief loon is geenszins in het economisch circuit gebracht. De verdragssluitende staten vergeten m.i. in de ganse discussie dat er een nauwe correlatie bestaat tussen het verrichten van arbeid en het beloond worden voor deze prestaties. Ook ALBERT heeft gesteld dat fictieve inkomsten niet worden 'verkregen' indien men het begrip grammaticaal interpreteert.¹⁵⁴⁴ Hij stelt dat deze visie gesteund is op artikel 31 van het Verdrag van Wenen¹⁵⁴⁵ hetwelk inhoudt dat de bepalingen in hun gewone betekenis moeten gezien worden.¹⁵⁴⁶ Ook KAVELAARS is van mening dat er een daadwerkelijke betaling moet plaatsgegrepen hebben.¹⁵⁴⁷ Het feit dat het begrip niet wordt gedefinieerd in het verdrag en het fictief loon naar Nederlandse maatstaven wel degelijk wordt verkregen, namelijk per ultimo van het jaar, verandert daar m.i. om onderstaande redenen niets aan. Deze visie sluit ten andere aan bij hetgeen ik bepleit heb in hoofdstuk 4 van dit onderzoek. Het begrip 'derived' dat wordt gebruikt in artikel 16 OESO, moet historisch breed worden geïnterpreteerd. Daarom pleit ik voor een autonome invulling van het begrip hetgeen m.i. het beste strookt met de historische achtergrond. Niettegenstaande vanuit een historische achtergrond niet kan aangetoond worden dat een effectieve betaling moet plaatsgrijpen om van 'derived' te kunnen spreken, moet er m.i. wel een juridische vermogensverschuiving plaatsgevonden hebben. Dat blijkt m.i. onder meer uit paragraaf 1 bij het OESO-Commentaar op artikel 16

¹⁵⁴² KAVELAARS, P., 'De arbeidsinkomsten onder het conceptverdrag met België', *W.F.R.* 2001/1464; PEETERS, B., 'Het nieuwe Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag', Brussel, De Boeck & Larcier, 2001, p. 362.

¹⁵⁴³ VAN IMMERSEEL, S.F., 'Fictief loon en het belastingverdrag tussen Nederland en België', *W.F.R.* 1999/1015.

¹⁵⁴⁴ PÖTGENS wijst erop dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad afgeleid kan worden dat de Hoge Raad op voorhand niet afkerig is om e aanvaarden dat het fictief loon kan zijn verkregen in de zin van artikel 16 van het verdrag. Zie: PÖTGENS, F.P.G., 'Ficties en belastingverdragen', *T.F.R.* 265, 669.

¹⁵⁴⁵ In de Belgische rechtspraak werd aangenomen dat het verdrag geacht moet worden een bundeling te vormen van de algemene beginselen van het internationaal recht, zie conclusies Procureur Generaal bij Cass. 27 januari 1977, *Pas.* 1977, I, 574.

¹⁵⁴⁶ ALBERT, P.G.H., 'Fictieve rente en fictief salaris en de toepassing van het nieuwe verdrag Nederland-België', *FED* 2001/467.

¹⁵⁴⁷ KAVELAARS, P., 'De arbeidsinkomsten onder het conceptverdrag met België', *W.F.R.* 2001/1464.

OESO dat het begrip 'received' gebruikt. Om die reden dient het inkomstenbegrip uit artikel 16 OESO m.i. dan ook zodanig te worden geïnterpreteerd dat er een duidelijke juridische vermogensverschuiving dient plaatsgegrepen te hebben naar het private patrimonium van de director.

Teneinde verder aan te tonen dat het fictief loon niet is verkregen – en de regeling zodoende bezwaarlijk op verdragsniveau doorwerking kan vinden –, grijp ik terug naar een passage in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het belastingverdrag. Deze toelichting stelt namelijk dat het begrip 'verkregen' naar Belgische maatstaven ligt vervat in de bewoordingen van artikel 360 van het Wetboek van Inkomstenbelasting en voor wat Nederland betreft dient teruggegrepen te worden naar de term 'genoten' in artikel 13a van de Wet op de loonbelasting 1964. Vanuit de gedachtegang dat artikel 16 van het nieuwe belastingverdrag grotendeels op Belgische leest is geschoeid, kan echter enkel teruggegrepen worden naar een Belgische interpretatie van het begrip 'verkregen'. Dit brengt op zich een bijzonder effect voort. Immers, de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting stelt dat de betekenis van de uitdrukking 'verkregen' in artikel 15 en 16 voor wat betreft België samenvalt met het gestelde in artikel 360 WIB92. Maar doordat artikel 16 grotendeels op Belgische leest is geschoeid zal het begrip in artikel 16 geïnterpreteerd worden op basis van Belgische regelgeving. Dat maakt dat het begrip binnen artikel 15 en 16 anders kan worden ingevuld. Het valt te betwijfelen of de verdragsonderhandelaars dit effect gewenst hebben.

Artikel 360 WIB92 stelt dat belasting op inkomsten wordt gevestigd nadat een belastingplichtige dit heeft verkregen. Het betrokken inkomen wordt geacht belastbaar te zijn van zodra dat het 'betaald' dan wel 'toegekend' is. De Belgische commentaren – dewelke dus ook gevolgd dienen te worden voor Nederlandse doeleinden – stellen dat het begrip 'verkregen' dus moet beschouwd worden als zijnde betaalde of toegekende inkomsten.¹⁵⁴⁸ De Belgische rechtspraak hieromtrent stelt dat een daadwerkelijke betaling niet vereist is maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat een terbeschikkingstelling voldoende is op voorwaarde dat ze reëel en effectief is zodat de begunstigde op diens verzoek er onmiddellijk kan over beschikken.¹⁵⁴⁹ De verdragssluitende staten zouden er

¹⁵⁴⁸ *ComIB* 360/5

¹⁵⁴⁹ Antwerpen 16 maart 1992, *F.J.F.* 92/115. Tevens oordeelde het hof van beroep van Brussel dat een toekenning niet enkel een terbeschikkingstelling hoeft te zijn maar tevens kan bestaan in een zekere en vaststaande vordering van de vennootschapsleider ten opzichte van de vennootschap (Brussel 26 oktober 2005, *T.F.R.* 305, p. 617). Ook in het Belgische administratieve commentaar wordt de term toekenning gedefinieerd (*ComIB* 273/3). In de commentaar wordt gesteld dat opdat

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

m.i. goed aan doen om te bevestigen dat het begrip ‘verkregen’ inderdaad moet gelezen worden zoals gedefinieerd in het Belgische administratieve commentaar. Deze definiëring zou aldus de volgende kenmerken moeten toewijzen aan het begrip: er moet een vermogensverschuiving optreden of er ontstaat een vorderingsrecht in hoofde van de directeur grootaandeelhouder die op eenvoudige vraag kan beschikken over het inkomen. Deze eigenaardigheid is een gevolg van het feit dat artikel 16 van het belastingverdrag is gesteund op artikel 32 WIB92.

(c) De DGA: welk verdragsartikel?

Zoals aangekondigd, onderzoek ik in de volgende alinea onder welk verdragsartikel de DGA ressorteert. Vanuit Nederlands perspectief zal de beloning van een DGA vrijwel altijd onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen.¹⁵⁵⁰ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de Nederlandse parlementaire behandeling m.b.t. het belastingverdrag tussen België en Nederland.¹⁵⁵¹ Ook voor Belgische doeleinden zal artikel 16 (vennootschapsleiding) prevaleren.¹⁵⁵²

Er werd door bepaalde auteurs voorgesteld dat artikel 16 OESO kan afgeschaft worden en dat de DGA dan onder artikel 15 OESO zou kunnen vallen.¹⁵⁵³ Zo stelde KAVELAARS in een meer algemene context het volgende: *‘Ik zie niet voldoende reden artikel 16 OESO te handhaven; dat geldt dan uiteraard voor de DGA waarop mijns inziens artikel 15 OESO van toepassing kan zijn.’*¹⁵⁵⁴ Ook al is KAVELAARS van mening dat de DGA vandaag onder artikel 16 OESO valt, er gaan dus toch kritische stemmen op luidende dat de DGA onder artikel 15 OESO zou kunnen vallen.¹⁵⁵⁵ Ik stel me echter de vraag of dat wel zo is? Artikel 15 is van toepassing bij werkzaamheden in dienstbetrekking terwijl artikel 16 van toepassing is op vennootschapsleiders.

er sprake zou zijn van een ‘toekenning’ het noodzakelijk is dat de begunstigde over de inkomsten kan beschikken. Dit wordt omschreven als de mogelijkheid om de inkomsten onmiddellijk te kunnen innen.

¹⁵⁵⁰ Zie hiervoor: de BRUIJN, H.N., *‘Nederlandse belastingverdragen met België, Duitsland en Luxemburg’*, Kluwer, 2009. 778 p.

¹⁵⁵¹ NV, Kamerstukken II 2001/02, 28 259, nr. 6, p. 40.

¹⁵⁵² Circulaire nr. AFZ/Intern.IB/2002-0026 (AFZ 26/2002) dd. 17.12.2002

¹⁵⁵³ Deze visie werd door KAVELAARS geponereerd tijdens het wetenschappelijk congres aan de Universiteit Utrecht d.d. 30 januari 2009. Voor een verslag, zie POL, J.A., *‘De fiscale positie van de DGA’*, W.F.R. 2009/449.

¹⁵⁵⁴ KAVELAARS, P., *‘De dga in de loonbelasting-, de sociale verzekerings-, de pensioen- en de internationale sfeer’*, T.F.O. 2009/65.

¹⁵⁵⁵ In dat verband wijs ik op de duale rol die een DGA de facto heeft, zijnde een grootaandeelhouder en tegelijk een werknemer die ondergeschikt is aan het lichaam. Dit is echter louter intern recht.

Door sommige auteurs is aangegeven dat het essentiële onderscheid tussen een werknemer en een bedrijfsleider bestaat in het al dan niet aanwezig zijn van een gezagsverhouding.¹⁵⁵⁶ Het commentaar op het Belgische Wetboek van Inkomstenbelasting zegt hierover het volgende: *‘De inkomsten die een vennootschap toekent aan natuurlijke personen, die, zonder band van ondergeschiktheid, in haar naam optreden, worden als bezoldigingen van bedrijfsleiders aangemerkt, ongeacht of die personen al dan niet aandelen in de vennootschap bezitten’*.¹⁵⁵⁷ Het criterium dat bijgevolg bepalend is om een onderscheid te maken tussen de bezoldigingen van werknemers en de bezoldigingen van bedrijfsleiders, bestaat in de aanwezigheid of de afwezigheid van een band van ondergeschiktheid met betrekking tot de uitvoerende activiteit, zoals bijvoorbeeld het bestaan van een arbeidsovereenkomst.¹⁵⁵⁸ Of er een band van ondergeschiktheid is, moet steeds op basis van de concrete feiten worden beoordeeld waarbij rekening zal moeten worden gehouden met de feitelijke machtspositie van de betrokkene. Dit gezag wordt materieel bekeken, dit wil zeggen dat de werkgever het recht en de juridische mogelijkheid moet hebben om te allen tijde het gezag te kunnen uitoefenen.¹⁵⁵⁹ De ondergeschiktheid veronderstelt het bestaan van een *leidinggevende* bevoegdheid en van een *toezichthoudende* bevoegdheid. Dat volgt uit een Belgische circulaire.¹⁵⁶⁰ Welnu, het gegeven dat een directeur eveneens meerderheidsaandeelhouder is – zoals dat het geval is bij een DGA – maakt dat een ondergeschikt verband m.i. moeilijk kan worden aangetoond.¹⁵⁶¹ Ook DE BRUIJN heeft dit reeds gesteld door te poneren dat het niet goed denkbaar is dat een DGA werkzaamheden verricht waarvan de beloningen onder de werking van artikel 15 zouden vallen.¹⁵⁶² België zal dan ook niet aannemen dat een DGA dienstprestaties in een ondergeschikt verband werkt t.o.v. zijn eigen lichaam. Nederland hanteert een zgn. formeel ondergeschiktheidscriterium terwijl België eerder een materieel ondergeschiktheidscriterium hanteert. Vanuit Nederlands perspectief is de DGA namelijk formeel ondergeschikt aan de algemene aandeelhouders-

¹⁵⁵⁶ HOEPELMAN, E.G., ‘De Nederbelgische DGA’, *W.F.R.* 2010/299.

¹⁵⁵⁷ *ComIB* 30/4

¹⁵⁵⁸ *ComIB* 30/5

¹⁵⁵⁹ BEGHIN, P. & VAN DE WOESTEYNE, I., *‘Handboek Personenbelasting 2007-2008*, Intersentia, p. 446

¹⁵⁶⁰ Circulaire van 25 mei 2005, AFZ 08/2005

¹⁵⁶¹ HUBER, W., ‘Managementvennootschappen’, in *Optimalisatie van loon en personeelskost*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij 2008, p. 240.

¹⁵⁶² DE BRUIJN, H.N., *‘Nederlandse belastingverdragen met België, Duitsland en Luxemburg’*, Kluwer, 2009, p. 126.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

vergadering¹⁵⁶³ waarbij het niet van belang is welke personen dat orgaan vormen en of hij, die de directeur is, door zijn aandelenbezit de besluiten kan goedkeuren.¹⁵⁶⁴ België hanteert zoals reeds gesteld een materieel gezagscriterium, m.a.w. een *substance over form* beginsel en zal bijgevolg van mening zijn dat er geen feitelijke ondergeschiktheid is.

Of de gezagsverhouding nu eerder materieel dan wel formeel is, m.i. speelt dat allemaal geen rol. Men kan moeilijk ontkennen dat een DGA het vennootschapsbelang dient en de strategie van zijn lichaam zal bepalen. Ingevolge het feit dat een DGA – ingevolge zijn duale rol – het vennootschapsbelang dient en aan strategiebepaling doet, zal diens inkomen onder artikel 16 OESO kwalificeren. Er is dan met name geen plaats meer voor de toepassing van artikel 15 OESO. Er is m.i. dus geen reden om af te wijken van de bestaande praktijk om de DGA onder artikel 16 OESO te zetten.

4.7. Werkende vennoten

Eerder werd er al op gewezen dat de problematiek m.b.t. de heffingsbevoegdheid van vergoedingen van werkende vennoten een lange voorgeschiedenis heeft gekend. Traditioneel oordeelde de Belgische belastingdienst dat de inkomsten van deze werkende vennoten onder artikel 7 OESO vielen. In het arrest Freens stelde het Hof van Cassatie¹⁵⁶⁵ echter dat dergelijke inkomsten niet zonder meer onder artikel 7 OESO kunnen vallen. Het gevolg was dat de Belgische belastingdienst via diverse verdragsartikelen haar gelijk poogde te halen, soms het restartikel, dan weer artikel 15 OESO en soms ook artikel 16 OESO.¹⁵⁶⁶ Een meerderheidsstrekking oordeelde echter dat inkomsten van werkende vennoten onder het toepassingsgebied van het restartikel vielen wat betreft het oude belastingverdrag tussen België en Nederland.¹⁵⁶⁷

De Belgische en de Nederlandse belastingdiensten waren echter overeengekomen dat werkende vennoten van Belgische BVBA's met ingang van aanslagjaar

¹⁵⁶³ Alleszins voor het Nederlandse arbeidsrecht als voor de loonbelasting. Voor de werknemersverzekeringen daarentegen is de DGA een zelfstandige indien wordt voldaan aan de voorwaarden zoals gesteld in de Regeling aanwijzing directeur-grootaandeelhouder.

¹⁵⁶⁴ Hoge Raad 8 december 1943, B. nr. 7745; Hoge Raad 20 januari 1943, B. nr. 7606; Hoge Raad 2 juli 1997, B.N.B. 1997/309.

¹⁵⁶⁵ Cass. 21 december 1990, F.J.F. 91/98.

¹⁵⁶⁶ Rb. Gent 25 juni 2008, T.F.R. 2008, 1088 met noot W. HEYVAERT en besproken door DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht', T.R.V. 2010, p. 139; Brussel 26 september 2000, T.F.R. 2001, 62,...

¹⁵⁶⁷ Zie bijvoorbeeld Gent 10 november 2009, besproken, door DE BROE, L., 'Buitenlandse werkende vennoten: bevestiging bestaande rechtspraak', T.F.R. 2010, 767.

2001 onder artikel 16 van het oude belastingverdrag zouden vallen.¹⁵⁶⁸ Deze overeenkomst werd echter fel bekritiseerd in de rechtsleer en werd geen bindende kracht toegewezen.¹⁵⁶⁹ De overeenstemming met de bewoordingen van het verdrag werd ernstig in vraag gesteld.¹⁵⁷⁰ Een quasi unanieme rechtsleer nam aan dat het verdrag nergens toelaat om door middel van georganiseerd onderling overleg af te wijken van de bepalingen van het verdrag.¹⁵⁷¹

Bepaalde auteurs hebben gesteld dat in het huidige belastingverdrag de bezoldigingen van werkende vennoten onder artikel 16 §1 vallen. Daardoor zou het vroegere akkoord van 1992 op zichzelf bekrachtigd zijn geworden en alle twijfel weggenomen zijn of het akkoord al dan niet bindend is.¹⁵⁷² Ik kan deze visie volgen als de werkende vennoot tegelijk zaakvoerder is. Echter, indien het louter gaat om een werkend vennoot zonder een formeel mandaat, acht ik deze visie toch moeilijk verdedigbaar. Eerder toonde ik al aan dat aandeelhouders eerder individueel belang nastreven. Tevens vind ik omtrent deze stelling niets terug in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting. Indien de verdragsluitende staten dit akkoord hadden willen honoreren, had dit expliciet vermeld gestaan. Het vorige akkoord is trouwens ook middels een context ontstaan.

5. Tussentijds besluit

In de literatuur zijn er twee visies terug te vinden over het toepassingsgebied van het directorsartikel in belastingverdragen. Men kan een ruime en een enge visie terugvinden. In een ruime visie worden de mandatarissen van artikel 32 WIB92 beoogd, alsook soortgelijke functies, personen die een leidende functie van dagelijks bestuur bekleden, van commerciële, technische of financiële aard en dit buiten een arbeidsovereenkomst. De Belgische belastingdienst is steeds een voorstander geweest om deze *ruime* visie toe te passen op het directorsartikel in belastingverdragen en heeft eveneens steeds een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO om een dergelijke ruime toepassing aan het verdragsartikel te geven. Dit heeft er o.m. toe geleid dat posities van dagelijks bestuur onder het directorsartikel worden gebracht. Dit kan m.i. niet zonder meer het geval zijn indien de positie van dagelijks bestuur geenszins als top level ma-

¹⁵⁶⁸ Circ. Nr. C.37.875-4 van 22 mei 1992, *Bull.Bel.* 718, p. 1849.

¹⁵⁶⁹ Gent 20 juni 1996, *A.F.T.* 1996, 461; Luik 24 juni 1992, *F.J.F.* 1992, 7; Gent 3 januari 2002, *Fisc. Int.* 219, 3.

¹⁵⁷⁰ PEETERS, B., 'Het Belgisch-Nederlandse dubbelbelastingverdrag', Brussel, Larcier, 2008, p. 488.

¹⁵⁷¹ Voor een verwijzing, zie HEYVAERT, W. en VERCAUTEREN, L., 'Heffingsbevoegdheid bezoldigingen werkend vennoot onder het Belgisch-Nederlandse belastingverdrag van 1970', *T.F.R.* 2008, p. 1093.

¹⁵⁷² HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., 'Vennootschapsleiding', in *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag*, Larcier, 2008, p. 492.

Indeling nopens de mandatarissen waarop het directors-artikel van toepassing is

nagement functie is te bekleden en het vennootschapsbelang wordt gediend. Omdat het nog steeds moeilijk aan te tonen is welke personen onder artikel 32 WIB92 vallen, is het m.i. aangewezen dat België afstand zou doen van haar ruime visie en opnieuw aansluiting zoekt bij een enge visie op artikel 16 OESO. De visie van de Belgische Minister van Financiën – die poneert dat het begrip ‘bestuurder’ voor doeleinden van artikel 32 WIB92 een eigen fiscale betekenis heeft die afwijkt van het vennootschapsrecht – kan dan geen doorgang vinden op verdragsniveau.

Het belastingverdrag met Nederland kent een formeel en een materieel criterium voor de vennootschapsmandatarissen die beoogd worden in het directorsartikel. Onder het oude belastingverdrag daarentegen werd een formeel criterium gevolgd. Omdat artikel 32 WIB92 model heeft gestaan voor het directorsartikel in het belastingverdrag met Nederland, worden Belgische termen gebruikt. Dat is met name het geval voor het begrip ‘zaakvoerder’. Nederland mag in dergelijke omstandigheden geen eigen invulling geven aan dit begrip. Dit zou in strijd zijn met de context van het belastingverdrag.

Welke personen begrepen dienen te worden onder de vennootschapsleiders van de tweede categorie, is ook al niet duidelijk. Tevens is het vereiste dat deze personen buiten een dienstbetrekking werkzaam moeten zijn, ongelukkig gekozen. Niet alleen is het onduidelijk wat begrepen dient te worden onder ‘dienstbetrekking’ en naar welk recht kan verwezen worden om het begrip in te vullen in de zin van artikel 3 §2 van het verdrag. Tevens is het criterium van de gezagsverhouding niet doorslaggevend voor een vennootschapsmandataris om onder het directorsartikel te vallen. Integendeel, het gaat erom in welke mate het vennootschapsbelang al dan niet wordt gediend. De overname van de bewoordingen zoals geformuleerd in deel 1 van dit onderzoek – zijnde een verwijzing naar de categorie *official in a top level managerial position of a company* – is een oplossing om te verduidelijken welke posities onder het directorsartikel vallen. Deze overname is eveneens een oplossing voor de onduidelijke categorie van vennootschapsleiders van de derde categorie van dewelke het bijzonder onduidelijk is wie daaronder ressorteert.

Wat betreft de rechtspersonen-mandatarissen dient geconcludeerd te worden dat deze *de facto* niet onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland vallen. Immers, artikel 16 van het verdrag is gebaseerd op artikel 32 WIB92 dewelke enkel natuurlijke personen beoogt. Als men het belastingverdrag met

Nederland OESO-conform wil interpreteren, moet verduidelijkt worden dat rechtspersonen wel onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen.

De twijfelachtigheid waarmee het directorsartikel in het verdrag met Nederland is opgesteld, blijkt ook uit de redactie van artikel 16 §4. Dit verdragsartikel stipuleert *de facto* dat het vaste inrichtingvraagstuk niet aan de orde is voor vennootschapsmandatarissen van de eerste categorie. Dit toont afdoende aan dat de regelgever het vaste inrichtingvraagstuk niet wenselijk geacht heeft op vennootschapsmandatarissen.

Nederland kent de zgn. positie van de directeur grootaandeelhouder (DGA). Vanuit Nederlands perspectief zal de DGA vrijwel altijd kwalificeren onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland. Voor Belgische doeleinden zal een DGA ook onder artikel 16 ressorteren. Nochtans zijn er kritische stemmen opgegaan dewelke zich afgevraagd hebben dat artikel 16 OESO niet afgeschaft kan worden en de DGA dan onder artikel 15 OESO kan vallen? Een DGA kan m.i. niet onder gezag van een vennootschapinstantie vallen, ook al weerhoudt Nederland daaromtrent een formele gezagsverhouding. Bovendien doet de DGA aan strategiebepaling en dient hij het vennootschapsbelang. Een DGA is daarom als vennootschapsmandataris te bestempelen in de zin van artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland.

Hoofdstuk 8: Indeling van de Belgische belastingverdragen: Indeling nopens de inkomsten waarop het directorsartikel van toepassing is

I. Algemeen

Een laatste categorie van belastingverdragen handelt specifiek over de inkomsten waarop het directorsartikel van toepassing is. Artikel 16 OESO stelt dat het toepasselijk is op tantièmes, presentiegelden en andere soortgelijke beloningen. Het merendeel van de Belgische belastingverdragen neemt deze formulering over. Andere Belgische belastingverdragen voegen dan weer de terminologie ‘andere soortgelijke uitkeringen’ toe¹⁵⁷³ terwijl in een minderheid aan belastingverdragen afwijkende terminologie wordt gehanteerd. Zo wordt er vooreerst gewezen op het verdrag met Frankrijk dat opteert voor de begrippen ‘welkdanige vaste of veranderlijke bezoldigingen’. Ook het belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika is opmerkelijk. Artikel 16 van het oude belastingverdrag bevatte een heel aparte regeling die slechts een zeer beperkte draagwijdte had. De toepassing ervan was namelijk beperkt tot tantièmes die, voor de vennootschap die ze betaalt, geen aftrekbare uitgave waren. Het ging dus louter om een regeling over winstverdeling. Om die reden werd het verdragsartikel niet van toepassing geacht op (aftrekbare) bezoldigingen die door een Belgische vennootschap werden betaald. De vergoedingen voor andere bestuursactiviteiten vielen evenmin onder de toepassing van artikel 14 omdat dat artikel alleen voor vrije beroepen en niet voor zelfstandige activiteiten gold. De zienswijze die het oude belastingverdrag met de Verenigde Staten er op nahield, strookte met de Belgische regelgeving voor 22 december 1989. Toen werd er voor Belgische maatstaven immers nog een onderscheid gemaakt tussen aftrekbare en niet-aftrekbare tantièmes.¹⁵⁷⁴ Het nieuwe belastingverdrag met de Verenigde Staten voorziet thans in de formulering ‘tantièmes en andere vergoedingen’.¹⁵⁷⁵

Het Belgische Modelverdrag spreekt op zijn beurt van ‘tantièmes, presentiegelden en andere soortgelijke beloningen’. Deze termen worden niet verklaard in de Belgische belastingverdragen noch in het Belgische Modelverdrag. Om die reden wordt overeenkomstig artikel 3(2) van de desbetreffende belastingverdragen teruggegrepen naar de betekenis die deze termen hebben in de interne

¹⁵⁷³ Bijvoorbeeld de belastingverdragen met Duitsland, Denemarken, Luxemburg en Portugal.

¹⁵⁷⁴ Artikel 273 van de Wet van 22 december 1989, B.S. 29 december 1989, hetwelk artikel 108 WIB heeft gewijzigd met ingang van het aanslagjaar 1991.

¹⁵⁷⁵ Voor een bespreking, zie BAX, A. e.a., ‘De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België-USA (Deel II)’, A.F.T. 2007/12, p. 39-92.

wetgeving van de bronstaat tenzij de context van het belastingverdrag anders vereist. Wat België betreft wordt teruggerepen naar artikel 32 WIB92. De bewoordingen van dit Belgische wetsartikel wijzen erop dat de wetgever alle beloningen heeft willen vatten die voor de verkrijger een opbrengst vertegenwoordigen van zijn opdracht als bestuurder, vereffenaar of een soortgelijke functie.¹⁵⁷⁶ Ook het Belgische Hof van Cassatie heeft in het verleden geoordeeld dat de wetgever van de bestuurders een bijzondere categorie van belastingplichtigen heeft willen maken, die de belasting verschuldigd zijn op grond van het geheel van de lonen en bezoldigingen die zij van de vennootschap ontvangen, ofwel in hun hoedanigheid van bestuurder, enz. ofwel als bezoldigden van die vennootschap.¹⁵⁷⁷ Deze ruime invulling die in de rechtspraak werd gegeven aan de vergoedingen voor bestuurders, werd niet in alle Belgische rechtsliteratuur gevolgd.¹⁵⁷⁸ Een ruime invulling van het begrip ‘beloningen’ – dat tevens wordt gevolgd door de Belgische belastingadministratie¹⁵⁷⁹ – zou willen betekenen dat zowel tantièmes als periodieke bezoldigingen onder het directorsartikel in Belgische belastingverdragen valt. Onder tantièmes moet worden verstaan, alle winstuitkeringen die worden uitgekeerd aan de bestuurders van vennootschappen, in welke vorm ook, met uitsluiting van de dividenden en de kosten eigen aan de vennootschap. Tantièmes zijn dus veranderlijke bedragen die worden afgenomen van de te bestemmen winst van de vennootschap en die worden toegekend aan de bestuurders. Zij vertegenwoordigen gewoonlijk een bepaald percentage van de totale winst of van de te bestemmen winst.¹⁵⁸⁰

BELTJENS heeft ervoor gepleit een onderscheid te maken tussen de tantièmes en de periodieke bezoldigingen.¹⁵⁸¹ Hij baseert zich hiervoor op het administratieve commentaar bij de belastingverdragen¹⁵⁸² alsook op de commentaren van de OESO.¹⁵⁸³ Dat zou volgens BELTJENS dus betekenen dat het recht op belastingheffing op de periodieke bezoldigingen van de bestuurder geregeld dient te worden door de artikelen 5 en 7 van het belastingverdrag.¹⁵⁸⁴ De visie van

¹⁵⁷⁶ *ComIB* 32/1

¹⁵⁷⁷ Cass. 27 maart 1962, *Bull.* 391, p. 1903.

¹⁵⁷⁸ GHEYSEN, K., ‘Maken de bestuurders een bijzondere categorie belastingplichtigen uit?’, *Fisikofoon* 63, p. 169 e.v.

¹⁵⁷⁹ *ComIB* 32/0

¹⁵⁸⁰ VAN LAERE, D., ‘De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties’, *Fiscaal Praktijkboek 1997-98-Directe Belastingen*, p. 46.

¹⁵⁸¹ BELTJENS, R., ‘De vennootschap-bestuurder en de inkomstenbelastingen’, *A.F.T.* 1993/12, p. 303.

¹⁵⁸² *ComOV* 16/6

¹⁵⁸³ Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs 1992, 16/2.

¹⁵⁸⁴ Noteer dat de auteur hiermee impliciet aangeeft het gesloten systeem van de arbeidsartikelen te verwerpen.

BELTJENS is m.i. vanuit een historische context correct maar gelet op de primauteit van de bronstaatheffing werd in het eerste deel van dit onderzoek verdedigd om ook de periodieke bezoldigingen van bestuurders onder het directorsartikel van de belastingverdragen te plaatsen.

Behoudens de tantièmes en de periodieke bezoldigingen van bestuurders, zijn ook de voordelen alle aard, de vergoedingen verkregen uit hoofde of naar aanleiding van het stopzetten van de werkzaamheid, de vergoedingen verkregen tot volledig of gedeeltelijk herstel van een tijdelijke derving van bezoldigingen, enz. geïveerd door de Belgische belastingadministratie. Ter zake is het zonder belang of de bezoldigingen door het lichaam worden uitbetaald dan wel door sociale of verzekeringsinstellingen als tegenwaarde van de door het lichaam en/of door de bestuurder gedane storting. Immers, de schuldenaar voor doeleinden van het directorsartikel is irrelevant. Dat is al meermaals in dit onderzoek aan bod gekomen.

Hierbij aansluitend dient toch melding gemaakt te worden van een specifieke situatie. Zo komt het namelijk voor dat personen afstand doen van directorsbezoldigingen. Het komt geregeld voor dat de director omwille van naamsbekendheid *in personam* zijn mandaat dient te bekleden en poogt diens beloningen hiervoor af te leiden naar zijn persoonlijke vennootschap. Deze problematiek kwam voor het eerst voor – echter niet in de context van het directorsartikel – in de casus rond Soeur Sourire. Deze kloosterzuster was een zangeres hetgeen haar auteursvergoedingen opleverde. Ingevolge een altruïstische ingesteldheid stond zij deze inkomsten af aan de VZW van haar kloosterorde. Toch oordeelde de rechtspraak hierover dat de kloosterzuster deze inkomsten had ontvangen en er nadien vrij had over beschikt, *in casu* door ze af te staan aan de orde. Er diende dan ook belasting afgedragen te worden op dit bedrag.¹⁵⁸⁵ Jaren later diende het hof van beroep van Gent¹⁵⁸⁶ uitspraak te doen over een afstand van een bezoldiging door een director aan een vennootschap. Meer bepaald was de betrokkene bestuurder bij een eerste vennootschap, waar hij maandelijks werd bezoldigd. Hij was echter ook bestuurder bij een tweede vennootschap, waar hij, omwille van zijn gecombineerde mandaten, slechts deeltijds werkzaam was. De bestuurder sloot een overeenkomst met de tweede vennootschap waarbij hij er zich toe verbond om al zijn bezoldigingen die hij verkreeg van de eerste vennootschap, af te staan aan de tweede vennootschap. De tweede vennootschap verbond er zich er dan wel toe om de bestuurder een bezoldiging toe te kennen

¹⁵⁸⁵ Brussel 29 juni 1982, *F.J.F.* 82/III, p. 192.

¹⁵⁸⁶ Gent 24 juni 1999, *Fisc. Koer.* 1999, p. 533, noot S. VERTOMMEN.

op basis van een voltijdse werkzaamheid, ook al was de bestuurder maar half-tijds actief voor de tweede vennootschap. Het hof oordeelde dat de onmiddellijke afstand van de bezoldiging door de natuurlijke persoon niet wegneemt dat de betrokkene nog altijd de bezoldiging heeft ontvangen. Hij is dan ook principieel belastbaar op de bezoldiging. Belastingtechnisch kan niet gesteld worden dat deze bezoldiging hem nooit is toegekend geworden. De Belgische Minister van Financiën bevestigde later dit standpunt.¹⁵⁸⁷

Ik ga nog wat dieper in op enkele van de hiervoor genoemde beloningen. Zo zijn er vooreerst de voordelen van alle aard, ook wel ‘voordelen in natura’ genoemd. Deze voordelen die worden toegekend aan een director uit hoofde of naar aanleiding van het uitoefenen van zijn mandaat, vormen een belastbare bezoldiging.¹⁵⁸⁸ Een ontvangen voordeel maakt een belastbare bezoldiging uit wanneer het rechtstreeks of onrechtstreeks zijn oorsprong vindt in de uitoefening van het bestuurdersmandaat. Het aan de director toegekende voordeel moet niet noodzakelijk de tegenprestatie zijn van een beroepswerkzaamheid.¹⁵⁸⁹ Ook in de rechtspraak vind ik verdere duidelijkheid over wat precies wordt verstaan onder het begrip ‘voordelen van alle aard’ voor bedrijfsleiders. Zo wordt bijvoorbeeld ook als een voordeel gekwalificeerd, het feit dat de vennootschap-leasingnemer op het einde van de leasingtermijn de contractueel voorziene aankoopoptie niet licht maar de geleasde wagen door de leasinggever aan de bestuurder of aan zijn gezinsleden¹⁵⁹⁰ van de vennootschap wordt verkocht tegen de lage overnameprijs die in het leasingcontract is vastgesteld. Het verschil met de marktwaarde vormt een voordeel van alle aard.¹⁵⁹¹ Volgens de rechtbank van eerste aanleg van Nijvel vormt de hogere marktwaarde niet het bewijs dat de contractuele overnameprijs van de wagen ondergewaardeerd is wanneer de marktwaarde slechts een algemene waarde is die geen rekening houdt met de specifieke elementen van de betrokken wagen (kilometerstand, algemene on-

¹⁵⁸⁷ Parlementaire Vraag van 25 november 1999, *Vr. en Antw. Kamer 1999-2000*, p. 3434. Voor een bespreking, zie MESSIAEN, R., ‘De afstand van bestuurdersbezoldiging fiscaal bekeken: voor wat, hoort wat!’, *Accountancy Actualiteit 2009/20*, p. 1 e.v.

¹⁵⁸⁸ Wanneer de bedrijfsleider voor het voordeel betaalt via de boeking op het debet van de rekening courant is het niet belastbaar. Zie hiervoor Rb. Gent 4 oktober 2001, *Fiscoloog* nr. 829, 10). Een andere mogelijkheid is de afboeking van een schuldvordering van de bestuurder op de vennootschap (zie Rb. Hasselt 27 juni 2001, *Fiscoloog* nr. 829, 10).

¹⁵⁸⁹ ComIB 32/13 en Gent 26 mei 1992, *F.J.F.* 92/157.

¹⁵⁹⁰ Verkoop aan de echtgenote (Luik 3 maart 2004, *F.J.F.* 2004/286; Rb. Bergen 16 januari 2002, *Fiscoloog* nr. 831, 5). Volgens de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen komt ook de feitelijk gescheiden echtgenoot in aanmerking (Rb. Antwerpen 27 mei 2002, *Fiscoloog* nr. 850, 1-2; Rb. Antwerpen 22 februari 2002, *F.J.F.* 2002/189). Volgens andere rechtspraak dan weer niet (Antwerpen 16 september 2003, *Fiscoloog* nr. 923, 9).

¹⁵⁹¹ Luik 18 maart 2002, *Fiscoloog* nr. 850, 1-2.

derhoudsstaat, ...).¹⁵⁹² Andere rechtspraak heeft dan weer gesteld dat de volgende situatie aanleiding geeft tot een belastbaar voordeel. Een bedrijfsleider verhuurt een stuk grond aan zijn vennootschap waarop de vennootschap gebouwen opricht. Aangezien de bedrijfsleider niet onmiddellijk eigenaar wordt van de gebouwen, verkrijgt hij tijdens de huurovereenkomst geen voordeel van alle aard.¹⁵⁹³ Na afloop van het huurcontract wordt echter wel een belastbaar voordeel verkregen.¹⁵⁹⁴ Wanneer de looptijd van een opstalovereenkomst als normaal kan worden bestempeld, vormt de kosteloze verkrijging een normaal gevolg van de civielrechtelijke constructie en geen belastbaar voordeel.¹⁵⁹⁵ Anderzijds worden ook de vergoedingen bedoeld waarvan de oorzaak ligt in de stopzetting van de functie als bedrijfsleider. Volgens het hof van beroep van Gent is in deze categorie begrepen de kwijtschelding ten gevolge van het faillissement van de vennootschap, van een achtergestelde lening die een werkloze heeft ontvangen van het Participatiefonds om een zelfstandige beroepswerkzaamheid te beginnen.¹⁵⁹⁶ Ook de compensatievergoedingen voor een tijdelijke derving van bezoldigingen vallen onder artikel 32 WIB92. De belastingdienst is van mening dat de vergoedingen die aan een bedrijfsleider worden betaald tot volledig of gedeeltelijk herstel van zijn inkomsten die hij tijdelijk moet derven wegens ziekte, invaliditeit, werkloosheid, ongeval of om het even welke andere gelijkaardige gebeurtenis, een belastbare bezoldiging vormen.¹⁵⁹⁷ De compensatievergoedingen kunnen zowel bestaan uit wettelijke vergoedingen als uit aanvullende vergoedingen. Voor enige nuance bij dit standpunt dient m.i. rekening gehouden te worden met de besproken rechtsleer en rechtspraak in deel I van dit onderzoek.

Nochtans zijn niet alle voordelen die een director bekomt, een belastbaar inkomen. Zo zijn er bijvoorbeeld de kosten eigen aan de vennootschap. Hieromtrent werd bijvoorbeeld geoordeeld dat wanneer een BVBA een wagen in de rallywedstrijd Parijs-Dakar sponsort en de kosten in verband met de inschrijving en het verkrijgen van een licentie voor de werkend vennoot-piloot betaalt, dit een kost eigen aan de vennootschap is.¹⁵⁹⁸ Ook werd bijvoorbeeld al geoordeeld dat wanneer een geneesheer enkel medische activiteiten levert als werkend vennoot van een vennootschap en deze vennootschap de premies ten laste neemt die de dok-

¹⁵⁹² Rb. Nijvel 4 maart 2003, *Fiscoloog* nr. 886, 7.

¹⁵⁹³ Luik 22 september 1999, *F.J.F.* 2000/122.

¹⁵⁹⁴ Rb. Brussel 14 mei 2004, *Fiscoloog* nr. 950, 9.

¹⁵⁹⁵ Antwerpen 27 september 2005, *Fiscoloog* 1006, 11.

¹⁵⁹⁶ Gent april

¹⁵⁹⁷ ComIB 31/21.

