



5.1.2e 5.1.2e

Belastingdienst

Particulieren, Dienstverlening en Bezwaar

Winst Vastgoed & Dividend

IBR 19.32

Kennisgroep IBR winst

Contactpersoon

5.1.2e 5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e @belastingdienst.nl

Datum

18 oktober 2019

memo

19.32: Vraag kennisgroep – bedrijfsmatige activiteiten,
artikel 35, tweede lid Verdrag VS

1. Verkorte weergave van de feiten

67 Awr Amerikaanse fondsen 67 Awr
die met een beroep op artikel 35 van het inkomstenbelastingverdrag met de
Verenigde Staten¹ Nederlandse dividendbelasting hebben teruggevraagd over de
jaren 2012 tot 2018. 67 Awr
67 Awr

De 67 Awr fondsen waren 67 Awr
67 Awr vrijgesteld van federal income tax in de Verenigde
Staten als 81-100 group trust of, in een klein aantal gevallen, als 401 (k) trust.

2. Vraag

67 Awr
67 Awr dat de voordelen die de
fondsen benaren voortkomen uit bedrijfsmatige activiteiten ("trade or business") in
de zin van artikel 35 lid 2 van het Verdrag. In verband met dit standpunt spelen 67 Awr
67 Awr de volgende vragen:

- Kan de uitdrukking "bedrijfsmatige activiteiten" worden geïnterpreteerd als "meer dan normaal vermogensbeheer" zoals bedoeld binnen het Nederlandse fiscale recht?
- Wordt in het tweede lid van artikel 35 bedoeld op bedrijfsmatige activiteiten in Nederland als het gaat om de toepassing van art. 35 op vrijgestelde pensioenfondsen in de VS?

¹ De Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen van 18 december 1992, zoals het meest recent gewijzigd op 8 maart 2004. Hierna het "Verdrag".

3. Antwoord

- a. De term "bedrijfsmatige activiteiten" is niet een in de Nederlandse belastingwetten gedefinieerde term. Naar spraakgebruik lijkt deze het meest te duiden op het materiële ondernemingsbegrip. De corresponderende Engelse term in het Verdrag is "trade or business". Dit is een zeer bekende term in het Amerikaanse belastingrecht. Dit legt temeer gewicht in de schaal omdat de bewuste bepaling er een is uit de Amerikaanse koker (te oordelen naar de U.S. Model Tax Convention, etc.). Nu echter met beide termen wijzen richting eenzelfde betekenis (materiële ondernemingsactiviteiten) lijkt deze betekenis een juiste te zijn.
- b. De beperking van de uitzondering op de vrijstelling tot bedrijfsmatige activiteiten in Nederland lijkt onjuist. Voor deze beperking kent het Verdrag geen aanwijzing (in geen van beide tekstversies). De enige aanwijzing hiervoor is te vinden in de Nederlandse memorie van toelichting en het teruggave formulier. De bron van deze aanwijzingen is mij onbekend. Nu de tekst van het Verdrag op dit punt helder is, is voor een beperking geen ruimte.

4. Analyse

De Nederlandse tekst van artikel 35 luidt:

"Artikel 35. Vrijgestelde pensioenfondsen

1. Onder voorbehoud van de bepalingen van het tweede lid zijn voordelen als bedoeld in de artikelen 10 (Dividend) en 12 (Interest) verkregen door een fonds, een lichaam, of een andere organisatie, opgericht en uitsluitend werkzaam voor het beheer of het verstrekken van voordelen uit hoofde van een of meer fondsen of regelingen, ingesteld voor het verstrekken van pensioenuitkeringen of andere werknemersvoordelen, vrijgesteld van belasting in een van de Staten indien dat fonds, dat lichaam of die organisatie volgens de wetgeving van de andere Staat inwoner is van die andere Staat en zijn inkomen in die andere Staat algemeen is vrijgesteld van belasting.

2. De bepalingen van het eerste lid zijn niet van toepassing ten aanzien van de voordelen die een fonds, lichaam of andere organisatie behaalt met het uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten of verkrijgt van een gelieerde persoon niet zijnde een in het eerste lid genoemde persoon. De bepalingen van het eerste lid zijn evenmin van toepassing ten aanzien van dividenden betaald door een persoon die inwoner is van de Verenigde Staten en die een Real Estate Investment Trust is uit voordelen verkregen uit de vervreemding van in de Verenigde Staten gelegen onroerende zaken."

