

Bestuurdersvergoedingen onder belastingverdragen

Dr. A.S. Cools
23 maart 2017

Ter inlichting

De commerciële versie van het proefschrift is uitgegeven bij Maklu:

<http://www.maklu.be/MakluEnGarant/BookDetails.aspx?ID=9789046608067>

Agenda

1. Korte historiek directorsartikel
2. Toepassingsgebied *intuitu personae*
3. Aard van het lichaam
4. Aard van de vergoedingen
5. Belastingverdrag tussen Nederland en België
6. Vragen?

1. Korte historiek directorsartikel

- Artikel 16 OESO:

“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 of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.”

1. Korte historiek directorsartikel

- Artikel 16 is formeel geïntroduceerd in het eerste OESO – Modelverdrag van 1963.
- De OESO koos er dus voor een apart directorsartikel te introduceren in het OESO – Modelverdrag.
- Ratio legis: *“Since it might sometimes be difficult to ascertain where the services are performed”* (OESO – Commentaar 16/1). Dus: source principle met afwijzing van bijvoorbeeld threshold principle, base erosion principle...

1. Korte historiek directorsartikel

- Eerdere aanwijzingen directorsartikel, bijvoorbeeld in Rapport League of Nations 1927:

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.”*

1. Korte historiek directorsartikel

- Het commentaar van de League of Nations toonde 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.
- In het commentaar 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*”.

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Gebrek aan definitie (principe: artikel 3§2 OESO). Soms onduidelijkheid welke personen onder artikel 16 OESO vallen. Echter: “*member of the board of directors*” = formeel criterium. Zo stelde de Hoge Raad dat een Nederlandse gérant van een Franse SARL niet onder het directorsartikel viel (Hoge Raad 10 december 2004, BNB 2005/195).
 - Artikel 16 OESO spreekt over een “fee” en in beginsel ontvangen enkel non – executive directors een fee. Idem Franse versie: *tantièmes, jetons de présence et autres retributions*. In deze visie kunnen directors die vaste vergoedingen bekomen niet onder artikel 16 OESO vallen. Idem bepaalde Duitse rechtspraak.
- ⇒ Het inkomstenbegrip dat gehanteerd wordt in artikel 16 OESO, bepaalt dus haar toepassingsgebied *intuitu personae* en rechtvaardigt een autonome verdragsinterpretatie van artikel 16 OESO.

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Rapport van Working Party 28 (WP28) dat in een OESO – context een aantal vraagstukken m.b.t. artikel 16 OESO poogde op te lossen.
- ⇒ 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”.

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Echter: België: Cfr. Artikel 32 WIB92’.
- Nederland: zowel personen die vaste alsook variabele vergoedingen ontvangen, vallen onder artikel 16 OESO (Notitie Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid, Kamerstukken II 1987/88, 20 365). De Hoge Raad stelde dat het begrip “director” moet worden ingevuld aan de hand van het vennootschapsrecht (Hoge Raad 22 december 1999, *BNB* 2000/94).

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Hoe is invulling gegeven in onderscheiden staten aan toepassingsgebied *intuitu personae* met toepassing van artikel 3 (2) OESO en indachtig verschillen tussen monistische en duale boardsystemen?

⇒Duitsland en Oostenrijk: enkele superviserende organen

⇒Hongarije: ook executive directors

⇒Frankrijk: artikel 16 niet toepasselijk op chairman van een conseil d'administration.

⇒India: ook top level managers (Cfr. UN – Modelverdrag)

⇒Nederland: bestuurder of commissaris in de zin van boek 2 BW.

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Duale rol: verschillende hoedanigheden binnen hetzelfde lichaam (afwijzing horizontaal attractiebeginsel).
- OESO – Commentaar 16/2: *'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.'*
- Splitsing kan echter voor problemen zorgen!
- Cfr oud belastingverdrag tussen België en Nederland.