¹⁵⁹⁸ Rb. Luik 27 september 2000, *Fiscoloog* nr. 787, 10.

ter in het kader van een professionele aansprakelijkheidsverzekering is verschuldigd alsook de lidgelden aan de Orde van Geneesheren, dit niet als een voordeel van alle aard kan bestempeld worden.¹⁵⁹⁹

Ook dienen wij na te gaan in welke mate pensioentoezeggingen als voordelen kunnen bestempeld worden. Voor 1 januari 2004 vormden de bijdragen en premies die een vennootschap stortte in het kader van een collectieve pensioenregeling voor de bedrijfsleider geen belastbaar voordeel.¹⁶⁰⁰ Voor de betalingen die plaatsvinden vanaf 1 januari 2004 wordt de vrijstelling geregeld door artikel 38§1 WIB92. Vanaf deze datum verkrijgt de director geen belastbaar voordeel op voorwaarde dat de ‘werkgever’ bijdragen voor de vennootschap aftrekbaar zijn overeenkomstig artikel 195 §1, al. 2 WIB92. Voor de premies en bijdragen die vanaf 1 januari 2006 worden betaald, wordt de verwijzing naar de aftrekbaarheid opgeheven. Als voorwaarde blijft behouden dat het moet gaan om een bedrijfsleider aan wie regelmatig en ten minste om de maand bezoldigingen worden betaald of toegekend voor het einde van het belastbare tijdperk waarin de ertoe aanleiding gevende bezoldigde werkzaamheden zijn verricht en dat de bezoldigingen op de resultaten van dat tijdperk worden aangerekend. Ook is een regelgeving voorzien wat betreft *individuele* pensioentoezeggingen. Opdat een individuele pensioentoezegging aan een director niet onmiddellijk aanleiding zou geven tot het belasten van een voordeel van alle aard, was het voor de wet van 28 april 2003 noodzakelijk dat de bedrijfsleider uit deze toezegging geen definitieve rechten putte. Om dit te bereiken deed de vennootschap aan de bedrijfsleider een zgn. onderhandse pensioenbelofte. Met het oog op de uitbetaling van het latere pensioen kon de vennootschap op de passiefzijde van de balans een voorziening aanleggen of kon zij een verzekering in haar voordeel afsluiten op het hoofd van de director, de zgn. bedrijfsledirector was gesloten, vormden de door de vennootschap gestorte premies een belastbaar voordeel van alle aard.¹⁶⁰¹ De Belgische belastingdienst ging er van uit dat het verzekeringscontract in het onmiddellijk voordeel van de director was gesloten wanneer de director of zijn rechtverkriggende contractueel als genietter van de voordelen was aangeduid, het recht op het verzekerde kapitaal door de director werd verworpen op het ogenblik dat hij de onderneming voor zijn pensionering verliet of in geval van faillissement of onvermogen van de onderneming, de director buiten de gestelde beperkingen van artikel 35 §1, 3° en 4° KB/WIB92 voorschotten op

¹⁵⁹⁹ Rb. Luik 18 oktober 2000, *Fiscoloog* nr 759, 9.

¹⁶⁰⁰ BAETEN, J. en DEVOET, C., ‘*La nouvelle loi sur les pensions complémentaires. Cadre légal et aspects fiscaux en droits belge et européen*’, Brussel, Larcier 2003, 87 - 88.

¹⁶⁰¹ ComIB 195/19

Indeling nopens de inkomsten waarop het directors-artikel van toepassing is

het contract kon opnemen of in pand kon geven. Vanaf 1 januari 2004 is een individuele pensioentoezegging waarbij de vennootschap ter financiering op de passiefzijde van de balans een voorziening aanlegt of een verzekering in haar voordeel afsluit op het hoofd van de bedrijfsleider nog slechts toegelaten voor vennootschapsmandatarissen, nl. zaakvoerders en bestuurders in de zin van artikel 32, al. 1, 1° WIB92. Voor de andere categorieën van de directors moeten de stortingen voor de individuele pensioentoezegging worden gedaan in een pensioenfonds met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid of moet een individuele levensverzekering worden afgesloten in het onmiddellijk en rechtstreeks voordeel van de director. Voor een individuele pensioentoezegging die vanaf 1 januari 2004 wordt gedaan wordt de bedrijfsleider, ondanks het feit dat hij verworven rechten op het aanvullend pensioen bezit, niet belast gedurende de opbouw van het pensioen. De vrijstelling geldt enkel voor bedrijfsleiders aan wie regelmatig en ten minste om de maand bezoldigingen worden betaald of toegekend voor het einde van het belastbaar tijdperk waarin de ertoe aanleiding gevende bezoldigde werkzaamheden zijn verricht en waarvan de bezoldigingen op de resultaten van dat tijdperk worden aangerekend.

2. Het attractiebeginsel in België

2.1. Internrechtelijk

België kent reeds geruime tijd het zgn. attractiebeginsel voor de directorsvergoedingen. De meeste andere staten kennen een dergelijk systeem niet. Daarvoor werd eerder in dit onderzoek reeds een verklaring gegeven. Het attractiebeginsel wil zeggen dat alle inkomsten die directors van een lichaam ontvangen, als directorsvergoedingen worden beschouwd en belast, ongeacht of deze inkomsten behaald werden in de hoedanigheid van bestuurder, werknemer of zelfstandige.

Het attractiebeginsel geldt zelfs wanneer de verkregen inkomsten niet rechtstreeks hun oorsprong vinden in het directorsmandaat. Volgens de Belgische Minister van Financiën is het destijds namelijk de bedoeling van de wetgever geweest om alle beroepsinkomsten die een director van een lichaam ontvangt als bezoldigingen te kwalificeren in de zin van het huidige artikel 32 WIB92. Die bedoeling was ingegeven door de bekommernis van de toenmalige regering om misbruiken te vermijden.¹⁶⁰² Volgens de traditionele zienswijze kan het

¹⁶⁰² PV nr. 360, 27 maart 1996, *Bull. Bel.* Nr. 765, 2331.

attractiebeginsel zowel horizontaal als verticaal werken, zoals eerder reeds werd gemeld.¹⁶⁰³

Het attractiebeginsel heeft een hele evolutie gekend in het Belgische belastingrecht. Het bestaan van het attractiebeginsel werd echter afgeschaft door het Volmachtenbesluit van 20 december 1996. Artikel 32 WIB92 bepaalde toen namelijk dat als bedrijfsleiderbezoldigingen van de eerste categorie moesten worden beschouwd, de inkomsten die betaald werden 'wegens' de uitoefening van een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies. Dat betekende dus dat er een rechtsreeks oorzakelijk verband aanwezig diende te zijn tussen de vergoeding en de uitgeoefende activiteit. Men kon dus poneren dat indien dit causaal verband niet voorhanden was, het inkomen niet als een directorsloon kon beschouwd worden. Echter, tot voor het Volmachtenbesluit bleef de Belgische Minister van Financiën halsstarrig vasthouden aan het attractiebeginsel.¹⁶⁰⁴ Ingevolge de duidelijke bewoordingen van artikel 32 WIB92 werd het attractiebeginsel echter afgeschaft. De Belgische Minister van Financiën heeft trouwens tijdens de bespreking van het Volmachtenbesluit voor de Kamercommissie van Financiën bevestigd dat de werking van het attractiebeginsel ten aanzien van de eerste categorie van bedrijfsleiders buiten spel is gezet door het volgende te stellen: *'als voor dezelfde onderneming diverse activiteiten gelijktijdig worden uitgevoerd, worden de inkomsten in hoofde van de begunstigde omgeslagen op grond van hun aard, zonder dat er een aantrekking is van de eerste categorie ten opzichte van de andere, zoals dat voorheen het geval was voor de bezoldigingen van bestuurders'*.¹⁶⁰⁵ Ook in de Senaatscommissie had de Belgische Minister van Financiën duidelijk verklaard dat het attractiebeginsel door de nieuwe wettekst verduidelijkt en begrensd is.¹⁶⁰⁶ Volgens de minister kon er enkel nog sprake zijn van attractie wat betreft de bedrijfsleiders van de tweede categorie. Het gegeven dat het attractiebeginsel toepasselijk werd verklaard op de bedrijfsleiders van de tweede categorie, kon volgens VAN LAERE enkel gevolg ressorteren voor de verticale werking van het attractiebeginsel. Dit zou volgen uit het feit dat de horizontale werking van het attractiebeginsel sowieso buiten spel wordt gezet aangezien de bedrijfsleiders van de tweede categorie noodzakelijk 'buiten

¹⁶⁰³ HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 1992, 28; DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., 'Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context', *A.F.T.* 2007/II, p. 8. DE JAEGHER, C., 'International Taxation of Directors' Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours, 05 *World Tax Journal.* (2013), p. 238 e.v.

¹⁶⁰⁴ *Vr. en Antw.*, Kamer, 1995-1996, nr. 39, 5122.

¹⁶⁰⁵ *Gedr. St. Kamer*, 1996-97, nr. 925/8, 7.

¹⁶⁰⁶ *Gedr. St. Senaat*, 1996-97, nr. 1-612/7, 8.

een arbeidsovereenkomst' werken. Van zodra een persoon dus in ondergeschikt verband werkt, kan hij fiscaal voor Belgische maatstaven niet meer aanzien worden als een bedrijfsleider van de tweede categorie.¹⁶⁰⁷ VAN DIJCK was echter de mening toegedaan dat ook de verticale werking van het attractiebeginsel buiten spel was gezet ten aanzien van de tweede categorie van bedrijfsleiders.¹⁶⁰⁸ Door de Wet van 4 mei 1999 is het attractiebeginsel echter retroactief heringevoerd door het woord 'wegens' in artikel 32 WIB92 te schrappen.¹⁶⁰⁹ In de memorie van toelichting werd gesteld dat de herinvoering van het attractiebeginsel bedoeld was om de dubbele forfaitaire kostenaf trek (eenmaal als werknemer en eenmaal als bedrijfsleider) te vermijden.¹⁶¹⁰ De Belgische Minister van Financiën verklaarde hieromtrent het volgende: *'alhoewel de redactie van artikel 32 na de wijziging die werd aangebracht door het Koninklijk Besluit van 20 december 1996, nog steeds het attractiebeginsel inhoudt, is er daar na diverse commentaren naderhand toch twijfel over gerezen. Op basis daarvan is het niet onwaarschijnlijk dat sommigen dit aangrijpen om hun beloningen als bedrijfsleider zowel fiscaal als parafiscaal te gaan optimaliseren. Zo zouden tweemaal de forfaitaire kosten kunnen worden ingebracht, of het inkomen worden onttrokken aan de sociale zekerheid van de zelfstandigen. Dit is niet de bedoeling geweest van de wetgever'*.¹⁶¹¹ Op die manier ontstond dus een nieuw causaal verband tussen de vergoeding en de uitoefening van het mandaat als bedrijfsleider. De wet zelf kreeg een retroactieve werking tot aanslagjaar 1998.

De visie van de Belgische Minister van Financiën kon verwonderen. Immers, in het verleden had deze duidelijk verklaard dat het attractiebeginsel ingevolge het Volmachtenbesluit was opgeheven. Ook parlementslid OLAERT merkte dit terecht op tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Commissie voor Financiën en begroting. Het parlementslid stelde dat de ware reden voor de herinvoering van het attractiebeginsel een discussie betrof tussen enkele ministers.¹⁶¹² Ook de Raad van State had kritiek op de herinvoering van het attractiebeginsel en stelde dat zonder nauwkeurige uitleg niet kon worden nagegaan of het algemeen rechtsbeginsel dat wetten niet kunnen terugwerken al dan niet was geschonden.¹⁶¹³ Tegen deze retroactieve herinvoering van het attractiebegin-

¹⁶⁰⁷ VAN LAERE, D., 'De invoering van de nieuwe categorie bezoldigingen van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties', *Fiscaal Praktijkboek 1997-98-Directe Belastingen*, p. 50.

¹⁶⁰⁸ VAN DYCK, J., 'Bedrijfsleiders: geen attractiebeginsel meer?', *Fiscoloog* nr. 608, p. 2.

¹⁶⁰⁹ Wet van 4 mei 1999 houdende diverse bepalingen, B.S. 12 juni 1999.

¹⁶¹⁰ *Gedr. St. Senaat* 1998-99, 1949/1, p. 3.

¹⁶¹¹ VANBIERVLIEET, F., 'Over het gedeeltelijk vernietigde (her) ingevoerde attractiebeginsel', *T.F.R.* 204, p. 652.

¹⁶¹² *Gedr. St. Kamer* 1998-99, 1949/1, p. 5-6.

¹⁶¹³ *Gedr. St. Kamer* 1998-99, 1949/1, p. 3-4.

sel werd echter een beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Arbitragehof, thans het Grondwettelijk Hof.¹⁶¹⁴ Als gevolg hiervan heeft het Arbitragehof artikel 32 WIB92 gedeeltelijk buiten werking gesteld met name door te oordelen dat artikel 32 WIB92 niet van toepassing kan zijn op natuurlijke personen die een bezoldigde functie waarnemen in een vennootschap waarin ze bovendien een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of een gelijkaardige functie waarnemen.¹⁶¹⁵ Hierbij is het dus van belang om te weten wanneer een mandaat als kosteloos wordt aanzien. In dat opzicht haal ik het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Leuven aan hetwelk handelde over de toekenning van bezoldigingen die op rekening-courant werden geboekt en vervolgens geneutraliseerd werden door tegenboekingen. De rechtbank was wel degelijk van mening dat het om de uitkering van bezoldigingen ging.¹⁶¹⁶ Het gevolg van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof was dat dergelijke bezoldigingen niet meer als directorsloon maar wel als werknemersloon belastbaar waren. Ook de lagere rechtspraak was deze mening toegedaan.¹⁶¹⁷ Zo oordeelde het hof van beroep van Luik dat er geen reden was om het attractiebeginsel toe te passen op het inkomen als bediende indien de belastingplichtige tevens een kosteloos mandaat als bestuurder in de vennootschap uitoefent.¹⁶¹⁸ Dezelfde visie ging op in de rechtspraak wat betreft de verticale vorm van attractie. Zo werd een aanvullend pensioenkapitaal aan een onbezoldigd bestuurder hetgeen door de rechtbank van eerste aanleg van Gent gekwalificeerd werd als een pensioenkapitaal en niet als een bezoldiging.¹⁶¹⁹ Gevolg gevende aan de rechtspraak van het Grondwettelijke Hof, heeft de Belgische wetgever vervolgens artikel 32 WIB92 aangepast. In artikel 32 WIB92 werd dan ook het volgende lid toegevoegd: *'het eerste lid is evenmin van toepassing op natuurlijke personen die bezoldigde functies uitoefenen in een vennootschap, waarin zij ook onbezoldigd een opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies uitoefenen, mits de inkomsten van onroerende goederen die zij uit diezelfde vennootschap verkrijgen niet voor de in het tweede lid, 3°, bedoelde herkwalificatie tot bezoldiging in aanmerking komen'*.¹⁶²⁰ Inzake legistiek kon deze aanpassing op de nodige kritiek rekenen. Zo stelde GHEYSEN zich de vraag waarom de wetgever gekozen heeft voor een toevoe-

¹⁶¹⁴ Arbitragehof 1 maart 2001, *B.S.* 24 maart 2001

¹⁶¹⁵ VAN DYCK, J., 'Arbitragehof: gedeeltelijke vernietiging attractiebeginsel', *Fiscoloog* nr. 790, p. 1 e.v.

¹⁶¹⁶ Rb. Leuven 5 oktober 2001, *Fiscoloog* nr. 823, p. 4.

¹⁶¹⁷ Zie echter HUYGHE A., 'Het ongrondwettelijk verklaarde attractiebeginsel onder de DBV's', *Fiscoloog Internationaal* 296, p. 1. In deze bijdragen wordt het vonnis van de Rb. Brussel van 16 november 2007 besproken.

¹⁶¹⁸ Luik 19 december 2002, *F.J.F.* 2003/72.

¹⁶¹⁹ Rb. Gent 31 januari 2002, *F.J.F.* 2003/10.

¹⁶²⁰ Van toepassing met ingang van aanslagjaar 2006, *B.S.* 30 december 2005.

Indeling nopens de inkomsten waarop het directors-artikel van toepassing is

ging van een vierde lid aan artikel 32 WIB92 en er niet voor geopteerd heeft om de eerste categorie van bedrijfsleiders te omschrijven als natuurlijke personen die een *bezoldigde* opdracht als bestuurder, zaakvoerder, vereffenaar of gelijksoortige functies uitoefent.¹⁶²¹ Ondertussen heeft de Belgische Minister van Financiën de aanpassing al genuanceerd door te stellen dat het attractiebeginsel wel opnieuw uitwerking heeft wanneer blijkt dat aan een onbezoldigd bestuurder of zaakvoerder toch voordelen van alle aard worden toegekend die verband houden met zijn taak als bedrijfsleider.¹⁶²²

2.2. Op verdragsniveau

De vraag dient zich aan in welke mate het attractiebeginsel – hetgeen in hoofdzaak een Belgisch fenomeen is – doorwerking vindt in belastingverdragen. Eén en ander is relevant voor doeleinden van het directorsartikel in belastingverdragen. Dat de zaak niet helemaal vrij van discussie is, werd ook al opgemerkt door DE JAEGHER. Zij stelde: ‘Since the principal is already controversial in domestic tax law, this is a fortiori the case on a treaty level’.¹⁶²³

In het verleden heeft het Belgische Hof van Cassatie geoordeeld dat het internrechtelijke attractiebeginsel verdragsrechtelijk niet kan doorwerken indien het vergoedingen betreft die wegens de uitoefening van een andere werkzaamheid dan die van director worden bekomen.¹⁶²⁴ Diezelfde mening werd trouwens ook al aangenomen door de OESO.¹⁶²⁵ Maar, voor de vergoedingen die werden uitgekeerd aan een director die niet toegewezen konden worden aan de werkzaamheid in een andere hoedanigheid, paste de Belgische belastingadministratie het attractiebeginsel wel toe zodat ingevolge verticale attractie artikel 16 toepasselijk was.¹⁶²⁶ Dit strookt met het voorbehoud dat België steeds heeft gemaakt bij artikel 16 OESO en zich het recht heeft voorbehouden om het internrechtelijke attractiebeginsel ook in het kader van belastingverdragen toe te passen.

In het verleden heeft het Belgische Hof van Cassatie de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over het *horizontale* attractiebeginsel onder artikel 9(2) van

¹⁶²¹ GHEYSEN, K., ‘Het attractiebeginsel voor bedrijfsleiders: opgepoetst of uitgekleeft?’, *T.F.R.* 316, p. 135 e.v.

¹⁶²² *MvT, Parl. St. Kamer* 2005-2006, nr. 2098/001, 98.

¹⁶²³ DE JAEGHER, C., ‘International Taxation of Directors’ Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours’, 05 *World Tax Journal*. (2013), p. 240.

¹⁶²⁴ Cass. 19 oktober 1989, *F.J.F.* nr. 90/5.

¹⁶²⁵ Com. OESO 16/2.

¹⁶²⁶ PV nr. 125 van 31 december 1986, *Bull. Bel.* Nr. 664, 1982.

het belastingverdrag met Frankrijk, zijnde het equivalent van artikel 16 OESO.¹⁶²⁷ Dit verdragsartikel bepaalt dat vergoedingen die worden verkregen door een director, naargelang de omstandigheden belastbaar zijn volgens het artikel over de zelfstandige arbeid of volgens het werknemersartikel. Een Belgische vennootschap, waarin een Frans inwoner bestuurder was, hield voor dat de vergoeding toegekend aan de bestuurder niet zijn werkzaamheden als bestuurder vergoedde, maar wel commerciële diensten die de bestuurder aan de vennootschap had geleverd. De Belgische vennootschap steunde zich op artikel 9(2) van het belastingverdrag en was er van uitgegaan dat deze vergoeding niet onderworpen was aan de bedrijfsvoorheffing. In cassatie wierp de vennootschap op dat het attractiebeginsel niet kon worden toegepast maar het Hof van Cassatie stelde dat de vergoedingen wel degelijk waren toegekend voor de werkzaamheden die verricht waren als bestuurder in de vennootschap. Echter, de Belgische belastingadministratie heeft in een richtlijn geoordeeld dat horizontale attractie niet doorwerkt in belastingverdragen.¹⁶²⁸ Indien een director van een vennootschap tevens bezoldigingen krijgt voor dagelijkse werkzaamheden, zal er dus een opsplitsing moeten worden gemaakt tussen enerzijds de tantièmes die het mandaat belonen en anderzijds de bezoldigingen die betrekking hebben op de dagelijkse werkzaamheid. Er mag niet uit het oog worden verloren dat het attractiebeginsel natuurlijk toepasselijk blijft indien het Belgisch recht wordt aangeduid als toepasselijk recht. Door sommige auteurs werd er al op gewezen dat de meeste belastingverdragen de toepassing van het horizontale attractiebeginsel ook niet toestaan door de bewoordingen ‘in de hoedanigheid van’ te hanteren.¹⁶²⁹

Wat betreft het *verticale* attractiebeginsel lijkt de Belgische belastingadministratie deze wel toe te passen op verdragsniveau. Dit kan worden afgeleid uit een antwoord op een parlementaire vraag die betrekking had op een pensioen dat werd uitgekeerd aan een Belgische bestuurder uit een Nederlandse vennootschap¹⁶³⁰ alsook uit bepaalde rechtspraak.¹⁶³¹ Toch moet worden opgemerkt dat de meeste staten een dergelijk verticaal attractiebeginsel niet kennen. Dat betekent *in concreto* dat een uitgekeerd pensioen aan een director dan principieel belastbaar zal zijn in de woonstaat van de genietter op basis van het pensioenartikel of op basis van het restartikel. Tevens werd de toepassing van het verticaal

¹⁶²⁷ Cass. 13 februari 1992, *F.J.F.* nr. 92/112.

¹⁶²⁸ Ci. Nr. AFZ/Intern.IB/2002_0026 van 17 december 2002

¹⁶²⁹ TIMMERMAN, I. VASTMANS, S. & WALLYN, T., ‘Het bestuurdersartikel in dubbelbelastingverdragen’, *T.R.V.* 2001, 212.

¹⁶³⁰ PV van 9 januari 1987, *Bull. Bel.* 1987, 1921.

¹⁶³¹ Gent 31 January 2002, *Fisc. Koer.* 2002, 273

attractiebeginsel op verdragsniveau door bepaalde auteurs in vraag gesteld. Zo wordt geoordeeld dat de belastingverdragen in verschillende inkomstencategorieën voorzien en er een hiërarchie is tussen deze verschillende inkomstencategorieën. De toepassing van het attractiebeginsel op verdragsniveau zou deze hiërarchie uithollen.¹⁶³² Ook DE JAEGHER heeft bijvoorbeeld deze visie verdedigd hoewel zij hiervoor geen verdere diepgaande argumentatie geeft.¹⁶³³ Dit argument kan ik niet onderschrijven zoals reeds eerder verklaard. De belastingverdragen voorzien bijvoorbeeld niet in een hiërarchie tussen het pensioenartikel en het directorsartikel.¹⁶³⁴ Eerder heb ik er ook voor gepleit het directorsartikel als een *verticale catch all* te beschouwen. Ik heb in deel 1 van dit onderzoek gesteld dat deze verticale catch all bepaling niet enkel aansluit bij de visie van de Belgische belastingadministratie maar tevens is ingegeven vanuit het feit dat het directorsartikel een onafhankelijk opererend verdragsartikel is waarop het gesloten systeem van artikel 15 geen toepassing vindt.¹⁶³⁵

Dat betekent echter niet dat het attractiebeginsel onverkort moet worden toegepast in verdragssituaties. België heeft namelijk pas in 1992 formeel een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO stellende dat het attractiebeginsel van toepassing is op verdragssituaties. Dit voorbehoud kan derhalve niet in aanmerking worden genomen voor tal van belastingverdragen die werden ondertekend voor 1992. Dit is bovendien expliciet bevestigd in de Belgische rechtspraak.¹⁶³⁶ De problematiek is in grote mate vergelijkbaar met het vraagstuk in welke mate latere aanpassingen aan het OESO-Commentaar kunnen gebruikt worden bij de interpretatie van belastingverdragen die werden afgesloten in een stadium waarbij een eerdere versie van de commentaren nog in voege was.¹⁶³⁷ De visie van EDWARDES-KER is m.i. hierin toonaangevend. Deze auteur stelde het volgende: *'The issue of whether subsequent OECD commentaries can be used to interpret substantially identical terms in earlier tax treaties must be viewed one again at both a public international level and a domestic level. When a tax treaty predates a OECD Commentary, the treaty party states could not have been aware of this future*

¹⁶³² HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 107, p. 32.

¹⁶³³ DE JAEGHER, C., 'International Taxation of Directors' Fees: Article 16 of the OECD Model or How To Reconcile Disagreement among Neighbours, 05 *World Tax Journal*. (2013), p. 241.

¹⁶³⁴ Contra Hoge Raad 22 juli 1988, *B.N.B.* 1989/2, geciteerd in PÖTGENS, F.P.G., 'FPU-uitkering en belastingverdrag', *NtFR Beschouwingen* 2013, p. 19.

¹⁶³⁵ Voor een bijzondere toepassing wordt verwezen naar het belastingverdrag tussen België en Nederland.

¹⁶³⁶ Brussel 2 mei 2001, *Fiscoloog* 213, p. 1.

¹⁶³⁷ BAKER, PH., *'Double Taxation Conventions. A manual on the OECD Model Tax Convention on income and on capital'*, London: Sweet & Maxwell 2001, p. E10 en E11.

commentary when they negotiated this tax treaty. However, as between themselves they can agree to use later commentaries to interpret earlier tax treaties'.¹⁶³⁸ Verdragssluitende staten hebben dus wel de vrijheid een belastingverdrag te interpreteren conform de nieuwe commentaren, een praktijk die trouwens ook in Duitsland bestaat.¹⁶³⁹

3. Het belastingverdrag met Nederland

De meeste belastingverdragen laten omwille van hun bewoordingen de horizontale attractievorm niet toe. Dergelijke belastingverdragen spreken dan ook van 'tantièmes, presentiegelden en andere soortgelijke beloningen verkregen in de hoedanigheid van lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht van een vennootschap'. Indien de director bijgevolg nog werkzaam is in een andere hoedanigheid binnen hetzelfde lichaam, kan het directorsartikel hierop niet van toepassing zijn. Echter, wat betreft het oude belastingverdrag met Nederland, refereert het directorsartikel enkel naar vergoedingen die worden verkregen door een inwoner die lid is van de raad van bestuur of van de raad van toezicht van een vennootschap. De terminologie 'in de hoedanigheid van' ontbrak. Dit belastingverdrag bevatte dus geen hoedanigheidvereiste waardoor men *de facto* zou kunnen bepleiten dat het horizontaal attractiebeginsel doorwerkte binnen het oude belastingverdrag met Nederland.

Ook de Belgische administratieve commentaren stellen dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen verdragen waarin de hoedanigheidvereiste is opgenomen en de andere belastingverdragen waaronder dus het oude belastingverdrag met Nederland.¹⁶⁴⁰ In de Nederlandse rechtsliteratuur gingen er echter stemmen op om binnen het oude belastingverdrag tussen België en Nederland de hoedanigheidvereiste toch toe te passen en derhalve het horizontaal attractiebeginsel af te wijzen.¹⁶⁴¹ Deze visie werd geponereerd nadat het Hof van Amsterdam had gesteld dat wel degelijk een hoedanigheidvereiste diende toegepast te worden.¹⁶⁴² In een latere fase heeft de Hoge Raad deze visie bevestigd.¹⁶⁴³ Bij mijn weten is dit de eerste uitspraak van de Hoge Raad dat een hoedanigheidvereiste insluit binnen het directorsartikel voor wat betreft het oude belastingverdrag met Nederland. VAN SOEST had echter dit hoedanigheidvereiste als

¹⁶³⁸ EDUARDES-KER, M., 'Tax treaty interpretation', Chapter 26, Point 26.04.

¹⁶³⁹ REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, 468.

¹⁶⁴⁰ ComOV 16/17

¹⁶⁴¹ VAN ELDONK, H.E.P.J. & PÖTGENS, F.P.G., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998/1517.

¹⁶⁴² Hof Amsterdam 31 oktober 1995, besproken in *W.F.R.* 1998/1517.

¹⁶⁴³ Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298.

eens opgenomen in zijn conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad van 22 juli 1988.¹⁶⁴⁴ VAN SOEST stelde in zijn conclusie bij dit arrest dan ook het volgende: *'ik zou willen aannemen dat de inkomsten die iemand verkrijgt uit hoofde van zijn hoedanigheid als bestuurder van een vennootschap onder artikel 16 van het verdrag met België vallen'*.

De oude uitspraak van de Hoge Raad werd echter bevestigd door een recentere uitspraak van de Hoge Raad van 1 december 2006.¹⁶⁴⁵ De visie van de Hoge Raad wordt onderschreven door PÖTGENS omdat het attractiebeginsel geen recht doet aan de structuur en de opzet van het betreffende belastingverdrag en evenmin aan de verhouding tussen artikel 15 en 16 van dat verdrag.¹⁶⁴⁶

De visie dat het oude belastingverdrag met Nederland een hoedanigheidsvereiste insloot, kan m.i. niet worden onderschreven. Om die reden dient toepassing gemaakt te worden van het horizontale attractiebeginsel. Artikel 16 van het OESO-Modelverdrag 1963 gebruikt expliciet de bewoordingen *'in his capacity as a member of the board of directors'* en het zijn precies deze bewoordingen die in het oude belastingverdrag met Nederland ontbreken. De commentaren op artikel 16 van het OESO-Modelverdrag die een splitsing van bezoldigingen mogelijk maken, kunnen dus onmogelijk van toepassing zijn op het oude verdrag met Nederland. Immers, het OESO-Modelverdrag uit 1963 bestond al toen het verdrag met Nederland werd gesloten en de verdragsluitende partijen zijn er dus expliciet van afgeweken. Ook de visie van PÖTGENS en VAN ELDONK¹⁶⁴⁷ kan geen navolging krijgen. Zij poneerden dat de tekst van een belastingverdrag niet in isolatie mag worden geïnterpreteerd maar in het licht van het doel en de strekking van het verdrag. Volgens de auteurs behoren tot die context in ieder geval het opzet, structuur en onderlinge samenhang tussen de diverse toewijzingsbepalingen. Een dergelijke 'geïntegreerde' interpretatie zou met zich brengen dat het hoedanigheidsvereiste ook moet worden toegepast indien het niet met zoveel woorden in de tekst van het verdrag is opgenomen. Het moge duidelijk zijn dat ik mij dit onderzoek een voorstander verklaard heb van een 'ruime' interpretatie van belastingverdragen in de zoektocht naar de juiste draagwijdte van termen. Echter, de stelling van beide auteurs veronderstelt m.i. dat er een grote unanimiteit zou bestaan over de hiërarchie van de verdragsnormen. Deze

¹⁶⁴⁴ Hoge Raad 22 juli 1988, *B.N.B.* 1989/2.

¹⁶⁴⁵ Hoge Raad 1 december 2006, *B.N.B.* 2007/77c

¹⁶⁴⁶ PÖTGENS, F., 'De Hoge Raad bevestigt en verduidelijkt het materiële werkgeverschap onder de belastingverdragen HR 1 december 2006', *W.F.R.* 2007/375.

¹⁶⁴⁷ VAN ELDONK, H.E.P.J. en PÖTGENS, F.P.G., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *Weekblad fiscaal recht*, 1998, nr. 6312, p. 1524.

bestaat m.i. tot op vandaag niet. Het is dan ook moeilijk te verdedigen dat een dergelijke structuur van een belastingverdrag tot de context ervan behoort.

Gelet op de duidelijkheid waarmee het oude belastingverdrag met Nederland het horizontale attractiebeginsel insluit, kunnen m.i. noch de eerdere noch de latere versies van het OESO-Modelverdrag hier verandering in brengen. Indien de verdragssluitende staten gewenst hadden dat er toch een hoedanigheidvereiste vervat zou zitten in artikel 16, hadden zij een context kunnen scheppen waarin zij hun consensus kenbaar maakten. Deze context is m.i. nooit duidelijk geworden, laat staan aanvaard. Daarentegen is in het oude belastingverdrag tussen België en Nederland wel duidelijk gesteld dat men m.b.t. het directorsartikel wilde afwijken van het OESO-Modelverdrag. Vanuit Nederlandse hoek werden er echter wel verduidelijkingspogingen ondernomen. Zo onderstreepte de Nederlandse Staatssecretaris in een Resolutie van 20 februari 1990 het belang van een hoedanigheidvereiste.¹⁶⁴⁸ De Staatssecretaris stelde het volgende: *'Het enkele feit dat een directeur van een in Nederland gevestigde vennootschap als (statutair) directeur of commissaris op de loonlijst staat bij een in het buitenland gevestigde vennootschap... nog niet maakt dat hij de van of namens die buitenlandse vennootschap ontvangen vergoeding ook daadwerkelijk geniet uit hoofde van zijn statutaire functie als directeur of commissaris bij die buitenlandse vennootschap. In voorkomende gevallen zal dit naar het zich laat aanzien aan de hand van de inhoud van de onderscheiden functies, alsmede de daadwerkelijk ten behoeve van die functie verrichte werkzaamheden van geval tot geval moeten worden beoordeeld'*.

Het feit dat in het kader van het oude belastingverdrag met Nederland toepassing dient gemaakt te worden van het horizontaal attractiebeginsel, vindt verder nog steun in de Belgische rechtspraak. Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg van Brussel dat op basis van artikel 16 §2, alle inkomsten verkregen door een lid van de raad van bestuur van een Belgische NV uitgesloten zijn van de grensarbeiderregeling en moeten beschouwd worden als bestuurdersbezoldigingen ongeacht of de inkomsten al dan niet verkregen zijn wegens de uitoefening van het mandaat, dan wel wegens een tewerkstelling in dienstverband, en zelfs indien het mandaat onbezoldigd is.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁸ Resolutie van 20 februari 1990, DB 89/6767, Info Bulletin 90/193.

¹⁶⁴⁹ Rb. Brussel 16 november 2007, *Fisc. Int.* nr. 296, p. 1 e.v. De rechtbank sluit zich hiermee aan bij een arrest van het hof van beroep van Brussel dat in een soortgelijke zaak tot een zelfde conclusie kwam; zie Brussel 15 september 1995, *Fisc. Int.* nr. 145, p. 2. Ook de Belgische Minister van Financiën heeft deze interpretatie nadien bevestigd, *Vr. en Antw.*, Kamer 1996-97, 7761 van 27 september 1996.

Het huidige belastingverdrag met Nederland vermeldt thans echter op expliciete wijze dat het van toepassing is op de beloningen ‘*ter zake van*’ de uitoefening van werkzaamheden of een functie als vennootschapsleider. Ook het Belgische Modelverdrag hanteert deze terminologie. Het is dan ook niet langer mogelijk om het horizontale attractiebeginsel toe te passen op artikel 16 van het huidige belastingverdrag met Nederland. Dit doet vragen rijzen naar een eventuele splitsing die moet gemaakt worden tussen de beloningen die verkregen worden in de hoedanigheid van vennootschapsleider en de vergoedingen die in een andere hoedanigheid worden bekomen binnen hetzelfde lichaam. Het is spijtig te noemen dat de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting hierover met geen woord rept. Toch zijn er m.i. aanwijzingen dat zowel de Belgische alsook de Nederlandse belastingadministratie een dergelijke splitsing zullen doorvoeren. Zo is er vooreerst de mededeling van de Nederlandse Staatssecretaris die bevestigd heeft dat het attractiebeginsel niet zal doorwerken wanneer een persoon naast bestuurderswerkzaamheden ook activiteiten verricht als werknemer. De beloningen die worden verkregen in de hoedanigheid van bestuurder, classificeren onder artikel 16 terwijl de beloningen die worden verkregen in de hoedanigheid van werknemer onder artikel 15 vallen.¹⁶⁵⁰ Ook zijn er aanwijzingen omtrent de zienswijze van de Belgische belastingadministratie. In een circulaire van 17 december 2002 heeft de Belgische fiscus namelijk erkend dat het attractiebeginsel niet kan worden toegepast op een aantal recent door België gesloten belastingverdragen en dat een splitsing moet worden gemaakt tussen beloningen in de hoedanigheid van werknemer en in de hoedanigheid van bedrijfsleider. Ook de verticale vorm van attractie kan m.i. niet worden uitgesloten binnen het nieuwe belastingverdrag met Nederland. Dit is namelijk het gevolg van het gegeven dat het directorsartikel gebaseerd is op artikel 32 WIB92. Een vermelding in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting kon m.i. daarom achterwege blijven. De verdragssluitende staten waren dus op de hoogte van het gegeven dat België – in tegenstelling tot de meeste andere landen – een attractiebeginsel heeft en dit door de creatie van een context geïntegreerd werd in het belastingverdrag. De context van het belastingverdrag met Nederland rechtvaardigt dus de toepassing van het verticale attractiebeginsel op verdragsniveau.

4. Tussentijds besluit

Het merendeel van de Belgische belastingverdragen neemt de inkomstencategorie van het OESO-Modelverdrag over. Sommige belastingverdragen stellen

¹⁶⁵⁰ Nota naar aanleiding van het verslag, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 2001-2002, 28 259, nr. 6, p. 40.

expliciet dat het zowel van toepassing is op vaste dan ook op veranderlijke bezoldigingen. In de Belgische doctrine zijn er stemmen opgegaan dat het directorsartikel niet op vaste beloningen van toepassing kan zijn. Deze visie is m.i. correct maar vanuit de primauteit van de bronstaatheffing dient m.i. ook begrepen te worden dat eveneens vaste beloningen onder het directorsartikel vallen. Eén en ander volgt tevens uit het Belgische attractiebeginsel. België heeft namelijk voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO en geponeerd het interne attractiebeginsel steeds te kunnen toepassen op verdragsniveau. De horizontale vorm van attractie zal op verdragsniveau niet worden toegepast. Dat blijkt uit een circulaire van de Belgische belastingdienst. De Belgische belastingdienst past de verticale vorm van attractie wel toe. De filosofie van sommige doctrine dat deze verticale vorm van attractie de hiërarchie tussen de verdragsartikelen in het gedrang brengt, kan m.i. niet worden gevolgd. Immers – zoals reeds in deel I van dit onderzoek verdedigd – moet het directorsartikel in belastingverdragen m.i. uniform aanbeschouwd worden als een ware catch all bepaling waarop het gesloten systeem van belastingverdragen geen toepassing vindt.

Hoofdstuk 9: Voorkomingsmethode

1. Algemeen

Veelal zal de bronstaat – d.i. de staat waar het lichaam is geïncorporeerd¹⁶⁵¹ en waarin het mandaat wordt bekleed – heffingsbevoegdheid toegewezen krijgen voor directorsvergoedingen in Belgische belastingverdragen. Dit is identiek aan artikel 16 OESO. In wat volgt ga ik in op de wijze waarop België voorkoming van dubbele belasting organiseert als de bronstaat heffingsbevoegd is. Welnu, voor niet roerende inkomsten (dus ook de arbeidsinkomsten) hanteert België de vrijstellingsmethode (met progressievoorbehoud). Dat blijkt afdoende uit *ComOV 23/III* alwaar ook het directorsinkomen in wordt vernoemd.

Overeenkomstig het OESO-Modelverdrag bepaalt een groot aantal van de door België gesloten belastingverdragen dat een vrijstelling moet worden toegekend, wanneer het inkomen overeenkomstig het belastingverdrag in de partnerstaat ‘belastbaar’ is (of mag worden belast). Overeenkomstig de circulaire van 6 april 2010¹⁶⁵² zal België het directorsinkomen in dat geval moeten vrijstellen, zelfs indien de bronstaat de door het belastingverdrag toegekende heffingsbevoegdheid niet uitoefent. Het belastingstelsel in de bronstaat is onder deze categorie van belastingverdragen dus van geen tel. De visie van de belastingdienst is daarmee in overeenstemming met de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie verder) alsook met het OESO-Commentaar (zie deel 1).

Andere belastingverdragen poneren dan weer dat het inkomen in de partnerstaat ‘belast’ (of aan belasting onderworpen moet zijn) om vrijstelling in België te kunnen claimen. De reeds genoemde circulaire van 6 april 2010 stelt dat aan deze taxatievoorwaarde is voldaan, indien het inkomen in de bronstaat onderworpen is aan de belastingregeling die er gewoonlijk op van toepassing is. Dit betekent niet dat het inkomen ook effectief moet belast geweest zijn. Zo zal het inkomen nog steeds als ‘belast’ aangezien worden indien (i) de belastbare basis, overeenkomstig de wetgeving van de bronstaat, wordt verminderd of tot nul wordt gereduceerd of; (ii) de belastingwetgeving van de partnerstaat uitdrukkelijk bepaalt dat een inkomstenbestanddeel niet belastbaar is of onder bepaalde voorwaarden wordt vrijgesteld. De interpretatie zoals gebruikt in de genoemde circulaire is volledig in lijn met de invulling van het begrip ‘belast’ in artikel 156 WIB92. Dit wetsartikel ziet voor Belgische doeleinden in een ver-

¹⁶⁵¹ Zie deel 1 van dit onderzoek daarvoor.

