

Aan
Directie IZV
Kennisgroep IBR-Winst

memo

Verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk:
verdragstoepassing vrijgestelde pe
Directie Internationale
Zaken en
Verbruiksbelastingen

Inlichtingen

5.1.2e
5.1.2e
5.1.2e

Inleiding

Bij de Kennisgroep IBR Winst is de vraag voorgelegd over de toepassing van het verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk van 26 september 2008 ('**Verdrag**') inzake Britse pensioenfondsen die beleggen in Nederlandse aandelen dan wel in Nederlands onroerend goed. Specifiek betreft de vraag in hoeverre een Brits pensioenfonds moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 5(1)(b) Wet Vpb 1969 om in Nederland vrijgesteld te zijn van belastingheffing over vermogenswinsten gerealiseerd op onroerend goed, of dat op basis van het verdrag direct een vrijstelling kan worden geclaimd (een naar aard en strekking met een Nederlandse pensioenregeling overeenkomende regeling). In dit memorandum wordt deze vraag nader beantwoord.

Relevante verdragsbepalingen

Formeel toepassingsbereik

Artikel 3(1)(l) van het Verdrag bevat een definitie van de term '*pensioenregeling*'. Deze luidt:

'elk plan, regeling, fonds, trust, of andere regeling ingesteld in een Verdragsluitende Staat welke:
(i) in het algemeen is vrijgesteld van inkomstenbelasting in die Staat; en
(ii) voornamelijk wordt geëxploiteerd voor het beheer of uitkeren van pensioenuitkeringen of voor het verwerven van inkomsten ten behoeve van een of meer van die regelingen'.

Voorts wordt in artikel III van het protocol bij het Verdrag ('**Protocol**') nader ingevuld wat (mede) onder een pensioenregeling mede moet worden verstaan. Dit betreft:

'het is wel te verstaan dat onder de uitdrukking 'pensioenregeling' mede wordt verstaan:

- a) wat Nederland betreft, een pensioenfonds dat is opgericht en als zodanig onder toezicht staat volgens de wetgeving van Nederland en waarvan de inkomsten in Nederland in het algemeen zijn vrijgesteld van belasting;
- b) wat het Verenigd Koninkrijk betreft, pensioenfondsen (anders dan socialezekerheidsregelingen) die uit hoofde van Deel 4 van de Finance Act 2004 zijn geregistreerd, met inbegrip van pensioenfondsen of pensioenregelingen die via verzekeringsondernemingen zijn opgezet en unit trusts waarvan de unit holders uitsluitend pensioenregelingen zijn.

De bevoegde autoriteiten kunnen overeenkomen onder het voorgaande mede pensioenregelingen van gelijke of in wezen gelijksoortige economische of juridische aard te begrijpen die bij statuut of via wetgeving in een van de Staten worden ingevoerd na de datum van ondertekening van het Verdrag.

Ingevolge artikel 4(2) kwalificeert een pensioenregeling tevens als inwoner van een verdragstaat.

Materieel toepassingsbereik

Artikel 10(1) van het Verdrag volgt de hoofdregel uit het OESO Modelverdrag dat in beginsel de woonstaat het heffingsrecht heeft over betaalde dividenden vanuit de bronstaat. Lid 2(a) voorziet in een (beperkt) heffingsrecht voor de bronstaat. Lid 2(a)(ii) noemt specifiek dat de bronstaat een 15% heffingsrecht heeft over dividenden als deze dividenden worden betaald uit inkomsten/voordelen die onmiddellijk/middellijk afkomstig zijn uit onroerende zaken. Vereist hiervoor is dat wordt belegd via een investeringsvehikel dat met merendeel van de inkomsten uit onroerende zaken jaarlijks uitdeelt en waarvan deze inkomsten zijn vrijgesteld van belastingheffing. In weerwil van lid 2(a) geldt op grond van lid 2(b)(ii) voor pensioenregelingen een vrijstelling van bronheffing op dividenden.

Artikel 13(1) van het Verdrag wijst het heffingsrecht over de vervreemding van onroerende zaken toe aan de situsstaat. Voor wat betreft vermogenswinsten op aandelen in (niet-beursgenoteerde) onroerende zaak lichamen geldt een bronstaatheffing als het aandelenbelang meer dan 75% (onmiddellijk/middellijk) van zijn waarde ontleent aan onroerende zaken die in die bronstaat zijn gelegen. Er geldt echter een volledige woonstaatheffing voor pensioenregelingen, mits de genoten voordelen niet voortvloeien uit de onmiddellijke/middellijke uitoefening van een bedrijf door een dergelijke pensioenregeling.

Parlementaire behandeling

In de parlementaire behandeling is niet specifiek ingegaan op de kwalificatie van pensioenfondsen en het al dan niet automatisch in aanmerking komen voor verdragsvoordelen. Wel is ingegaan op de bronheffing op dividenden in het geval van uitkeringen door vastgoedinvesteringsfondsen. Of deze bepaling gevolgen heeft voor pensioenfondsen wordt in de analyse besproken.

Analyse

Vrijstelling pensioenfondsen onder het dividendartikel: directe toepasbaarheid?

De eerste vraag is of Britse pensioenfondsen met een beroep op artikel 10 van het Verdrag zonder nadere voorwaarden ingehouden dividendbelasting kunnen terugkrijgen. Met andere woorden, is het vereist om nader te toetsen of een Brits pensioenfonds voldoet aan de voorwaarden van artikel 5(1)(b) Wet Vpb 1969 alvorens voor deze vrijstelling in aanmerking te komen. Het antwoord hierop luidt ontkennend. Ten eerste heeft de bepaling van artikel 5(1)(b) Wet Vpb 1969 vooreerst betrekking op het vaststellen of een subjectieve vrijstelling voor de vennootschapsbelasting van toepassing is. Dit is een andere kwalificatie dan of er een belastingplicht bestaat voor de dividendbelasting.