2. Toepassingsgebied intuitu personae

⇒ Quid *gelijkaardige* organen als een board of directors? Neen, want staat niet in artikel 16 OESO. Sommige Duitse rechtspraak bepleitte dergelijke organen wel onder het verdragsartikel te brengen, vb. organen gelijkaardig aan de Aufsichtsrat.

- OESO – Commentaar 16/3: “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.”
- Landen als Brazilië en België maken van deze optie geregeld gebruik. Vb.: Belastingverdrag tussen België en UK: “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...”.
- Quid Belgisch Directiecomité?

2. Toepassingsgebied intuitu personae

⇒ Lichaam als director?

- Lichamen kunnen wel degelijk als director kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO (OESO – Commentaar 16/1) + brede definitie van het begrip “person” in artikel 3(1)(a) OESO.
- Deze visie wordt breed gedragen, ook bijvoorbeeld door België.
- Echter: de Duitse wetgeving voorziet erin dat rechtspersonen niet kunnen optreden als een member of the board of directors (§§100 Abs. 1; 52 Abs. 1 GmbHG). Dat geldt bijvoorbeeld ook in Nederland voor wat betreft de functie van commissaris (Wet 16 mei 1986).

2. Toepassingsgebied intuitu personae

⇒Gelijkaardige functies: quid indien geen member of the board of directors noch van een similar organ?

- *De lege lata* geen toepassing van artikel 16 OESO want formeel vereiste is NIET voldaan. Cfr Nederlandse procuratiehouders.
- België heeft echter een aantal DBV' s gesloten waarin gelijkaardige functies worden opgenomen in artikel 16.
- Rechtspraak neigt gelijkaardige functies te laten kwalificeren voor doeleinden van artikel 16 OESO.
- Criteria: toekenning ruime bevoegdheden aan een individu (Antwerpen 24 augustus 1988), personen die zich in 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. (Ci. Nr. AFZ/Intern.IB/2002-0026 van 17 december 2002).

2. Toepassingsgebied intuitu personae

- Pleidooi voor update ratio legis artikel 16 OESO: rechtvaardiging om *de lege ferenda* ook executive directors onder het verdragsartikel te brengen. Probleem: quid scheidingslijn 'gewone' manager versus top level manager?
- Verschillen tussen monistische en duale boardstructuren nemen af!
- Aandeelhoudersactivisme: director is actor in corporate governance - gebeuren. Evoluties?
- **OPEN VRAAG: kan een evolutie in het corporategovernancelandschap meespelen in de interpretatie van belastingverdragen?**

3. Aard van het lichaam

- De vergoedingen moeten bekomen worden van een 'company' die inwoner is van de andere verdragsluitende staat.
- Artikel 3(1)(b) OESO: *"any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes"*.
- In beginsel kan men geen winstvereiste ontwaren in deze definitie. Cfr. artikel 19 par 3 OESO en de invulling van het begrip 'business'.

3. Aard van het lichaam

- Inwonerschap van een lichaam: 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. DUS: verwijzing naar het interne recht voor invulling inwonerschap van het lichaam => werkelijke zetelleer vs. incorporatieleer.
- Ingeval tiebreaker van artikel 4(3) OESO geen oplossing aanreikt, moet een onderling overlegprocedure worden opgestart.
- In dat verband: Nederland gaat meer en meer een overlegbepaling integreren in belastingverdragen i.p.v. de traditionele tiebreaker. Zie bijvoorbeeld belastingverdrag tussen Nederland en UK.
- Cfr. BEPS – actiepunten 6: opnemen van een corporate tiebreaker op basis van een onderling overlegprocedure.