¹⁶⁵² Besproken door BOMBEKE, G., ‘Exemption vaut impôt: herbevestigd en gemoduleerd?’, *Fisc. Int.* 315, p. 4 e.v.; Circulaire AFZ nr. 4/2010 van 6 april 2010.

laagd tarief in de personenbelasting voor de in het buitenland behaalde en belaste inkomsten. Dit is algemeen gekend onder het adagium 'exemption vaut impôt'.¹⁶⁵³

Een derde categorie van belastingverdragen betreft die categorie op grond waarvan België vrijstelling moet verlenen, indien het inkomen *daadwerkelijk is belast* geworden in de bronstaat of belast is in de bronstaat en de verdragspartijen uitdrukkelijk hebben bepaald dat dit zodanig moet worden begrepen dat deze inkomsten daadwerkelijk zijn belast. Dit is met name het geval voor het belastingverdrag met Hong Kong en San Marino. Ook het belastingverdrag met Nederland zou tot deze derde categorie behoren, althans volgens de visie van de Belgische belastingdienst. De Belgische belastingdienst zou zich voor dit standpunt baseren op hetgeen te lezen staat in de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting bij het belastingverdrag, meer bepaald de toelichting bij het restartikel waar ook de notie 'belast' wordt gebruikt.¹⁶⁵⁴ Deze zienswijze botste reeds op heel wat kritiek bij bepaalde auteurs.¹⁶⁵⁵ Deze kritiek is m.i. terecht. Zo verwijst de Belgische belastingdienst naar commentaren op het restartikel voor de invulling van de term 'belast'. In deze commentaren staat te lezen dat een inkomstenbestanddeel als belast wordt aanzien, indien het daadwerkelijk wordt begrepen in de grondslag waarnaar de belasting wordt geheven, dus zonder dat daarvoor een objectieve vrijstelling wordt verleend. Maar, uit niets blijkt dat de definiëring van de term in artikel 21 van het belastingverdrag met Nederland eveneens toepasselijk verklaard dient te worden op artikel 23 van het verdrag. Uit de nalezing van de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting, blijkt niet dat de verdragspartijen dit gewenst hebben. Ook moet gesteld worden dat de circulaire van 11 mei 2006 helemaal niet behoort tot de context van het belastingverdrag. Door de extrapolatie van de definiëring van het begrip 'belast' in het restartikel naar artikel 23, schendt de Belgische belastingdienst het adagium *pacta sunt servanda*. Het gegeven dat het internationaal recht met rechtstreekse werking voorgaat op het nationale recht is al geruime tijd een vaststaande in de Belgische rechtspraak. Uit niets blijkt verder dat België zijn notificatieverplichting is nagekomen. België heeft m.i. op geen enkele manier de circulaire kenbaar gemaakt aan Nederland om alzo te pogen een nieuw verdragsevenwicht pogen te

¹⁶⁵³ Deze leer houdt in dat een inkomen als belast moet worden beschouwd indien het de normale aanslagregeling heeft ondergaan die in de bronstaat op dat inkomen van toepassing is, zelfs indien deze aanslagregeling bestaat uit een uitdrukkelijke vrijstelling.

¹⁶⁵⁴ Circulaire van 11 mei 2006

¹⁶⁵⁵ HEYVAERT, W., 'Artikel 23: wijze waarop dubbele belasting wordt vermeden', in B. PEETERS (ed.) *Het Belgisch-Nederlands dubbelbelastingverdrag. Een artikelsgewijze bespreking*, Gent, Larcier, 2008, 632 e.v.

bereiken. Nochtans is een dergelijke notificatieverplichting opgelegd door het belastingverdrag.

Eveneens kan vastgesteld worden dat de visie van de Belgische belastingdienst niet in overeenstemming is met het zgn. SIDRO-arrest van het Hof van Cassatie.¹⁶⁵⁶ Hierin werd geoordeeld dat aan de internrechtelijke voorwaarde van ‘belast in het buitenland’ ook is voldaan indien de de buitenlandse inkomsten in hun staat van oorsprong in principe belastbaar zijn maar krachtens het fiscaal recht van die staat mogen worden vrijgesteld. In het verleden heerste er controverse over het feit of het SIDRO-arrest ook kon worden toegepast op alle belastingverdragen die de term ‘belast’ hanteren. DE BROE stelde zich echter op als dissident en poneerde dat het adagium exemption vaut impôt, geen toepassing kan vinden op dergelijke afwijkende belastingverdragen.¹⁶⁵⁷ Hiervoor steunde de auteur zich op een arrest van het hof van beroep hetwelk zich niet conformeerde aan het SIDRO-arrest. Verder beargumenteerde deze auteur zijn standpunt door middel van de interpretatietechnieken van belastingverdragen. Wanneer België in het voorkomingsartikel heeft onderhandeld dat het afwijkt van het OESO-Modelverdrag, moet daaruit noodzakelijk worden afgeleid dat het de wil van de verdragspartijen was om de vrijstelling met progressievoorbehoud slechts toe te passen op voorwaarde dat het buitenlands inkomen in de bronstaat effectief aan belasting onderworpen is geweest.

Echter, sedert de circulaire van 11 mei 2006 weten we dat de Belgische belastingdienst de term ‘belast’ op dezelfde wijze zal hanteren als in het kader van artikel 156 WIB92. Dat betekent dat voor Belgische doeleinden het begrip zodanig moet worden geïnterpreteerd dat een inkomen als zijnde belast mag worden beschouwd, niet enkel indien een belasting werkelijk door de belastingplichtige werd gedragen. Ook wanneer een afwezigheid van belastingheffing zijn oorzaak vindt in een uitdrukkelijke bepaling van de belastingwetgeving van het partnerland, is de voorwaarde van belast voldaan.

In het Belgische Modelverdrag is de ‘exemption vaut impôt’ doctrine echter expliciet uitgeschakeld, althans voor natuurlijke personen. Het Modelverdrag stipuleert dat, indien een inwoner van België inkomsten verkrijgt (niet zijnde dividenden, interesten, royalty’s) die in de bronstaat conform het verdrag zijn belast, België deze inkomsten vrijstelt. Maar, indien die inwoner een natuurlijk

¹⁶⁵⁶ Cass. 15 september 1970, *Bull. Bel.* 489, 1679.

¹⁶⁵⁷ Voor een overzicht: DE BROE, L., VAN BORTEL, D. en MURRE, D., ‘Kroniek Internationaal Belastingrecht 2012’, *TRV* 2013, 250.

persoon is, moet België deze inkomsten alleen maar vrijstellen voor zover ze effectief in de bronstaat belast zijn.¹⁶⁵⁸ Artikel 5 van het bijhorend Protocol stelt vervolgens dat een inkomstenbestanddeel effectief belast is in de bronstaat, wanneer het in die staat aan belasting is onderworpen en als dusdanig geen belastingvrijstelling geniet. In de andere gevallen, m.a.w. als het geen inkomen van natuurlijke personen betreft, gaat het Belgische Modelverdrag er nog steeds van uit dat de term 'belast' volgens intern Belgisch recht moet worden geïnterpreteerd, m.a.w. volgens de exemption vaut impôt-leer. In artikel 6 van het protocol staat genoteerd dat een inkomstenbestanddeel voor de toepassing van de voorkomingsmethode 'belast' is in de bronstaat, wanneer het aldaar onderworpen is aan het belastingstelsel dat normaal op dat inkomstenbestanddeel van toepassing is overeenkomstig de wetgeving van de bronstaat.

De Belgische rechtspraak is echter verdeeld over de al dan niet toepassing van de exemption vaut impôt-leer. Zo vernoem ik vooreerst een recenter arrest van de rechtbank van eerste aanleg van Bergen.¹⁶⁵⁹ Dit vonnis heeft een duidelijk probleem met de genoemde leer en stelt dat de term 'belast', zoals deze voorkomt in het belastingverdrag tussen België en Litouwen, in de regel moet worden begrepen als 'effectief belast', m.a.w., wanneer een belastingverdrag erin voorziet dat België de inkomsten moet vrijstellen als zij belast zijn in de bronstaat, moet België slechts vrijstelling verlenen indien de betrokken inkomsten effectief in de bronstaat zijn belast. Hierbij stelt de rechtbank dat zij resoluut kiest voor een autonome verdragsrechtelijke interpretatie. Als de verdragspartijen afwijken van de standaardtekst van artikel 23A OESO (dat spreekt van 'mogen worden belast'), moet men aannemen dat de partijen de bedoeling hebben gehad om dubbele vrijstelling te vermijden. Nochtans is deze visie in strijd met eerder gepubliceerde arresten van het hof van beroep van Brussel. In twee arresten bevestigde dit hof namelijk op uitdrukkelijke wijze de exemption vaut impôt-leer.¹⁶⁶⁰ Het hof van beroep van Bergen¹⁶⁶¹ verbrak echter de visie van de rechtbank van Bergen en paste opnieuw de exemption vaut impôt theorie toe.

2. Relevantie voor directeursartikel

Er heerst dus heel wat verwarring over de juiste draagwijdte van de 'exemption vaut impôt'-leer in België. Dat kan problematisch zijn voor doeleinden van het

¹⁶⁵⁸ Artikel 22 §2 a Belgisch Modelverdrag

¹⁶⁵⁹ Rb. Bergen 11 september 2013, besproken door VAN KEIRSBILCK, M., 'Exemption vaut impôt: is toch effectieve belasting vereist?', *Fisc. Int.* 359, p. 1.

¹⁶⁶⁰ Brussel 7 december 2011 en Brussel 14 maart 2012.

¹⁶⁶¹ Bergen 3 juni 2015

directorsartikel. Immers, als er geen duidelijkheid bestaat over de interpretatie van de voorkomingsmethode m.b.t. directors fees, kan dubbele belasting ontstaan. Daarbij komt nog eens dat belastingverdragen die niet gefundeerd zijn op het Belgische Modelverdrag, en het begrip 'belast zijn' niet omschrijven, er eveneens onduidelijkheid blijft bestaan.

In ben dan ook van mening dat er een eenvormige invulling moet komen van de Belgische voorkomingsmethode, minstens voor doeleinden van het directorsartikel. Hierbij zou ik naar voren willen schuiven om een OESO-gerelateerde interpretatie te geven aan het begrip. Immers, het Belgische Modelverdrag wijkt hiervan af maar schept een complexe situatie door een onderscheid te maken tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Tevens wordt de visie van het Belgisch Modelverdrag niet overal gevolgd. Vanuit dat opzicht is het m.i. aangewezen dat België opnieuw aansluiting zou vinden bij het SIDRO-arrest van het Hof van Cassatie en dit eenvormig zou inschrijven in haar Modelverdrag.

Hoofdstuk 10: Algemeen besluit mb.t. deel I

Sinds de invoering van het Volmachtenbesluit van 20 december 1996 is het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen in België afgeschaft. Sommige belastingverdragen hanteren echter nog het begrip ‘vennootschap op aandelen’. Dit is met name ook het geval voor het Belgische Modelverdrag. Ook de Belgische belastingdienst blijft het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen aanhangen. Hierdoor wijkt België af van artikel 16 OESO aangezien dit verdragsartikel spreekt van een ‘company’ hetgeen in artikel 3, 1, b OESO wordt gedefinieerd als ‘any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes’.

Nochtans zorgt het hanteren van het begrip ‘vennootschap op aandelen’ voor heel wat interpretatieproblemen. Om deze interpretatievraagstukken te vermijden, is het aangewezen dat België een uniforme invulling zou geven aan het begrip ‘vennootschap’. De invulling van dit begrip kan m.i. niet gelijk lopen met de invulling die het OESO-Modelverdrag aan dit begrip geeft. Immers, indien de OESO-definitie weerhouden zou worden, is m.i. het onderscheid niet duidelijk tussen mandaten die worden uitgeoefend in publieke overheden enerzijds en in private lichamen anderzijds. Uit artikel 18.3° Belgische Modelverdrag blijkt namelijk dat de bepalingen van artikel 14, 15, 16 en 17 van toepassing zijn op lonen, salarissen, pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald ter zake van diensten bewezen in het kader van een bedrijf uitgeoefend door een overeenkomstsluitende staat of een staatkundig onderdeel of plaatselijke gemeenschap daarvan. De criteria om te kunnen spreken van een ‘bedrijf’ dienen m.i. overgenomen te worden uit hoofdstuk 1 van dit onderzoek. Dit kan m.i. formeel *optimaliter* gebeuren door in artikel 15 van het Belgische Modelverdrag aan te duiden dat het begrip ‘vennootschap’ wordt bekeken in de fiscale zin van artikel 2 §1, 5° WIB92.

Rechtspersoonlijkheid kan een belangrijk gegeven zijn om onder het directors-artikel te vallen. Wat betreft partnerships, heeft de Belgische belastingdienst steeds de *lex societatis*-leer verdedigd. Echter, het Belgische Modelverdrag gaat in artikel 1 §2 niet het vennootschapsrechtelijk karakter van de partnership als doorslaggevend beschouwen maar wel het fiscale transparante karakter ervan. Het Belgische Modelverdrag is dan wel in lijn met het OESO Partnership Rapport maar strookt niet met de klassieke Belgische visie. Om redenen aangehaald in deel 1 dient m.i. aansluiting gezocht te worden bij de *lex societatis* leer.

Op 5 juni 2001 hebben België en Nederland een (nieuw) belastingverdrag ondertekend. Bij dit belastingverdrag hoort een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting. Deze toelichting behoort m.i. tot de zgn. natuurlijke context van het belastingverdrag. In deze toelichting staat duidelijk vermeld dat artikel 16 van het verdrag gesteund is op het Belgische bedrijfsleiderartikel zoals vervat in artikel 32 Wetboek van Inkomstenbelastingen (WIB92). Dit betekent dat de Belgische invulling van artikel 32 WIB92 doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag, weliswaar tot en met aan de ondertekening van het verdrag en in de mate dat het verdragsartikel op de relevante passages steunt. Er anders over denken zou een *treaty override* uitmaken. Om die reden is er m.i. een bijzondere notificatieverplichting vervat in artikel 16 van het verdrag. België zal alle fundamentele wijzigingen in wetgeving, rechtspraak en de visie van de belastingdienst dienen door te geven aan Nederland. Op die manier kan een nieuwe bilaterale context worden gezocht. Het gegeven dat artikel 16 van het belastingverdrag geëffend is op artikel 32 WIB92, heeft gevolgen voor de rechtsvormen die beoogd worden in dit verdragsartikel. Immers, de Belgische Minister van Financiën heeft verklaard dat enkel vennootschappen worden beoogd in artikel 32 WIB92. M.i. kan België dan ook geen aansluiting vinden bij het OESO-Modelverdrag om invulling te geven aan het begrip ‘vennootschap’. Artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland verwijst m.i. dan ook enkel naar vennootschappen in de fiscale zin van artikel 2, §1 5°, a WIB92. Een oplossing zou erin kunnen bestaan dat de Belgische regelgever zich aansluit bij het in dit onderzoek voorgestelde model verdragsartikel voor doeleinden van artikel 16 OESO, zoals door mij geformuleerd. Ik moet dan ook besluiten dat België afwijkt van het OESO-Modelverdrag teneinde halsstarrig te kunnen blijven volhouden aan het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen. Dit is echter niet noodzakelijk, m.i. zelfs foutief. Een interpretatie van het begrip vennootschap – zoals door mij eerder voorgesteld – geeft een oplossing. Dat de Belgische verdragsregelgever hier reeds dichter tegen aanleunt dan gedacht, kan blijken uit de context van het nieuwe belastingverdrag met Nederland. In dit verdrag worden namelijk enkel vennootschappen met een winsttoegmerk beoogd.

In de literatuur zijn er twee visies terug te vinden over het toepassingsgebied van het directorsartikel in belastingverdragen. Men kan een ruime en een enge visie terugvinden. In een ruime visie worden de mandatarissen van artikel 32 WIB92 beoogd, alsook soortgelijke functies, personen die een leidende functie van dagelijks bestuur bekleden, van commerciële, technische of financiële aard en dit buiten een arbeidsovereenkomst. De Belgische belastingdienst is steeds

een voorstander geweest om deze ruime visie toe te passen op het directorsartikel in belastingverdragen en heeft eveneens steeds een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO om een dergelijke ruime toepassing aan het verdragsartikel te geven. Dit heeft er o.m. toe geleid dat posities van dagelijks bestuur onder het directorsartikel worden gebracht. Dit kan m.i. niet zonder meer het geval zijn indien de positie van dagelijks bestuur geenszins als top level management functie is te bekleden en het vennootschapsbelang wordt gediend. Omdat het nog steeds moeilijk aan te tonen is welke personen onder artikel 32 WIB92, is het m.i. aangewezen dat België afstand zou doen van haar ruime visie en opnieuw aansluiting zoekt bij een enge visie op artikel 16 OESO. De visie van de Belgische Minister van Financiën – die poneert dat het begrip ‘bestuurder’ voor doeleinden van artikel 32 WIB92 een eigen fiscale betekenis heeft die afwijkt van het vennootschapsrecht – kan dan geen doorgang vinden op verdragsniveau.

Het belastingverdrag met Nederland kent een formeel en een materieel criterium voor de vennootschapsmandatarissen die beoogd worden in het directorsartikel. Onder het oude belastingverdrag daarentegen werd een formeel criterium gevolgd. Omdat artikel 32 WIB92 model heeft gestaan voor het directorsartikel in het verdrag met Nederland, worden Belgische termen gebruikt. Dat is met name het geval voor het begrip ‘zaakvoerder’. Nederland mag in dergelijke omstandigheden geen eigen invulling geven aan dit begrip. Dit zou in strijd zijn met de context van het belastingverdrag. Welke personen begrepen dienen te worden onder de vennootschapsleiders van de tweede categorie, is ook al niet duidelijk. Tevens is de vereiste dat deze personen ‘buiten een dienstbetrekking’ werkzaam moeten zijn, ongelukkig gekozen. Niet alleen is het onduidelijk wat begrepen dient te worden onder ‘dienstbetrekking’ en naar welk recht kan verwezen worden om het begrip in te vullen in de zin van artikel 3 §2 van het belastingverdrag. Tevens is het criterium van de gezagsverhouding niet doorslaggevend voor een vennootschapsmandataris om onder het directorsartikel te vallen. Integendeel, het gaat erom in welke mate het vennootschapsbelang al dan niet wordt gediend. De overname van de bewoordingen zoals geformuleerd in deel 1 van dit proefschrift – zijnde een verwijzing naar de categorie *official in a top level managerial position of a company* – is een oplossing om te verduidelijken welke posities onder het directorsartikel vallen. Deze overname is eveneens een oplossing voor de onduidelijke categorie van vennootschapsleiders van de derde categorie van dewelke het bijzonder onduidelijk is wie daaronder ressorteert. Wat betreft de rechtspersonen-mandatarissen dient geconcludeerd te worden dat deze *de facto* niet onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland val-

len. Immers, artikel 16 van het verdrag is gebaseerd op artikel 32 WIB92 dewelke enkel natuurlijke personen beoogt. Nochtans is het wenselijk dat de verdragspartijen zouden verduidelijken dat rechtspersonen wel onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen.

De twijfelachtigheid waarmee het directorsartikel in het verdrag met Nederland is opgesteld, blijkt ook uit de redactie van artikel 16 §4. Dit verdragsartikel stipuleert *de facto* dat het vaste inrichtingvraagstuk niet aan de orde is voor vennootschapsmandatarissen van de eerste categorie. Dit toont afdoende aan dat de regelgever het vaste inrichtingvraagstuk niet wenselijk geacht heeft op vennootschapsmandatarissen.

Nederland kent de zgn. positie van de directeur grootaandeelhouder (DGA). Vanuit Nederlands perspectief zal de DGA vrijwel altijd kwalificeren onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland. Voor Belgische doeleinden zal een DGA eveneens onder artikel 16 ressorteren. Nochtans zijn er kritische stemmen opgegaan dewelke zich afgevraagd hebben of artikel 16 OESO niet afgeschaft kan worden en de DGA dan onder artikel 15 OESO kan vallen? Een DGA kan m.i. niet onder gezag van een vennootschapinstantie vallen, ook al weerhoudt Nederland daaromtrent een formele gezagsverhouding. Bovendien doet de DGA aan strategiebepaling en dient hij het vennootschapsbelang. Om die reden dient de DGA te blijven ressorteren onder artikel 16 DBV.

Het merendeel van de Belgische belastingverdragen, neemt de inkomstencategorie van het OESO-Modelverdrag over. Sommige belastingverdragen stellen expliciet dat het zowel van toepassing is op vaste dan ook op veranderlijke bezoldigingen. In bepaalde Belgische doctrine zijn er stemmen opgegaan dat het directorsartikel niet op vaste beloningen van toepassing kan zijn. Deze visie is m.i. correct maar vanuit de primauteit van de bronstaatheffing dient m.i. ook begrepen te worden dat eveneens vaste beloningen onder het bestuurdersartikel vallen. Eén en ander volgt tevens uit het Belgische attractiebeginsel. België heeft namelijk voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO en geponeerd het interne attractiebeginsel steeds te kunnen toepassen op verdragsniveau. De horizontale vorm van attractie zal op verdragsniveau niet worden toegepast. Dat blijkt uit een circulaire van de Belgische belastingdienst. De Belgische belastingdienst past de verticale vorm van attractie wel toe. De filosofie van sommige doctrine dat deze verticale vorm van attractie de hiërarchie tussen de verdragsartikelen in het gedrang brengt, kan m.i. niet worden gevolgd. Immers, het directorsartikel in belastingverdragen dient m.i. uniform aanzien te worden als een ware catch

all bepaling waarop het gesloten systeem van belastingverdragen geen toepassing vindt.

Er heerst thans heel wat verwarring in België over de juiste draagwijdte van de 'exemption vaut impôt'-leer. Het OESO-Modelverdrag bepaalt duidelijk andere zaken dan het Belgische Modelverdrag. Bovendien is de rechtspraak ook nog eens verdeeld. Daarbij komt nog eens dat belastingverdragen die niet gefundeerd zijn op het Belgische Modelverdrag, en het begrip 'belast zijn' niet omschrijven, er eveneens onduidelijkheid blijft bestaan. In ben dan ook van mening dat er een eenvormige invulling moet komen van de Belgische voorkomingsmethode, minstens voor doeleinden van het directorsartikel. Hierbij zou ik naar voren willen schuiven om een OESO-gerelateerde interpretatie te geven aan het begrip. Immers, het Belgische Modelverdrag wijkt hiervan af maar schept een complexe situatie door een onderscheid te maken tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Tevens wordt de visie van het Belgische Modelverdrag niet overal gevolgd. Vanuit dat opzicht is het m.i. aangewezen dat België – minstens voor doeleinden van het directorsartikel – opnieuw aansluiting zou vinden bij het SIDRO-arrest van het Hof van Cassatie en dit eenvormig zou inschrijven in haar Modelverdrag.

Hoofdstuk 11: Algemene besluiten en aanbevelingen

In dit onderzoek heb ik een algemene probleemstelling opgeworpen. Deze stelt zich de vraag of er een rechtvaardiging is voor een specifiek directorsartikel in het OESO-Modelverdrag, en zo ja hoe dan de heffingsbevoegdheid zou moeten worden verdeeld en welke rechtvaardiging er is voor België om daar een bijzondere invulling aan te geven? Daarnaast heeft een onderzoek plaatsgevonden naar de vormgeving van de onderscheiden elementen van artikel 16 OESO gelet op de uitgangspunten van de toewijzingsregel.

Het onderzoek is *de facto* ingedeeld in een aantal vraagstukken. Teneinde deze vraagstukken te beantwoorden, heb ik een bijzonder opzet en een aantal toetsingscriteria naar voren geschoven. Deze toetsingscriteria zijn de algemene internationale inpasbaarheid, de uitvoeringstechnische werkbaarheid, tendensen in het leerstuk van de corporate governance en finaal een toetsing aan het EU-recht voor bepaalde onderdelen.

1. Besluiten m.b.t. deel 1 van het onderzoek

In het eerste hoofdstuk van deel 1, heb ik de ratio legis van artikel 16 OESO onderzocht en de daarmee samenhangende toewijzingsregel van heffingsbevoegdheid over directors' fees. De ratio legis van artikel 16 OESO is duidelijk verwoord. Het OESO-Commentaar omschrijft dit als volgt: *'Since it might sometimes be difficult to ascertain where the services are performed, the provision treats the services as performed in the state of residence of the company'*. Een historische analyse van artikel 16 OESO leert dus dat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid aan de vestigingsstaat van het lichaam gemotiveerd wordt vanuit de gedachte dat het soms moeilijk te achterhalen is waar een non-executive director zijn activiteiten ontplooit. De vraag rees of het vandaag de dag nog steeds moeilijk vast te stellen is waar non-executive directors hun activiteiten uitoefenen? Ik heb deze onderzoeksvraag positief beantwoord. De trend naar verdere internationalisering van mandaten en de digitalisering van boardmeetings, brengt m.i. met zich dat de ratio legis van artikel 16 OESO nog steeds actueel is. Dit geldt evenzeer voor mkb's aangezien binnen deze categorie o.a. steeds meer beroep wordt gedaan op internationale onafhankelijke directors.

Artikel 16 OESO gaat er historisch van uit dat het enkel toepasbaar is op *non-executive* directors. Dat leid ik af uit het woordgebruik 'fee' dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO en waaruit m.i. tevens aangegeven werd dat een verdragautonome interpretatie moet gehanteerd worden. De OESO gaat er bijgevolg blijk-

baar van uit dat het voor *executive* directors niet moeilijk is om te achterhalen wij zij hun activiteiten ontplooiën. Een voorbeeld daarvan vind ik in artikel 4 (3) OESO hetgeen doorheen de geschiedenis van de belastingverdragen voor tal van discussies heeft gezorgd. De gedachte dat het makkelijker is om vast te stellen waar executive directors hun activiteiten uitoefenen, bleek dus naïef te zijn en recente aanpassingen aan het OESO-Commentaar bevestigen dit door in te spelen op de nieuwe tendens in het kader van het BEPS Action Plan om in het kader van de tie breaker te stellen dat de bevoegde autoriteiten bij wijze van een mutual agreement zullen bepalen waar een lichaam inwoner is. Deze zienswijze is geenszins nieuw en dook voor het eerst op in de Update 2008 van het OESO-Commentaar. Deze visie is niet verrassend aangezien de OESO – zoals gesteld – veel geworsteld heeft met de tie breaker uit artikel 4 (3) OESO. Uit de geschiedenis van artikel 4(3) OESO kan men namelijk leren dat het vooreerst zeer onduidelijk is wat precies ressorteert onder het begrip ‘place of effective management’. Voorts gaat het om de plaats waar de leiding door deze persoon wordt *uitgeoefend*, een criterium dat niet meteen makkelijk invulbaar is. Het gaat niet enkel om de leiding van de dagelijkse gang van zaken, het bestuur zal ook plannen maken voor de toekomst, strategie bepalen en beleid uitstippelen. Precies de lokalisatie van deze ‘uitoefening’ van een leidinggevende taak is m.i. moeilijk vast te stellen.

Als we de ratio legis van artikel 16 OESO in gedachten houden, is het m.i. gerechtvaardigd om daarom ook *de lege ferenda executive* directors onder artikel 16 OESO te plaatsen. Deze executive directors vormen in deze context de groep van de bestuurders maar ook een categorie van top level managers. Het kan daarentegen niet de bedoeling zijn om iedereen die een managementpositie heeft in een lichaam, onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Het begrip ‘manager’ is overigens niet eensluidend in te vullen en de inhoud ervan verschilt van staat tot staat. Om die reden ben ik op zoek gegaan naar cruciale criteria om managers van top level managers te onderscheiden. In hoofdde heb ik twee criteria opgeworpen. Deze criteria zijn de strategiebepaling en het dienen van het vennootschapsbelang. Op basis van de positieve verschijningsvormen van het vennootschapsbelang, concludeer ik dat niet alleen de commissaris of bestuurder aan dit laatste criterium onderworpen is. Ook de top level managers zijn aan dit vennootschapsbelang onderworpen. Precies dit vennootschapsbelang onderscheidt de top level manager van andere managers binnen een lichaam zodat het gerechtvaardigd is deze categorie van directors tevens onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Finaal zal het in hoofdzaak meestal de CEO, managing director, etc zijn die onder het begrip ‘top

level manager' ressorteert. Veelal zijn deze personen al 'member of the board of directors'.

Ik pleit aldus voor een beperkt extensieve interpretatie van het begrip 'director'. Het gaat dan om een autonome interpretatie. Er kan hierbij geen plaats meer zijn voor de toepassing van artikel 3(2) OESO voor de invulling van het begrip, een nationale invulling van het begrip hetwelk (potentieel) aanleiding geeft tot dubbele belasting (of hiertoe aanleiding kan geven). Ik ben dan ook van mening dat artikel 16 OESO in zijn huidige vormgeving niet langer uitvoeringstechnisch werkbaar is. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO geherdefinieerd moet worden vanuit een uitvoeringstechnisch oogmerk waarbij de bestuurders en top level managers worden geïntegreerd in het toepassingsgebied van het verdragsartikel. Voor een weergave van het begrip 'top level management' in artikel 16 OESO kan teruggrepen worden naar artikel 16§2 Modelverdrag van de Verenigde Naties. Het gaat dus om personen die mee de hoofdleiding van een lichaam ter harte nemen. Personen die mee kernbeslissingen nemen met betrekking tot investeringen en financieringen, diegenen die de eerste stap zetten in de keten van het geven van instructies aan de binnen het lichaam werkzame personen en diegenen die eindverantwoordelijkheid opnemen. Ik besluit dan ook dat artikel 16 OESO actueel inzetbaar moet zijn, niet enkel voor non executive directors maar eveneens voor executive directors.

Uit wat hierboven werd uiteengezet blijkt dat de ratio legis binnen artikel 16 OESO een belangrijke motivatie is om de heffingsbevoegdheid alzo toe te wijzen. De heffingsbevoegdheid wordt historisch toegewezen aan de vestigingsstaat van het lichaam waarin het mandaat als director wordt uitgeoefend. De twee alternatieven zijn de toewijzing aan de werkstaat en aan de woonstaat waarvoor dus niet werd geopteerd in de huidige vormgeving van artikel 16 OESO. Ik heb onderzocht in welke mate deze keuze uitvoeringstechnisch of vanuit een internationale inzetbaarheid de beste keuze van de OESO is geweest. Ik kan deze onderzoeksvraag bevestigend beantwoorden. In dit onderzoek heb ik de heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO namelijk tegen het licht gehouden van belangrijke principes binnen het internationaal belastingrecht m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid, wetende het source principle, het threshold principle, het base erosion principle en het enforcement principle. Binnen het threshold principle werd voornamelijk de introductie van twee potentiële thresholds geanalyseerd, wetende fysieke aanwezigheid (zoals bijvoorbeeld vervat in artikel 15 OESO hetwelk handelt over niet zelfstandige arbeid) en een vaste basis (zoals destijds vervat in artikel 14 OESO) of vaste inrichting. De introductie van

een criterium m.b.t. fysieke aanwezigheid binnen artikel 16 OESO-hetwelk een detacheringsgedachte binnen artikel 16 OESO zou kunnen rechtvaardigen - werd door mij afgewezen. Een dergelijke threshold is m.i. niet wenselijk aangezien het vooreerst niet steeds duidelijk is waar een director zijn activiteiten ontplooit zodat een detacheringgedachte in artikel 16 OESO moeilijk praktisch hanteerbaar is. Ook strekken werkzaamheden van directors zich vaak uit over concernonderdelen zodat de toerekening van de inkomsten aan de werkstaat niet voor de hand liggend is. Desgevallend zou men de mening kunnen toegedaan zijn dat deze argumentatie ook opgaat voor werknemers. Echter, er is een duidelijk verschil in de detacheringopdracht van directors en werknemers. Een director wordt vaak kortstondig gedetacheerd om opdrachten te vervullen. De juridische taak van een director is eveneens anders dan deze dewelke werknemers uitoefenen en wordt sloganesk wel eens een 'monitoringfunctie' genoemd of ook nog een 'oversight function'. Deze opdracht bestaat erin er voor te zorgen dat het management de zaken van het lichaam beheert en correcties doorvoert waar nodig. Deze taak is duidelijk onderscheiden van een taak die uitgeoefend wordt door een 'gewoon' manager. De introductie van een criterium luidende dat fysieke aanwezigheid moet toegekend worden aan de uitvoering van dergelijke taken, is m.i. zeer moeilijk. De kortstondige buitenlandse verblijven van directors rechtvaardigen m.i. niet de territoriale rattachering (aantrekking van heffingbevoegdheid) in de werkstaat. De prestaties die een director in een werkstaat vervult, zullen vaak effect ressorteren in de vestigingsstaat van het lichaam waarin hij het mandaat bekleedt of als een uitvloeisel beschouwd worden van diens taak als director bij het moederbedrijf. Hiervoor baseer ik mij o.a. op de Tokyo-doctrine dewelke ik onderschrijf.

Tevens acht ik de introductie van een threshold die gelinkt is aan het begrip 'vaste basis' of vaste inrichting binnen artikel 14 OESO, c.q. artikel 7 OESO evenmin wenselijk. Daartoe ontbreekt m.i. economische nexus voor wat betreft non-executive directors die slechts enkele keren per jaar een boardmeeting bijwonen (in de veronderstelling dat de boardmeeting niet plaatsgrijpt op de zetel van het lichaam). Evenzeer is het *in globo* bijzonder onduidelijk hoe het begrip 'vaste basis' moet geïnterpreteerd worden. Dat is tevens ook een reden die aanleiding heeft gegeven tot het opzeggen van artikel 14 OESO in 2000.

Zoals gesteld heb ik de keuze voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO afgetoetst aan een aantal principes. Toewijzing van heffingsbevoegdheid op basis van het *base erosion principle* stuit vanuit dat opzicht m.i. af op bezwaren gelet op het fenomeen dat de schuldenaar van de vergoe-

dingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO en niet alle staten voorzien in de fiscale aftrekbaarheid voor de uitbetaling van directors' fees. Een letterlijke lezing van artikel 16 OESO laat trouwens niet toe om relevantie toe te wijzen aan de schuldenaar van de vergoedingen ook al kennen bepaalde instanties daar wel waarde aan.

Het source principle is m.i. het enige doorslaggevende criterium voor toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO. In een verdeling van heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees vanuit een source principle, dient wel eerst de identiteit van de bronstaat benoemd te zijn. Vanuit een source-gedachte kan dit zowel de vestigingsstaat van het lichaam zijn waarin het mandaat wordt bekleed alsook de werkstaat waarin de director zijn activiteiten ontplooit. Hierboven heb ik reeds uiteengezet waarom de werkstaat van de director niet heffingsbevoegd kan zijn en een threshold van fysieke aanwezigheid daarom werd afgewezen. Dit maakt dat enkel nog de vestigingsstaat van het lichaam als bronstaat kan geïdentificeerd worden. Dit zou willen betekenen dat de huidige regeling m.b.t. toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO behouden dient te blijven en vanuit het toetsingscriterium van de internationale inpasbaarheid en de uitvoeringstechnische waarde verantwoord is. Vanuit de filosofie van de 'benefits theory' is dit trouwens een correcte gevolgtrekking. Anderzijds acht ik een woonstaatheffing niet aangewezen omdat het inherent is aan een woonstaatheffing om de persoonlijke belangen van een belastingplichtige te dienen. De toewijzing van de heffingsbevoegdheid over een director fee moet m.i. ingegeven zijn vanuit een criterium van 'dienen van het vennootschapsbelang'. Directors dienen het juridische vennootschapsbelang (zoals vele staten erkennen) en geenszins hun eigen persoonlijk belang. Het dienen van het vennootschapsbelang ressorteert noodzakelijk in resultaten in de vestigingsstaat van het lichaam zodat deze staat belasting kan heffen over de director fee.

Al deze bevindingen maken dat de positie van artikel 16 OESO t.o.v. artikel 15 OESO moet herzien worden. Een meerderheidsstrekking is de mening toegedaan dat artikel 16 *lex specialis* is t.o.v. artikel 15 OESO. Hier kan m.i. ernstig aan getwijfeld worden. Vooreerst is het vanuit historisch oogmerk duidelijk dat de vergoedingen van non-executive directors niet steeds beschouwd worden als beroepsinkomen. De non-executive director-functies maken vaak ook geen hoofdberoep uit voor dergelijke personen. Artikel 15 OESO daarentegen gaat over beroepsinkomsten. Anderzijds heb ik er voor gepleit om een autonome betekenis toe te kennen aan artikel 16 OESO. Dit heeft noodzakelijk tot gevolg dat artikel 16 OESO een *onafhankelijk* verdragsartikel is dat niet beperkend mag

worden uitgelegd. De niet restrictieve interpretatie van artikel 16 OESO rechtvaardigt m.i. haar personeel toepassingsgebied en de verticale catch all bepaling die ik bepleit voor doeleinden van dit onderzoek (zie verder). Deze zienswijze heeft echter nog gevolgen. Traditioneel neemt men aan dat de arbeidsartikelen als een zgn. ‘gesloten systeem’ functioneren. Dat wil zeggen dat alle inkomsten uit arbeid altijd onder één van de arbeidsartikelen zullen vallen. Artikel 15 OESO wordt in dat verband als een restartikel beschouwd voor arbeidsinkomsten. Daaruit volgt traditioneel dat artikel 21 OESO in beginsel niet van toepassing kan zijn op arbeidsinkomsten. De verwerping van de *lex specialis* redenering, heeft tot gevolg dat het zgn. gesloten systeem van de arbeidsartikelen in beginsel geen toepassing kan vinden op artikel 16 OESO.

De hoger genoemde aanbevelingen zijn gemaakt voor zowel mno's als voor mkb's. Een tweedeling in artikel 16 OESO is m.i. dan ook niet noodzakelijk. De corporate governance ontwikkelingen zijn een belangrijk toetsingscriterium in dit onderzoek geweest. Het belastingrecht staat namelijk niet op zichzelf binnen de maatschappij en een director is een belangrijke actor binnen het corporate governance gebeuren. Binnen de mno's doen zich specifieke corporate governance evoluties voor, evoluties die te onderscheiden zijn van de corporate governance-evoluties in het mkb waar thans veelal beroep wordt gedaan op (internationale) onafhankelijke directors. In dit onderzoek heb ik het nodig geacht over deze tendensen een aparte passage te schrijven. Corporate governance gaat over de machtspositie en de interne verhoudingen tussen veelal 3 actoren: de bestuurder, de toezichthouder en de aandeelhouder. Er kan vastgesteld worden dat de rol van de toezichthoudende director en de uitvoerende director dicht naar elkaar is toegroeid. Tevens voorzien heel wat nationale vennootschapsrechtelijke bepalingen dat de toezichthoudende director een uitgebreide lijst van medebestuur bekommt. Daarnaast is er het fenomeen van het aandeelhoudersactivisme. Aandeelhouders worden actiever en dringen zo de toezichthoudende director in de hoek van de executive director. De toezichthoudende director en de executive director vormen alzo een bestuurspartnership. Deze corporate governance tendensen hebben gevolgen voor doeleinden van artikel 16 OESO en dat is tot op vandaag onbelicht gebleven. Ze motiveren verder dat executive en non - executive directors onder artikel 16 OESO vallen, ook al is het geen fiscaal argument. Hiermee geef ik aan dat het m.i. een stap te ver is om voor doeleinden van artikel 16 OESO de executive director als werknemer in de zin van artikel 15 OESO te bestempelen en de actieve aandeelhouder als director in de zin van artikel 16 OESO. Zowel de executive als de non executive director

dienen het vennootschapsbelang hetgeen vreemd is aan de aandeelhouder die individuele belangen nastreeft.