De Engelse tekst luidt:

"Article 35. Exempt Pension Trusts

1. Subject to the provisions of paragraph 2, income referred to in Articles 10 (Dividends) and 12 (Interest) derived by a trust, company or other organization constituted and operated exclusively to administer or provide benefits under one or more funds or plans established to provide pension, retirement or other employee benefits shall be exempt from tax in one of the States if it is a resident of the other State according to the laws of that other State and its income is generally exempt from tax in that other State.

2. The provisions of paragraph 1 shall not apply with respect to the income of a trust, company or other organization from carrying on a trade

or business or from a related person other than a person referred to in paragraph 1. The provisions of paragraph 1 shall also not apply with respect to dividends paid by a person resident in the United States that is a Real Estate Investment Trust from gains realized on the disposition of real property situated in the United States."

Beide teksten zijn gelijkkelijk authentiek.

Vanwege onzekerheid die ontstond over welke type trusts, lichamen of organisaties kwalificeerde voor de voordelen van artikel 35 is er op basis van artikel 29 van het Verdrag onderling overleg geweest waarvan de uitkomst is neergelegd in een Competent Authority Agreement (verder "CAA") .

*"Questions have been raised regarding the types of trusts, companies, or other organizations that qualify for benefits under Article 35 of the Treaty. In practice, there are many different types of funds or plans established to provide pension, retirement, or other employee benefits and it is not always clear which of these funds or plans fulfil the requirements of Article 35. In view of this uncertainty, the competent authorities of the Netherlands and the United States agree that the types of trusts, companies, or other organizations mentioned in chapters II and IV of this agreement are considered to fall within the scope of Article 35."*²

In de CAA wordt in Chapter II een lijst van 8 verschillende typen in de Verenigde Staten vrijgestelde organisaties genoemd, waaronder ook de 81-100 group trust en de 401 (k) plans.

Beschouwing

Vraag a,

De uitdrukking "bedrijfsmatige activiteiten" die wordt gebruikt in de Nederlandse versie van het Verdrag komt niet als zodanig in de Nederlandse wet voor. De commentatoren van zowel het NDFR³ als die van de vakstudie⁴ stellen op basis van dit artikel, zonder dit verdere uit te werken, dat de term "bedrijfsmatige activiteiten" naar Nederlandse maatstaven moet worden uitgelegd, en wel als "meer dan normaal vermogensbeheer", dat wil zeggen: als het drijven van een materiële onderneming. De vraag is of de commentatoren gelijk hebben dat de uitdrukking naar Nederlandse maatstaven moet worden uitgelegd of dat de context van het Verdrag zich verzet tegen een dergelijke uitleg (zie art. 3 lid 2 van het Verdrag).

Allereerst de betekenis die de Nederlandse commentatoren aan de uitdrukking geven. Deze spreekt mij op zich aan. In het spraakgebruik kan men bedrijfsmatige activiteiten aanduiden als commerciële werkzaamheden in de

² Zie de overeenkomst van 6 augustus 2007; IFZ 2007/537M, Stcrt. nr. 154

³ mr. drs. A.H. Jorritsma, NDFR commentaar bij artikel 35: "Aangezien het begrip bedrijfsmatige activiteiten niet nader is gedefinieerd in het verdrag, heeft dit begrip conform art. 3, lid 2 de betekenis die het begrip heeft in de staat waar de activiteiten plaatsvinden.[...]In Nederland zullen activiteiten in het algemeen aangemerkt worden als bedrijfsmatige activiteiten, indien de activiteiten meer inhouden dan normaal vermogensbeheer"

⁴ Vakstudiecommentaar bij artikel 35: "De uitdrukking 'bedrijfsmatige activiteiten' ('trade or business' in de Amerikaanse versie) is niet nader gedefinieerd in het verdrag. Op grond van artikel 3, tweede lid, van het verdrag Nederland-VS zal dit begrip uitgelegd worden aan de hand van het nationale recht van de verdragstoepassende staat. Voor Nederland geldt dat als bedrijfsmatige activiteiten normaliter worden beschouwd activiteiten die het normale vermogensbeheer te boven gaan."

handel of industrie (cf. het bedrijfsleven⁵). Dit lijkt zich goed te verhouden met het begrip materiële onderneming.