3. Aard van het lichaam

⇒Artikel 4 OESO en de onderworpenheidvereiste (*liable to tax*)

- Het OESO – Commentaar is niet duidelijk over de invulling van dit begrip en twee strekkingen dienen zich aan:
 - ✓Meerderheid van de OESO – lidstaten stellen dat er geen materiële maar wel een formele theoretische onderworpenheid vereist is;
 - ✓Een minderheid vereist wel een materiële onderworpenheid. De Hoge Raad schaart zich achter deze minderheidsvisie (Hoge Raad 16 januari 2009, *BNB* 2009/93).

4. Aard van de vergoedingen

⇒Artikel 16 OESO beoogt: *directors' fees and other similar payments*.

- Integratie van een hoedanigheidsvereiste (vergoedingen ingevolge het mandaat). Dus: artikel 16 OESO is NIET van toepassing op vergoedingen die de director in een andere hoedanigheid (vb. werknemer) bekommt (OESO – Commentaar 16/2 en Hoge Raad 1 december 2006, *BNB* 2007/77). Dus: geen horizontale vorm van attractie! Zie echter oude belastingverdrag tussen België en Nederland. Zie tevens nieuwe verdragen tussen Nederland/Japan en Nederland/Duitsland.
- Artikel 16 OESO is in de *tegenwoordige* tijd geschreven: enkel vergoedingen bekomen tijdens actief mandaat beoogd? Neen, de Hoge Raad oordeelde reeds dat artikel 16 OESO geldt voor vergoedingen die worden uitgekeerd aan een director na zijn aftreden (Hoge Raad 22 juli 1988, *BNB* 1989/2). Idem artikel 15 en 17 OESO (vb. Hoge Raad 10 februari 1999).

4. Aard van de vergoedingen

- Vereiste van werkzaamheden? Niet volgens letterlijke bewoording van de tekst, al wordt dit vereiste wel gesteld in het directorsartikel (artikel 15) van het US – Modelverdrag. Dus: OESO – Modelverdrag en US – Modelverdrag kunnen dan verschillende gevolgen met zich brengen. US – Modelverdrag schept *de facto* een fysiek criterium (threshold principle).

4. Aard van de vergoedingen

⇒ **Attractiebeginsel**

De toewijzing van de heffingsbevoegdheid over directors' fees is – zoals aangehaald – begrensd door datgene dat “in de hoedanigheid van” director wordt genoten. 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

4. Aard van de vergoedingen

- *Attractiebeginsel*: opdeling in een horizontale en een verticale vorm. 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 => Artikel 16 OESO bevat door zijn letterlijke bewoording geen horizontale vorm van attractie. Oude DBV tussen BE/NL voorzag wel in een horizontaal attractiebeginsel. Contra: Hoge Raad 15 juli 1997, *B.N.B.* 1997/298.
- 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. Bepaalde rechtspraak verzet zich vaak tegen deze attractievorm (Rb. Antwerpen 18 november 2005).

4. Aard van de vergoedingen

- 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. Door de aanvaarding van een verticaal attractiebeginsel zou deze hiërarchie en specificiteit van bepaalde verdragsartikelen uitgehold worden. Sommige auteurs verwijzen daartoe naar de League of Nations 1927. Daarin wordt namelijk gesteld dat '*it appeared both right and practical that all pensions should be made subject to the same rules*'.

4. Aard van de vergoedingen

- 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. Cfr. Zie ook League of Nations.

4. Aard van de vergoedingen

- M.i. sluit artikel 16 OESO een zgn. “verticale catch all – bepaling” in 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.
- Andere argumenten weerlegging gesloten systeem arbeidsartikelen: Vb: OESO Update 2014 waar ruimte wordt gelaten voor artikel 21 OESO.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België.

Artikel 16: vennootschapsleiding

1. 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.

2. 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 werkzaamheid of leidende functie van dagelijks bestuur, van commerciële, technische of financiële aard, mogen in die andere staat worden belast.

3. 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.

4. 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.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

⇒ De Belgische en Nederlandse belastingdiensten hebben een zgn. *gezamenlijke artikelsgewijze toelichting* opgesteld bij het huidige belastingverdrag.