In hoofdstuk 2 van deel 1 heb ik het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 16 OESO onderzocht. Artikel 16 OESO hanteert het begrip ‘member of the board of directors’. Het begrip ‘member of the board of directors’ is niet gedefinieerd in artikel 16 OESO. Men kan omtrent de invulling van het begrip *in globo* twee interpretatietechnieken hanteren, te weten, een autonome verdragsinterpretatie of een interpretatie overeenkomstig artikel 3 (2) OESO. Een aantal factoren maakt dat m.i. het echter niet langer aangewezen is om de interpretatietechniek van artikel 3 §2 OESO exclusief te hanteren voor doeleinden van interpretatie van het begrip ‘member of the board of director’ in artikel 16 OESO. In haar huidige vormgeving, is artikel 16 OESO m.i. niet langer internationaal inzetbaar. Indien men de interpretatieregels van artikel 3 §2 OESO doorgang laat vinden, stuit men namelijk op het fenomeen dat staten een onderscheiden corporate governance model kunnen hebben. *In globo* bestaan er twee dergelijke corporate governance modellen, dewelke vaak neergeschreven staan in het nationale vennootschapsrecht van staten. Zo is er enerzijds het Britse model waar de board of directors zowel een superviserende taak heeft als een management-taak (monistisch stelsel). Anderzijds is er het Duitse corporate governance model waar er een onderscheid wordt gemaakt tussen een superviserend en een managementorgaan (dual stelsel). Doordat staten vaak een onderscheiden corporate governance model hanteren zullen zij vanuit hun eigen model het begrip ‘director’ invullen. Hierbij kunnen ernstige problemen rijzen die dubbele belasting tot gevolg kunnen hebben hetgeen duidelijk niet het opzet van een belastingverdrag is en de uitvoeringstechnische werkbaarheid van artikel 16 OESO in het gedrang brengt. Dit onderscheid tussen monistische en duale bestuursstelsels, de vervaging tussen beide stelsels, de vertaling van belastingverdragen die maken dat begrippen conform het interne recht worden opgenomen in belastingverdragen, zijn elementen die pleiten in het voordeel van een eenduidige internationale betekenis voor de term. Deze eenduidige internationale betekenis moet extensief zijn. Zowel non-executive directors als bepaalde executive directors die werkzaam zijn als top level manager moeten ingesloten worden. Maar, dit volstaat nog niet zoals verder blijkt.

Corporate governance is in voortdurende ontwikkeling. Artikel 16 OESO moet *de lege ferenda* voldoende flexibel opgesteld worden zodat het rekening houdt met deze nieuwe ontwikkelingen. De director is namelijk een actor binnen dit corporate governance landschap zodat men daar niet blind voor kan blijven. Een

voorbeeld van deze corporate governance ontwikkelingen is terug te vinden in de vele board comités die ontstaan. Het ontstaan van deze comités is vaak ingegeven vanuit de gedachte dat het bestuur en het toezicht op lichamen meer en meer specialistisch van aard wordt. Deze comités kunnen als een ‘similar organ’ in de zin van punt 16.3. van het OESO-Commentaar worden bestempeld. De leden van dergelijke comités zullen namelijk een leidinggevende rol vervullen waarbij de krijtlijnen – weliswaar vaak binnen een specifiek beleidsdomein – strategisch worden uitgetekend. Deze comités onderscheiden zich van minder permanente comités doordat zij in essentie het vennootschapsbelang moeten dienen het dagelijks bestuur overstijgen. Een louter permanentie criterium integreren lijkt mij op zich niet voldoende om alle geschikte comités onder artikel 16 OESO te vatten. Gelet op deze evolutie binnen de boards, is het aangewezen dat de OESO artikel 16 zou aanpassen aan deze realiteit. Ook om die reden acht ik de huidige vormgeving van artikel 16 OESO niet langer internationaal inzetbaar.

Vervolgens heb ik onderzocht in welke mate een lichaam als director kan fungeren voor doeleinden van artikel 16 OESO. Deze vraag dient m.i. positief beantwoord te worden. Dit alles staat met zoveel woorden te lezen in punt 16.1 van het OESO-Commentaar. Dit is een goede keuze aangezien het m.i. niet aangewezen is de lichamen - mandatarissen onder artikel 7 OESO te plaatsen. Er kan dan een vrijstelling van belasting ontstaan in de bronstaat en tevens zal het voor veel onduidelijkheid zorgen omtrent het toepasselijke verdragsartikel. Nochtans laten staten niet steeds toe dat lichamen fungeren als director. Als voorbeeld haal ik de commissaris aan in Nederland die geacht wordt steeds in persoonlijke naam te handelen. Nochtans dient besloten te worden dat het toepassingsbereik van artikel 16 OESO prevaleert op de interne vennootschapswetgevingen. Artikel 16 OESO is m.i. het best geplaatst om de fees te vatten van lichamen mandatarissen zodat het in zijn huidige vormgeving goed internationaal inzetbaar is in deze.

Werkende vennoten – dit zijn voor doeleinden van dit onderzoek actieve aandeelhouders zonder formeel directorsmandaat – worden niet afzonderlijk geregeld in de arbeidsartikelen van het OESO-Modelverdrag. Verschillende verdragsartikelen kunnen dan ook in aanmerking komen om hun arbeidsinkomsten te vatten. M.i. zijn werkende vennoten met een meerderheidsdeelneming echter geenszins te vatten onder artikel 16 OESO. Er dient dus een *de jure* of een *de facto* zeggenschap voorhanden te zijn. Deze criteria lijken mij al te moeilijk om na te gaan voor doeleinden van artikel 16 OESO. Bovendien streven aan-

deelhouders het individueel belang na, en dus geenszins het vennootschapsbelang. Dit vennootschapsbelang nastreven is nochtans een essentieel criterium om als director bestempeld te kunnen worden. De internationale inzetbaarheid en de uitvoeringstechnische implementatie van artikel 16 OESO voor werkende vennoten is m.i. om die reden twijfelachtig.

In tal van lichamen wordt medezeggenschap voorzien voor werknemers. Op basis van een analyse kan besloten worden dat deze personen de belangen van de werknemers dienen. Zij voldoen dus niet aan de criteria – zoals beschreven in hoofdstuk 1 van dit onderzoek – om te kunnen spreken van een director in de zin van artikel 16 OESO. Artikel 16 OESO is niet internationaal inzetbaar om deze werknemersvertegenwoordiging te vatten en dit dient alzo te blijven.

Gelet op de grote toename van de discipline van zgn. ‘interim managers’ werd deze categorie van personen eveneens behandeld in dit onderzoek. Gelet op het takenpakket zal een interim manager zich vaak onderscheiden van het reguliere management. Interim managers houden zich bezig met strategiebepaling en dienen alzo het vennootschapsbelang. Om die reden zijn zij te vatten onder artikel 16 OESO. Artikel 16 OESO is in beginsel daaraan niet aangepast, dit mede gelet op de historische context van het verdragsartikel. Nochtans rechtvaardigt de extensieve interpretatie van artikel 16 OESO om de interim managers uitvoeringstechnisch onder het verdragsartikel te brengen.

Om al deze redenen, dient artikel 16 OESO m.i. woordelijk te worden aangepast: *Directors’ fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State.*

In hoofdstuk 3 van deel 1 heb ik onderzocht wat de aard van het lichaam is dat de vergoedingen uitkeert. Artikel 16 OESO spreekt over het begrip ‘company’ maar voorziet zelf niet in een definitie daarvan. Het begrip ‘company’ staat echter wel gedefinieerd in artikel 3 b van het OESO-Modelverdrag. Het gaat om elke rechtspersoon of elke eenheid die in de overeenkomst sluitende staat waarvan zij inwoner is voor de belastingheffing als een rechtspersoon wordt behandeld. Artikel 4 OESO merkt als inwoner van een verdragsstaat aan, elke persoon die volgens de interne wetgeving van die staat aldaar aan belasting wordt onderworpen op grond van één of andere persoonlijke band met die staat: woonstaat, verblijf, plaats van leiding of enige soortgelijke omstandigheid. Voor het begrip ‘inwoner’ verwijst het OESO-Modelverdrag aldus naar het nationale recht van de

staten. Omtrent het inwonerschap van een lichaam werpen zich twee dominante strekkingen op, te weten de incorporatieleer en de werkelijke zetelleer. Deze strekkingen zijn afkomstig uit het vennootschapsrecht maar worden binnen het belastingrecht ook vaak gehanteerd. De werkelijke zetelleer leunt dicht aan tegen het POEM-begrip (place of effective management) binnen artikel 4(3) OESO. Beide begrippen zijn door het internationaal optreden van directors en het gebruik van moderne communicatiemiddelen (videoconferentie, netmeeting, chatten, ...) zeer moeilijk in te vullen. Vandaag is het nog steeds onduidelijk welke personen precies worden beoogd in beide begrippen ter vaststelling van het inwonerschap. Sommige staten verwijzen naar het strategisch management, andere staten verwijzen dan weer naar personen die het dagelijks bestuur handhaven. Staten vertonen daaromtrent weinig of geen consistentie. Ook de OESO worstelt met de invulling. Zo wordt recent voorzien dat staten bij voorkeur in onderling overleg dienen te gaan ter invulling van de tie breaker. Artikel 16 OESO is daarom m.i. niet langer internationaal inzetbaar in deze context. De uitvoeringstechnische werkzaamheid van het verdragsartikel, is daardoor problematisch. Daarom dient m.i. zowel binnen artikel 16 OESO als binnen de tie breaker van artikel 4(3) OESO een *formeel* inwonersbegrip naar voren geschoven te worden. Dit kan m.i. enkel steunen op de incorporatieleer die zeer goed de toets van het EU-recht doorstaat. Laatstgenoemde vaststelling is niet onbelangrijk als men weet dat 21 staten van de 34 OESO-staten lid zijn van de Europese Unie.

Men zou de vrees kunnen formuleren dat een formeel inwonersbegrip de deur wagenwijd kan openzetten voor misbruik. Daarom dient een nieuwe anti-misbruikbepaling in het leven te worden geroepen binnen artikel 16 OESO. Deze nieuwe anti-misbruikbepaling kan gesteund zijn op de Cadbury Schweppes rechtspraak van het Hof van Justitie. Deze rechtspraak houdt in dat een effectieve economische activiteit moet worden nagestreefd. Om al deze redenen is de invulling van het begrip 'company' voor doeleinden van artikel 16 OESO niet meer aangepast aan de hedendaagse noden en niet langer internationaal inzetbaar. Een incorporatiecriterium voor de rechtspersoon dient toegevoegd te worden in artikel 16 OESO teneinde haar uitvoeringstechnische werkzaamheid te verhogen. Een geactualiseerde versie werpt zich dan ook op. Om al deze redenen dient de volgende passage toegevoegd te worden aan het begrip 'company' in artikel 16 OESO: '*which is incorporated in the other Contracting State and represents real economic activity*'.

Men dient noodzakelijk te besluiten dat door deze wijziging van het inwonersbegrip v.h. lichaam binnen artikel 16 OESO een spanningsveld ontstaat met de tie breaker van artikel 4 (3) OESO die naar het POEM-begrip verwijst. Toch moet de tiebreaker m.i. – op zijn minst voor doeleinden van artikel 16 OESO – verwijzen naar een *formeel* vestigingsbegrip. Het spreekt voor zich dat daarmee niet alle problemen van de baan zijn. Immers, het is niet uitgesloten dat een lichaam bijvoorbeeld haar zetel registreert in een staat met een fiscaal gunstregime zonder aldaar economische activiteit te ontwikkelen. Het kan dan natuurlijk niet zijn dat dit lichaam door een rigide interpretatie van het vestigingsbegrip in geen enkele staat inwoner wordt en dus niet gerechtigd wordt op inroeping van belastingverdragen. Vandaar zou het met de wijziging van het vestigingsbegrip v.h. lichaam in artikel 16 OESO geen oplossing zijn om de tie breaker af te schaffen. Eerder is het m.i. aangewezen dat de tie breaker een nieuwe hiërarchie zou introduceren. Deze hiërarchie start dan noodzakelijk met een formeel criterium – eveneens met anti-misbruikbepaling – en wordt nadien gevolgd door substantieve criteria waarvan de plaats van effectieve leiding er natuurlijk een kan zijn. Ook de onderlinge overlegprocedure kan deel uitmaken van deze nieuwe hiërarchie, zoals recent verdedigd door de OESO.

In het rechtsverkeer wordt er gebruik gemaakt van zgn. fiscaal transparante entiteiten. Voor doeleinden van dit onderzoek, is het relevant aan te geven dat partnerships eveneens – net als andere lichamen – dienen bestuurd te worden. Nochtans is het niet eenvoudig na te gaan wanneer een partner (al dan niet director) onder artikel 16 OESO kwalificeert. Daarvoor dient men m.i. eerst een andere oefening te maken. Eerst zal steeds moeten uitgemaakt worden of de partnership rechtspersoonlijkheid heeft, want dit kan van belang zijn voor doeleinden van artikel 16 OESO. Voor doeleinden van dit onderzoek wordt daarvoor de zgn. *lex societatis-leer* naar voren geschoven met referentie naar de incorporatieleer die eerder werd verdedigd. M.a.w., voor de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan een partnership, mag men zich enkel laten leiden door de interne wetgeving van de organisatiestaat. Dit volstaat echter nog niet voor verdragsgerechtigheid aangezien ook het inwonerschap relevant is. Hiervoor is een *subject to tax* vereiste opgelegd. In dat opzicht kan moeilijk worden teruggegrepen naar het Partnership Rapport 1999 aangezien dit Rapport in globo niet handelt over de relatie tussen de organisatiestaat en de woonplaatsstaat van de partners. M.i. dient de *lex societatis-leer* door te werken naar de woonplaatsstaat van de partners. Het vennootschapsrechtelijk karakter van de entiteit bepaalt haar fiscaal regime voor verdragsdoeleinden, ook al is de entiteit fiscaal transparant. Nadat vervolgens vastgesteld is geworden dat een entiteit verdragsgerech-

tigd is, kan worden nagekeken in welke mate een partner onder artikel 16 OESO kwalificeert. Een partner kwalificeert m.i. automatisch in zoverre bestuurswerkzaamheden voor de partnership worden ontwikkeld. Anders is het gesteld voor partners die geen bestuursmandaat waarnemen in de partnership. Daar blijkt de gemeenzame stelling te zijn dat artikel 7 OESO van toepassing is. Dit lijkt mij ongenueanceerd. Immers, beroepsinkomen laat zich binnen een partnership dus duidelijk afscheiden van beleggingsinkomen hetgeen noodzakelijk met zich brengt dat men in een partnership kan spreken van actieve en passieve partners. Passieve partners kunnen m.i. onder geen beding ressorteren onder artikel 16 OESO. Echter, actieve partners kunnen m.i. wel degelijk onder artikel 16 OESO vallen. Hun aandeel in het beheer van de partnership zal echter duidelijk moeten worden vastgesteld in functie van hun tijdsbesteding. Van zodra deze tijdsbesteding zich contractueel en cijfermatig heeft laten redigeren, zal deze compenserende vergoeding onder artikel 16 OESO vallen. Deze oefening is echter vanuit internationale inzetbaarheid niet makkelijk. Bovendien heb ik in hoofdstuk I reeds gesteld dat de aandeelhouders vaak druk uitoefenen om de bedrijfsvoering te herzien vanuit een economisch oogpunt. Dit economisch oogpunt is ingegeven vanuit een individueel belang en geenszins vanuit het vennootschapsbelang. Elke aandeelhouder heeft een eigen individueel belang. Dit eigen belang is vaak ingegeven vanuit de idee om spoedig dividendrechten te bekomen. Dat is geenszins waar voor directors. Iedere director heeft hetzelfde belang, namelijk het vennootschapsbelang op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid. Het bestuur van een lichaam streeft een gezonde en levensvatbare organisatie na hetgeen noodzakelijk samenvalt met een collectief belang, wetende het vennootschapsbelang. Dit maakt dat een actieve aandeelhouder op geen enkele manier kan gelijk gesteld worden met een director in de zin van artikel 16 OESO. Het is m.i. dan ook niet aangewezen de actieve aandeelhouder onder artikel 16 OESO te plaatsen.

Directors kunnen een mandaat opnemen in private alsook in publieke lichamen. Het OESO-Modelverdrag voorziet in een apart verdragsartikel wat betreft directors die hun mandaat bekleden in een privaat dan wel in een publiek lichaam, te weten artikel 16 en artikel 19 §3 OESO. Beide verdragsartikelen hebben duidelijk een andere strekking. Artikel 19 §3 OESO stelt dat het ambtenarenartikel (artikel 19 OESO) niet van toepassing is op bezoldigingen toegekend door een op winst gericht overheidsbedrijf. Hierin schuilt de gedachtegang dat het niet meer dan billijk is dat ambtenaren die een director mandaat bekleden in een staatsbedrijf met winstoogmerk, op dezelfde wijze worden belast als een director die een mandaat bekleedt in een privaat lichaam.

Artikel 16 OESO en artikel 19§3 OESO hebben – zoals reeds gezegd – duidelijk een andere strekking. Inzake artikel 19§3 is de kasstaat heffingsbevoegd terwijl de schuldenaar voor doeleinden van artikel 16 OESO irrelevant is. Tevens is artikel 16 OESO van toepassing op rechtspersonen, artikel 19§3 OESO is dat gezinszins. Het is dus essentieel om een duidelijke scheidingslijn te trekken tussen beide verdragsartikelen. Deze scheidingslijn is op dit ogenblik niet helder hetgeen de uitvoeringstechnische werkbaarheid van artikel 16 OESO in zijn huidige constellatie in het gedrang kan brengen. Aangezien de term ‘business’ conform het OESO-Modelverdrag een onderscheidend criterium is tussen beide verdragsartikelen, ben ik daarom op zoek gegaan naar een invulling van dit begrip. Drie essentiële criteria – die gemeenzaam worden gevolgd – worden daartoe naar voren geschoven:

- (a) goederen of diensten moeten worden aangeboden op een markt hetgeen impliceert dat er potentiële aanwezigheid is van concurrentie;
- (b) een tegenprestatie wordt aangeboden en;
- (c) het risico van een verkeerde prijszetting wordt gedragen wat ondernemingsrisico inhoudt

M.i. dient de OESO deze onderscheidende criteria naar voren te schuiven in een aanpassing op het OESO-Commentaar van artikel 19 OESO. Een aanpassing aan het OESO-Commentaar verhoogt de uitvoeringstechnische werkbaarheid van artikel 16 OESO. Tegelijk dient m.i. het OESO-Commentaar 19/6 te worden afgeschaft stellende dat bepaalde diensten door verdragssluitende staten – niet-tegenstaande het om business gaat – toch onder het ambtenarenartikel kunnen gebracht worden. Dit OESO-Commentaar hinkt ernstig achterop t.o.v. de steeds verder ontwikkelende golf van privatisering van de vernoemde sectoren (spoorweg, post, ...). Het valt niet in te zien waarom een director van een lichaam in deze sectoren – die eveneens op winst gericht zijn – niet aan het attractiebeginsel onderworpen zou zijn.

Ten slotte heb ik in hoofdstuk 4 van deel 1 de aard van de vergoedingen binnen artikel 16 OESO onderzocht. Artikel 16 OESO houdt een zgn. hoedanigheidsvereiste in. Enkel vergoedingen bekomen in de hoedanigheid van director worden beoogd. Dit hoedanigheidsvereiste is in de tegenwoordige tijd ingeschreven in artikel 16 OESO. Nochtans kan uit HR 22 juli 1988 afgeleid worden dat het tijdstip van uitbetaling van de vergoedingen irrelevant is voor doeleinden van artikel 16 OESO, enkel het tijdvak waarin de betrokkene de hoedanigheid van

director had is doorslaggevend. Ook in de overige verdragsbepalingen over inkomsten uit onzelfstandige arbeid wordt de tegenwoordige tijd gebruikt, en ook ter zake van die bepalingen leert men dat dit gebruik niet meebrengt dat die bepalingen niet zouden kunnen worden toegepast op inkomsten uit vroegere arbeid. Voorts laat een letterlijke lezing van artikel 16 OESO m.i. niet toe om te concluderen dat werkzaamheden voorhanden moeten zijn om vergoedingen onder artikel 16 OESO te plaatsen. Dat is anders bij het VS-Modelverdrag.

Artikel 16 OESO sluit een zgn. attractiebeginsel in. Echter, deze visie moet worden genuanceerd. Er bestaat traditioneel namelijk een onderscheid tussen een horizontale en een verticale vorm van attractie. De horizontale vorm van attractie is de ruimste vorm en betekent dat de vergoedingen die een director verkrijgt in een andere hoedanigheid, eveneens als director fee moeten worden gekwalificeerd. Echter, artikel 16 OESO bevat door haar letterlijke bewoording geen horizontale vorm van attractie. Daarover bestaat weinig discussie en rechtvaardigt een duale rol van een director.

De verticale vorm van attractie betekent dat alle vergoedingen die een lichaam aan haar director toekent, bekeken moeten worden als een director fee, zelfs als er geen rechtstreekse tegenprestatie tegenover van staat. Door sommige auteurs is deze vorm van attractie fel bekritiseerd aangezien hierdoor de hiërarchie en specificiteit van bepaalde verdragsartikelen zou uitgehold worden. Nochtans bevat artikel 16 OESO m.i. een zgn. *verticale catch all* bepaling waar het gesloten systeem van de arbeidsartikelen niet op toepassing van kan zijn. Dit heeft tot gevolg dat artikel 16 OESO als een 'special provision' moet bekeken worden t.a.v. artikel 15 OESO, een verdragsartikel dat m.a.w. op zichzelf staat. De hiërarchie van de verdragsartikelen kan in deze dan ook niet worden verstoord.

Het OESO-Modelverdrag spreekt ervan dat de directors' fees 'derived' moeten zijn, en hanteert het begrip 'reçoit' in de Franse versie. Wat onder deze termen dient begrepen te worden is niet meteen duidelijk, zodat in beginsel de interpretatietechniek van artikel 3 (2) OESO moet gehanteerd worden. Dat heeft tot gevolg dat het begrip op verschillende manieren kan geïnterpreteerd worden hetgeen niet wenselijk is en de rechtszekerheid zeker niet ten goede komt. Hierdoor komt de internationale inzetbaarheid van artikel 16 OESO in het gedrang. Tevens heeft de OESO ab initio een brede definitie willen geven aan het begrip 'derived'. Door het hanteren van verschillende termen, zoals bijvoorbeeld 'earned, derived, received, ...' werd enkel een linguïstisch onderscheid gemaakt maar daaruit blijkt helemaal niet dat de OESO het begrip heeft willen afbake-

nen. Door dit breed opzet is het tevens de vraag in welke mate er nog plaats kan zijn voor een interpretatie conform artikel 3 (2) OESO. Eveneens dient het begrip m.i. dusdanig te worden geïnterpreteerd dat er een duidelijke vermogensverschuiving dient plaatsgegrepen te hebben naar het private patrimonium van de director. De vergoedingen moeten dus effectief ontvangen zijn voor doeleinden van artikel 16 OESO.

Indien ik de inkomstenvormen beschouw waarop artikel 16 OESO toepasselijk is (de term 'fees and other compensation' werd geïntroduceerd), kan niet langer verdedigd worden dat enkel tantièmes, zitpenningen en soortgelijke vergoedingen onder artikel 16 OESO vallen. Ook de vaste salarissen ressorteren m.a.w. onder het verdragsartikel. *In casu* gaat het om tantièmes, wedden, salarissen, gratificaties, premies, presentiegelden, vakantiegelden, voordelen alle aard etc. Nochtans kan uit dit ruim inkomstenbegrip niet worden geconcludeerd dat de inkomsten die door een director in een andere hoedanigheid worden genoten, eveneens onder het verdragsartikel vallen. Een duale rol van een director wordt niet beoogd door artikel 16 OESO zodat inkomsten die genoten zijn in een andere hoedanigheid, niet kunnen worden gevat door het verdragsartikel. Inzake stock opties heeft de OESO verklaard dat de toekenning ervan aan directors onderworpen is aan artikel 16 OESO indien ze toegekend werden in de hoedanigheid van director. In het OESO-Commentaar wordt verder gesteld dat artikel 16 OESO niet enkel van toepassing is op de toekenning van de stock opties maar eveneens dat artikel 13 OESO toepasselijk is van zodra de optie werd gerealiseerd. Hierin kan het OESO Rapport 2004 niet gevolgd worden gelet op het verticale attractiebeginsel dat doorwerkt binnen artikel 16 OESO. Het gegeven dat de director inmiddels de hoedanigheid van aandeelhouder heeft verworven kan hertegen niet afgezet worden en doet weinig ter zake. De verticale catch all bepaling heeft trouwens verder tot gevolg dat bijvoorbeeld ook niet-concurrentievergoedingen eronder vallen, een golden hello, pensioenkapitalen, opzegvergoedingen etc.

Ten slotte werd onderzocht welke voorkomingsmethode ter vermindering van dubbele belasting optimaliter wordt toegepast voor de niet heffingsbevoegde staat. Ik heb ervoor gekozen dit thema te behandelen bij het hoofdstuk dat handelt over de aard van de vergoedingen die worden beoogd door artikel 16 OESO. Het gaat ten slotte om de vrijstelling t.a.v. inkomsten die gevat wordt in een voorkomingsmethode. In beginsel dient hierbij een keuze gemaakt te worden tussen de vrijstellingsmethode en de verrekeningsmethode. De vrijstellingsmethode verdient m.i. de voorkeur aangezien o.a. de zakelijke belangen van de

director zich in hoofdzaak situeren in de inwonerstaat van het lichaam waarbinnen het mandaat wordt bekleed (zie hiervoor hoofdstuk I van het onderzoek). Het is dan niet aangewezen dat de andere staten ook nog heffingsbevoegdheid gaan opeisen. Meer en meer staten verbinden deze vrijstellingsmethode aan de subject to tax-eis die vaak ingegeven is vanuit misbruikvoorkoming. Deze eis is fel overdreven aangezien vastgesteld kan worden dat directors' fees van niet-inwoners vaak een normaal aanslageregime ondergaan. De OESO bepleit ook helemaal niet dat effectieve taxatie voorhanden moet zijn om de vrijstellingsmethode toe te passen. Hetzelfde argument gaat op om de verrekeningsmethode te pareren. Vanuit het kader van de internationale inzetbaarheid verdient de vrijstelling dus de voorkeur op de verrekeningsmethode als voorkomingsmethode voor doeleinden van artikel 16 OESO.

2. Besluiten m.b.t. deel 2 van het onderzoek

In deel 2 van het onderzoek heb ik mij afgevraagd waarom België in tal van belastingverdragen afwijkt van artikel 16 OESO. Tevens stelt zich de vraag waarom artikel 15 van het Belgische Modelverdrag – hetgeen de directors' fees insluit – afwijkt van artikel 16 OESO. Daarom heb ik onderzocht in welke mate artikel 16 OESO ontoereikend is om tegemoet te komen aan een Belgische implementatie en in welke mate het Belgische Modelverdrag daar mogelijks aan tegemoet komt. Gelet op het bovenstaande luidde de tweede deelvraag van de probleemstelling van dit onderzoek als volgt: Waarom kiest België voor een afwijkende benadering van het directorsartikel ten opzichte van het OESO-Modelverdrag? Is deze benadering dan wenselijk en zo niet, welke aanpassingen zijn er dan gewenst? Tot welke complicaties geeft dit aanleiding in concrete verdragssituaties en meer specifiek voor het belastingverdrag tussen België en Nederland?

De Belgische belastingverdragen wijken in het algemeen af van artikel 16 OESO op een drietal niveaus, te weten, de aard van het lichaam, de aard van de director en ten slotte de aard van de vergoeding. Vooreerst ben ik gaan kijken naar de afwijkingen op het gebied van de aard van het lichaam, vervolgens naar de aard van de director en finaal naar de aard van de vergoedingen.

2.1. Afwijkingen m.b.t. de aard van het lichaam

Sinds de invoering van het Volmachtenbesluit van 20 december 1996 is het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen in België afgeschaft. Sommige belastingverdragen hanteren echter nog het begrip 'vennootschap op aandelen'. Dit is met name ook het geval voor het Belgische Modelverdrag. Ook

de Belgische belastingdienst blijft het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen aanhangen. Hierdoor wijkt België ten onrechte en onbegrijpelijk af van artikel 16 OESO aangezien dit verdragsartikel spreekt van een ‘company’ hetgeen in artikel 3, 1, b OESO wordt gedefinieerd als ‘any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes’. Ook zorgt het hanteren van het begrip ‘vennootschap op aandelen’ voor heel wat interpretatieproblemen hetgeen problematisch is voor de internationale inzetbaarheid van deze verdragen. Om deze interpretatievraagstukken te vermijden, is het aangewezen dat België een uniforme invulling zou geven aan het begrip ‘vennootschap’. De invulling van dit begrip kan m.i. *niet* gelijk lopen met de invulling die het OESO-Modelverdrag aan dit begrip geeft. Immers, indien de OESO-definitie weerhouden zou worden, is m.i. het onderscheid niet duidelijk tussen mandaten die worden uitgeoefend in publieke overheden enerzijds en in private bedrijven anderzijds. Uit artikel 18.3° v.h. Belgische Modelverdrag, blijkt namelijk dat de bepalingen van artikel 14, 15, 16 en 17 van toepassing zijn op lonen, salarissen, pensioenen en andere soortgelijke beloningen betaald ter zake van diensten bewezen in het kader van een bedrijf uitgeoefend door een overeenkomstsluitende staat of een staatkundig onderdeel of plaatselijke gemeenschap daarvan. De criteria om te kunnen spreken van een ‘bedrijf’ dienen m.i. overgenomen te worden uit hoofdstuk 1 van dit onderzoek. Dit kan m.i. formeel optimaliter gebeuren door in artikel 15 van het Belgische Modelverdrag aan te duiden dat het begrip ‘vennootschap’ wordt bekeken in de fiscale zin van artikel 2 §1, 5° WIB92.

Rechtspersoonlijkheid kan een belangrijk gegeven zijn om onder het directorsartikel te vallen. Wat betreft partnerships heeft de Belgische belastingdienst steeds de *lex societatis*-leer verdedigd. Echter, het Belgische Modelverdrag gaat in artikel 1 §2 niet het vennootschapsrechtelijk karakter van de partnership als doorslaggevend beschouwen maar wel het fiscaal transparant karakter ervan. Het Belgische Modelverdrag is dan wel in lijn met het OESO Partnership Rapport maar strookt niet met de klassieke Belgische visie. Om redenen aangehaald in deel 1 dient m.i. aansluiting gezocht te worden bij de *lex societatis*-leer.

Op 5 juni 2001 hebben België en Nederland een (nieuw) belastingverdrag ondertekend. Bij dit belastingverdrag hoort een gezamenlijke artikelsgewijze toelichting. Deze toelichting behoort m.i. tot de zgn. natuurlijke context van het belastingverdrag. In deze toelichting staat duidelijk vermeld dat artikel 16 van het verdrag gesteund is op het Belgische bedrijfsleiderartikel zoals vervat in artikel 32 WIB92. Dit betekent dat de Belgische invulling van artikel 32 WIB92

doorslaggevend is voor interpretatiedoeleinden van artikel 16 van het belastingverdrag, weliswaar tot en met aan de ondertekening van het verdrag en in de mate dat het verdragsartikel op de relevante passages steunt. Er anders over denken zou een treaty override uitmaken. Om die reden is er m.i. een bijzondere notificatieverplichting vervat in artikel 16 van het verdrag. België zal alle fundamentele wijzigingen in wetgeving, rechtspraak en de visie van de belastingdienst dienen door te geven aan Nederland. Op die manier kan een nieuwe bilaterale context worden gezocht. Het gegeven dat artikel 16 van het belastingverdrag geëffend is op artikel 32 WIB92, heeft gevolgen voor de rechtsvormen die beoogd worden in dit verdragsartikel. Immers, de Belgische Minister van Financiën heeft verklaard dat enkel vennootschappen worden beoogd in artikel 32 WIB92. M.i. kan België dan ook geen aansluiting vinden bij het OESO-Modelverdrag om invulling te geven aan het begrip ‘vennootschap’. Artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland verwijst m.i. dan ook enkel naar vennootschappen in de fiscale zin van artikel 2, §1 5°, a WIB92. Een oplossing zou erin kunnen bestaan dat de Belgische regelgever zich aansluit bij het in dit onderzoek voorgestelde model verdragsartikel voor doeleinden van artikel 16 OESO, zoals door mij geformuleerd. Dit zou de uitvoeringstechnische werkbaarheid en de internationale inpasbaarheid van het betrokken verdragsartikel enorm verhogen.

Ik moet dan ook besluiten dat België afwijkt van het OESO-Modelverdrag ten einde halsstarrig te kunnen blijven volhouden aan het onderscheid tussen kapitaal- en personenvennootschappen. Dit is echter niet noodzakelijk, m.i. zelfs onbegrijpelijk. Een interpretatie van het begrip ‘vennootschap’ zoals door mij eerder voorgesteld geeft een oplossing om toekomstige interpretatiekwesaties zoveel als mogelijk uit te sluiten. Dat de Belgische verdragsregelgever hier reeds dichter tegen aanleunt dan gedacht, kan blijken uit de context van het nieuwe belastingverdrag met Nederland. In dit verdrag worden namelijk enkel vennootschappen met een winstogmerk beoogd.

2.2. Afwijkingen m.b.t. de aard van de director

In de literatuur zijn er twee visies terug te vinden over het toepassingsgebied van het directorsartikel in belastingverdragen. Men kan een ruime en een enge visie terugvinden. In een ruime visie worden de mandatarissen van artikel 32 WIB92 beoogd, alsook soortgelijke functies, personen die een leidende functie van dagelijks bestuur bekleden, van commerciële, technische of financiële aard en dit buiten een arbeidsovereenkomst. De Belgische belastingdienst is steeds een voorstander geweest om deze ruime visie toe te passen op het directorsarti-

kel in belastingverdragen en heeft eveneens steeds een voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO om een dergelijke ruime toepassing aan het verdragsartikel te geven. Dit heeft er o.m. toe geleid dat posities van dagelijks bestuur onder het directorsartikel worden gebracht. Dit kan m.i. niet zonder meer het geval zijn indien de positie van dagelijks bestuur geenszins als top level management functie is te bekleden en het vennootschapsbelang wordt gediend. Omdat het nog steeds moeilijk aan te tonen is welke personen onder artikel 32 WIB92 vallen, is het m.i. aangewezen dat België afstand zou doen van haar ruime visie en opnieuw aansluiting zoekt bij een enge visie op artikel 16 OESO. Dat zou de uitvoeringstechnische werkbaarheid kunnen verhogen. De visie van de Belgische Minister van Financiën – die poneert dat het begrip ‘bestuurder’ voor doeleinden van artikel 32 WIB92 een eigen fiscale betekenis heeft die afwijkt van het vennootschapsrecht – kan m.i. dan geen doorgang vinden op verdragsniveau.

Het belastingverdrag met Nederland kent een formeel en een materieel criterium voor de vennootschapsmandatarissen die beoogd worden in het directorsartikel. Onder het oude belastingverdrag daarentegen werd een formeel criterium gevolgd. Omdat artikel 32 WIB92 model heeft gestaan voor het directorsartikel in het verdrag met Nederland, worden soms Belgische termen gebruikt. Dat is met name het geval voor het begrip ‘zaakvoerder’. Nederland mag in dergelijke omstandigheden geen eigen invulling geven aan dit begrip. Dit zou in strijd zijn met de context van het belastingverdrag en zou de uitvoeringstechnische werkbaarheid van het verdragsartikel verder vaag maken.

Welke personen begrepen dienen te worden onder de vennootschapsleiders van de *tweede* categorie, is ook al niet duidelijk. Tevens is het vereiste dat deze personen ‘buiten een dienstbetrekking’ werkzaam moeten zijn, m.i. ongelukkig gekozen. Niet alleen is het onduidelijk wat begrepen dient te worden onder ‘dienstbetrekking’ en naar welk recht kan verwezen worden om het begrip in te vullen in de zin van artikel 3 §2 van het belastingverdrag. Tevens is het criterium van de gezagsverhouding niet doorslaggevend voor een vennootschapsmandataris om onder het bestuurdersartikel te vallen. Integendeel, het gaat erom in welke mate het vennootschapsbelang al dan niet wordt gediend.

De overname van de bewoordingen zoals geformuleerd in deel 1 van dit onderzoek – zijnde een verwijzing naar de categorie official in a top level managerial position of a company –, is een oplossing om te verduidelijken welke posities onder het directorsartikel vallen. Het zou de uitvoeringstechnische werkbaar-

heid van het verdragsartikel drastisch kunnen verhogen. Deze overname is eveneens een oplossing voor de onduidelijke categorie van vennootschapsleiders van de *derde* categorie van dewelke het bijzonder onduidelijk is wie daaronder ressorteert.

Wat betreft de rechtspersonen-mandatarissen dient geconcludeerd te worden dat deze *de facto* niet onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland vallen. Immers, artikel 16 van het verdrag is gebaseerd op artikel 32 WIB92 dewelke enkel natuurlijke personen beoogt. Nochtans is het wenselijk dat de verdragspartijen zouden verduidelijken dat rechtspersonen wel onder artikel 16 van het belastingverdrag vallen. Het zou de uitvoeringstechnische werkbaarheid van het verdragsartikel verhogen.

De twijfelachtigheid waarmee het directorsartikel in het verdrag met Nederland is opgesteld, blijkt ook uit de redactie van artikel 16 §4. Dit verdragsartikel stipuleert *de facto* dat het vaste inrichtingvraagstuk niet aan de orde is voor vennootschapsmandatarissen van de eerste categorie. Dit toont afdoende aan dat de regelgever het vaste inrichtingvraagstuk niet wenselijk geacht heeft op vennootschapsmandatarissen.

Nederland kent de zgn. positie van de directeur grootaandeelhouder (DGA). Vanuit Nederlands perspectief zal de DGA vrijwel altijd kwalificeren onder artikel 16 van het belastingverdrag met Nederland. Voor Belgische doeleinden zal een DGA eveneens onder artikel 16 ressorteren. Nochtans zijn er kritische stemmen opgegaan dewelke zich afgevraagd hebben of artikel 16 OESO niet afgeschaft kan worden en de DGA dan onder artikel 15 OESO kan vallen? Een DGA kan m.i. niet onder gezag van een vennootschap instantie vallen, ook al weerhoudt Nederland daaromtrent een formele gezagsverhouding. Bovendien doet de DGA aan strategiebepaling en dient hij het vennootschapsbelang. Om die reden dient de DGA te blijven ressorteren onder artikel 16 DBV.

2.3. Afwijkingen m.b.t. de vergoedingen

Het merendeel van de Belgische belastingverdragen neemt de inkomstencategorie van het OESO-Modelverdrag over. Sommige belastingverdragen stellen expliciet dat het zowel van toepassing is op vaste alsook op veranderlijke bezoligingen. In bepaalde Belgische doctrine zijn er stemmen opgegaan dat het directorsartikel niet op vaste beloningen van toepassing kan zijn. Deze visie is m.i. correct maar vanuit de primauteit van de bronstaatheffing dient m.i. ook begrepen te worden dat eveneens vaste beloningen onder het directorsartikel

vallen. Eén en ander volgt tevens uit het Belgische attractiebeginsel. België heeft namelijk voorbehoud geformuleerd bij artikel 16 OESO en geponeerd het interne attractiebeginsel steeds te kunnen toepassen op verdragsniveau. De horizontale vorm van attractie zal op verdragsniveau niet worden toegepast. Dat blijkt uit een circulaire van de Belgische belastingdienst. De Belgische belastingdienst past de verticale vorm van attractie wel toe. De filosofie van sommige doctrine dat deze verticale vorm van attractie de hiërarchie tussen de verdragsartikelen in het gedrang brengt, kan m.i. niet worden gevolgd. Immers, het directorsartikel in belastingverdragen dient m.i. uniform beschouwd te worden als een ware catch all bepaling waarop het gesloten systeem van de arbeidsartikelen geen toepassing vindt.