De Engelse tekst spreekt van een "trade or business". Dit is de gebruikelijke term in de Verenigde Staten om voor de federal income tax een onderneming aan te duiden (of iets preciezer: een beroep of bedrijf). Het kan goed beschouwd worden als de evenknie van de Nederlandse materiële onderneming.⁶ Waar de term "bedrijfsmatige activiteiten" vreemd is in de Nederlandse belastingwet, is de term "trade or business" een zeer gangbare fiscale term in de Verenigde Staten. Hier komt bij dat een bepaling als die van artikel 35, tweede lid van het Verdrag voor Nederland niet een gebruikelijke is, terwijl dit voor de Verenigde Staten wel het geval is. Zie bijvoorbeeld artikel 10, derde lid, van de U.S. Model Income Tax Convention van 2016. Hieruit kan men afleiden dat de term door de Verenigde Staten bij de verdragsonderhandelingen is ingebracht en door de Nederlandse delegatie is vertaald.

Het valt daarnaast op dat in de Nederlandstalige versie de term "bedrijfsmatige activiteiten" nog een aantal keren voorkomt. De daarmee corresponderende term in de Engelstalige versie is steeds subtiel anders is en veelal overeenkomstig is met verschillende versies van de U.S. Model Income Tax Convention. Een van de plekken waar de term wordt gebruikt is in de activiteitentoets van het (huidige) vierde lid van artikel 26 van het Verdrag (in de Engelse tekst staat weer "trade or business". In de memorie van toelichting bij implementatiewet van de originele versie van het Verdrag (waar de activiteitentoets in het tweede lid stond) werd hierover gezegd:

*"Niet als het uitoefenen van activiteiten worden beschouwd het beleggen en het beheren van beleggingen, tenzij deze activiteiten bank- of verzekeringsactiviteiten betreffen, welke worden uitgeoefend door een bank of verzekeringsmaatschappij."*⁷

Dit citaat bevestigt het bovenstaande aangezien men kan stellen dat waar "beleggen" eindigt, "meer dan normaal vermogensbeheer" begint.

Al met al zou men dus, ondanks de tekst van artikel 3, tweede lid, van het Verdrag, kunnen concluderen dat de gebruikelijke betekenis van de veelgebruikte term "trade or business" onder Amerikaans belastingrecht meer gewicht in de schaal zou moeten leggen. Nu die betekenis echter in lijn is met de betekenis die de genoemde commentatoren aan de Nederlandse term "bedrijfsmatige activiteiten" geven, en deze voorts in lijn is met Nederlands spraakgebruik, lijkt het mij een zeer verdedigbare conclusie om deze term op te vatten als een materiële onderneming (of materiële ondernemingsactiviteiten).

Vraag B,

Lid 2 van artikel 35 ontzegt een pensioenfonds de vrijstellingen indien het voordelen behaalt met het uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten. Er wordt in lid 2 niets gezegd over de plaats van de bedrijfsmatige activiteiten. In de hiervoor reeds geciteerde passage uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis is echter in verband met een beroep van Nederlandse pensioenfondsen op artikel 35 gezegd:

"De bepalingen van artikel 35 en 36 zijn niet van toepassing indien het desbetreffende pensioenfonds of de desbetreffende organisatie het inkomen verkrijgt met het uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten in de Verenigde Staten, dan wel inkomsten ontvangt van een verbonden

⁵ Zie voor een uitgebreide verhandeling: Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.

⁶ Het voert te ver buiten het bestek van dit memorandum om op die verschillen in te gaan.

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 23 220, nr. 3, p. 49.

lichaam dat zelf geen pensioenfonds of van belastingheffing vrijgestelde organisatie is." (kamerstukken II, 23220, 3)

Het is niet duidelijk waarom in deze passage de opmerking "in de Verenigde Staten" wordt toegevoegd aan het "uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten". Moet hieruit worden afgeleid dat volgens de Nederlandse regering een Nederlands pensioenfonds wel in aanmerking komt voor verdragsvoordelen indien het fonds bedrijfsmatige activiteiten verricht in Nederland?