- Dit is problematisch voor minstens 2 punten:
 - (a) Status van een dergelijke toelichting;
 - (b) Inhoudelijk nu de toelichting duidelijk gesteld heeft dat artikel 32 WIB92' model heeft gestaan voor het directorsartikel in het belastingverdrag.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

(a) Status van de gezamenlijke artikelsgewijze toelichting:

- ✓ Orde van Belastingadviseurs vroeg zich openlijk af of de toelichting niet te verregaand was en verkiest de letterlijke tekst van de wet (NOB, nr. 28 259 van 26 juni 2002).
- ✓ Is de toelichting een *context* in de zin van artikel 3(2) v.h. belastingverdrag of het Verdrag van Wenen? STEVENS en ENGELN stellen van niet aangezien de toelichting eerst enige tijd na het sluiten van het belastingverdrag door de partijen is opgesteld en de toelichting niet voorafgaandelijk aan het parlement is voorgelegd (goedkeuringswet ziet alleen op het verdrag).
- ✓ Hoge Raad 9 november 2012: gezamenlijke artikelsgewijze toelichting is tegenstelbaar aan beide staten. Ook: Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 18 oktober 2016.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

(b) Gebaseerd op artikel 32 WIB92':

- ✓ Parl. St. Senaat 2002-2003, nr. 2-1293/2, 39 stelt: *“Jurisprudentie van belastingrechters in België en Nederland heeft met betrekking tot de toepassing van artikel 16 van het oude Belgische – 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.”*

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

- Volgens PÖTGENS heeft Nederland 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. Volgens deze auteur kan tevens worden aangenomen dat de uitleg naar Belgisch recht één van de elementen is voor interpretatiedoeleinden, maar deze niet alleen doorslaggevend is.
- Maar: context is m.i. duidelijk en daardoor m.i. bijzondere notificatieverplichting.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

⇒ Vennootschapsleiders van de *eerste* categorie:

- Bestuurders en zaakvoerders: formeel criterium in België en Nederland. Problematisch is dat Nederland het begrip “zaakvoerder” niet kent. Staatssecretaris VAN EIJCK stelde in de nota van 15 augustus 2002 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 dat dit geenszins zo ver gaat dat ook aan een niet in het Nederlandse rechtsbestel voorkomende rechtsfiguur een specifieke invulling zal moeten gegeven worden.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

- Commissarissen: volgens Protocol zijn het vennootschapsleiders maar kritiek KAVELAARS dat commissarissen geen leiding geven maar enkel toezicht uitoefenen. Cfr. historische bedoeling artikel 16.
- Vereffenaars
- Soortgelijke functies: in het oude belastingverdrag had het Belgische Hoofdbestuur onder invloed van de rechtspraak ingestemd met de niet – toepasselijkheid van artikel 16 op soortgelijke functies (Brief Hoofdbestuur 30 augustus 1989). Ook de Nederlandse rechtspraak sloot zich aan bij een formeel criterium (Hoge Raad 22 december 1999, BNB 2000/94).

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

⇒ Vennootschapsleiders van de *tweede* categorie

- Personen die ter zake van een 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.
- Gezamenlijke artikelsgewijze toelichting heeft gesteld dat: *'de facto vormen de bepalingen van de paragrafen 2 en 3 een lex specialis van de bepalingen van artikel 14'*.
- Nederlands Belastingplan 2013: heffingsvacuüm trachten op te lossen.

5. Belastingverdrag tussen Nederland en België

⇒ Vennootschapsleiders van de *derde* categorie

- Restcategorie die NIET geïnspireerd is op de Belgische wetgeving.
- Onduidelijk toepassingsgebied maar *lex specialis* t.o.v. artikel 14.

⇒ Vennootschapsleiders en vaste inrichtingen:

- Artikel 16§4 is enkel een uitzondering op paragrafen 2 en 3 en dus niet op paragraaf 1.

6. Vragen