Er heerst thans heel wat verwarring in België over de juiste draagwijdte van de 'exemption vaut impôt'-leer in het kader van de voorkomingsmethode. Het OESO-Modelverdrag bepaalt duidelijk andere zaken dan het Belgische Modelverdrag. Bovendien is de rechtspraak ook nog eens verdeeld. Daarbij komt nog eens dat belastingverdragen die niet gefundeerd zijn op het Belgische Modelverdrag, en het begrip 'belast zijn' niet omschrijven, er eveneens onduidelijkheid blijft bestaan. In ben dan ook van mening dat er een eenvormige invulling moet komen van de Belgische voorkomingsmethode om de internationale inzetbaarheid van het verdragsartikel m.b.t. directors' fees te verhogen. Hierbij zou ik naar voren willen schuiven om een OESO-gerelateerde interpretatie te geven aan het begrip. Immers, het Belgische Modelverdrag wijkt hiervan af maar schept een complexe situatie door een onderscheid te maken tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Tevens wordt de visie van het Belgisch Modelverdrag niet overal gevolgd. Vanuit dat opzicht is het m.i. aangewezen dat België – minstens voor doeleinden van het directorsartikel – opnieuw aansluiting zou vinden bij het SIDRO-arrest van het Hof van Cassatie en dit eenvormig zou inschrijven in haar Modelverdrag. Het uitvoeringstechnisch gehalte van het verdragsartikel zou hierdoor drastisch stijgen.

3. Schematische voorstelling van de ingenomen standpunten in het proefschrift

In deze conclusie worden op de volgende pagina als slot de voornaamste bevindingen uit dit onderzoek – afgetoetst aan de toetsingscriteria – in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. De symbolen hebben de volgende betekenis:

++ = overtuigend waar

+ = waar

+/- = neutraal

- = onwaar

-- = overtuigend onwaar

Algemene internationale inpasbaarheid	Er is een historische verantwoording van een apart directors- artikel zoals vervat in artikel 16 OESO.	++
	Deze ratio legis is vandaag nog steeds actueel gelet op zich aandienende tendensen.	++
	Deze ratio legis is historisch eveneens van toepassing op executive directors.	--
	Het is gerechtvaardigd om vanuit een geactualiseerde ratio legis ook executive directors onder het toepassingsgebied <i>ratione personae</i> van artikel 16 OESO te brengen.	++
	Het is de bedoeling om <i>de lege ferenda</i> elke manager onder artikel 16 OESO te brengen.	--
	Er zijn gerechtvaardigde onderscheidingscriteria om een manager en een top level manager van elkaar te onderscheiden	+
	Een extensieve interpretatie van het toepassingsgebied <i>ratione personae</i> binnen artikel 16 OESO is gerechtvaardigd om alzo afstand te nemen van een interpretatie van het begrip 'member of the board of directors' overeenkomstig artikel 3 §2 OESO.	++
	Er is een duidelijke scheidingslijn tussen artikel 16 en artikel 19§3 OESO.	-
	Het is mogelijk om duidelijke onderscheidingscriteria door te voeren m.b.t. artikel 16 en 19§3 OESO.	+

Algemene besluiten en aanbevelingen

	Artikel 16 OESO bevat een horizontaal attractiebeginsel.	--
	Artikel 16 OESO bevat een verticale vorm van attractie hetwelk een verticale catch all gedachte insluit.	++
	De vaak opgeworpen ratio legis ter verantwoording van de verrekeningsmethode als voorkomingsmethode is voor doeleinden van artikel 16 OESO overtuigend.	--
	Belgische belastingverdragen wijken m.b.t. de aard van het lichaam vaak af van artikel 16 OESO en dit zorgt voor interpretatiekwesties.	++
	Het begrip 'lichaam' zoals vervat in artikel 16 v.h. belastingverdrag tussen België en Nederland moet op dezelfde wijze ingevuld worden zoals in artikel 16 OESO.	--
	Het begrip 'director' in het belastingverdrag tussen België en Nederland is helder en er doen zich weinig of geen interpretatiekwesties voor.	++
	De DGA is een director in de zin van artikel 16 OESO en dit dient in de toekomst zo te blijven.	++
	België dient weer aansluiting te zoeken bij het SIDRO-arrest bij de invulling van de voorkomingsmethode voor doeleinden van het directorsartikel.	++
Uitvoeringstechnische werkbaarheid	De keuze van de OESO om de heffingsbevoegdheid m.b.t. directors' fees toe te wijzen aan de vestigingsstaat van het lichaam is een goede keuze geweest?	++
	Deze keuze is verantwoord door heel wat belangrijke en onderliggende principes die vervat zitten in het internationaal belastingrecht.	+
	Er dient een nieuwe threshold (bijvoorbeeld een criterium van fysieke aanwezigheid) geïntroduceerd	--

	te worden in artikel 16 OESO.	
	De keuze om de heffingsbevoegdheid over directors' fees toe te wijzen aan de vestigingsstaat van het lichaam is te verantwoorden t.o.v. de toewijzing van heffingsbevoegdheid over inkomsten van niet-zelfstandige arbeid?	+
	De heersende toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO kan verantwoord worden door het zgn. base erosion principle?	-
	De heersende toewijzing van heffingsbevoegdheid binnen artikel 16 OESO moet behouden blijven en dit kan verantwoord worden door het source principle. Bovendien kan de bronstaat dan makkelijk worden geïdentificeerd.	++
Corporate governance evoluties	Er zijn corporate governance evoluties die verder rechtvaardigen dat zowel non-executive alsook executive directors onder artikel 16 OESO ressorteren.	+
	De corporate governance evoluties binnen het mkb en de mno's zijn identiek zodat de eerdere stelling gefundeerd is op dezelfde vaststellingen.	--
	Het is gerechtvaardigd dat een autonome betekenis wordt toegewezen aan het begrip 'member of the board of directors' gelet op het bestaan van verschillende board-systemen in staten en hierdoor kans op dubbele belasting ontstaat?	++
	Bepaalde corporate governance-evoluties rechtvaardigen dat zowel non-executive als executive directors onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO worden gebracht?	+
Toetsing aan Europees Gemeenschapsrecht	De werkelijke zetelleer is een geschikt criterium ter bepaling van het inwonerschap dat vervat zit in artikel 16 OESO.	-

	Een formeel inwonersbegrip voor het lichaam voor doeleinden van artikel 16 OESO is een goed criterium ingevolge zich voordoende tendensen. Dit formeel criterium doorstaat de toets van het gemeenschapsrecht?	++
	Er is noodzaak aan een anti-misbruikbepaling indien men een formeel inwonersbegrip voor het lichaam zou introduceren binnen artikel 16 OESO en hiervoor kan de mosterd gehaald worden bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.	++

Ten slotte zou ik willen eindigen met een heel beknopte beantwoording van de algemene onderzoeksvraag: Is er een rechtvaardiging voor een specifiek directorsartikel in het OESO -Modelverdrag en welke rechtvaardiging is er voor België om daaraan een bijzondere invulling te geven? Er is m.i. zeker en vast een rechtvaardiging voor een apart directors-artikel in het OESO-Modelverdrag. Niettegenstaande er kritische stemmen opgaan om artikel 16 OESO af te schaffen, pleit ik daar geenszins voor. De taak van een director is helemaal anders dan taken die werknemers uitoefenen. Bovendien is het niet steeds eenvoudig om na te gaan waar directors hun activiteiten uitoefenen. Dat geldt zowel voor non-executive als voor executive directors. Hun handelingen impacteren echter het lichaam waarin ze het mandaat bekleden. Vanuit een source gedachte is het dan verantwoord dat de staat alwaar het lichaam waar het mandaat in uitgeoefend wordt gevestigd is, heffingsbevoegdheid krijgt toegewezen.

Ik pleit er voor ook executive directors dus onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO te brengen. Historisch vallen enkel non-executive directors daar onder. Het gaat dan in een interpretatie *de lege ferenda* om bestuurders maar ook bepaalde top level managers. Het is beslist mogelijk om gewone managers te onderscheiden van top level managers. Deze laatste categorie dient het vennootschapsbelang en doet aan strategiebepaling. Zij vallen ter verantwoording van hun beleid onder de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid. Voor een invulling van het begrip 'top level managers' kan aansluiting gezocht worden bij artikel 16 VN-Modelverdrag. Om al deze redenen, dient artikel 16 OESO m.i. woordelijk te worden aangepast: Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2)

as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State. Deze definitie houdt ook rekening met bepaalde evoluties in het corporate governancelandschap waardoor bepaalde board-comités ook onder het toepassingsgebied van artikel 16 OESO dienen te vallen.

De Belgische belastingverdragen wijken in het algemeen af van artikel 16 OESO op een drietal niveaus, namelijk de aard van het lichaam, de aard van de director en ten slotte de aard van de vergoeding. Vaak zijn deze afwijkingen ingegeven vanuit de eigen Belgische regelgeving. Dat scheidt heel wat interpretatiekwesaties en moeilijkheden. Een oplossing kan gevonden worden in de overname van de aanbevelingen die ik in deel I van het onderzoek heb geformuleerd.

General conclusions and recommendations

During the course of this research, I brought a general problem to the fore. The question is whether there is any justification for a specific directors' article in the OECD-Model Treaty and if there is, how should the authority to levy taxes be distributed and what justification is there for Belgium to give it a specific interpretation? Apart from that, there has also been a research into what shape the different elements of article 16 OECD should take, in view of the allocation rule principles?

This research is *de facto* subdivided into a few questions. In order for me to answer these, I have used a specific method and a number of assessment criteria. These criteria are the general international applicability, feasibility in terms of technical implementation, trends in the doctrine of corporate governance and finally an assessment in terms of EU-law for certain parts.

1. Decisions in terms of part 1 of this research

In part 1 of Chapter I, I researched the ratio legis of article 16 OECD and its corresponding allocation rule regarding authority to levy taxes on directors' fees. The ratio legis of article 16 OECD has been clearly put into words. The OECD-Commentaries describe it as follows: '*Since it might sometimes be difficult to ascertain where the services are performed, the provision treats the services as performed in the state of residence of the company*'. A historical analysis of article 16 OECD teaches us therefore that the allocation of the authority to levy taxes to the state of residency of the body, is motivated by the idea that it is sometimes difficult to ascertain where non-executive directors does their work. The logical question resulting from this, is whether it currently still is difficult to ascertain where non-executive directors perform their work? I answered this question positively. There is a trend to make mandates ever more international and because of ever more digital board meetings taking place, the ratio legis of article 16 OECD remains very much to the point. This is also the case for small to medium companies because within this category of companies there is a growing trend to call on international independent directors.

Historically, article 16 OECD has always assumed it is only applicable to *non-executive* directors. I deduct that from its vocabulary, the word 'fee', used in article 16 OECD which, according to me, points to the fact that a treaty independent interpretation must be applied. The OECD, therefore, seems to think that for *executive* directors it should not be too difficult to find out where exactly they

do their activities. An example of that can be found in article 4 (3) OECD, an article which has caused a great number of discussions throughout the whole of the history of tax treaties. The idea that it would be easier to determine where executive directors do their work, turned out to be pretty naive and recent adjustments to OECD-Commentaries have only confirmed this by focusing on new trends within the framework of the BEPS Action Plan to argue that the relevant authorities within the framework of the tie breaker shall determine, by way of mutual agreement, where a body is residing. This point of view is certainly not new and appeared for the first time in OECD-Commentaries 2008 Update. Nor is this point of view a surprising one because the OECD – as already mentioned – has had many a struggle with the tie breaker from article 4 (3) OECD. From the history of article 4(3) OECD, we can learn first of all that it is very difficult to understand what exactly is covered by the term ‘place of effective management’. Furthermore, it also concerns the place where this person *carries out* his directorship, which is a criterion that cannot easily be defined. Directorship is namely not only managing the company’s day to day business, it also concerns making plans for the future, determine strategy and outline policy. It is exactly the location where said directorship is ‘carried out’ which I believe is very difficult to ascertain.

If we keep in mind the ratio legis of article 16 OECD, I believe it is justified to also qualify *de lege ferenda executive* directors under article 16 OECD. In this context these executive directors are not only the group of managers but also a category of top level managers. Neither, however, can it be the idea to qualify everybody with a management position in a body under the scope of article 16 OECD because the term ‘manager’ does not have a uniform meaning and its content differs from state to state. That is why I started looking for those crucial criteria to differentiate managers from top level managers. I have created two main criteria, which are firstly determination of strategy and secondly serving the company’s interests. Based on the positive appearance of company interests, I can make the conclusion that it is not only the non-executive director or executive director who is subject to this criterion. Top level managers are also subject to these company interests. And it is exactly these company interests which makes top level managers different from other managers in a body so that we can fully justify to qualify this category of directors also under the scope of article 16 OECD. In the end, it will usually be the CEO or the managing director, etc. who will qualify in the category of ‘top level manager’. These people are usually already ‘member of the board of directors’.

I would plead therefore for a limited extensive interpretation of the term ‘director’. It will then concern an independent interpretation. This will exclude the application of article 3(2) OECD to define the term, a national definition of the term which (potentially) causes double taxation (or could cause it). I am therefore of the opinion that article 16 OECD in its current form is no longer feasible in terms of technical implementation. This has as an automatic consequence that article artikel 16 OECD needs to be redefined from the point of view of technical implementation whereby executive directors and top level managers are integrated within the treaty’s article’s scope. As far as the meaning of the term ‘top level management’ in article 16 OECD is concerned, article 16§2 Model Treaty of the United Nations can be called upon. It concerns therefore people who are co-responsible for the general management of a body, people who join in taking take core decisions in terms of financing and investments, people also who take the first step in a chain of giving instructions to people working within the organisation and those people with whom the buck stops. I decide therefore that article 16 OECD currently needs to be applicable, not only for non-executive directors but also for executive directors.

From what has been said above, it seems that the ratio legis within article 16 OECD a very important motivation is to allocate authorisation to levy taxes in this way. Authorisation to levy taxes is historically allocated to the body’s state of residence where the mandate of director is being carried out. The two alternatives are the allocation to the state of work and the state of residence of the director, whereby the latter was discarded in the current form of article 16 OECD. I have researched to what extent this choice was OECD’s best one from a technical implementation point of view or from an international applicability one. I can answer this question positively because during this research, I have compared the authorisation to levy taxes within article 16 OECD with the important principles within the international law of taxation in terms of authorisation to levy taxes, as there are the source principle, threshold principle, base erosion principle and the enforcement principle. Within the threshold principle, I analysed mainly the introduction of two potential thresholds, i.e. physical presence (as for example included in article 15 OECD which deals with not self-employed work) and a fixed base (as previously included in article 14 OECD) or permanent establishment. The introduction of a criterion in terms of physical presence within article 16 OECD – which could justify the idea of secondment within article 16 OECD – was declined by me. I do not believe that such a threshold is advisable because it is not always clear where a director carries out his work in the first place so that the idea of secondment in article 16 OECD would be diffi-

cult to implement in actual fact. It is also true that the activities of directors often deal with parts of the concern so that it would be quite difficult to allocate income to the state of work. We could, as the case may be, also argue that you could produce the same argument for employees but there is a clear difference between secondment assignments of directors and employees. A director often has short-term secondments and the judicial duty of a director is also different to that of their employees. It is sometimes generally called a 'monitoring position' or also an 'oversight function'. The director's duty is to make sure that management correctly manages the organisation's issues and implements corrections where they are needed. Such a duty is clearly separated from the duties carried out by a 'common' manager. The introduction of a criterion saying that physical presence must be allocated to carrying out such duties is, I believe, very difficult. The many short-term trips abroad of directors do not justify, according to me, territorial re-assignment (attraction of the authority to levy taxes) in the state of work. All work done by a director in the state of work shall often have an effect in the state of residence of the body in which he has the mandate or shall be regarded as a result of their job as director with the parent company. I say this based on the Tokyo-doctrine for example, which I fully subscribe to.

Nor do I think it is advisable to introduce a threshold linked with the term 'fixed base' or permanent establishment within article 14 OECD, c.q. article 7 OECD. I believe there is not enough economic nexus as far as non - executive directors are concerned for example who only attend a board meeting a couple of times a year (supposing this board meeting does not take place at the body's registered address). It is also *in globo* very unclear how to interpret the term 'fixed basis', which is also a reason that caused the abolishment of article 14 OECD in 2000.

As stated, I have tested the choice for allocation of the authority to levy taxes within article 16 OECD against a number of principles in international taxation. Allocation of the authority to levy taxes based on the *base erosion principle*, is thwarted, according to me, from that point of view by objections in terms of the phenomenon that it is irrelevant who the fee payer is for the purpose of article 16 OECD and not all states provide tax deductibility for the payment of directors' fees. If you interpret article 16 OECD literally, you'll see there is no room to give any relevance to the fee payers even though some authorities and authors do give it some value.

According to me, the source principle is the only telling criterion for allocation of the authority to levy taxes within article 16 OECD. When splitting up the

authority to levy taxes in terms of directors' fees from a point of view of the source principle, it is important however to first name the source state's identity. From a source point of view this can be both the body's residence state where the mandate is held and the state of work where the director carries out their work. I have already explained above why the director's state of work cannot have the authority to levy tax and the threshold of physical presence had been discarded exactly for that reason. It stands to reason that it is only the body's state of residence which can then be identified as source state. This would mean that the current regulation in terms of allocation of authority to levy taxes within article 16 OECD, needs to be kept and is justified based on the test criteria of international applicability and technical implementation value. This is also the correct reasoning from the point of view of the 'benefits theory' philosophy. On the other hand, I don't believe that a state of residence levy is appropriate because it is inherent to a residence state levy to serve the tax payer's personal interests. Allocation of the authority to levy tax on directors' fees must, according to me, be motivated by criteria of 'serving the company's interests'. Directors serve the legal company interests (as many countries will acknowledge) and definitely not their own personal interests. Serving the company's interests will unavoidably lead to results in the body's state of residence so that this state can levy taxes on the director's fee.

All these findings lead to the conclusion that the position of article 16 OECD with regards to article 15 OECD needs to be reviewed. A majority of authors is of the opinion that article 16 is *lex specialis* in relation to article 15 OECD. I believe this is seriously in doubt. First and foremost it is clear from a historical point of view, that the fees of non-executive directors are not always considered professional income. These non-executive director-positions are not always the main profession of these people either. Artikel 15 OECD on the other hand deals with professional income. On the other hand, I have also argued the point to give article 16 OECD an independent meaning. That would necessarily have as result that article 16 OECD is an *independent* treaty article which must not be interpreted restrictively. The non-restrictive interpretation of article 16 OECD justifies, I believe, its personnel scope and the vertical catch all provision which I defend for purposes of this research (see below). However, this point of view, does have other consequences. Traditionally, it is assumed that all employment items function as one so-called 'closed system', which means that all income from employment shall always fall in the one of the employment items' categories. From that point of view, article 15 OECD is regarded as a rest item for income from employment. Subsequently, this leads to the traditional thinking that arti-

cle 21 OECD in principle cannot be applicable to employment income. The fact that the *lex specialis* principle has been discarded, results in the fact that the so-called closed system of employment items, in principle not can be applied to article 16 OECD.

The recommendations listed above, are valid for both small to medium companies and multinationals. I don't believe therefore that article 16 OECD needs to be split up. The corporate governance developments, have been important test criteria in this research because tax law is not a stand alone issue in our society and a director is an important actor within the corporate governance science. Within multinationals specific corporate governance evolutions take place, evolutions which can be differentiated from corporate governance-evolutions in the small to medium companies where currently there is a huge demand for international independent directors. In this research I thought it was necessary to write a separate chapter about these trends. Corporate governance is about positions of power and the internal relationships between mainly 3 actors: the director, supervisor and shareholder. We could say that the roles of the supervising director and the executive director, have grown closer over the years. Nowadays many provisions in national company law, also give the supervising director a whole list of co-directorship items. Apart from that, there is the trend of shareholders' activism. Shareholders are becoming ever more active and by doing so force the supervising director into the executive director's corner. Supervising directors and executive directors hence form a directors' partnership. These corporate governance trends have consequences for the purpose of article 16 OECD, which have mainly remained neglected, until now. In this perspective, it is also argued that executive and non-executive directors qualify under article 16 OECD, although that is not a tax argument. Here I would like to point out that I believe it is a step too far to, for purposes of article 16 OECD, consider the executive director to be an employee in the sense of article 15 OECD and the active shareholder to be a director in the sense of article 16 OECD. Both executive and non-executive directors serve the company's interests, contrary to the shareholder who only serves their individual interests.

In chapter 2 of part 1, I researched article 16 OECD's scope *ratione personae*. Article 16 OECD uses the term 'member of the board of directors'. The term 'member of the board of directors' is not defined in article 16 OECD. It is possible to use two interpretation techniques as far as the meaning of the term in globo is concerned, i.e. an independent treaty interpretation or an interpretation in accordance with article 3 (2) OECD. A number of factors however make me

believe that it is no longer appropriate to exclusively use article 3 §2 OECD's interpretation technique for purposes of interpretation of the term 'member of the board of director' in article 16 OECD. I don't believe that article 16 OECD in its current form is internationally applicable anymore. If one agrees on the interpretation rule of article 3 §2 OECD, we encounter the phenomenon that states can have a different corporate governance model. *In globo* there are two such corporate governance models, which are often stipulated in the national corporate law of states. There is, on the one hand, the British model where the board of directors has a management duty AND a supervising duty (monistic system). On the other hand, there is the German corporate governance model where they make a difference between a supervising management body and a management body (dualistic system). States will often use a different corporate governance model and from their model they will define the term 'director' differently. This could cause serious problems which could lead to double taxation which is obviously not the purpose of a taxation treaty and therefore endangers the applicability in terms of technical implementation of article 16 OECD. This difference between monistic and dualistic management systems, the disappearing differences between the systems, the translation of tax treaties which cause terms in compliance with internal law are included in tax treaties, those are all elements which plead in favour of one single international meaning for the term. Such one single meaning must be extensive. Both non-executive directors and some executive directors working as top level managers must be included. But even that is not enough, as we shall see below.

Corporate governance is changing and evolving all the time. Article 16 OECD must be as flexible as possible *de lege ferenda* so that it can take into account these new developments. After all, the director is an actor within the corporate governance landscape to whom one cannot remain blind. An example of said corporate governance developments is the main board committees mushrooming all around us. These committees pop up because management and supervising activities are becoming more and more a position of experts. These committees can be considered as a 'similar organ' in the sense of item 16.3 of the OECD-Commentaries. All members of such committees, shall mainly be executing a leading position whereby the guidelines will be strategically drawn up, although often within one specific area of policy. These committees are different from less permanent committees because in essence they need to serve the company's interests and they would transcend the day to day management. To include a sheer criterion of permanence as such does not seem enough for me to capture all appropriate committees under article 16 OECD. In view of this

General conclusions and recommendations

evolution within the boards, it seems obvious to me that the OECD would adjust article 16 OECD to this reality. And that is another reason why I don't believe that the current form of article 16 OECD is any longer internationally applicable.

Subsequently I also researched to what extent a body can act as director for purposes of article 16 OECD. I believe this question needs to be answered positively. You can read all this verbatim in item 16.1 of the OECD commentaries. This is a good choice because I do not believe it is appropriate to qualify body-mandates under article 7 OECD. It could create exemption of taxation in the source state and it would also cause a lot of confusion with regards to the applicable treaty article. However, states do not always allow a body to be a director. I use here as example the supervising director in The Netherlands who is considered to always act in their own name. Although it needs to be said that the scope of article 16 OECD always prevails over internal company laws. Article 16 OECD is, I believe, best to capture the fees of body-mandate holders so that in its current form it is perfectly applicable in these matters.

Active partners, which, for the purpose of this research, are active shareholders without formal director's mandate, are not treated separately by the employment provisions of the OECD-Model Treaty. Several treaty articles are therefore applicable to qualify their income. I don't believe though that active partners with a majority shareholding can ever be qualifying under article 16 OECD. There needs to be therefore a *de jure* or *de facto* say. These criteria seem to me to be too difficult to check for the purpose of article 16 OECD. Furthermore, shareholders serve individual interests and in no way the company's interests. Serving the body's interests is however an essential aspect in order to be considered director. I believe that the international applicability and the applicability in terms of technical implementation of article 16 OECD, are doubtful for that reason.

Many organisations give their employees some sort of say in matters. Based on an analysis, we can say that these people serve the employees' interests. They do not, therefore, comply with the criteria, as described in chapter 1 of this research, so they cannot be qualified as director in the sense of article 16 OECD. Article 16 OECD is not internationally applicable to catch these employees' representatives and must stay this way.

In view of the strong growth of the category of so-called 'interim managers', I also researched this category of people. In view of their duties, an interim manager will often be different from a normal manager. Interim managers deal

with strategy outlining and serve therefore the company's interests. That is why they can be qualified under article 16 OECD. Article 16 OECD, however, has in principle not been adjusted to this, also because of the historical context of the treaty article. Nevertheless, article 16 OECD's limited extensive interpretation, does justify to qualify interim managers under the treaty article from the technical application point of view.

For all these reasons, I believe that article 16 OECD's vocabulary needs to be adjusted: Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State.

In chapter 3 of part 1, I researched what the nature is of the fee-paying body. Article 16 OECD mentions the term 'company' but does not supply one definition of the term. The term 'company' is however defined in article 3 b of the OECD-Model treaty. It concerns any body corporate or any entity who is treated as a body corporate for tax purposes in the state where they reside. Article 4 OECD marks as resident of a treaty state every person who, according to the internal legislation of that state, is liable to taxation of that state based on one or another personal criterion with the state: state of residence, domicile, place of management or any other criterion of similar nature. For the term 'resident', the OECD-Model Treaty refers to the states' national legislation. In terms of a body being a resident, there are two trains of thought, i.e. where a body is incorporated and where its actual real seat is situated. These trains of thought, come directly from company law but are also used often within taxation law. The actual real seat principle, is very close to the POEM-principle (place of effective management) within article 4(3) OECD. Both terms are very difficult to define because of the international activities that directors do and the current use of modern means of communication (video-conferencing, net-meets, chat, ...). Currently it is still not clear which people exactly are meant in both terms in order to determine where they are resident. Some states refer to strategic management where others refer to people carrying out the organisation's day to day management. There is no consistency whatsoever between the states. Even the OECD struggles with how to define the term. There is the recent BEPS Report for example where states preferably need to consult with each other about how to define the tie breaker. That is why I believe that article 16 OECD can no longer be applied internationally in this context, which makes the applicability in terms of technical implementation a bit of a problem. That is also why I believe that

both within article 16 OECD and within the tie breaker of article 4(3) OECD a *formal* resident's term needs to be brought to the fore, which can only be based on the incorporation principle which can withstand very well the test of European Community Law. This latest statement is not unimportant in the knowledge that 21 of the 34 OECD states are also member states of the European Union.

It could be feared that a formal residents's concept, could open the door for widespread abuse. That is why a new anti-abuse statement needs to be created within article 16 OECD. This new anti-abuse statement could be based on the Cadbury Schweppes case law of the Court of Justice. Said jurisdiction implies that an actual economic activity must be carried out. Because of all these reasons, the meaning of the term 'company' for purpose of article 16 OECD, is no longer compliant with modern day requirements, nor is it any longer internationally applicable. Incorporation criteria for the legal body need to be added to article 16 OECD in order to increase its applicability in terms of technical implementation. An updated version is needed. For all these reasons a sentence needs to be added to the term 'company' in article 16 OECD: '*which is incorporated in the other Contracting State and represents real economic activity*'.

It is necessary to decide that because of the adjustment of the term 'resident' of the body within article 16 OECD, tension is created with the tie breaker of article 4 (3) OECD which refers to the POEM-principles. Still, I believe, the tie breaker should – at least for the purpose of article 16 OECD – refer to a *formal* term for establishment. It goes without saying that that does not remove all problems. In fact, it is not impossible that a body for example registers its registered address in a state with a profitable tax regime without it developing any economic activities in it. It could then of course not be allowed that this body because of a strict interpretation of the term of establishment does not become a resident anywhere and therefore not be entitled to call on any tax treaties. That is why with change of the term of residence of the body in article 16 OECD, it would not be a solution to abolish the tie breaker. I believe it would be more appropriate to create a new hierarchy with the tie breaker. Said hierarchy would then necessarily start with formal criteria – also with an anti-abuse clause – and shall subsequently be followed by substantial criteria, of which place of effective management obviously can be one. The necessary mutual agreement procedure can also be a part of the new hierarchy, as recently defended by OECD in the BEPS Reports.

In legal matters, use is made of so-called tax transparent entities. For purposes of this research, it is relevant to indicate that partnerships also – just like other organisations – need to be managed. But it is not easy to check when a partner (be they director or not) qualifies for article 16 OECD. I believe that another exercise needs to be done before taking that decision. First and foremost we'll have to check whether the partnership is a legal entity, because this could be of importance for the purposes of article 16 OECD. That is why for the purpose of this research, the so-called *lex societatis-doctrine* is used, with reference to the incorporation doctrine defended earlier on. In other words, in order to know whether a partnership is a legal entity, it is only the internal legislation of the state of the organisation that is decisive. This, however, is not yet sufficient for treaty purposes because being a resident is also relevant. For that purpose, a *subject to tax* requirement has been implemented. To that extent it is impossible to go back to the 1999 Partnership Report because that Report did not apply *in globo* with the relationship between the state of organisation and the state of residence of the partners. I believe that the *lex societatis-jurisprudence* needs to extend to the partners' state of residence. The body's company law character will determine its tax regime for treaty purposes, even if the entity is tax transparent. After subsequently determining whether an entity has treaty entitlement, it can be checked to what extent a partner qualifies for article 16 OECD. I believe that a partner automatically qualifies to the extent that management activities for the partnership have been developed. It is different of course for partners who have no director's mandate in the partnership. Common opinion seems to be that article 7 OECD is applicable in such a case, which seems to me to be a bit oversimplified. After all, professional income is clearly separated from investment income within a partnership which will necessarily lead to the fact that within a partnership there will be active partners and passive ones. I believe that passive partners never can be qualified under article 16 OECD. Active partners on the other hand can. Their share in the partnership management shall however need to be determined clearly in function of their time spent on management. From the moment said time management has been determined in contract and numbers, said compensatory allowance shall be classified under article 16 OECD. Such an exercise is however not easy from an international applicability point of view. Moreover, I have already stated in chapter 1, that shareholders will often apply pressure to review company management from an economic point of view. Said economic point of view is clearly inspired by individual interests and not so much company's interests. Each shareholder has their own individual interests. These individual interests often concern a short term return of dividends. That is definitely not the case for directors. Each director has the same

interests, i.e. the company's interests, on penalty of director's liability. Any management of any organisation tries to achieve a healthy and viable organisation, which must coincide with the common interests, i.e. the company's interests. This then also means that an active shareholder can never be qualified as a director in the sense of article 16 OECD. I believe therefore that it is not appropriate to qualify the active shareholder under article 16 OECD.

Directors can hold a mandate in both private and public bodies. The OECD-Model treaty provides in a separate treaty article regarding directors who hold their mandate in a private or in a public body, i.e. articles 16 and 19 §3 OECD. Both articles clearly have a different scope. Article 19 §3 OECD states that the government service article (article 19 OECD) is not applicable to fees paid for by a public for profit body. This has, in other words, the train of thought that it is only appropriate that civil servants holding a director mandate in a public for profit body, are taxed in the same way as directors holding a mandate in a private body.

Articles 16 OECD and 19 §3 OECD clearly have – as already stated – a different purpose. In terms of article 19 §3, the paying state has the authority to levy taxes whereas the debtor for the purposes of article 16 OECD is irrelevant. Article 16 OECD is furthermore applicable to legal entities, whereas article 19 §3 OECD certainly is not. It is therefore essential to quite clearly separate both treaty articles. At the moment there is no clear difference which could endanger the applicability in terms of technical implementation of article 16 OECD in its current composition. The term 'business', compliant with the OECD Model-Treaty, is currently the discerning criterion between both treaty articles, that is why I went to look for a further definition of this term. Three essential criteria, all commonly followed, are used:

- (a) goods or services must be offered on the market which implies there are potential competitors;
- (b) something will need to be offered in return and;
- (c) there is always the risk of prices set wrongly, which is a company risk.

I believe the OECD needs to use these discerning criteria when adjusting the OECD-Commentaries of article 19 OECD. An adjustment of the OECD-Commentaries will increase the feasibility of article 16 OECD in terms of technical implementation. Furthermore, in my opinion, the OECD-Commentaries

19/6 need to be abolished, stating that certain services by treaty-signing states, although it concerns business, can still be qualified under the government service article. This OECD-Commentaries is way behind the ever developing wave of privatisation of the above mentioned sectors (post, railway, ...). It does not make sense that a director of a body in any of these sectors, which are also profit oriented, should not be subject to the attraction principle.

And finally, I researched in chapter 4 of part 1 the nature of the fees within article 16 OECD. Article 16 OECD includes a so-called capacity requirement. Only fees received in the capacity of director are aimed at. Said capacity requirement is written in the present tense in Article 16 OECD. However, HR of 22 July, 1988 makes it clear that the moment of payment of fees is irrelevant for purposes of article 16 OECD, only the era during which the person in question had the capacity of director. In all other treaty provisions regarding income from not-self-employed activities, the present tense is used and from the point of view of those provisions also, we can see that use of the present tense does not mean that said provisions could not be applied to income from earlier work. Furthermore, literal interpretation of article 16 OECD does not allow, I believe, to conclude that work must be present in order to classify fees under article 16 OECD. This is different for the US-Model Treaty.

Article 16 OECD does include a so-called attraction principle. However, this opinion needs to be distinguished because there is traditionally a difference between a horizontal attraction and vertical one. Horizontal attraction is attraction in the widest sense and means that all fees that a director receives in a different capacity, also need to be seen as director's fees. However, because of its literal terminology, article 16 OECD does not contain a horizontal form of attraction. There is not a lot of discussion about it and justifies the director's dual role.

Vertical attraction means that all fees paid by a body to its director, must be regarded as director's fee, even if there is no performance directly in return for it. Some authors ferociously criticise this form of attraction because they are of the opinion that it is an infringement on the hierarchy and specificity of certain treaty articles. Although I do believe that article 16 OECD does contain a so-called *vertical catch all* provision where the closed system of the provisions on income from employment cannot be applicable to. This has as a result that article 16 OECD needs to be seen as a 'special provision' with regards to article 15

OECD, which is a stand alone treaty article, in other words. Hierarchy of the treaty articles can then not be disturbed in these matters, either.

The OECD-Model Treaty states that the directors' fees need to be 'derived' and also uses the term 'reçoit' in its French version. It is not directly clear what needs to be understood by these terms, so that in principle, the article 3 (2) OECD interpretation method must be used. Which, in its turn, leads to the fact that the term can be interpreted in different ways and that is not what we want and it certainly does not reinforce legal security. It endangers the international applicability of article 16 OECD. OECD also wanted *ab initio* to give the term 'derived' a broad meaning. By using different terms, such as 'earned, derived, received, ...' a linguistic difference was made but it does not show at all that the OECD has tried to ring-fence the term. Because of such a wide approach, there remains the question to what extent there can still be room for an interpretation in compliance with article 3 (2) OECD. I also believe that the term needs to be interpreted in such a way that a clear wealth shift needs to have taken place to the director's private assets. The fees must be, in other words, effectively received for purposes of article 16 OECD.

If I look at the forms of income to which article 16 OECD is applicable (the term 'fees and other compensation' had been introduced), it can no longer be defended that only appropriation of profit, attendance fees and similar fees are within its scope. Fixed salaries are now also within the treaty article's scope. *In casu* appropriation of profit, salary, wages, premiums, bonuses, attendance fees, holiday allowances, benefits in kind, etc. However, because of the term income being very wide, it cannot be concluded that income earned by a director in a different capacity also fall under this treaty article's scope. Article 16 OECD does not target a dual role of the director so that income earned in another capacity cannot be caught by the article. As far as stock options are concerned, the OECD has declared that if directors were given any, it would be subject to article 16 OECD if they were given to them in their capacity of director. The OECD-Commentaries also state that article 16 OECD is not only applicable to the granting of stock options but also that article 13 OECD is applicable as soon as the option has been accepted. In these matters, the 2004 OECD Report cannot be followed because of the vertical attraction principle active within article 16 OECD. The fact that the director in the meantime has acquired the capacity of shareholder, cannot be held against it, nor does it matter much. The vertical catch all principle means furthermore that for example also non-competition fees are included, a golden hello, pension funds, severance pay etc.

Finally I also researched what method for elimination double taxation is ideally applied by the state which does not have the authority to levy taxes. I have chosen to deal with this subject in the chapter regarding the nature of the fees targeted by article 16 OECD. After all, it concerns exemption with regards to income caught in a prevention method. In principle, a choice needs to be made between the exemption method and the credit method. I believe the exemption method needs to be preferred because, among others, the director's commercial interests are mainly located in the body's state of residence in which the mandate is held (see chapter 1 of the research). It would be not appropriate for the other states to also go and claim authority to levy tax. More and more states link this exemption method with the subject to tax-requirement, often inspired because of prevention of abuse. This requirement is hugely exaggerated because it can be determined that the directors' fees of non-residents are often subject to the normal tax rates. The OECD do also definitely not argue that actual taxation must be present in order to apply the exemption method. The same goes to counter the credit method. From the framework of international applicability therefore, exemption definitely deserves preference as prevention method for purposes of article 16 OECD.

2. Conclusions regarding part 2 of the research

In part 2 of my research, I asked myself why Belgium in such a number of tax treaties deviates from article 16 OECD. There is also the question as to why article 15 of the Belgian Model Treaty, which includes the directors's fees, deviates from article 16 OECD. That is why I have researched to what extent article 16 OECD is insufficient in order to satisfy a Belgian implementation and to what extent the Belgian Model Treaty could possibly meet it. In view of what is mentioned above, the second partial question of this research problem is: Why does Belgium choose a different approach to the director's article with regards to the OECD Model Treaty? Is said approach preferable and if not, what adjustments need to be applied? What complications would it lead to in actual treaty situations and more specifically for the tax treaty between Belgium and the Netherlands?

All Belgian tax treaties do generally speaking deviate from article 16 OECD on three levels, i.e. nature of the body, nature of the director and finally, nature of the income. Firstly, I researched the deviations in terms of nature of the body, then nature of the director and finally nature of the income component.

2.1. Deviations in terms of nature of the body

Ever since the introduction of the Proxy Decision of 20 December, 1996, the difference between personal & capital companies, has been abolished in Belgium. Some taxation treaties however still include the term 'company with share capital', such as for example the Belgian Model Treaty. The Belgian Federal Tax Department also keeps complying with the difference between these types of companies. That is how Belgium wrongly and incomprehensibly deviates from article 16 OECD because this treaty article talks about a 'company', which in article 3, 1, b OECD is defined as 'any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purpose'. The term 'share capital company' also creates a lot of interpretation problems which in its turn causes complications in terms of the international applicability of these treaties. In order to avoid these interpretation difficulties, it is highly advisable for Belgium to definitively and uniformly define the term 'company'. I *do not think* that the meaning of this term can possibly coincide with the OECD-Model Treaty's. After all, if the OECD definition had been retained, I do not believe that the difference is clear between mandates in public bodies on the one hand and private companies on the other. From article 18.3° Belgian Model Treaty transpires that the provisions of articles 14, 15, 16 and 17 are applicable to wages, salaries, pensions and other similar fees paid for services rendered within the framework of a company carried out by an agreement signing state or a political part or local community thereof. I believe that the criteria needed to be able to talk about a 'company' must be taken from chapter 1 of this investigation. I believe it is best to formally do that by indicating in article 15 of the Belgian Model Treaty that the term 'company' is regarded in the tax sense of article 2 §1, 5° WIB92.

Legal personality can be an important aspect in order to be qualified under the director's article. In terms of partnerships, the Belgian tax authorities has always defended the *lex societatis*-doctrine. However, the Belgian Model Treaty, does not consider in article 1 §2 the company law character of the partnership as crucial but its transparent character in terms of tax. The Belgian Model Treaty may well be in line with the OECD Partnership Report but it definitely does not agree with the classic Belgian opinion. Because of reasons mentioned in part 1, I believe we need to look for a connection with the *lex societatis*-doctrine.