Een met de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis vergelijkbare passage kan men voor de omgekeerde situatie (een VS pensioenfonds met inkomen uit Nederland) vinden in het formulier IB 96. Amerikaanse pensioenfondsen dienen als zij teruggaaf van dividendbelasting willen verkrijgen op grond van de uitvoeringsvoorschriften een formulier IB 96 te overleggen waarin zij o.a. verklaren:

"De verzoeker verklaart dat op de aan de ommezijde in kolom (c) vermelde datum(s) van betaalbaarstelling hij de voordelen niet heeft behaald met het uitoefenen van bedrijfsmatige activiteiten in Nederland of heeft verkregen van een gelieerde persoon die zelf niet (uitsluitend) werkzaam is voor het beheer of het verstrekken van voordelen uit hoofde van een of meer fondsen of regelingen, ingesteld voor het verstrekken van pensioenuitkeringen of andere werknemersvoordelen."⁸

Hieruit zou men, *a contrario*, kunnen concluderen dat een VS pensioenfonds wel in aanmerking komt voor verdragsvoordelen indien het fonds bedrijfsmatige activiteiten verricht in de VS en niet in Nederland. De vraag is of uit de hiervoor genoemde toevoegingen (in Nederland/in de Verenigde Staten) in de parlementaire toelichting en in het IB 96 formulier een dergelijke conclusie kan worden getrokken.

In de eerste plaats is er zoals gezegd in het Verdrag geen beperking van plaats voor wat betreft de bedrijfsmatige activiteiten, dus het ligt niet voor de hand dat in de hiervoor genoemde passages in de bedoeld was dat een niet ingezetene pensioenfonds dus wel een beroep kan doen op artikel 35 voor wat betreft inkomen verkregen uit bedrijfsmatige activiteiten in de woonstaat. Er is niets in het Verdrag wat aanleiding geeft om die conclusie te trekken zodat het ook niet redelijk is aan te nemen dat dit in de genoemde passage bedoeld zou zijn.

In de tweede plaats volgt uit een letterlijke lezing van de opmerking in de MvT en het formulier IB 96 ook niet dat een pensioenfonds wel de vrijstelling krijgt als het de onderneming in eigen land drijft. Het enige wat wordt gezegd is dat een pensioenfonds niet een vrijstelling krijgt als het een onderneming in het bronland drijft. Dat het pensioenfonds dan (*a contrario*) wel een vrijstelling zou krijgen voor inkomen uit het bronland door het drijven van een onderneming in het woonland, volgt niet uit de genoemde opmerkingen.

De Technical Explanation van de Treasury bij het Protocol uit 2004 op het Verdrag (de "Technical Explanation")⁹ over is ook duidelijker:

"Paragraph 2 qualifies the exemption provided in paragraph 1 by providing that it does not apply with respect to income of such an organization that is derived from carrying on a trade or business, or that is received from a

⁸ "The applicant certifies that on the payable date(s) stated overleaf in column (c) he has not derived the income from carrying on a **trade or business in the Netherlands** or from a related person who is not operating (exclusively) to administer or provide benefits under one or more funds or plans established to provide pension, retirement or other employee benefits."

⁹ De Technical Explanation is een door het Department of Treasury geconcipieerd stuk dat bij het Verdrag begeleid naar de US Senate. Het is daarmee te vergelijken met de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het Verdrag in Nederland.

related person, other than from another exempt pension trust of the type described in paragraph 1.”¹⁰

Argumenten om de tekst van art. 35 zo beperkt uit te leggen dat een in de Verenigde Staten gevestigd vrijgesteld pensioenfonds alleen geen voordelen onder het Verdrag geniet als deze bedrijfsmatige activiteiten in Nederland verricht zijn niet gevonden. Conclusie is dan ook in een situatie dat het pensioenfonds bedrijfsmatige activiteiten in de VS (of elders) verricht de voordelen dat het artikel biedt niet kunnen worden genoten.

5.1.2e

¹⁰ Zie de Technical Explanation bij artikel 35.