On 5 June, 2001, Belgium and the Netherlands signed a (new) tax treaty. There is an article per article explanation accompanying this treaty. I believe that this explanation belongs to the tax treaty's so-called natural context and this explanation clearly states that article 16 of the treaty is based on the Belgian director's

article as included in article 32 Belgian Income Tax Code (BITC). That means that the Belgian definition of article 32 BITC is crucial for interpretation purposes of the tax treaty's article 16, albeit up the moment the treaty is signed and to the extent that the treaty article is based on the relevant elements. To think about it in any other way would mean a treaty override. I believe it is because of that reason there is a special obligation of notice included in the treaty's article 16. Belgium will have to pass on to the Netherlands all fundamental adjustments in legislation, jurisdiction and tax department's opinion so that a new bilateral context can be sought. The fact that the treaty's article 16 is based on article 32 BITC, has consequences for all legal forms aimed at in this treaty article. After all, The Belgian Minister of Finance stated that only companies were targeted in article 32 BITC. I don't think therefore that that Belgium can have any connection with the OECD Model Treaty in order to define the term 'company'. I also believe therefore that article 16 of the tax treaty with the Netherlands only refers to companies in the tax sense of article 2, §1 5°, a BITC. One solution could be that the Belgian legislator agrees with the treaty article model proposed in this research for purposes of article 16 OECD, as drafted by me. It would drastically increase its international applicability and feasibility in terms of technical implementation.

I must therefore decide that Belgium deviates from the OECD Model Treaty in order to stubbornly keep hold of the difference between personal & capital companies. This is not necessary, I believe, incomprehensible even. An interpretation of the term 'company', as proposed earlier by me, gives a possible solution to exclude as much as possible future interpretation problems. The Belgian legislator already agrees more than we thought, as we can see from the context of the new tax treaty with the Netherlands. This treaty only targets for profit companies.

2.2. Deviations in terms of nature of the director

Literature has two opinions in terms of the tax treaties' directors article's scope. There is a broad and a more narrow point of view. The broad opinion targets the mandate holders of article 32 BITC and any other similar positions, people with a directors' position in day to day management, of commercial, technical or financial nature outside of a work contract. The Belgian tax authorities have always been a fan of applying this broad vision to the director's article in tax treaties and have also always objected to article 16 OECD giving it such a broad application. This has caused for example that daily management positions are listed under the directors' article. I don't believe this can be the case if the posi-

tion of daily management is not to be held as top level management position and the company interests are served. Because it still is very difficult to show who exactly can be qualified under article 32 BITC, I believe it would be appropriate for Belgium to leave its broad vision behind and to connect again with the narrow vision on article 16 OECD. That could increase the feasibility in terms of technical implementation. The opinion of the Belgian Minister of Finance, who states that the term 'director' for purposes of article 32 WIB92 has its own tax meaning which deviates from company law, cannot be used on treaty level, I don't feel.

The tax treaty with The Netherlands has formal and material criteria for the company mandates aimed at in the directors' article. The old tax treaty on the other hand had formal criteria. Because article 32 BITC was the model for the directors' article in the treaty with the Netherlands, Belgian terms were sometimes used, which is specifically the case for the term 'zaakvoerder'. The Netherlands must not give their own definition to this term under these circumstances, because that would go against the tax treaty's context and would make the feasibility in terms of technical implementation of the treaty article much more vague.

Who is meant by company directors of the *second category*, is not clear either. Moreover, it is a requirement that these people must work 'outside of an employment contract', which, I believe, is an unfortunate turn of phrase. Not only is it not clear what exactly is meant by 'employment' and which law can be referred to in order to define the term in the sense of article 3 §2 of the tax treaty, but also is the criterion of relationship of authority not crucial for a company mandate holder in order to be classed under the directors' article. On the contrary, what is crucial is to what extent the company interests are served or not.

Transfer of vocabulary as formulated in part I of this research, i.e. a referral to the category 'official in a top level managerial position of a company' is a solution to clarify what positions can be qualified under the directors' article. It could drastically increase the feasibility in terms of technical implementation of the treaty article. Such a transfer is also a solution for the vague category of company directors of the *third category* of which it is very difficult to say who belongs to that.

As far as the legal entities-mandate holders are concerned, we need to draw the conclusion that these *de facto* do not belong to article 16 of the tax treaty with the Netherlands. After all, article 16 of the treaty is based on article 32 BITC which

only targets natural persons. However, it would be advisable for the treaty parties to clarify that legal entities do get qualified under article 16 of the tax treaty. It would only increase the feasibility of in terms of technical implementation.

The uncertainty with which the directors' article has been drafted in the treaty with the Netherlands, can also be seen in how article 16 §4 is written. This treaty article states *de facto* that the permanent establishment problem is not relevant for first category company mandate holders. This shows sufficiently that the legislator did not consider the permanent establishment applicable to the company mandate holders.

The Netherlands has a position called 'the director major shareholder' (DMS). From the point of view of The Netherlands the DMS will nearly always qualify for article 16 of the tax treaty with The Netherlands. For Belgian purposes, a DMS will also qualify for article 16, although critical voices have asked whether we can't remove article 16 OECD after which DMS can qualify for article 15 OECD. I don't think that a DMS can possibly qualify under the authority of a company, even though the Netherlands retain a formal relationship of authority in these matters. Moreover, a DMS is involved in lining out strategy and serves the company interests. That is why DMS needs to remain under article 16 DBV.

2.3. Deviations in terms of fees

Most of the Belgian tax treaties include the OECD-Model Treaty income category. Some tax treaties explicitly state that it is applicable to both fixed and variable fees. In a certain Belgian doctrine, people have said that the directors' article cannot be applied to fixed fees. I believe this point of view is correct but from the source state's levy predominance I believe it also needs to be understood that fixed fees are also subject to the directors' article. All this is a result of the *Belgian attraction principle*. After all, Belgium did object to article 16 OECD and stated that it could always apply the internal attraction principle at treaty level. The horizontal form of attraction, shall not be applied at treaty level. That is clear from an administrative circular from the Belgian Tax Authorities. They do apply the attraction's vertical form. I don't believe that the philosophy of certain doctrines that said vertical form of attraction can endanger the hierarchy between treaty articles, is correct because the directors' article in tax treaties, I believe, needs to be uniformly regarded as a true catch all statement to which the closed system of the provisions on income from employment, is not applicable.

Currently there is an awful lot of confusion in Belgium concerning the correct scope of the 'exemption vaut impôt'-doctrine within the framework of the prevention method. The OECD Model Treaty clearly states other issues than the Belgian Model Treaty. On top of that, there are also the divided court rulings. Moreover, all tax treaties not based on the Belgian Model Treaty and not describing the term 'are taxed', only add to the confusion. I am therefore of the opinion that a uniform definition needs to be introduced of the Belgian prevention method in order to increase the international applicability of the treaty article regarding directors' fees. I would like to suggest to give an OECD related interpretation to the term. After all, the Belgian Model Treaty does deviate from it but creates a complex situation by differentiating between natural and legal persons. The opinion of the Belgian Model Treaty is not adhered to everywhere else, either. From that point of view, I believe it would be appropriate for Belgium, definitely for purposes of the directors' article, would create again a connection with the SIDRO – decision by the Courts of Cassation and insert this uniformly in their Model Treaty. It would drastically increase the feasibility of the treaty article in terms of technical implementation.

3. Diagram of the positions taken within the research

This conclusion shall contain the main findings of this investigation. They are presented in a diagram, using the test criteria. I have added symbols to each of the findings to show my conclusion. Symbols have these meanings:

++ = clearly true

+ = true

+/- = neutral

- = not true

-- = clearly not true

General conclusions and recommendations

<p>General international applicability</p>	<p>There is historical justification of a separate directors' article as included in article 16 OECD.</p>	<p>++</p>
	<p>This ratio legis is still valid in view of upcoming trends.</p>	<p>++</p>
	<p>This ratio legis is historically also applicable to executive directors.</p>	<p>--</p>
	<p>From an updated ratio legis' point of view it is justified to bring executive directors also under the scope <i>ratione personae</i> of article 16 OECD.</p>	<p>++</p>
	<p>It is the intention to bring every manager under the scope of article 16 OECD <i>de lege ferenda</i>.</p>	<p>--</p>
	<p>There are justifiable criteria of differentiation to distinguish managers from top level managers.</p>	<p>+</p>
	<p>An extensive interpretation of the scope <i>ratione personae</i> within article 16 OECD is justified in order to move away from an interpretation of the term 'member of the board of directors' in compliance with article 3 §2 OECD.</p>	<p>++</p>
	<p>There is a clear difference between articles 16 and 19§3 OECD.</p>	<p>-</p>
	<p>It is possible to create clear distinctive criteria with regards to articles 16 and 19§3 OECD.</p>	<p>+</p>
	<p>Article 16 OECD contains a horizontal attraction principle.</p>	<p>--</p>
	<p>Article 16 OECD contains a vertical form of attraction which includes a vertical catch all train of thought.</p>	<p>++</p>
	<p>The often used ratio legis ter to justify the credit method as prevention method is convincing for purposes of article 16 OECD.</p>	<p>--</p>

General conclusions and recommendations

	Belgian tax treaties often deviate from article 16 OECD in terms of the nature of the body which causes interpretation issues.	++
	The term 'body' as included in article 16 of the tax treaty between Belgium and the Netherlands needs to be defined in the same way as in article 16 OECD	--
	The term 'director' in the tax treaty between Belgium and the Netherlands is clear and there are next to no interpretation issues.	++
	A such called DMS is a director in the sense of article 16 OECD and that needs to stay this way.	++
	Belgium needs to connect again with the SIDRO – court ruling when defining the prevention method for purposes of the directors' article	++
Feasibility in terms of technical implementation	Was the OECD's choice regarding the authority to levy taxes in terms of directors' fees to allocate it to the body's state of residence, was that the correct one?	++
	Choice is justified because of many important and underlying principles included in the international tax legislation.	+
	A new threshold (for example a physical presence criterion) needs to be inserted in article 16 OECD.	--
	The choice to allocate authority to levy taxes on directors' fees to the body's state of residence can be justified with regards to allocation of authority to levy taxes on income from not-self employed labour?	+
	Current allocation of authority to levy taxes within article 16	

General conclusions and recommendations

	OECD can be justified by the so-called base erosion principle?	-
	Current allocation of authority to levy tax within article 16 OECD must be kept and this can be justified with the source principle. Moreover, that makes it easier to identify the source state.	++
Corporate governance trends	There are corporate governance trends which further justify that both non-executive directors and executive directors fall under the scope of article 16 OECD.	+
	Corporate governance trends within sme and multinationals are identical so that the previous statement is based on the same findings.	--
	It is justifiable that an independent meaning is given to the term 'member of the board of directors', in view of the fact there are different board systems in states, which could cause double taxation?	++
	Certain corporate governance-trends justify that both non-executive directors and executive directors fall under the scope of article 16 OECD?	+
Compared to European Community Law	The actual real seat doctrine is an appropriate criterion for determining the term inhabitant included in article 16 OECD.	-
	A formal term of resident for the body for purposes of article 16 OECD, is a good criterion because of trends taking place. Said formal criterion, does it pass Community Law?	++
	An anti-abuse provision must be created if a formal term of resident for the body were to be introduced within article 16 OECD and that can easily be found within the Courts of Justice's legislation.	++

I would like to end with a very short answer to the general research question: Is there any justification for a specific directors' article in the OECD-Model Treaty and what justification is there for Belgium to go and give it a special definition? I do believe there is definitely a justification for a separate directors' article in the OECD-Model Treaty. Although there are critical voices urging to abolish article 16 OECD, I definitely do not want that. The position of a director is completely different from the work done by employees. Nor is it always easy to determine exactly where a director carries out their duties. That is the case for both non-executive and executive directors. Their actions have a direct impact on the body for which they hold a mandate. From a source point of view, it is then justified that the state where the body is located for whom the mandate is carried out, is allocated authorisation to levy tax.

I would argue strongly for bringing executive directors also under the scope of article 16 OECD. Historically speaking only non-executive directors are subject to this article. It concerns therefore an interpretation *de lege ferenda* regarding directors but also some top level managers. It is definitely possible to differentiate between normal managers and top level managers. The latter serves the company's interests and is involved in strategy planning. In terms of their management they are subject to the rules of directors' liability. In order to define the term 'top level managers', one needs to look no further than article 16 UN-Model Treaty. Because of all these reasons I believe that the vocabulary of article 16 OECD needs to be adjusted: Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in their capacity as (1) a member of the board of directors or an administrative, managing or supervisory body or (2) as an official in a top-level managerial position of a company may be taxed in that other State. Such a definition would also take into account certain evolutions in the corporate governance landscape because of which certain board committees also need to fall under the scope of article 16 OECD.

All Belgian tax treaties do generally speaking deviate from article 16 OECD on three levels, i.e. nature of the organisation, nature of the director and finally, nature of the fee. These deviations are often caused because of Belgian legislation. That causes a lot of interpretation issues and difficulties. A solution can be found when the recommendations I formulated in part 1 of this research were to be applied.

Literatuurlijst

- AIGNER, D. en VETTER, T., 'Autonomous interpretation of tax treaties? Administrative Court provides guidance', *European Taxation*, 1998, p. 95 – 96.
- ALBERT, P.G.H., 'Fictieve rente en fictief salaris en de toepassing van het nieuwe verdrag met België', *FED*, 2001/467, p. 1945 – 1958.
- ALEXANDER, L. en ESSER, S., 'Globalizing the board of directors', *Conference Board*, 1999, 34 p.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, '*Principles of corporate governance: analysis and recommendations*', 2001, 989 p.
- ANABTAWI, I. en STOUT, L.A., 'Fiduciary duties for activist shareholders', *Stanford Law Review*, 2008, 64 p.
- ARGINELLI, P., '*Multilingual Tax Treaties: Interpretation, Semantic Analysis and Legal Theory*', IBFD, 2015, 820 p.
- ARNOLD, B.J., 'Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties', *Bull. Int. Tax* 2003, p. 476 – 492.
- ARNOLD, B.J., 'Fearful symmetry: the attribution of profits in each contracting state', *Bulletin for International Taxation*, 2007, p. 312 – 337.
- ARNOLD, B.J., 'The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess', *Bull. Int. Tax*. 2011, p. 59 – 68.
- ARORA, S.A., 'Directors fees and artistes and sportsmen', *History of Tax Treaties. The relevance of the OECD Documents for the interpretation of tax treaties*, Linde Verlag, Österrrike, 2011, p. 579 – 601.
- ASSER, C. en VAN DER GRINTEN, W.C.L., 'Vertegenwoordiging en rechtspersoon – deel 2 De rechtspersoon', Tjeenk Willink, 1986, Zwolle, 395 p.
- ASSER, C. en MAEIJER, J.M.M., 'Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 3, *De Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 1105 p.
- ASSER, C., MAEIJER, J.M.M., VAN SOLINGE, G., NIEUWE WEME, M., 'Asser 2-II', Kluwer, Deventer, 2009, 1119 p.
- ASSINK, B.F., 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in *Preadviezen voor de Vereniging Handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 3 – 195.
- ASSINK, B.F., '*De Januskop van het ondernemingsrecht*', Deventer, Kluwer, 2010, 83 p.
- AULT, H.J. en BRADFORD, D.F., '*Taxing international income: an analysis of the U.S. – system and its economic premises*', NBER Working Paper 3056, Cambridge, 1989, 45 p.
- AULT, H., '*Comparative income taxation*', Kluwer law International, The Hague, 1997,

Literatuurlijst

- AVERY JONES, J.F., 'The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OECD Model', *British Tax Review* 1984, p. 14 – 54.
- AVERY JONES, J.F., 'Tax treaty problems relating to source', *European Taxation* 1998, p. 78 – 93.
- AVERY JONES, J.F., 'Characterization of other states partnerships for income tax', *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 288 – 320.
- AVERY JONES, J.F., 'Treaty conflicts in categorizing income as business profits caused by differences in approach between common law and civil law', *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 237 – 248.
- AVERY JONES, J.F., 'Place of effective management as a residence tie – breaker', *Bulletin of International Taxation*, 2005, p. 20 – 24.
- AVERY JONES, J.F., 'The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by states', *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 220 – 254.
- AVERY JONES, J.F., 'Does enterprise in the OECD Model mean business?', *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 476 – 479.
- AVERY JONES, J.F., '2008 OECD Model: place of effective management – what one can learn from the history', *Bull. Int. Tax.* 2009, p. 183 – 186.
- AVERY JONES, J.F., 'Corporate residence in common law: the origins and current issues', in MAISTO, G. (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 121 – 182.
- AVY – YONAH, R.S., 'International taxation of electronic commerce', *Tax Law Review*, 1997, p. 507 – 555.
- BAART, T. en BECKERS, J.B., 'Dagelijks bestuur: algemene principes onder de loep', *Accountancy & Fiscaliteit*, 2010, p. 1 – 5.
- BAETEN, J. en DEVOET, C., 'La nouvelle loi sur les pensions complémentaires. Cadre légal et aspects fiscaux en droits belge et européen', Brussel, Larcier, 2003, 286 p.
- BAETEN, X., 'De vergoeding van managers', in L. VAN DEN BERGHE en T. BAELDEN, *Vademecum van de bestuurder*, Kluwer, Mechelen, 2007, p. 227 – 243.
- BAILLEUX, A. en GOOSSENS, C., 'Zijn beheerders van VZW's altijd bedrijfsleiders?', *Fiscoloog*, 623, p. 6.
- BAKER, P., 'Double Taxation Conventions and International Tax Law', Sweet & Maxwell, 1994, 514 p.
- BAKER, P., 'Double Taxation Conventions. A manual on the OECD Model Tax Convention on income and on capital', London, Sweet & Maxwell, 2001, 622 p.
- BAKER, P., 'International Tax Law Reports, 2005, p. 453 – 468.
- BAKKER, A.J., 'Problemen bij werknemersopties in grensoverschrijdende situaties', *W.F.R.* 2003/6539, p. 1201 – 1210.

- BAMMENS, N., 'Residence of companies under tax treaties. National Report: Belgium, in G. MAISTO (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, p. 375 – 406.
- BARENFELD, J., 'Taxation of cross border partnerships', IBFD, 2005, 406 p.
- BAX, A., 'Tewerkstelling over de grens: ik werk niet altijd waar ik ben', *T.F.R.* 1992, p. 1074 – 1076.
- BAX, A., 'Exit werkend vennoot, exit personenvennootschap', *Fisc. Int.*, 158, p. 5 e.v.
- BAX, A., 'De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo?', *T.R.V.*, 2006, p. 3 – 49.
- BAX, A., MARSOU, K., CLAES, S. en DRAYE, J., 'De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België – USA (deel 1)', *A.F.T.* 2007, p. 39 – 71.
- BAX, A., VAN LAER, S., CLAES, S., HUYGEN, W., BODE, J. en BEYAERT, R., 'De nieuwe dubbelbelastingovereenkomst België – USA (deel 2)', *A.F.T.* 2007, p. 39 – 92.
- BAX, A., 'Goedkeuring van de overeenkomst tussen België en de Verenigde Staten', *Fisc. Int.*, 281, p. 1 e.v.
- BECKMAN, H., 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht*, 2005/86, p. 251 – 252.
- BEGHIN, P. en VAN DE WOESTEYNE, I., 'Handboek Personenbelasting 2007 – 2008', Intersentia, 2007, 699 p.
- BEKAERT, J., 'Het begrip beroepswerkzaamheid in het fiscaal recht', *R.W.*, 1989 – 1990, p. 635 – 641.
- BELLAN, D.V., 'Individuals income under double taxation conventions. A Brazilian approach', Doctoraal proefschrift, Sao Paulo, 2010, Kluwer Law International, 464 p.
- BELLINGWOUT, J.W., 'Het euvel van de puur formeel buitenlandse rechtspersonen', *WPNR*, 1993, p. 680 – 689.
- BELLINGWOUT, J.W., 'Zetelverplaatsing van rechtspersonen. Privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten', Deventer, Kluwer, 1996, 510 p.
- BELLINGWOUT, J.W., 'Arubaans NFR 2006: AVV en check the box', *W.F.R.* 2006/6653, p. 5 – 15.
- BELTJENS, R., 'De vennootschap – bestuurder en de inkomstenbelastingen', *A.F.T.* 1993/12, p. 303 – 308.
- BENDER, T., 'Vrijstelling ter voorkoming van internationale dubbele belasting', Kluwer, 2000, 494 p.
- BENDER, T. en KAMMAN, S., 'Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008', *W.F.R.* 2011, p. 527 – 545.
- BENDER, T., 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *W.F.R.* 2011/539, p. 539 – 547.

Literatuurlijst

- BERGMANN, A.A., 'Directors' fees and remuneration of top level managerial officials under article 16 UN Model Convention', *Series on International Tax Law*, Prof. Dr. M. LANG (ed.), Linde, p. 229 – 248.
- BETTEN, R., 'Fictitious Usual Wage for Substantial Shareholder', *European Taxation*, 2002, p. 98 – 102.
- BIESHEUVEL-HOITINGA, J., BOOTSMA, A.A. en VLETTER – VAN DORT, H.M., 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 153 – 162.
- BIK, O.P.G., '*Baas in eigen zaak. Ondernemers aan het woord over bestuur en financiering*', Stichting Maatschappij en Onderneming, Den Haag, 2004, 67 p.
- BIRD, R.M. en WILKIE, J.S., 'Source vs. residence based taxation on the European Union: the wrong question?', in *Taxing Capital Income in the European Union*, OUP, CNOSSSEN, S. (ed.), 2000, Oxford University Press, p. 78 – 109.
- BIRD, R.M., 'Why tax corporations?', *Bulletin for International Taxation* 2002, p. 194 – 203.
- BLANCO FERNANDEZ, J.M., '*De raad van commissarissen bij NV en BV*', Deventer, Kluwer, 1993, 232 p.
- BLANK, M. en ISMER, R., 'Rethinking article 19 OECD MC (Government Service): a provision in search of a rationale?', *Intertax*, 2015, p. 245 – 254.
- BLINDER, A.S., '*How many U.S. jobs might be offshorable*', CEPS Working Paper nr. 142, 2007, 45 p.
- BLUM, D.W., 'Permanent Establishments and Action 1 on the digital economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting initiative – The nexus criterion redefined', *Bull. Int. Tax.* 2015, p. 314 – 325.
- BLUMBERG, J.P., 'Het directiecomité in het corporate governance debat', *V&F*, 1998, p. 140 e.v.
- BOMBEKE, G., 'Exemption vaut impôt: herbevestigd en gemoduleerd', *Fiscoloog Internationaal*, 315, p. 4.
- BONGAARTS, P.J.M. en ESSERS, P.H.J., '*Het fiscaal regime voor beleggingsinstellingen*', Deventer, Kluwer, 1993, 252 p.
- BOOIJ, J.A., 'Fiscale consequenties van het wetsvoorstel rechtspersoonlijkheid personenvennootschappen', *W.F.R.* 2002, p. 1128 – 1136.
- BOOIJ, J.A., 'De notificatieverplichting in bilaterale belastingverdragen: Nederland in verzuim!', *W.F.R.* 2005, p. 1379 – 1386.
- BOS, J.A.M., 'Commissaris, taak en aansprakelijkheid', in J.R. GLASZ, H. BECKMAN en J.A.M. BOS, *Bestuur en Toezicht*, Deventer, Kluwer, 1994, 426 p.
- BOS, M. en LIEVENS, K., 'Belgische vennootschappen mogelijk belastbaar in Nederland terzake van management – vergoedingen doorberekend aan Nederlandse vennootschappen', *Int. Fisc. Act.*, 2013/9, p. 1 e.v.

- BOSMAN, A., 'Other Income under Tax Treaties. An Analysis of Article 21 of the OECD Model Convention', Diss, 2015, 449 p.
- BOUJONG, K.H., 'Rechtliche Mindestanforderungen an eine ordnungsgemässe Vorstandskontrolle un Beratung', AG, 1995, p. 203 -207.
- BOURS, E., 'La notion de revenue taxable en matière d'impôts directs', Editions J. DUCULOT, Gembloux, 1952, 347 p.
- BOUTHILLIER, J., 'Residence based taxation and FAPI: a world of fictions', *Canadian Tax Journal*, 2005, p. 180 – 204.
- BRAGG, S.M., 'The new CEO corporate leadership manual', Wiley, 2011, 344 p.
- BRÄHLER, G., 'Internationales Steuerrecht', Springer Gabler, 2014, 547 p.
- BROOD, E.A., 'The fiscal residence of companies', bespreking IFA – congress 7-9-1987, M.B.B. 1988/46.
- BROSENS, L., 'De plaats van werkelijke leiding van financieringsvennootschappen naar Zwitsers fiscaal recht', T.F.R. 2015, p. 163 – 174.
- BRUIJN, H.N., 'Nederlandse belastingverdragen met België, Duitsland en Luxemburg', Kluwer, 2009, 778 p.
- BULTEN, C.D.J., 'De geschillenregeling ten gronde', Deventer, Kluwer, 2011, 449 p.
- BULTEN, C.D.J., 'De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2014, p. 469 – 478.
- BURGERS, I.J.J., 'Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaty purposes', *Intertax* 2007, p. 378 – 386.
- BURGERS, I.J.J., 'Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht', SDU, Zevende Druk, Den Haag, 2013, 721 p.
- BUYLAERT, D., 'Beëindigingsvergoeding toegekend aan werknemers: nieuwe OESO-Commentaar', *Fisc. Int.*, 370, p. 1 e.v.
- BUYSER, W. en TAEKELS, P., 'Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context, een fiscale analyse', *A.F.T.*, 2007, p. 3 – 14.
- BUYSSE, C., 'Koreaanse obligaties en FBB: Cassatie eist effectieve bronheffing', *Fisc.*, 1437, p. 9.
- BYTTEBIER, K., 'Het vijandige overnamebod', Antwerpen, Maklu, 1993, 876 p.
- BYTTEBIER, K., PIU, P. en ROELAND, S., 'Corporate Governance: eigendom, bestuur en controle van vennootschappen', Maklu, Antwerpen, 2003, 307 p.
- CABRAL, W., 'Bermuda, in Offshore Trusts', *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Kluwer Law International, London, 1995, p. 23 – 73.
- CABRAL, P. en Cunha, P., 'Presumed innocent: companies and the exercise of the right of establishment under community law', *E.L. Review* 2000, p. 157 – 164.
- CAMPBELL, J.A., 'Participation in videoconferenced meetings: user disposition and meeting context', *Inform Management*, 34, p. 329 – 338.

Literatuurlijst

- CAPRASSE, O., 'Personne morale administrateur et comité de direction', *DAOR* 2002, p. 328 – 342.
- CAPRASSE, O., 'Le délégué à la gestion journalière et les délégations des pouvoirs', in CDVA, *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 87 – 115.
- CARIDI, A., 'Proposed changes to the OECD Commentary on Article 5: Part II – The construction PE Notion, the negative list and the agency PE notion', *European Taxation*, 2003, p. 38 – 46.
- CARSTEN, G.B., PAECH, P. en SCHUSTER, E.P., '*Study on Directors duties and liability*', London School of Economics, 2014.
- CASTRO, R.T., 'When does the context otherwise require in article 3 of the OECD Model Convention', *Intertax*, 2014, p. 709 – 720.
- CHAMPAUD, C., 'Chroniques de législation et de jurisprudence françaises. Sociétés et autres groupements', *Rev. Trim. Dr. Com.* 1991, p. 59.
- CHEFFINS, B., '*Company law: theory structure and operation*', Oxford, 1997, p. 421 – 451.
- CHEVALLIER, C., '*Vademecum Vennootschapsbelasting*', Larcier, 2006, 1620 p.
- CLAES, W., 'Het arrest van het Hof van Cassatie over Franse SCI's in het licht van het OESO-rapport betreffende partnerships', *T.F.R.* 2006, p. 981 – 987.
- CLESSE, J., 'La qualification juridique de la relation de travail', in *Questions de droit social*, CLESSE, J. en KEFER, F. (eds.), Liège, Anthemis, 2007, p. 229 – 260.
- COLLINS, L. e.a., '*Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*', London, Sweet & Maxwell, 2006, 1950 p.
- COOLS, A., 'Het in België organiseren van typecursussen resulteert in een vaste inrichting', *Int. Fisc. Act.* 2006/7.
- COOLS, A. en WANTEN, D., 'Hoge Raad velt nieuw arrest over driehoekssituatie', *Fisco-log Internationaal*, 285, p. 6 e.v.
- COOLS, A., 'Italiaanse fiscus: niet concurrentievergoeding is arbeidsinkomen', *Fisc. Int.* 298, p. 5 e.v.
- COOLS, A., 'Rulingcommissie acht betaler ontslagvergoeding relevant in internationale context', *Int. Fisc. Act.* 2010/8, p. 4 – 7.
- COOLS, A., 'Interne meerwaarde is geen bedrijfsleidersbezoldiging', *Fisc. Act.* 2011/11, p. 8 – 11.
- COOLS, A., 'De context bepaalt mee de interpretatie van een verdrag', *Int. Fisc. Act.* 2011/5, p. 4 – 7.
- COOLS, A., '*Internationaal Belastingrecht in Hoofdlijnen*', Maklu, 2012, 325 p.
- COOLS, A., 'Aanpassing Nederlandse wet aan DBV met België: een maat voor niets?', *Fisc. Int.*, 351, p. 5 e.v.
- COOLS, A., 'Overheidspensioenen: afwijkende toewijzingsregel is niet discriminerend', *Fisc. Int.*, 353, p. 6 e.v.

- COOLS, A., 'Rulingcommissie geeft visie over werkgeversbegrip in artikel 15 OESO-Modelverdrag, maar er blijven onduidelijkheden', *Int. Fisc. Act.* 2014/11.
- COOLS, A., 'OESO Update 2014 en de arbeidsartikelen: gemiste kansen, afbrokkeling van principes en soms wat duidelijkheid', *T.F.R.*, 477, p. 186 – 195.
- COOLS, A., 'Belgian Ruling Commission 's Opinion of the Concept of Employer within the Meaning of Article 15 of the OECD Model', *European Taxation* 2015/4, p. 166 – 169.
- COPPENS, P. en BAILLEUX, A., '*Droit fiscal. Les impôts sur les revenus*', Brussel, Larcier, 1985, 705 p.
- CORNELIS, L., 'De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband', *Aspecten van ondernemingsgroepen*, BIRON, H. en DAUW, C. (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 109 – 193.
- COZIAN, M. en VIANDIER, A., '*Droit des sociétés*', Paris, Litec, 1996, 681 p.
- CRAZZOLARA, A., 'Italy', in *IFA 2014 – Qualification of taxable entities and treaty protection*, The Hague, p. 435 – 455.
- DANIELS, A.H.M., 'International Partnerships: comparative law remarks on the taxation of income and the classification of foreign entities', *Intertax*, 1991, p. 354 – 387.
- DANIELS, A., 'Issues in international partnership taxation', Deventer, Kluwer, 1991, 239 p.
- DAVIES, P., '*Gower and Davies. Principles of Modern Company Law*', London, Sweet & Maxwell, 2008, 1108 p.
- DEAKIN, S., 'Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonisation: a law and economics perspective on Centros', in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, p. 231 – 260.
- DEBATIN, H., '*Auslegungsmaximen zum internationalen Steuerrecht*', Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs – Beraters, *RIW*, 1969, p. 477 – 486.
- DEBATIN, H. en WASSERMEYER, F., '*Doppelbesteuerung: DBA*', C.H. BECK, Munich, 2012, loseblatt.
- DE BOCK, S., 'Kroniek Statutair Bestuurder 2013 – medio 2014', *Arbeidsrecht* 2014/64, p. 8 – 12.
- DE BONT, G. en VAN DER GELD, J., '*Het Nederlandse fiscale verdragsbeleid*', Fiscaal Instituut Tilburg, 1998, 50 p.
- DE BOYNES, N., 'Chapter 15: France', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 441 – 460.
- DEBRIER, K., 'Hybrid entities from a Belgian perspective', *Bulletin for International Documentation*, 1996, p. 306 – 310.
- DE BROE, L., 'Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen', *T.R.V.*, 1995, p. 38 – 40.

Literatuurlijst

- DE BROE, L. en WERBROECK, J., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 1996 - 1997', *T.R.V.*, 1997, p. 470 e.v.
- DE BROE, L., en WERBROUCK, J., 'Kroniek Internationaal belastingrecht', *T.R.V.*, 2000, p. 418-516.
- DE BROE, L. en WERBROUCK, J., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2001 - 2002', *T.R.V.* 2002, p. 604 - 642.
- DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2003 - 2004', *T.R.V.*, 2004, p. 641 - 685.
- DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., 'De Minister van Financiën en de Franse SCI's', *Fisc. Int.* 268, p. 2 - 4.
- DE BROE, L. en DE LA SERNA, M., 'Het toepassingsgebied van het territorialiteitsbeginsel in het Belgisch fiscaal recht: het voorbeeld van inkomsten die worden uitgekeerd door Franse burgerlijke vastgoedvennootschappen', *A.F.T.*, 2005, p. 13 - 25.
- DE BROE, L., 'International tax planning and prevention of abuse. A study under domestic tax law, tax treaties and EC - law in relation to conduit and base companies', IBFD, Amsterdam, 2008, 1144 p.
- DE BROE, L. en NEYT, R., 'Article 3 - General Definitions', in *A. van de Vijver (ed.), The new US-Belgium Double Tax Treaty - A Belgian and EU Perspective*, Brussel, Larcier, 2008, p. 39 - 72.
- DE BROE, L., 'Belgium's tax treaty policy and the draft Belgian Model Convention', *Bulletin for International Taxation*, 2008, p. 322 - 336.
- DE BROE, L. en NEYT, R., 'General definitions', in *The new US - Belgium Double Tax Treaty*, Larcier, 2009, p. 39 - 72.
- DE BROE, L., 'Corporate tax residence in civil law jurisdictions', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 95 - 120.
- DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2009', *T.R.V.*, 2010, p. 117 - 149.
- DE BROE, L., 'Buitenlandse werkende vennoten: bevestiging bestaande rechtspraak', *T.F.R.*, 2010, p. 765 - 770.
- DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2011', *T.R.V.*, 2012, p. 105 - 129.
- DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2012', *T.R.V.* 13/3, p. 233 - 256.
- DE BROE, L. en VAN BORTEL, D., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2013', *T.R.V.*, 2013/14, p. 260 - 285.
- DE BROE, L., 'Kroniek Internationaal Belastingrecht 2014', *T.R.V.*, 2015, p. 423 - 439.
- DE BROECK, L., 'Bestuurdersbezoldigingen in internationale context', *Fiscaal Praktijkboek 1993 - 94 - Internationaal*, W. MAECKELBERGH (ed.) 1994, p. 69 - 88.
- DE BRUIJN, H.N., 'Nederlandse belastingverdragen met België, Duitsland en Luxemburg', Kluwer, 2009, 778 p.

- DE BUYSER, W. en TAEKELS, P., 'Tewerkstelling van bedrijfsleiders in een internationale context', *A.F.T.* 2007/11, p. 3 – 14.
- DE GRAAF, A.C.G.A.C., 'Visie over vormgeving van een anti-treatyshopping bepaling: een alternatief', *M.B.B.* 2007, p. 76 – 89.
- DE GRAAF, A.C.G.A.C. en PÖTGENS, F.P.G., 'Verontrustende Hoge Raad uitleg verdragsbegrip inwoner', *W.F.R.* 2010, p. 266 – 280.
- DE GRAAF, M. en GOOIJER, J., 'The Netherlands', in *IFA 2014 – Qualification of taxable entities and treaty protection*, The Hague, p. 557 – 580.
- DE GRAAF, A.C.G.A.C., KAVELAARS, P. en STEVENS, A.J.A., '*Internationaal Belastingrecht*', Kluwer, 2014, 565 p.
- DE HAEN, K., 'Op fiscale ronde van Frankrijk', *Int. Fisc. Act.*, 2008, p. 6 – 9.
- DE HAEN, K., '*Fiscale transparantie, een rechtsvergelijkende analyse*', Kluwer, 2009, 438 p.
- DE HAEN, K., 'Onmiddellijke afrekening van exitheffing binnen de EU opnieuw veroordeeld', *Internationale Fiscale Actualiteit* 2013/14, p. 1 e.v.
- DE JAEGER, C., 'International taxation of directors' fees: article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreements among neighbours', *World Tax Journal* 2013, p. 215 – 268.
- DE JONGH, J.M., 'Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht*, 2007/11, p. 34 – 43.
- DEKKER, H.C.S., 'Verantwoording door de raad van commissarissen van structuurvennootschappen', *N.V.* 1983, p. 145 e.v.
- DE KORT, J.W.J., 'De afschaffing van het modelverdragartikel inzake de inkomsten uit zelfstandige arbeid', *W.F.R.* 2000/6407.
- DEN BOOGERT, M.W., 'De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governancecode', *Ondernemingsrecht*, 2004, p. 113 – 116.
- DENYS, L., 'Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht', in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story – Scientia, 1991, p. 959 – 1005.
- DENYS, L., 'The concept of permanent establishment revisited and other reflections beyond', *Bulletin for International Taxation*, 2008, p. 440 – 451.
- DE PAGE, H. en MASSON, J., '*Traité élémentaire de droit civil belge*', Tome II, les personnes, Brussel, Bruylant, 1990, 641 p.
- DESCHRIJVER, D., 'Een VZW – ziekenhuis: toepassing van de RPB of de VenB', *A.F.T.*, 1987, p. 121 – 128.
- DESCHRIJVER, D., 'VZW's, private stichtingen en stichtingen van openbaar nut', in *Fiscaliteit van de liefdadigheid*, Brussel, Larcier, 2002, 442 p.
- DESCHRIJVER, D., '*Het fiscale loonbegrip. Enige nadere beschouwingen over inhoud, evolutie en draagwijdte*', Larcier, 2010, 382 p.
- DE SCHRIJVER, L., 'Sociale voorrechten', *T.P.R.*, 1987, p. 241 – 272.

Literatuurlijst

- DESTERBECK, F., 'Bezoldigingen werkende vennoten in woonstaat belastbaar', *Int. Fisc. Act.* 2001/1, p. 1 e.v.
- DESTERBECK, F., 'Ook erfgenamen vereffenaar aansprakelijk voor fiscale schulden', *Fisc. Act.* 2004/20, p. 1 – 2.
- DEVROE, W., 'Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en national economisch recht', *Jura Falconis*, 2000 – 2001, p. 299 – 326.
- DE WILDE, A., 'Boedelschulden in het insolventierecht', Intersentia, 2005, 619 p.
- DE WULF, H. en VAN DER ELST, C., 'Corporate governance en beursgenoteerde vennootschappen: eerste analyse van de jaarverslagen 1997', *Bank. Fin.*, 1998, p. 335 – 342.
- DE WULF, H., 'Corporate governance: een inleiding', *Not. Fisc. M.*, 1998, p. 189 – 209.
- DE WULF, H., 'Brievenbusvennootschappen, vrij vestigingsrecht en werkelijke zetelleer', *Vennootschapsrecht & Fiscaliteit* 1999, p. 3 – 19.
- DE WULF, H., 'Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap', *Intersentia*, 2002, 910 p.
- DE WULF, H., 'De Wet Corporate Governance en het bestuur: directiecomité en intra – groepsverrichtingen', *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 197 – 258.
- DE WULF, H. & VAN DEN STEEN, L., 'Enkele IPR – problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS', *WP*, 2009-06, 75 p.
- DHAENE, M., 'Rulingcommissie bevestigt analyse Duitse Kommanditgesellschaft', *Fisc. Int.*, 270, p. 1 – 3.
- DHAENE, M., 'Rulings over Bermudaanse LP en Iers Gemeenschappelijk Fonds', *Fisc. Int.*, 284, p. 7 – 8.
- DIEPVENS, N., 'De groei van de economische activiteiten in een VZW: onduidelijkheid troef in de inkomstenbelastingen', *T.F.R.*, 2013, p. 369 – 390.
- DIETRICH, D. en JINDRA, B., 'Corporate governance in the multinational enterprise: a financial contracting perspective', *International Business Review* 2010, p. 446 – 456.
- DIEUX, X., 'La société anonyme: armature juridique de l'entreprise ou produit financier?', in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel, vennootschaps en boekhoudrecht*, FLAMEE, M. en MEULEMAND, D. (eds.), Brugge, Die Keure, 1993, p. 83 – 124.
- DIEUX, X. en WILLERMAIN, D., 'Le comité de direction et les comités consultatifs selon la loi du 2 Aout 2002 modifiant le code des sociétés', in *Legal Tracks: Essays on contemporary corporate and finance law*, Brussel, Bruylant, 2003, p. 213 – 288.
- DI MARCO, G., 'Der Vorschlag der Kommission für eine 14 Richtlinie. Stand und Perspektiven', *Z.G.R.* 1999, p. 3 – 12.

- DINNISSEN, A., 'De toepassing van art. 4 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969', *W.F.R.* 1976, p. 165 – 172.
- DOCULO, C., 'L'imposition en Belgique des dividendes de SCI françaises de droit commun – Un autre cas d'interprétation unilatérale d'une convention bilatérale', *T.F.R.*, 2010, p. 619 – 627.
- DODD, E.M., 'For whom are corporate managers trustees', *Harv. L. Rev.* 1932, p. 1145 – 1163.
- DOMMES, S., '*Pensionen im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*', Linde Verlag, 2012, 296 p.
- DORFMUELLER, P., 'Germany', in *IFA 2014 – Qualification of taxable entities and treaty protection*, The Hague, p. 359 – 381.
- DOS SANTOS, A.C., 'What is substantial economic activity for tax purposes in the context of the European Union and the OECD initiatives against harmful tax competition?', *EC Tax Review*, 2015, p. 166 – 175.
- DRURY, R., 'The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the Delaware syndrome', *Cambridge Law Journal*, 1998, p. 165 – 194.
- DU LAING, B., 'De functionaliteit van de bestuursbevoegdheid in België en in Nederland', *Jura Falconis* 1988-99, p. 189 – 206.
- DUMOULIN, S., 'De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht*, 2005, p. 266 – 272.
- EBERS, M., 'Company Law in member states against the background of legal harmonization between legal systems', *E.R.P.L.*, 2003, p. 509 – 518.
- EBERSPÄCHER, F., 'in *German Stock Corporation Act, SE – Regulation*, art. 38.
- EBKE, W.F., 'Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros – Urteil des EuGH', *JZ*, 1999, p. 656 – 661.
- EBKE, W., 'The European conflict of corporate laws revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond', *International Lawyer*, 2004, p. 813 – 853.
- EDWARDES – KER, M., '*Tax Treaty Interpretation*', London, 1994, 419 p.
- EDWARDS, V., '*EC Company Law*', Oxford, Clarendon Press, 1999, 504 p.
- EICKER, K., 'German federal Civil Court Requests Preliminary Ruling on the Compliance of the so called Seat Theory with articles 52 and 58 of the EC Treaty', *Intertax*, 2000, p. 259 – 260.
- EIDENMULLER, H., '*Ausländische Kapitalgesellschaften im Deutschen Recht*', München: Verlag C.H. BECK, 2004, 395 p.
- EIJSBOUTS, J. en KEMP, B., 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *Tijdschrift voor Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht*, 2012, p. 120 – 132.

Literatuurlijst

- EILERS, S. en WIENANDS, H.G., 'Neue steuerliche und egesellschaftsrechtliche Aspekte der Doppellansässigkeit von Kapitalgesellschaften nach der EuGH – Entscheidung vom 9.3.1999', *IstR*, 1999, p. 289 – 296.
- EISMA, S.E., 'Haalt het structuurregime de volgende eeuw?', *N.V.*, 1998, p. 93 – 95.
- ELHAUGE, E., 'Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest', *New York University Law Review* 2005, p. 733 – 869.
- ENGELEN, F.A., 'Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk: driemaal is nog geen scheepsrecht! Een waarschuwing aan het adres van de Nederlandse verdrags-onderhandelaars', *W.F.R.*, 1999/6340, p. 649 – 664.
- ENGELEN, F. en PÖTGENS, F.P.G., 'Report on the application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships and the interpretation of tax treaties', *European Taxation*, 2000, p. 250 – 269.
- ENGELEN, F. en PÖTGENS, F.P.G., 'Het rapport 'the application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships' en de interpretatie van verdragen', *W.F.R.* 2000/6394, p. 1016 – 1029.
- ENGELEN, F.A. en STEVENS, A.J.A., 'De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België', *M.B.B.* 2003, p. 114 – 126.
- ENGELEN, F.A., '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', *IBFD*, 2004, 590 p.
- ENGELEN, F.A. en GUNN, A., 'Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and the scope of domestic law', *Bulletin for International Taxation*, 2012, p. 182 – 183.
- ENGLISCH, J., 'Residence of companies under tax treaties. National report: Germany', in MAISTO, G. (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, *IBFD*, Amsterdam, 2009, p. 461 – 518.
- ERNST, P., 'Belangenconflicten in naamloze vennootschappen', *Intersentia*, Antwerpen, 1997, 1153 p.
- FAES, P., 'Partnerships: commentaar gebonden kwalificaties', in B. PEERS (ed.), *T.F.R.*, 2000, p. 954 – 962.
- FAES, P., 'Het rechtsmisbruik in fiscale zaken', *Larcier*, 2008, 226 p.
- FAES, P., 'Belgium', in IFA 2014 Onderwerp 2 – Qualification of taxable entities and treaty protection, *T.F.R.* 2014, p. 861 – 882.
- FANTOZZI, A., LE GALL, J.P., VAN RAAD, K., BAUNER, Y. en NIKOLAKAKIS, A., 'Round Table: The issues, conclusions and summing up', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, *IBFD*, 2009, p. 889 – 934.
- FARRAR, J.H., HANNIGAN, e.a., 'Farrar's Company Law', London, Butterworths, 4 de editie, 1998, 853 p.
- FIBBE, G. & ISENBAERT, M., 'The new partnership approach in the 2003 Belgium – The Netherlands Tax Treaty', *Intertax*, 2004, p. 151 – 161.

- FINKELSTEIN, S. en HAMBRICK, D., *'Strategic leadership: top executives and their effects on organisations'*, Minneapolis, MN: West Publishing, 1996, 457 p.
- FINKIN, M.W. en MUNDLAK, G., *'Comparative Labor Law'*, Edward Elgar Publishing, 2015, 512 p.
- FIRSTENBERG, P. en BURTON, G.M., 'The twenty first century boardroom: who will be in charge?', *Sloan Management Review*, 1994, p. 27 – 35.
- FISCHER, C., 'Qui sont les dirigeants d'entreprise', *L'Echo*, februari 1997.
- FITZMAURICE, G., *'The law and procedure of the International Court of Justice'*, British Yearbook of International Law, Volume 28, Oxford University Press, 1951, p. 1 – 28.
- FLAMEE, M., 'Kanttekeningen nopens minderheidsaandeelhouders in ondernemingsgroepen', in *Aspecten van de Ondernemingsgroepen*, BIRON, H. en DAUW, C. (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 291 – 294.
- FLEMING, J.C., PERONI, R.J. en SHAY, S.E., 'What's source got to do with it? – Source rules and US International Taxation: The David R. TILLINGHAST Lecture', *Tax Law Review* 2002, p. 81 – 154.
- FLETCHER, R., 'A holistic approach to internationalisation', *International Business Review*, 2011, p. 25 – 49.
- FORST, D., 'The continuing vitality of source based taxation in the electronic age', *Tax Notes International* 1997, p. 1455 – 1473.
- FRANCIS, S., 'Aandeelhoudersgelijkheid: mythe of fundamenteel principe', *T.R.V.* 2010, p. 621 – 640.
- FRANCOIS, A., *'Het Venootschapsbelang in het Belgische Venootschapsrecht: inhoud en grondslagen'*, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 795 p.
- FREEMAN, R.E., *'Strategic Management: a stakeholder approach'*, Pitman Publishing Company, Boston, 1984. 276 p.
- FREIHERR von ROENNE, C., 'The very beginning – the first tax treaties', in *History of Tax Treaties*, ECKER, T. en RESSLER, G. (eds.), Linde, 2011, p. 17 e.v.
- FREITAG, R., 'Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht', *EuZW*, 1999, p. 267 – 270.
- FROMMEL, S.N., 'The real seat doctrine and dual resident companies under German law', *European Taxation* 1990, p. 267 – 274.
- GAILLARD, M.E., *'Le pouvoir en droit privé'*, Economica, Parijs, 1985, 250 p.
- GANKEMA, H.G.J., SNUIF, H.R. en VAN DIJKEN, K.A., 'The internationalization process of small and medium sized s: an evaluation of the stafe theory', in *Entrepreneurship and SME Research: on it's way to the next millennium*, 1997, p. 185 – 199.
- GARCIA PRATS, F.A., 'Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double tax treaties', *Inter-tax*, 1994, p. 473 – 491.
- GARRATT, B., 'Is your board up to its job?', *Director*, juni 1996, p. 56.

Literatuurlijst

- GASSNER, W. en LANG, M., 'Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommen – und Körperschaftsteuerrecht', *ÖJT band III*, 2000, p. 37 – 58.
- GASZ, J.R., BECKMAN, H. en BOS, J.A.M., 'Bestuur en Toezicht, Deventer, Kluwer, 1994, 426 p.
- GEENS, K., 'De bescherming tegen de bescherming', *T.R.V.* 1988, p. 1 – 19.
- GEENS, K., 'Het toegestaan kapitaal als afweermechanisme tegen overvallen: het wettig belang van de bieder (CERUS) en het vennootschapsbelang van de doelwitvennootschap (GMB), *T.R.V.* 1988, p. 133 – 142.
- GEENS, K., 'De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies', *T.P.R.* 1989, p. 33 – 89.
- GEENS, K., 'De grensafbakening tussen vereniging, vennootschap en andere vormen van samenwerking', in A. BENOIT – MOURY en GEENS, K. (eds.), *La cooperation entre entreprises – de samenwerking tussen ondernemingen*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 1993, p. 467 – 518.
- GEENS, K., 'The Stockholm Promise', *European Company Law*, 2010, p. 182.
- GEENS, K. en WYCKAERT, M., 'Beginselen van Belgisch Privaatrecht. IV Verenigingen en Vennootschappen, Deel II De Vennootschap, Mechelen, Kluwer, 2011, 908 p.
- GEIGNER, H., 'Stopzetting van een vennootschap', in *Bestendig Handboek Vennootschap en Aansprakelijkheid*, Kluwer, 2000, losbladig.
- GHEYSEN, K., 'Maken de bestuurders een bijzondere categorie belastingplichtigen uit?', *Fiskofoon*, 1986, p. 169 – 177.
- GHEYSEN, K., 'Het attractiebeginsel voor bedrijfsleiders: opgepoetst of uitgekled?', *T.F.R.*, 316, p. 135 – 138.
- GILLAN, S.L. en STARKS, L.T., 'The evolution of shareholder activism in the United States', *Journal of Applied Corporate Finance*, 2007/19.
- GLANSDORFF, B., 'Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés', *D.A.O.R.* 1989, p. 21.
- GLASZ, J.R., BECKMAN, H. en BOS, J.A.M., 'Bestuur en Toezicht: taken, verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen', Deventer, Kluwer, 1994, 426 p.
- GOLDBERG, S.A., 'The nature of a partnership', in H.H. ALPERT en K. VAN RAAD (eds.), *Essays on International Taxation*, Deventer, Kluwer, 1993, p. 155 – 164.
- GOLDBERG, S.A., 'The taxation of income from inaction: an American perspective', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1995, p. 564 – 568.
- GOODIJK, R., 'OR en Raad van Commissarissen', Kluwer, Alpen Aan de Rijn, 2001.
- GOOIJER, J., 'Vestiging van (tussen) houdstervenootschappen in Nederland: substantievoorwaarden in belastingverdragen', *M.B.B.* 2015, p. 39 – 49.
- GORGIEV – OBERASCHER, F., 'Die Arbeiten des Steuerausschusses der OEEC/OECD und besonderer Berücksichtigung des Problems der verteilung der Besteuerungsrechte zwischen

- wohnsitz – und Quellenstaat in Wirtschafts und rechtshistorischer Perspektive bis 1963*, Vienna, 2007, dissertatie, niet gepubliceerd.
- GOUTAY, P. en DANOS, F., 'De l'abus de la notion d'intérêt social', *Dalloz Affaires*, 1997, p. 817 e.v.
- GOWER, L.C.B. en DAVIES, P.L. 'Principles of Modern Company Law', London, Sweet & Maxwell, 2008, 1258 p.
- GRAETZ, M.J. en O'HEAR, M.M., 'The original intent of US International Taxation', *Duke Law Journal* 1997, p. 1021 – 1107.
- GREEN, R.A., 'The future of source based taxation of the income of multinational enterprises', *Cornell Law Review*, 1993, p. 18 – 86.
- GUADALUPE, M. en WULF, J., 'Who lives in the C – Suite? Organizational Structure and the division of labor in top management', Working Paper 12 – 059, 2013, 39 p.
- GUYON, Y., 'Droit des Affaires, Tome 1, Droit commercial general des sociétés', Paris, Economica, 1996, 1016 p.
- HAELTERMAN, A., 'Fiscale transparantie. Theorie en praktijk in België', Kalmthout, Biblio, 1992, 496 p.
- HAELTERMAN, A., 'Is de Amerikaanse limited partnership fiscaal transparant?', *Fisc. Int.*, 53, p. 1 – 4.
- HANSMANN, H. en KRAAKMAN, R.R., 'The End of History of Corporate Law', *Georgetown Law Journal*, 2001, p. 439 – 468.
- HARRISON, J.R., 'The strategic use of corporate board committees', *California Management Review*, 1987, p. 109 – 125.
- HEENEN, J., 'L'intérêt social', in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, p. 889 – 899.
- HEIDEMANN, M. en KNEBEL, A., 'Double taxation treaties: the autonomous interpretation method in German and English law; as demonstrated by the case of the silent partnership', *Intertax*, 2010, p. 136 – 152.
- HEINRICH, J. en MORITZ, H., 'Interpretation of tax treaties', *E.T.*, 2000, p. 142 – 152.
- HEITHUIS, E.J.W., 'Europees belastingrecht in relatie tot de bilaterale belastingverdragen vanuit Nederlands perspectief', W.F.R. 1993/1649.
- HENN, H.G. en ALEXANDER, J.R., 'Laws of Corporations', St. Paul, West Publishing, 1983, 1371 p.
- HERMAND, O., 'Ruling bevestigt fiscale transparantie van Australische Unit Trusts', *Fisc. Int.*, 285, p. 1 e.v.
- HERMAND, O., 'Le statut fiscal du dirigeant d'entreprise', in *Le Statut du Dirigeant D'Entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, p. 495 – 527.
- HERMANN, C., HEUER, G. en RAUPACH, A., 'Einkommensteuer – und Körperschafts-steuergesetz, Art. 49 EStG, 2007, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 832 p.

Literatuurlijst

- HESSELS, S.J.A., OVERWEEL, M.J. en PRINCE, Y.M., 'Internationalisering van het Nederlandse MKB, bestaande en gewenste inzichten', EIM, Zoetermeer, Den Haag, 2005.
- HESSELS, S.J.A. en HOOGE, E.H., 'Small Business Governance. Een verkenning naar de betekenis en de praktijk van corporate governance in het MKB', EIM, 2006, 82 p.
- HEYVAERT, W., 'België en Nederland: regeling over belastingheffing werkende vennoten in Belgische BVBA's', *Fisc. Int.*, 101, p. 1 e.v.
- HEYVAERT, W., 'Inwoner', in B. PEETERS (ed.), *Het nieuwe Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag. Een artikelsgewijze bespreking*, Gent, Larcier, 2002, p. 39 – 59.
- HEYVAERT, W., 'Artikel 23: wijze waarop dubbele belasting wordt vermeden', in B. PEETERS (ed.), *Het Belgisch – Nederlandse dubbelbelastingverdrag. Een artikelsgewijze bespreking*, Gent, Larcier, 2008, 768 p.
- HEYVAERT, W. en VERCAUTEREN, I., 'Heffingsbevoegdheid bezoldigingen werkend vennoot onder het Belgisch - Nederlandse belastingverdrag van 1970', *T.F.R.*, 2008, p. 1091 – 1093.
- HINNEKENS, L., 'The salary split and the 183 day exception in the OECD model and Belgian tax treaties', *Intertax*, 1988, p. 229 – 241.
- HINNEKENS, L., 'De niet erkenning van Delaware – achtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van het Belgisch belastingrecht', *T.R.V.* p. 431 – 442.
- HINNEKENS, L., 'Compatibility of bilateral tax treaties with European Community Law. The Rules', *EC Tax Review* 1994/4, p. 146 – 166.
- HINNEKENS, L., 'Fiscaal transparante entiteiten onder het nieuwe verdrag', *Fisc. Int.*, 215, p. 5 e.v.
- HINNEKENS, L., 'Revised OECD – TAG definition of place of effective management in the treaty tie – breaker rule', *Intertax* 2003, p. 314 – 319.
- HINNEKENS, L., JACOBS, O.H., SPENGLER, C. en SCHAFFER, A., 'ICT and International Corporate Taxation: Tax attributes and scope of taxation', *Intertax*, 2003, p. 214 – 231.
- HINNEKENS, P., 'De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders', in X, *De Belastinghervorming 1989*, Biblio dossier, 1990, p. 137 – 187.
- HINNEKENS, P., 'Belasting van niet-inwoners: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten', in W. MAECKELBERGH (ed.), *Fiscaal Praktijkboek 92 – 93 Directe Belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 93 – 112.
- HINNEKENS, P., 'Bevrijdende BV op winsten en baten gerealiseerd door buitenlandse vennoten en leden van een transparante entiteit', *Fisc. Int.* 117, p. 9 – 12.
- HINNEKENS, P., 'Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk', *T.F.R.* 2000, p. 943 – 953.
- HINNEKENS, P., 'OESO rapport inzake toepassing van het OESO modelverdrag op partnerships en de door België afgesloten dubbelbelastingverdragen. Toetsing aan de hand van het nieuwe verdrag tussen België en Nederland', in X, *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Brussel, Bruylant, 2002, p. 231 – 250.

- HINNEKENS, P., 'Werkend venoot onder DBV België – Italië', *Fisc. Int.*, 224, p. 3 e.v.
- HINNEKENS, P., 'Werkend venoot: uiteindelijk toch belastbaar in België', *Fisc. Int.*, 227, p. 5 e.v.
- HINNEKENS, P., 'Nieuw arrest inzake Franse Société Civile Immobilière (Prince De Ligne Bis), Toetsing aan internationaalrechtelijke fiscale ontwikkelingen', *Fisc. Int.* 237, p. 9 – 12.
- HINNEKENS, P., 'Winstuitkeringen door Franse SCI, vrijstelling in België', *Fisc. Int.*, 253, p. 1 – 2.
- HINNEKENS, P., 'Rulingcommissie past OESO-Rapport inzake Partnerships toe', *Fisc. Int.* 265, p. 1 e.v.
- HINNEKENS, P., 'Taxation of partnerships in Belgium: an imbroglio?', *Bulletin for International Taxation*, 2008, p. 353 – 361.
- HINNEKENS, P. en VAN BORTEL, D., 'Heffingsbevoegdheid over overheidsbezoldiging: einde discussie?', *Fisc. Int.*, 331, p. 1 e.v.
- HOEPELMAN, E.G., 'De Nederbelgische DGA', *W.F.R.*, 2010, p. 299 – 309.
- HÖFLING, B., 'Die Centros – Entscheidung des EuGH auf dem Weg zu einer Überlagerungstheorie', *Betriebsberater*, 1999, p. 1337 – 1345.
- HOHN, E., '*Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz*', Bern Stuttgart, Paul Haupt, 1984, 502 p.
- HOLMES, K., 'The concept of income – a multidisciplinary analysis', in *Doctoral Series*, Vol. 1, IBFD, Amsterdam, 2001, 614 p.
- HONDIUS, M.E., 'Privatisation et protection du consommateur', in *Aspects juridiques des privatisations*, Straatsburg, les Editions du Conseil d'Europe, 1993, 238 p.
- HOTTINGA, J., BOOTSMA, A.A. en VLETTER – VAN DORT, H.M., 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders (vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2011, p. 153 – 162.
- HUBER, W., 'Managementvennootschappen', in *Optimalisatie van loon en personeelskost*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2008, 533 p.
- HUIZINK, J.B., 'Het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming: te ver doorgesloten?', *WPNR* 2013/6982, p. 535 – 537.
- HUSTON, J. en WILLIAMS, L., '*Permanent establishments a planning primer*', Deventer – Boston, 1993, 193 p.
- HUYGEN, W., 'Het OESO-rapport inzake Partnerships – een kritische analyse', *A.F.T.*, 2002, p. 386 – 412.
- HUYGHE, A., 'Fiscale aspecten van een cross border tewerkstelling als bestuurder', *T.F.R.* 1992, p. 5 – 39.
- HUYGHE, A., 'Evaluatie van de begrippen bij de belastingheffing van inkomsten uit niet zelfstandige arbeid', *T.F.R.* 1995, p. 246 – 249.

Literatuurlijst

- HUYGHE, A., 'De kwalificatie van vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid onder de dubbelbelastingverdragen (inzonderheid het verdrag met Nederland) en de rol van artikel 3 §2 hierbij', *T.F.R.* 2000, p. 238 – 245.
- HUYGHE, A., 'Venootschapsleiding', in *Het nieuwe Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag*, B. PEETERS (ed.), Larcier, Gent, 2001, p. 405 – 427.
- HUYGHE, A., 'Werkende vennoten: circulaire achterhaald door cassatie-arrest', *Fisc. Int.*, 241, p. 3 e.v.
- HUYGHE, A., 'Het ongrondwettelijk verklaarde attractiebeginsel onder de DBV's', *Fisc. Int.*, 296, p. 1 e.v.
- HUYGHE, A. en BOMBEKE, G., 'Venootschapsleiding', in *Het Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag*, Larcier, 2008, p. 479 – 510.
- JACOBS, O., SPENGLER, C. en SCHÄFER, A., 'ICT and International Corporate Taxation: tax attributes and scope of taxation', *Intertax* 2003, p. 214 – 231.
- JAFFERALI, R., 'L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la lex societatis', *TBH*, 2004, p. 764 – 790.
- JANSSEN, T. en DE VOS, P., '*Handboek Internationaal en Europees Belastingrecht*', Antwerpen, Intersentia, 2006, 774 p.
- JANSSENS, E., 'Wetsontwerp Corporate Governance voert dualistisch bestuursstelsel in', *Balans*, 2001/436, p. 5 – 7.
- JANSSENS, E., 'Remuneratiecomité verplicht voor genoteerde vennootschappen', *T.R.V.* 2011/1, p. 5 – 31.
- JETTER, '*Performance management*', 2000, Schäffer-Poeschel Verlag, 319 p.
- KARMEL, R.S., 'Should a duty to the corporation be imposed on institutional shareholders', *Business Lawyer* 2004, p. 1 – 21.
- KAUFMAN, N., 'Fairness and the taxation of international income', *Law and Policy in International Business*, 1998, p. 145 – 204.
- KAVELAARS, P., 'Het nieuwe verdrag met België', *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2001/960.
- KAVELAARS, P., 'De arbeidsinkomsten onder het conceptverdrag met België', *W.F.R.* 2001, p. 1464 – 1478.
- KAVELAARS, P., '*Toewijzingsregels in het internationaal fiscaal – en sociaal – verzekeringsrecht*', Kluwer, 2003, 571 p.
- KAVELAARS, P., 'Arbeidsinkomsten en verdragstoepassing', *T.F.O.* 2005, p. 56 – 69.
- KAVELAARS, P., 'De dga in de loonbelasting, de sociale verzekerings-, de pensioen en de internationale sfeer', *T.F.O.*, 2009/103, p. 65 – 70.
- KAVELAARS, P., 'OESO 2010 en het werknemersartikel', *N.T.F.R.*, 2010, p. 26 – 32.
- KAVELAARS, P., 'Arbeidsinkomsten en verdragsbeleid', *M.B.B.* 2011/4, p. 168 – 181.
- KAVELAARS, P., 'Herziening OESO-Modelverdrag 2014 (1)', *N.T.F.R.B.* 2014, p. 17 – 21.

- KEEGAN, M. en DEGEORGE, F., 'Audit committees – a study in European corporate governance', *Corporate Governance – An International Review*, 1998, p. 116 – 119.
- KEMMEREN, E., 'Principle of origin in tax conventions: a rethinking of models', Dongen, Pijnenburg, 2001, 625 p.
- KEMMEREN, E., 'Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin based approach', *Bull. Int. Tax.* 2006, p. 430 – 452.
- KEMMEREN, E., 'Pensions (Article 18 OECD Model Convention), *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*', Taxmann, 2008, New Delhi, p. 279 – 310.
- KENNEDY, C., 'A call for revolution in America's boardrooms', *Director*, September 1990.
- KERREMANS, J., 'De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties: kroniek van een aangekondigde dood?', *J.T.T.*, 2007, p. 149 – 155.
- KEUTGEN, G., 'L'organisation de la gestion des sociétés: l'exemple du comité de direction', *Rev. Dr. Int. Comp.* 1995, p. 7 – 39.
- KEUTGEN, G., 'Vers la législation du comité de direction', in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 1205 p.
- KIENINGER, E.M., 'Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt', Tübingen, Verlag Mohr Siebeck, 2002, 442 p.
- KIRKPATRICK, L. en VAN DER HAEGEN, M., 'La société en participation ayant pour objet la mise en valeur et la vente des terrains: propriété des apports et régime fiscal des bénéficiaires', *R.C.J.B.*, 1978, p. 181 – 197.
- KIRSCH, M.S., 'The role of physical presence in the taxation of cross border personal services', Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper, 2010, p. 993 – 1080.
- KJELLGREN, A., 'On the border of abuse', *European Business Law Review*, 2000, p. 179 – 194.
- KLEMMANN, P., 'Formeel buitenlandse vennootschappen', *De NV*, 1995, p. 186 – 191.
- KLINKE, U., 'The European Company Law and the ECJ: The Courts judgements in the years 2001 to 2004', *ECF*, 2005, p. 270 – 321.
- KLOOSTERBOER, P.P., 'Navigeren bij strategievorming', *M&O*, 2008, p. 5 – 22.
- KOBETSKY, M., 'The aftermath of the Mamesa Case: Australia's tax treaty override', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, p. 236 – 248.
- KOCH, F.E., 'The Double Taxation Conventions', Stevens, London, 441 p.
- KOLB, A., LANG, M., LOUKOTA, H., WALDBURGER, R., WATERS, M. en WOLFF, U., 'Art. 14, art. 15 and art. 16 OECD Model Convention – Case Studies', *SWI* 2002, p. 558 e.v.
- KRANSFELD, F., 'Het Nederlandse fictief loon in verdragssituaties', *Fisc. Int.*, 191, p. 6 e.v.

Literatuurlijst

- KROEZE, M. en VERBRUGH, M.A., 'Rechterlijke bemiddeling bij Stork is OK', *N.J.B.* 2007/8, p. 343 – 441.
- KUMAR, A. en RAI, A., 'Taxability of non – compete fees in India', *Intertax*, 2015, p. 363 – 378.
- KUNESH, M., 'Interpretation problems concerning the multilingualism of tax treaties under special consideration of directors' fees', in *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, Series on International Tax Law, Prof. Dr. M. LANG (ed.), Linde, p. 287 – 306.
- LAGA, H., '*Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht, zoeken naar oplossingen voor de 21ste eeuw*', in *Reeks Rechtspersonen en Vennootschapsrecht, Jan Ronse Instituut K.U. Leuven, Kalmthout, Biblo*, 1999, 780 p.
- LAGA, H., 'Europese initiatieven inzake corporate governance', *T.R.V.* 2006, p. 659 – 672.
- LAGAE, J.P., 'Personenvennootschappen en maatschappen in het Belgisch internationaal belastingrecht', in *Liber Amicorum professor baron Jean van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1256 p.
- LAGAE, J.P., 'Fiscale erkenning of niet-erkenning van de vennootschap of van haar tussenkomst', *T.F.R.* 1999, p. 833 – 850.
- LAMERS, A.W.G. en STEVENS, A.J.A., 'Overige fiscale aspecten van het wetsvoorstel ter vaststelling van Titel 7.13 BW', *W.F.R.* 2003/293, p. 293 – 299.
- LANG, M., '*Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht, das neue Musterabkommen der OECD*', Vienna, Linde Verlag, 1994, 280 p.
- LANG, M., '*Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*', Linde Verlag, 2002, 198 p.
- LANG, M., 'CFC – Regelungen und Doppelbesteuerungsabkommen', *IstR*, 2002, p. 717 – 723.
- LANG, M., 'Public sector pensions and tax treaty law', *Liber Amicorum Cyrille David*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 223 – 236.
- LANG, M. en ENGLISCH, J., 'A European legal tax order based on ability to pay', in AMATUCCI, A. (ed.), *International Tax Law*, The Hague, Kluwer, 2006, p. 251 – 335.
- LANG, M., 'Article 19 (2): The complexity of the OECD Model can be reduced', *Bull. Int. Tax.* 2007, p. 17 – 22.
- LANG, M., '2008 OECD Model: conflicts of qualification and double non – taxation', *Bulletin for International Taxation* 2009, p. 204 – 207.
- LARENZ, K., '*Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*', München, Beck, 1997, 1021 p.
- LARKING, B., '*International Tax Glossary*', IBFD, 2005, 513 p.
- LEBEGUE, C., 'Directors' fees', in *The new US – Belgium double tax treaty*, VAN DE VIJVER, A. (ed.), Larcier, 2009, p. 325 – 346.

- LEBERSORG, J. en PATTYN, J., 'Internationale aspecten van aandelenopties: fiscale analyse door een Belgische bril', *A.F.T.* 2004/5, p. 4 – 28.
- LE CANNU, P., 'La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme', *Bull. Joly. Soc.* 1989, p. 479 – 485.
- LE GALL, J.P., 'General report – international income tax problems of partnerships', in IFA (ed.), *Cah. Dr. Fisc. Int.*, Den Haag, Kluwer Law International, p. 593 – 893.
- LENAERTS, K., 'De voorrang van verdragen bij fiscale normenconflicten. Trefzeker uitgangspunt of toevallige uitkomst?', *Fiscofoon* 1984, p. 72 – 81.
- LENAERTS, K., 'Het personeel statuut van een Belgische vennootschap bij overbrenging van de werkelijke zetel naar het buitenland', *T.R.V.* 1988, p. 112 – 115.
- LENAERTS, K., '*Europees Recht in Hoofdlijnen*', Maklu, 2008, 593 p.
- LENNARD, M., 'The purpose and current status of the United Nations tax work', *Asia Pacific Tax Bulletin* 2008, p. 23 – 30.
- LEVENEUR, L., 'Situations de fait et droit privé', *LGDJ*, 1990, Parijs, 500 p.
- LIEVENS, B. en VALKENBORG, G., 'Mobiële werknemers: welke staat is heffingsbevoegd?', *Fiscoloog Internationaal* 271, p. 5 – 7.
- LOUKOTA, H., e.a., 'Employment Income Under Tax Treaty Law - Case Studies', *SWI* 2002, p. 522 e.v.
- LOWAGIE, G., 'Nieuw verdrag met Griekenland aangenomen', *Fisc. Int.*, 261, p. 3 e.v.
- LOWAGIE, G., 'Ontwerp van Belgisch standaardmodel van dubbelbelastingverdrag', *Fisc. Int.*, 288, p. 1 – 4.
- LOWAGIE, G., 'België sluit verdrag met Qatar', *Fisc. Int.*, 296, p. 6 – 7.
- LOWAGIE, G., 'Nieuw belastingverdrag met Marokko', *Fisc. Int.* 304, p. 5.
- LOWENSTEYN, F.J.W., '*Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*', Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 338 p.
- LUST, S., 'Nieuw verdrag tussen België en Nederland ondertekend', *Fisc. Int.* 211, p. 1 e.v.
- LUTS, J., 'BEPS – Actiepunt 6: strijd tegen verdragsmisbruik', *Fiscoloog Internationaal*, 370, p. 4.
- MAEIJER, J.M.M., '*Vertegenwoordiging en rechtspersoon*', tweede druk, W.E.J. TJEENK Willink, Deventer, 2000, 1105 p.
- MAISTO, G., 'Credit versus exemption under domestic tax law and treaties', in *Tax Treaties: Building bridges between law and economics*, IBFD, 2010, Amsterdam, p. 319 – 361.
- MALHERBE, J., 'Examen de jurisprudence, droit fiscal des sociétés', *R.P.S.*, 1983, p. 106 – 219.
- MANNING, B., 'Reflections and practical tips on life in the boardroom after Van Gorkum', *Bus. Law.* 1985, p. 1 – 14.

Literatuurlijst

- MARESCEAU, K., 'De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten *Cartesio en Vale*', Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2012, 46 p.
- MARESCEAU, K. en DE WULF, H., 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan en wat kan nog niet na de recentste arresten van het Hof van Justitie?', Jura Falconis, L. DE BROE en M. WYCKAERT (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2013, p. 11 – 46.
- MARLIERE, M., 'Reconnaissance de la personnalité fiscale des entreprises étrangères', in *Cahiers de Droit Fiscal*, Volume LXXIIIa, Den Haag, Kluwer Law International, 1988, 648 p.
- MARTHA, R.S.J., 'The jurisdiction to tax in International Law', Kluwer, 1989, p. 23 – 41.
- MARTINEZ GINER, L.A., 'Spain', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, MAISO, G. (ed.), IBFD, 2009, p. 753 – 794.
- MATTELIN, C., 'Bestuurdersbezoldigingen: waar belastbaar?', *Fiscoloog Internationaal* 236, p. 1 e.v.
- MAYR, S., 'Redditi di partecipazione in una societata di persona estera', *Corr. Trib.* 1990, 1301.
- McLURE, C., 'Substituting consumption based direct taxation for income taxes as the international norm', *National Tax Journal* 1992, p. 145 – 154.
- McLURE, C., 'Source-based taxation and alternatives to the concept of the permanent establishment', in *Canadian Tax Foundation*, World Tax Conference, Toronto, 2000, p. 1 – 15.
- MEERMAN, A.M., 'Publicatieplicht van een naar Luxemburgs recht opgerichte vennootschap in Nederland', *V&O*, 2005, p. 181 – 183.
- MEEUSEN, J., 'De werkelijke zetelleer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen', *T.R.V.* 2003, p. 95 – 127.
- MENDEL, M.M., 'Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd', Deventer, Kluwer, 1989, 48 p.
- MENDEL, M.M., 'Hoofdzaken NV en BV', derde druk, Kluwer, Deventer, 2002, 136 p.
- MESSIAEN, R., 'De afstand van bestuurdersbezoldigingen fiscaal bekeken: voor wat hoort wat!', *Accountancy Actualiteit* 2009/20, p. 1 e.v.
- MEUSSEN, G.T.K., 'Rechtspersoonlijkheid voor openbare personenvennootschappen: hoe zit het met de fiscaliteit?', *W.F.R.* 2001/1241, p. 1787 – 1796.
- MICHAUX, E., 'An analysis of the notion fixed base and its relation to permanent establishment in the OECD Model', *Intertax*, 1987, p. 68 – 74.
- MINTZBERG, H., 'The strategy Concept, Five P's for Strategy', *California Management Review*, 1987, p. 11 – 24.
- MINTZBERG, H., 'Organisatiestructuren', 2006, Pearson Benelux, 325 p.

- MOERMAN, S., 'The main characteristics of tax havens', *Intertax*, 1999, p. 368 – 375.
- MOESKOPS, C., 'Vennootschapsleiders onder het nieuwe verdrag België – Nederland', *A.F.T.*, 2002, p. 421 – 446.
- MOLENAAR, D., 'Taxation of international performing artistes', IBFD, 2006, 438 p.
- MORBEE, K., 'Double non – taxation. National Report Belgium', in *IFA (ed.), Double non – taxation, Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 89a, Amersfoort, Sdu Fiscale & financiële uitgevers, 2004, p. 201 – 223.
- MÖSSNER, M., 'Source versus Residence – an EU perspective', *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 501 – 506.
- MUSGRAVE, R.A., 'The theory of public finance', McGraw/Hill, New York, 1959, 628 p.
- MUTTER, S., 'Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschafts', Otto Schmidt, Köln, 1994, 281 p.
- NELISSEN GRADE, J.M., 'De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales', *R.C.J.B.* 1991, p. 214 – 257.
- NELISSEN GRADE, J.M., 'Het nieuwe directiecomité', in *Jan Ronse Instituut (ed.), Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblio, 2003, p. 106 – 156.
- NEYE, H.W., 'Kurzkommentar', *EwiR*, 1999, p. 259 – 260.
- NIJNENS, P.J.A.M., 'Joint ventures in The Netherlands – A corporate law perspective', in *D.F. BRODER e.a. (eds.), International Joint Ventures, the legal and tax issues*, London, professional Information Publishing, 1996, p. 26 – 32.
- NIKOLAKAKIS, A., 'Credit vs. Exemption – an evolving constellation of constellations', *Bulletin for International Taxation*, 2012/6.
- O'DONNELL, T. en DI SANGRO, P., 'United States tax policy on electronic commerce', *Intertax*, 1997, p. 429 – 444.
- OFFERMANS, R., 'Het ondernemingsbegrip in Europees perspectief: vergelijking van het ondernemingsbegrip in de inkomsten- en vennootschapsbelasting en het ondernemerschap in de omzetbelasting in Nederland, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk', Tilburg, dissertatie, 1997, 371 p.
- OFFERMANS, R., 'The entrepreneurship concept in a European comparative law perspective', *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, 2002, 384 p.
- OLIVER, J., 'Effective management', *BTR*, 2001, p. 289 – 295.
- OLIVIER, H. en VAN DE WALLE, V., 'Artikel 64 §3', in *Artikelsgewijze commentaar vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, losbladig.
- PAAPE, L. e.a., 'Aandeelhoudersbetrokkenheid in Nederland. Onderzoek onder institutionele beleggers en hun relatie met Nederlandse beursfondsen', Onderzoek in opdracht van de Monitoring Commissie, uitgevoerd door de Neyenrode Business Universiteit, Breukelen, November 2010, 348 p.

Literatuurlijst

- PAMPERL, E., 'Article 16 of the OECD Model Convention: history, scope and future', *IBFD*, 2015, 352 p.
- PARIDAENS, S., 'Machtsverhoudingen binnen de vennootschap met volkomen rechts-persoonlijkheid', *Jura Falconis*, 2010 – 2011, p. 503 – 535.
- PEETERS, B., 'De internrechtelijke ficties in het Belgisch fiscaal recht in het licht van het adagium 'Pacta sunt servanda'', in *Fiscaliteit op de vooravond van de XXIste eeuw - Liber Amicorum Maeckelbergh*, Fiscale Hogeschool, 1993, p. 343 – 365.
- PEETERS, B., 'Afkoopsommen van pensioenen en artikel 18 van het OESO-Modelverdrag', *Fisc. Int.*, 99, p. 6 – 7.
- PEETERS, B., 'Herkwalificatie huurinkomsten leidt in sommige gevallen tot belasting-vrijstelling', *Fisc. Int.*, 102, p. 5 – 7.
- PEETERS, B., 'Werkende vennoten blijven voor interpretatieproblemen zorgen', *Fisc. Int.*, 137, p. 7 e.v.
- PEETERS, B., 'Door of namens in het bestuurdersartikel', *Fisc. Int.*, 167, p. 3 – 4.
- PEETERS, B., 'Vast middelpunt en relatieve werking van de verdragen', *Fisc. Int.* 179, p. 6.
- PEETERS, B., 'Werkend vennoten: ook in Belgisch-Franse verhoudingen toepassing van het restartikel', *T.F.R.*, 194, p. 62 – 68.
- PEETERS, B., 'Ficties in dubbelbelastingverdragen: een slecht huwelijk?', *Fisc. Int.*, 220, p. 4.
- PEETERS, B., 'Artikel 15 OESO-Modelverdrag: inkomsten uit niet zelfstandige arbeid. De nieuwe administratieve circulaire d.d. 25 mei 2005 en de niet gedefinieerde begrip-pen', *T.R.V.* 2006, p. 205 – 240.
- PEETERS, B. en LECOCQ, A., 'New Belgian standard convention for tax treaty negotia-tions', *SWI*, 2007, p. 197 – 204.
- PEETERS, B. en VAN DE VIJVER, A., 'Ontwerp van Belgisch standaardmodel van dub-belbelastingverdrag', *Fisc. Int.*, 288, p. 1 – 4.
- PEETERS, B., 'Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden', *Larcier*, 2011, 905 p.
- PEETERS, P.J.J.M., 'Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen artikel 43 en 56 EG?', *W.F.R.*, 2007, p. 777 – 786.
- PEIJ, S.C. en BOONSTRA, J.J., 'De rol van commissarissen bij grootschalige organisatie-veranderingen', *Bedrijfskunde*, 2002, p. 11 – 20.
- PEIJ, S.C., 'Commissaris op de bestuurdersstoel', *Van Gorcum, Assen*, 2005, 242 p.
- PEIJ, S.C., 'Maak je borst maar nat, commissaris', *Het financiële dagblad*, 14 april 2006.
- PEIJ, S. e.a., 'Handboek Corporate Governance', *Kluwer* 2007, 257 p.
- PEIJ, S., 'De one tier board: waarom wel en waarom niet?', *Finance & Control*, Augustus 2010, p. 38 – 41.

- PERKINS, M., 'No assembly required', *Directorship* April/May 2008.
- PHILIPP, A., 'General report – Partnerships and joint enterprises in international tax law', in IFA (ed.), *Cah. Dr. Fisc. Int.* Vol. LVIIIb, Amsterdam, Elvé, 1973, p. 59 – 85.
- PICOD, Y., 'le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat', Paris, *L.G.D.J.* 1989, 254 p.
- PIETERS, J., 'De fiscus kan (soms) de vereffenaar aanspreken', *Fisc. Act.* 2003/4I, p. 3 – 5.
- PIETERS, J., 'SCI's: minister vindt dat cassatie zich vergist', *Int. Fisc. Act.*, 2006/3, p. 1 – 3.
- PIETERSZ, H. en JOL, D.T.J., 'Netherlands: tax treatment of a statutory director in a dual role', *Bulletin for International Taxation* 2005, p. 534 – 541.
- PIJL, H., 'The theory of the interpretation of tax treaties with reference to Dutch practice', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1997, p. 539 – 546.
- PIJL, H., 'Vaste inrichting en de voorgestelde wijzigingen van het OESO-Commentaar', *W.F.R.*, 2002, p. 1047 – 1057.
- PINTO, D., 'Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?', *Bulletin for International Taxation*, 2007, p. 277 – 291.
- PIOT, W., 'De interpretatie van belastingverdragen: een excursie', *A.F.T.* 1994/10, p. 241-247.
- PISTONE, P., 'Government Services', in *Source versus Residence. Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives*, Taxmann, 2008,
- PISTONE, P., 'EC Law and Tax Residence of Companies', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 183 – 196.
- PISTONE, P., 'Enterprise, business and business profits in EU Tax Law', in *The meaning of enterprise, business and business profits under tax treaties and EU Tax Law*, G. MAISTO (ed.), IBFD, 2011, p. 3 – 22.
- PLANIOL, M., RIPERT, G. & BOULANGER, J., '*Traité élémentaire de droit civile*', t, II, *L.G.D.J.*, 1943, Paris, 1316 p.
- PLEIJSIER, A., 'The Agency Permanent Establishment in BEPS Action 7: treaty abuse or business abuse?', *Intertax*, 2015, p. 147 – 154.
- POL, J.A., 'De fiscale positie van de DGA', *W.F.R.*, 2009, p. 449 – 454.
- POLSPOEL, T., 'Toetsing van definitief verworven rechten inzake een Nederlands pensioen in eigen beheer', *T.F.R.*, 2000, p. 313 – 317.
- POPPE, G., 'Mag de fiscus een vergoeding aan een gedelegeerd bestuurder inkrimpen?', *Accountancy & Fiscaliteit* 2005/29, p. 2.
- POPPE, G., 'Een uitkering van een bedrijfsleidersverzekering sorteert niet onder het attractiebeginsel', *Acc & Fisc.* 2006/20, p. 7.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Ontslagvergoeding in een te ver verwijderd verband met de buitenlandse dienstbetrekking', *W.F.R.* 1999/6355, p. 1183 – 1192.

Literatuurlijst

- PÖTGENS, F.P.G., 'Het sluitend systeem van artikel 15 e.v. van het OESO-Modelverdrag', *M.B.B.* 2000/11, p. 397 – 403.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Supreme Court clarifies meaning of director in tax treaties', *European Taxation*, 2000, p. 517 e.v.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Verdragskwalificatie van een WAO – suppletie in een breder perspectief', *I.B.B.* 2000, p. 7 – 14.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Hoge Raad verduidelijkt begrip bestuurder onder belastingverdragen', *I.B.B.* 2000/4, p. 18 – 24.
- PÖTGENS, F.P.G., 'The closed system of the provisions on income from employment in the OECD Model', *European Taxation*, 2001, p. 252 – 262.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking onder het nieuwe belastingverdrag met België', *M.B.B.*, 2001, p. 376 – 392.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Nogmaals art. 15 en 16 belastingverdrag met België: inkomsten uit tegenwoordige privaatrechtelijke dienstbetrekking', *M.B.B.*, 2003/4, p. 126 – 150.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Ficties en belastingverdragen', *T.F.R.*, 265, p. 663 – 675.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Income from international private employment', IBFD, 2006, 1056 p.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Het basissalaris van een sporter is toerekenbaar aan de in de performancestaat uitgeoefende werkzaamheden', *M.B.B.* 2007, p. 231 – 238.
- PÖTGENS, F.P.G., 'De Hoge Raad bevestigt en verduidelijkt het materiële werkgeverschap onder de belastingverdragen HR 1 december 2006', *W.F.R.*, 2007/6714, p. p. 375 – 383.
- PÖTGENS, F.P.G., 'The Dutch Supreme Court reaffirms and clarifies de facto employer under article 15 of the OECD Model', *Intertax*, 2008, p. 75 – 81.
- PÖTGENS, F.P.G. en JAKOBSEN, M., 'Het OESO-Commentaar betreffende werknemersopties: hinken op twee gedachten', *W.F.R.* 2008/6792, p. 1391 – 1404.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Beloningen ten laste van een vaste inrichting', *N.T.F.R. Beschouwingen*, 2008/16, p. 20 – 24.
- PÖTGENS, F.P.G., 'ABP – pensioen en belastingverdrag', *NTFR Beschouwingen*, 2009/22, p. 19 – 23.
- PÖTGENS, F.P.G. en DE HEER, L.J., 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *W.F.R.* 2010/6870, p. 1024 – 1034.
- PÖTGENS, F.P.G. en HOFLAND, D.A., 'De verdragsclassificatie van voordelen uit een lucratief belang genoten door een buitenlandse belastingplichtige', *W.F.R.* 2010/6841, p. 18 – 25.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Verdragstoegang en inwonerschap in de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011', *W.F.R.* 2011/6903, p. 532 – 538.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en arbeidsinkomsten', *T.F.O.* 2012, p. 81 – 92.

- PÖTGENS, F.P.G., 'Some selected interpretation and qualification issues with respect to article 15 (2) b and c of the OECD Model', in *The 2010 OECD Updates (red. E. WEBER en S. VAN WEEGHEL)*, Series on International Taxation, Wolters Kluwer, 2011, p. 125 – 144.
- PÖTGENS, F.P.G., 'Het bestuurdersartikel in belastingverdragen (art. 16 OESO Modelverdrag); lessen uit het verleden', in *Vriendenbundel Henk Van Arendonk (red. DE GRAAF, A.C.G.A.C., HEMELS, S.J.C. en VAN SONDEREN, J.C.M.)*, SDU, 2013, p. 285 – 299.
- PÖTGENS, F.P.G., 'FPU – uitkeringen en belastingverdrag', *NtFR Beschouwingen*, 2013/37, p. 18 – 23.
- PÖTGENS, F.P.G., 'De kernwaarden van het fiscaal verdragsbeleid', *M.B.B.* 2013, p. 84 – 91.
- PÖTGENS, F.P.G. e.a., 'The impact of a corporate governance system on the place of effective management concept in Spain, France, the United Kingdom, The Netherlands, Germany and Italy – Part I', *European Taxation*, 2014/9, p. 374 – 384.
- PÖTGENS, F.P.G. en STRAATHOF, M.J.E., 'Vestiging en substance van (tussen)houdstervennootschappen vanuit EU-rechtelijk perspectief', *M.B.B.* 2015, p. 50 – 64.
- PRENTICE, D., 'The Incorporation – Theory – The United Kingdom', *European Business Law Review*, 2003, p. 631 – 641.
- PROKISCH, R., 'Severance payments', *European Taxation*, 1998, p. 178 – 181.
- PROKISCH, R., 'Directors' fees', in LANG, M., *Source vs. Residence*, Kluwer, The Netherlands, 2008, p. 197 – 213.
- RAJAN, R. en WULF, J., 'The flattening firm: evidence from panel data on the changing nature of corporate hierarchies', *Review of Economics and Statistics*, 2006, p. 759 – 773.
- RAMMELOO, S., *Corporations in private international law: a European perspective*, Oxford, 2001, 396 p.
- RAMMELOO, S., 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Überseering. IPR zetelleercontroverse beslecht?', *NiPR* 2003, p. 134 – 144.
- RAMMELOO, S., 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa na HvJ EG Inspire Art Ltd: zetelleercontroverse beslecht! Voortgang harmonisatieproces grensoverschrijdende migratie rechtspersonen onontbeerlijk', *NiPR*, 2004, p. 283 – 295.
- REIJNIERS, J.A.M., *De interim manager in de praktijk*, Garant, 2003, 223 p.
- REIMER, E., 'Interpretation of tax treaties', *European Taxation* 1999, p. 458-477.
- REIMER, E., 'How tax treaties deal with income from omissions', *Bulletin for International Taxation*, 2006, p. 110 – 118.
- RIBES, A.R., 'Tax residence and the mobility of companies in the European Union: The desirable harmonization of the tax connecting factors', *Intertax*, 2012, p. 606 – 615.

Literatuurlijst

- RIVES – LANGES, J.L., 'La notion dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967', *Dalloz*, 1975, Chr VII, 41 p.
- ROKS, E.C.N., 'Nederland – België', *W.F.R.*, 1986/5726, p. 544 e.v.
- ROELOFFS, P.E., 'De salary split. Een economisch verhaal', *I.B.B.* 2000, p. 1 e.v.
- ROMYN, M., 'Subjectieve en objectieve kwalificatie onder het Nederlands – Belgisch belastingverdrag 1970', *T.F.R.*, 1995, p. 219 – 222.
- ROMYN, M., 'De toepassing van de onderworpenheidseis in de eenzijdige regeling', *W.F.R.* 1985, p. 1507 – 1515.
- ROMYN, M., '*Internationaal Belastingrecht*', Zevende druk, Tilburg, Gianotten, 1999.
- ROTH, G.H., 'Gründungstheorie: ist der Damm gebrochen?', *ZIP*, 1999, p. 861 – 867.
- RUSSO, R., 'Partnerships and other hybrid entities and the EC Corporate Direct Tax Directives', *European Taxation*, 2006, p. 478 – 486.
- RUST, A., 'Business and business profits', in *The meaning of enterprise, business and business profits under tax treaties and EU Tax Law*, G. MAISTO (ed.), IBFD, 2011, P. 85 – 106.
- SANDERS, P. en WESTBROEK, W., 'BV en NV, Deventer, Kluwer, 1994, 644 p.
- SANTELLA, P., BAFFI, E., DRAGO, C. en LATUCCE, D., '*A comparative analysis of the legal obstacles to institutional investor activism in Europe and in the U.S.*', onuitg., 2008, 78 p.
- SASSEVILLE, J., '*The meaning of place of effective management*', in *Residence of companies under tax treaties and EC – law*, IBFD, 2009, 968 p.
- SASSEVILLE, J., 'Enterprise, business and business profits: from the League of Nations to the current OECD Model Tax Convention, in *the meaning of enterprise, business and business profits under tax treaties and EU Tax Law*, G. MAISTO (ed.), IBFD, 2011, p. 41 – 60.
- SCHAFFNER, J., 'The OECD Report on the application of tax treaties to partnerships', *B.I.B.F.D.*, 2000, p. 218 – 226.
- SCHMID, D., 'De l'intérêt commun des associés', *J.C.P.* 1994/41.
- SCHMIDT, O., 'Der BFH zum wirtschaftlichen Arbeitgeber – Konsequenzen für die Besteuerungspraxis', *IstR* 2006, p. 78 – 81.
- SCHOONVLIET, E., '*Handboek Internationaal Fiscaal Recht*', Biblo, Kalmthout, 1996, 348 p.
- SCHOONVLIET, E., 'Artikel 16 van het Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag: wie is schuldenaar van de bestuurdersbezoldiging?', *T.F.R.* 1999, p. 5 – 11.
- SCHOUERI, L.E., 'Tax Treaty Override: A Jurisdictional Approach', *Intertax*, 2014, p. 682 – 694.
- SCHUCH, J., '*Die Zeit im recht der Doppelbesteuerungsabkommen*', Linde Verlag, 2002, 304 p.

- SCHUTTE – VEENSTRA, J.N., 'De implicaties van het Cartesio arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen', *M.B.B.* 2009, p. 301 – 310.
- SCHWARZ, J., 'Booth: residence, domicile and UK taxation', Haywards Health, Tottel, 2008, 270 p.
- SEALY, L.S., 'Directors wider responsibilities – problems, practical and procedural', *Mon. U.L.Rev.* 1987.
- SEGIER, S., 'Optimalisation fiscal et sociale des rémunérations de dirigeants', *C&F.P.* 2009/9, p. 227 – 251.
- SELIGMAN, E.R.A., 'Progressive Taxation in Theory and Practice', American Economic Association Quarterly, 1908, Vol. 9, 335 p.
- SEMRAU – DEUTSCH, K., 'The business – activity clause in artikel 19 para 3 OECD', in *Taxation of Employment Income in International Tax Law, Series on International Tax Law Univ. Prof. Dr. M. Lang*, Linde, Wenen, 2009, p. 317 – 342.
- SENGUPTA, D.P., 'India: Mohan balakrishnan Pookulanagara', in *Tax Treaty Case Law around the Globe*, M.LANG e.a. (eds.), IBFD, 2013, p. 285 – 290.
- SEVERENS, P.J.H., 'De vaststelling van de vestigingsplaats van lichamen', *W.F.R.* 1989/5875.
- SHALHAV, S., 'The revised permanent establishment rules', *Intertax*, 2003, p. 131 – 147.
- SHANNON, H., 'US income tax treaties, reference to domestic law for the meaning of undefined terms', *Intertax*, 1989, p. 453 – 463.
- SHEPHERD, J.C., 'The law of fiduciaires', Carswell Co Ltd, Toronto, 1981, 386 p.
- SIEMS, M., 'Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21 st century', *European Law Review*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 47 – 59.
- SIMADER, K., 'Austria', in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, MAISTO, G. (ed.), IBFD, 2009, p. 339 – 374.
- SIMONT, L., 'La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales', Brussel, Bruylant, 1975, 119 p.
- SIMONTACCHI, S., 'Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property', Kluwer Law International, 2007, 436 p.
- SINCLAIR, I. (Sir), 'Interpretation of tax treaties', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1986, p. 76 – 85.
- SKAAR, A., 'Permanent Establishment: Erosion of a tax treaty principle', in *Series on International Taxation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 610 p.
- SKAAR, A., 'Permanent Establishments', Kluwer Law International, 1995, 664 p.
- SLAGTER, W.J., 'Compendium van het Ondernemingsrecht', zevende druk, Kluwer, Deventer, 1996, 569 p.
- SMIT, E. en VAN HET KAAR, R., 'Die Zukunft der Mitbestimmung in den Niederlanden – Vier Szenarios', *WSI Mitteilungen*, 2009, p. 94 – 101.

Literatuurlijst

- SMITS, J.M., 'Competitie tussen vennootschapsvormen: wat is het beste stelsel van ondernemingsbestuur?', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2006, p. 21 – 26.
- STARINK, B., '*Belastingheffing over participatiepensionen en overheidspensioenen in grensoverschrijdende situaties*', Kluwer, Deventer, 2015, 332 p.
- STEFANER, M.C., 'Die Behandlung von Aufsichtsrat und Verwaltungsrats Vergütungen nach art 16 DBA Deutschland und DBA Schweiz', *SWI* 2004, p. 68 – 76.
- STEFFENS, L.F.A., 'Strijd tussen de incorporatieleer en de leer van de werkelijke zetel', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2004, p. 46 – 53.
- STEVENS, A.J.A., 'Hybride entiteiten en belastingverdragen', *M.B.B.* 2010/4, p. 135 – 145.
- STEVENS, S.A., '*De belaste overheid*', Kluwer, 2003, 546 p.
- STEVENS, S.A., 'De fiscale behandeling van marktactiviteiten', *T.F.O.*, 2006/40.
- STEVENS, S.A., '*Belastingplicht in de vennootschapsbelasting*', Kluwer, Deventer, 2009, 226 p.
- STEWART, D., 'The virtual annual meeting', *Corporate Governance Advisor*, Wolters Kluwer Law & Business, May/June 2010, Vol. 18, p. 1 – 4.
- STRASSER, C., '*Die Auslegung von Quellenstaatsregelungen in Doppelbesteuerungsabkommen*', Linde Verlag, 2005, 199 p.
- SULLIVAN, J., '*A study on the interpretation and limitations of the concept place of effective management as laid down in article 4(3) of the OECD Model Tax Convention*', Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 2011, 80 p.
- SUTTER, F. en BURGSTALLER, E., 'Der Manager im DBA – Recht', in GASSNER et al. (ed.), *Arbeitnehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, 2003, p. 49 – 88.
- SUTTON, C.J., '*Economics and corporate strategy*', Cambridge University Press, 1980.
- SWOLFS, L. en DE KLERCK, B., 'Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders', in X, *Bestuurders en besturen is twee. De uitdaging en invulling van het bestuurdersmandaat*, Brussel, Larcier, 2003, p. 37 – 72.
- TEICHNER, K., '*Internationales Steuerrecht*', 1967, Stuttgart, 267 p.
- TER KUILE, B.H., 'Enige aspecten van Europese belastingharmonisatie', *Bijlage bij het NOB – Preadvies* 1991.
- The Law Commission, '*Company directors: regulating conflicts of interest and formulating a statement of duties*', Law. Com. No 261, London, September, 1999, 282 p.
- TIEBOUT, C., 'A pure theory of local expenditures', *Journal of Political Economy*, 1956, p. 416 – 424.
- THOMAS, E., 'Maakt het Europese Hof van Justitie onderscheid tussen de verrekenings – en de vrijstellingsmethode?', *M.B.B.*, 2009, p. 123 – 128.
- TILAKAPALA, V., 'United Kingdom – International Joint Ventures', in D.F. BRODER e.a. (ed.), *International Joint Ventures. The legal and tax issues*, London, Professional Information Publishing, 1996, p. 182 – 199.

- TILLEMANN, B., 'Bestuur van vennootschappen. Statuut, interne werking en vertegenwoordiging', Kalmthout, Biblio, 1996, 696 p.
- TILLEMANN, B., 'Het statuut van de commissaris – revisor', I.B.R., 1997, 109 p.
- TILLEMANN, B., 'Bestuur van vennootschappen', Brugge, Die Keure, 2005, 806 p.
- TILQUIN, T., 'L'incorporation comme facteur de rattachement de la lex societatis', *Rev. Prat. Soc.* 1998, p. 5 – 56.
- TIMMERMAN, I., VASTMANS, S. en WALLYN, T., 'Het bestuurdersartikel in dubbelbelastingverdragen', *T.R.V.* 2001, p. 193 – 213.
- TIMMERMANS, C.W.A., 'Europeesrechtelijke erkenning van pseudo – buitenlandse vennootschappen', in *Tot Vermaak van Slagter*, CHRISTIAANSE, J.H. (ed.), 1988, Deventer, Kluwer, p. 321 – 331.
- TIPKE, K., 'Die Steuerrechtsordnung, Ed. 2, Vol. 2, Cologne, Otto Schmidt, 2003, 717 p.
- TIPKE, K. en KRUSE, H.W., 'Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung', Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003, Loseblatt.
- TIXIER, G, GEST, G. en KEROGUES, J., *Droit Fiscal International*, 1979, Paris, Librairies techniques, 330 p.
- TOIFL, G., 'Besteuerung von Geschäftsführern. Vorständen und Aufsichtsräten', in *Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen – 30 Jahre Steuerrecht am der Wirtschaftsuniversität Wien*, Gasnner & Lang (eds.), Vienna, 1998, p. 379 – 395.
- TUBEUF, C., 'Article 110 – droit applicable à la personne morale', in *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 572 – 579.
- TWENTYMAN, J., 'Hello digital boardroom', *Director*, June 2009, p. 35.
- UHLANER, L.M., DEKKERS, E. en VERHEUL, I., 'Ondernemen in het familiebedrijf', in P.A. RISSEEUW en A.R. THURIK (eds.), *Handboek Ondernemers en Adviseurs: Management en economie van het midden – en kleinbedrijf*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 279 – 300.
- ULMER, P., 'Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision', *NJW* 1980, p. 1603-1607.
- ULMER, P., 'Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz', *JZ*, 1999, p. 662 – 665.
- URTZ, C., 'Neues DBA Österreich – ddeutschland: Sonderregelung für Geschäftsführergütungen', *SWI* 1999, p. 429 e.v.
- VANBIERVLIET, F., 'Over het gedeeltelijk vernietigde (her) ingevoerde attractiebeginsel', *T.F.R.*, 2004, p. 652 – 656.
- VAN BOVEN, R., 'in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*', Boek VIII, Titel IV, Kluwer, Losb.
- VAN BOVEN, R., 'Rol van de accountant bij de individuele onderzoeks – en controlebevoegdheid van de vennoten (artikel 166 W. Ven.)', *Accountancy & Tax* 2002, p. 30 – 33.

Literatuurlijst

- VAN BREEDAM, S., 'Burgerlijke maatschap: volkomen fiscaal transparant', *Fisc.*, 1173, p. 7 – 9.
- VAN BRUNSCHOT, F., 'The judiciary and the OECD Model Tax Convention and its commentaries', *Bulletin for International Taxation*, 2005, p. 11 – 13.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'De handelsvereniging bij wijze van deelneming en de tijdelijke handelsvereniging', *A.F.T.*, 1986, p. 215 – 224.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'De evolutieve interpretatiemethode van dubbelbelastingverdragen', *T.R.V.*, 1991, p. 83 – 86.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'Kroniek Boekhoudrecht', *T.R.V.*, 1994, 323 – 324.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'Wat zijn gelijksoortige functies als die van bestuurders?', *Fisc.*, 496, p. 2 e.v.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'Deelnemingen in buitenlandse vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid', *Fiscoloog*, 456, p. 4 – 6.
- VAN CROMBRUGGE, S., 'Onderling overleg over bezoldigingen van werkende vennoten onder het Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag', *A.J.T.*, 1996 – 97, p. 26 e.v.
- VAN CROMBRUGGE, S., '*Beginselen van vennootschapsbelasting*', Biblio, Kalmthout, 2003, 206 p.
- VAN DAAL, G.C., 'Aansprakelijkheden naar Nederlands vennootschapsrecht van bestuurders van buitenlandse rechtspersonen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1998, p. 170 – 176.
- VAN DAELE, J., 'Tax residence and the mobility of companies: borderline cases under private international law and tax law', *European Taxation* 2011, p. 190 – 200.
- VAN DEN BERGH, R., 'Regulatory competition of harmonization of laws', Guidelines for the European regulator', in A. MARCIANO en J.M. JOSSELIN (eds.), *The economics of harmonizing European law*, Cheltenham, 2002, p. 27 – 49.
- VAN DEN BERGHE, L., 'Het corporate governance-debat vanuit internationaal perspectief', in X, *Corporate Governance: Het Belgisch perspectief*, Deventer, Tjeenk – Willink 1998, 246 p.
- VAN DEN BRAAK, S.M., 'Het Centros-arrest en het Nederlandse international privaatrecht betreffende vennootschappen', *WPNR* 2000/6402.
- VAN DER BEEK, J.M., 'Gouden handdruk international – een vervolg', *W.F.R.* 1982/5532, p. 149 – 163.
- VAN DER BRUGGEN, E., 'Unless the Vienna convention otherwise requires: notes on the relationship between article 3 (2) of the OECD Model Tax Convention and articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the law of treaties', *European Taxation*, 2003, p. 142 – 156.
- VAN DER ELST, C., 'Corporate Governance: een wettelijke (r)evolutie?', *T.R.V.* 2004/2, p. 69 – 86.

- VAN DER GELD, J.A.G., *'De herziene deelnemingsvrijstelling'*, Fiscale Monografieën, Deventer, Kluwer, 1990, 229 p.
- VAN DER GRINTEN, W.C.L., *'Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap'*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 893 p.
- VAN DER GRINTEN, W.C.L., *'Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap'*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 832 p.
- VAN DER HEIJDEN, E.J.J., *'Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap'*, twaalfde druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1992.
- VAN DE VIJVER, A. en VAN DUYSE, K., 'Fictief loon: toch niet onder het restartikel?', *Fisc. Int.*, 240, p. 1 – 3.
- VAN DE VIJVER, A. en VAN ZANDWEGHE, M., 'Distributions by French Société Civile Immobilière Tax Exempt in Belgium', *European Taxation*, 2005, p. 209 – 210.
- VAN DIJCK, J., 'Bedrijfsleiders: geen attractiebeginsel meer?', *Fiscoloog*, 608, p. 1 – 2.
- VAN DIJCK, J., 'Zijn beheerders van een VZW ook bedrijfsleiders?', *Fisc.*, 620, p. 6 – 7.
- VAN DIJCK, J., 'Arbitragehof: gedeeltelijke vernietiging attractiebeginsel', *Fiscoloog*, 790, p. 1 e.v.
- VAN DIJCK, J., 'Intercommunales die overgaan naar VenB: geen dubbele belasting?', *Fisc*, 1414, p. 3.
- VAN DIJK, J.M., DUMOULIN, S.H.M.A. en DEN TONKELAAR, J.D.A., *'Ondernemingsrecht en effectenrecht'*, Vierde druk, Kluwer, 2007, 2291 p.
- VAN DRIESSCHE, H., 'Bevoegdheidsdelegatie door het bestuursorgaan van de NV en de BVBA', *Not. Fisc. M.*, 2002, p. 223 – 246.
- VAN DUUREN, T.P., 'De positie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar buitenlandse equivalenten en de Europese BV', *Ondernemingsrecht*, 2004, p. 4 – 10.
- VAN EECKHOUTTE, W. en DEMAESENEIRE, G., 'Arbeidsrelatieswet. Het bepalen van de rechtsaard van arbeidsrelaties', *N.J.W.*, 2007, p. 98 – 119.
- VAN ELDONK, H.E.P.J. en PÖTGENS, F.P.G., 'Enige perikelen omtrent het bestuurdersartikel uit het verdrag met België', *W.F.R.* 1998, p. 1517 e.v.
- VAN ESSEN, C. en BHANSING, P., *'Internationale samenwerking door het Nederlandse MKB'*, EIM, Zoetermeer, 2009.
- VAN GERVEN, D., 'De bevoegdheden van het directiecomité in de naamloze vennootschap in verhouding tot de raad van bestuur', *T.R.V.*, 2004, p. 22 – 27.
- VAN GERVEN, D., *'Rechtspersonen, beginselen van Belgisch privaatrecht'*, Deel I, IV, Mechelen, Kluwer, 2007, 688 p.
- VAN GERVEN, W., *'Beginselen van Belgisch Privaatrecht'*, Algemeen deel, Brussel, Story – Scientia, 1973, 510 p.
- VAN GERVEN, W., 'Moet de aandeelhouder wel stemmen in het vennootschapsbelang?', *T.R.V.*, 2013, p. 671 – 672.

Literatuurlijst

- VANHAUTE, P. & VAN KEIRSBILCK, M., 'Inkomsten uit niet-zelfstandige beroepen', in *Het Belgisch – Nederlands dubbelbelastingverdrag*, Larcier, 2008, 662 p.
- VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., '*Internationaal Privaatrecht*', Brussel, Story Scientia, 1986, 435 p.
- VAN HET KAAR, R.H., 'Medezeggenschap en internationale holdings', *Ondernemingsrecht* 2009, p. 131 – 137.
- VAN HOOGENBEMT, H., 'Zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid nat de Programawet (I) van 27 december 2006', *OR*, 2007, p. 49 – 65.
- VAN HOUTE, C.P.M., 'De Stichting in het Nederlands Belastingrecht', *Fiscale Monografieën nr. 69*, Kluwer, Deventer, 1994, 232 p.
- VAN IMMERSEEL, S.F., 'Fictief loon en het belastingverdrag tussen Nederland en België', *W.F.R.*, 1999/6350, p. 1015 – 1020.
- VAN KEIRSBILCK, M., 'Tax treatment of General Partnerships: a landmark court decision', *European Taxation*, 1998, p. 249 – 254.
- VAN KEIRSBILCK, M., 'Exemption vaut impôt: is toch effectieve belasting vereist?', *Fisc. Int.*, 359, p. 1 – 3.
- VAN KEMPEN, M.L.M., 'Het wetsvoorstel Titel 7.13 en de fiscale transparantie van personenvennootschappen', *W.F.R.* 2003, p. 285 – 292.
- VAN LAERE, D., 'De invoering van de nieuwe categorie van bedrijfsleiders en haar fiscale implicaties', in *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 1997 – 98*, Diegem, Ced Samson, 1998, p. 35 – 82.
- VAN LIMBERGHEN, G. en PUT, J., 'Werknemer of zelfstandige: met vragenlijst en puntensysteem naar een voorafgaandelijk bindend advies', *T.S.R.*, 2001/2, Brugge, Die Keure, p. 105 – 299.
- VAN LINDONK, C.L., 'De onderneming en haar fiscale verschijningsvormen', Arnhem, Gouda Quint, 1990, 355 p.
- VAN MONTFORT, C.J. en BOERS, I., 'Raden van Toezicht', in T. SCHILLEMANS en M. BOVENS (eds.), *Handboek Publieke Verantwoording*, 2009, Den Haag, p. 143 – 160.
- VANN, R., 'Liable to tax and company residence under tax treaties', in G. MAISTO (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, p. 209 – 243.
- VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., 'Examen de jurisprudence, 1979 à 1990. Les sociétés commerciales', *R.C.J.B.*, 1993, p. 639 – 824.
- VAN OMMESLAGHE, P., 'L'acquisition du controle d'une sociétés anonyme et l'information de l'acquéreur', in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, p. 591 – 610.
- VAN RAAD, K., 'Interpretatie van belastingverdragen', *M.B.B.*, 1978, p. 49 – 56.
- VAN RAAD, K., 'Pensioenen in internationaal fiscaal perspectief', *W.F.R.* 1983/5596, p. 753 – 771.

- VAN RAAD, K., 'Het nationale recht bij de uitlegging van belastingverdragen', in *Liber Amicorum Scheltens*, Kluwer, 1984.
- VAN RAAD, K., 'Belastingverdragen: effect en uitlegging in het bijzonder wat betreft personen met dubbele vestigingsplaats', *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, Kalmthout, Biblio, 1989, p. 43 – 51.
- VAN RAAD, K., 'Uitlegging en toepassing van belastingverdragen door de belastingrechter', *FED*, 1996/415.
- VAN RAAD, K., 'Construction project PE in The Netherlands and taxation of employment income borne by a PE', *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 321 – 325.
- VAN RAAD, K., 'Application of tax treaties', in *A vision of taxes within and outside European borders – festschrift in honor of Prof. Dr. F. Vanistendael*, 2008, Kluwer Law International, p. 729 – 736.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., '*Principes de droit commercial*', Brussel, Bruylant, Part II, 551 p.
- VAN SCHILFGAARDE, P., '*Van de BV en de NV*', negende druk, 1992, 377 p.
- VAN SCHILFGAARDE, P., '*Van de BV en de NV*', tiende druk, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 443 p.
- VAN SCHILFGAARDE, P., '*Van de BV en de NV*', dertiende druk, bewerkt door J. WINTER, Kluwer, Deventer, 423 p.
- VAN SCHILFGAARDE, P., '*Van de BV en de NV*', Vijftiende druk, Kluwer, 2009, 496 p.
- VAN STEIJN, R.J., 'Ontslagvergoedingen in grensoverschrijdende situaties', *W.F.R.* 2003/6521, p. 465 – 471.
- VAN VEEN, W.J.M., 'Wetsvoorstel personenvennootschappen: what's new?', *Bb* 10 maart 2003, nr. 5, p. 32 – 37.
- VAN WEEGHEL, S., '*The improper use of tax treaties*', Kluwer, 1998, 283 p.
- VAN WEEGHEL, S., 'The tie breaker revisited: towards a formal criterion?', in L. HINNEKENS and P. HINNEKENS (eds.), *A vision of taxes within and outside European borders: festschrift in honor of prof. dr. Frans Vanistendael*, Kluwer Law International, Alphen Aan den Rijn, 2008, p. 961 – 969.
- VAN WEEGHEL, S., 'Article 4(3) of the OECD Model Convention: an inconvenient truth', in G. MAISTO (ed.), *Residence of companies under tax treaties and EC Law*, Amsterdam, IBFD, 2009, p. 303 – 307.
- VERBURG, J., 'Vennootschapsbelasting', *Fiscale hand – en studieboeken*, Deventer, Kluwer, 2000, 600 p.
- VERDAM, A.F., 'Het vennootschappelijk belang: meer dan enlightened shareholder value', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 93 – 101.
- VERLEISDONK, Y., JANSSENS, E. en WILKENHUYSEN, M., '*Due Diligence*', *Larcier*, 2007, 180 p.

Literatuurlijst

- VILLIGER, M.E., *'Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties'*, The Hague: Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, 432 p.
- VLAANDEREN, P., 'Why exempt foreign business profits?', *Tax Notes International*, 2002, p. 1095 – 1103.
- VLAS, P., *'Internationaal Rechtspersonenrecht, Groene Serie Rechtspersonen'*, Deventer, Kluwer, loose – leaf.
- VLAS, P., 'Paal en perk aan puur formeel buitenlandse vennootschappen', *T.V.V.S.* 1993, p. 57 – 60.
- VLAS, P., 'Twee wetsvoorstellen IPR – rechtspersonenrecht', *TVVS*, 1995, p. 233 – 238.
- VLAS, P., *'Rechtspersonen. Praktijkreeks IPR'*, Maklu, 2009, 254 p.
- VOET, L., 'Vergelijkende studie van de belastingstelsels die inzake vennootschapswinsten van toepassing zijn enerzijds op de bezoldigingen en tantièmes van de beheerders, commissarissen enz en anderzijds op de aan de aandeelhouders toegekende dividenden', *T.F.R.*, 1979, p. 54 – 71.
- VOGEL, K., 'Double tax treaties and their interpretation', *INT'L TAX & BUS LAW*, 1986, p. 4 – 84.
- VOGEL, K., 'Worldwide vs. source taxation of income – A review and re – evaluation of arguments, Part I', *Intertax*, 1988, p. 216 – 229.
- VOGEL, K. en PROKISCH, R., 'Interpretation of double taxation conventions', *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 78 a, Deventer, Kluwer, 1993, p. 19 – 157.
- VOGEL, K., *'On double taxation conventions'*, Kluwer Law International, London, 1997, 1728 p.
- VOGEL, K., *'Klaus Vogel on Double Taxation Conventions'*, Kluwer Law International, Vierde editie, 2015, 2128 p.
- VOLLEBREGHT, H.A., 'Salary splits: fiscale aanvaarding van een buitenlandse dienstbetrekking', *W.F.R.* 1990, p. 266 – 270.
- WAGNER, G., 'The virtues of diversity in European Private Law', in *Jan SMITS (ed.), The need for a European Contract Law: Empirical and legal perspectives*, Groningen, 2005, p. 1 – 24.
- WAKKIE, P.N., 'De positie van commissarissen onder het nieuwe model van de structuurregeling', *Ondernemingsrecht*, 2002, p. 87 – 92.
- WASSERMEYER, F., 'Doppelbesteuerung, art 16 Mn8, H. DEBATIN/F. WASSERMEYER (eds.), C.H. BECK, München, 2006, loseblatt.
- WASSERMEYER, F., *'Doppelbesteuerung (DBA), Kommentar, 6 Ordner'*, Beck Juristischer Verlag, 2007, loseblatt.
- WATTEL, P.J., 'Europees recht en direct belastingrecht', *FED* 1991/407.
- WATTEL, P. en MARRES, O., 'Characterization of fictitious income under OECD patterned tax treaties', *European Taxation* 2003, p. 66 – 79.

- WAUMAN, M., 'Hoe word teen niet-concurrentievergoeding belast?', *Fisc. Int.*, 171, p. 7 e.v.
- WAUMAN, M., 'Vergoeding wegens niet nakomen van een belofte tot tewerkstelling onder het Duits – Zwitsers dubbelbelastingverdrag', *T.F.R.*, 2008, p. 177 – 180.
- WAUTELET, P., 'Quelques réflexions sur la lex societatis dans le code de droit international privé', *RPS* 2006, p. 5 – 56.
- WEBER, D.M., 'Belastingontwijking en de EG – verdragsvrijheden. Een onderzoek naar de Europeesrechtelijke grenzen van de bestrijding van belastingontwijking', *Fiscale Monografieën* 105, Deventer, Kluwer, 2003, 286 p.
- WEBER, D., *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, 290 p.
- WEEREPAS, M.J.G.A.M., 'Kwalificatie grensoverschrijdende buitenlandse sociale verzekeringen', *NtFR*, 2009/41, p. 6 – 11.
- WEINER, J.L., 'The Berle – Dodd dialogue on the concept of the corporation', *Colum. L. Rev.* 1964, p. 1458 – 1467.
- WHITTINGTON, R., 'Completing the practice turn in strategy research', *Organization Studies*, 2006, p. 613 – 634.
- WICHARD, G.M., *Interim management. Profiel van een professie in wording*, Van Gorcum, Assen, 1993, 231 p.
- WILKE, K.M., 'Neue Rechtsprechung des Bundes gerichtshofes zur Sitztheorie', *Internationale Wirtschafts Briefe*, 2009/2, p. 63 – 66.
- WILLIAMS, L., *Permanent Establishments: A planning Primer*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 193 p.
- WOUTERS, J., 'Over vennootschappen, verwijzingsregels en vrijheid van vestiging', *T.R.V.* 1991, p. 456 – 479.
- WOUTERS, J., 'Directe belastingen in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie: thema en variaties', *T.R.V.* 1994, p. 27 – 51.
- WOUTERS, J. en SCHNEIDER, H., *Current Issues of Cross – Border Establishment of Companies in the European Union*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 52 – 63.
- WOUTERS, J., 'Europees vestigingsrecht van vennootschappen en international privaatrecht', *NiPR*, 2000, p. 259 – 272.
- WRAGG, L.P., 'General Legal Issues – A United States Perspective', in *D.F. Broder e.a. (eds.), International Joint Ventures, The Legal and tax issues*, London, Professional Information Publishing, 1996, 3 – 10.
- WULF, J., *The flattened firm*, Harvard Business School, Working Paper 12 – 087, 2012, 22 p.
- WUSTENBERGHS, T., 'Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten', *Larcier*, 2005, 728 p.
- WUSTENBERGHS, T., 'Stand op handelsbeurs: vaste inrichting', *Fisc. Int.*, 297, p. 1 e.v.

Literatuurlijst

- WUSTENBERGHS, T., 'OESO introduceert services permanent establishment', *Fisc. Int.* 301, p. 1 – 4.
- WUSTENBERGHS, T. e.a., 'Artikel 5: OESO poogt bijkomend te verduidelijken', *Fisc. Int.*, 338, p. 4 e.v.
- WUSTENBERGHS, T. en VANMECHELEN, W., 'Thuiskantoor vormt geen vaste inrichting', *Fisc. Int.*, 340, p. 3 e.v.
- WYCKAERT, M. en GEENS, K., 'Het gebruik van het facultatief dual system in Belgische beursgenoteerde vennootschappen: enkele facts and figures', *T.R.V.*, 2010, p. 527 – 538.
- WYMEERSCH, E., 'Le gouvernement d'entreprise: faits et perspectives', *Act. Dr.*, 1999, p. 167-194.
- WYMEERSCH, E., 'The transfer of the company's seat in the European company law', *Common Market Law Review*, 2003, p. 661 – 695.
- ZILINSKY, M., 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story?', in *G.F. BOULOGNE en PIETERSE, L.J.A. (eds.), aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen*, ZIFO, Kluwer, p. 183 – 192.