Ingevolge artikel 1(1) Wet DB 1969 dient dividendbelasting te worden ingehouden bij de gerechtigden tot de opbrengst van aandelen in o.a. Nederlandse vennootschappen. Dit onverlet of de opbrengstgerechtigde een pensioenfonds is. Op grond van artikel 10(1) en (2) Wet DB 1969 kan een binnenlands dan wel

buitenlands pensioenfonds een teruggaaf van dividendbelasting vragen. Wat daar ook van zij, als een Brits pensioenfonds kwalificeert als een pensioenregeling in de zin van artikel 3(1)(l) van het Verdrag in samenhang met artikel III Protocol, dan kan zij met een rechtstreeks beroep op artikel 10(2)(b)(ii) van het Verdrag een vrijstelling van bronheffing claimen. Met andere woorden, of de vrijstelling van dividendbelasting onder het Verdrag van toepassing is, dient louter te worden bepaald op basis van artikel 3(1)(l) van het Verdrag / artikel III Protocol. Of sprake is van een pensioenfonds in de zin van artikel 5(1)(b) Wet Vpb is dus niet relevant voor deze vraag.

Vrijstelling pensioenfondsen onder het dividendartikel: vastgoedinvesteringsvehikel?

Artikel 10(2)(a)(ii) staat de bronstaat een 15% heffing toe op dividenduitkeringen door vrijgestelde vastgoedinvesteringsvehikels, waarbij de dividenden zijn gerelateerd aan inkomsten uit onroerende zaken. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze bronheffing is opgenomen op verzoek van het VK en samenhangt met het aldaar geldende regime voor real estate investment trusts (REITs).¹ Inkomen uit onroerend goed is op het niveau van deze REIT's in het VK vrijgesteld van belastingheffing, maar uitkeringen door een REIT zijn onderworpen aan 20% dividendbelasting. Onder het verdrag mag 15% dividendbelasting worden ingehouden. Blijkens de parlementaire toelichting betreft dit niet alleen uitkeringen door REIT's maar ook uitkeringen door Nederlandse FBI's.²

De vraag is of deze bepaling ook toepassing vindt indien een pensioenfonds via een dergelijk vehikel investeert in onroerende zaken en daaruit dividend ontvangt. Dit is niet het geval, omdat de lex specialis van artikel 10(2)(b) van het Verdrag een vrijstelling bewerkstelligt voor dividenduitkeringen aan pensioenfondsen. Lid 2(b) stelt namelijk: *'niettegenstaande de bepalingen van onderdeel a'*. Met andere woorden, de vrijstelling van dividendbelasting voor pensioenfondsen geldt ongeacht de overeengekomen 15% heffing voor vastgoedinvesteringsvehikels. Belegt een pensioenfonds in een dergelijk vehikel, dan geldt alsdan toch een vrijstelling van dividendbelasting.

Vrijstelling pensioenfondsen onder het vermogenswinstartikel

Ingevolge artikel 13(1) van het Verdrag zijn vervreemdingsvoordelen van onroerende zaken ter heffing toegewezen aan de situsstaat. Indien onroerende zaken worden gehouden via een vennootschap, dan heeft de situsstaat op grond van artikel 13(4) van het Verdrag onder de in dat lid opgenomen voorwaarden ook het heffingsrecht over vermogenswinsten behaald op deze aandelen. Er geldt echter een uitzondering voor pensioenregelingen. Indien pensioenregelingen beleggen in onroerende zaak vennootschappen is het heffingsrecht volledig aan de woonstaat toegewezen, mits de aandelen niet worden gehouden in het kader van het uitoefenen van een bedrijf door deze pensioenregeling.³

Ten aanzien van een Britse pensioenregeling welke (direct dan wel indirect) belegt in onroerende zaken heeft de volgende uitkomst te gelden:

- *Directe belegging in onroerende zaken:* een dergelijke belegging kwalificeert op grond van artikel 17a(a) Wet Vpb 1969 als een Nederlandse onderneming. Ingevolge artikel 3(1)(a) jo. 17(3)(a) Wet Vpb 1969 wordt deze Britse pensioenregeling in beginsel als buitenlands belastingplichtige in de heffing betrokken. Of sprake is van een daadwerkelijk belastingheffing hangt af van de toepassing van artikel 5 Wet Vpb 1969: komt de Britse pensioenregeling naar aard en strekking overeen met een Nederlandse pensioenregeling en kan zij aldus opteren voor de subjectieve vrijstelling;
- *Indirecte belegging in onroerende zaken:* bij een indirecte belegging is de analyse in beginsel niet anders. Ook de rechten op aandelen in de winst van een Nederlandse onderneming valt in principe onder de reikwijdte van artikel

¹ Kamerstukken II 2009-2010 32 145 nr. 3, p. 4-5 en 17.

² Idem.

³ Idem, p. 20.

17(3)(b) en artikel 17a Wet Vpb 1969 (abstraherend van het feit of al dan niet aan de voorwaarden van artikel 17(3)(b) wordt voldaan). Echter, anders dan voor directe beleggingen in onroerende zaken, geldt voor deze situatie dat de bronstaat geen heffingsrecht toekomt als een pensioenregeling als zodanig kwalificeert op grond van artikel 3(1)(l) van het Verdrag/artikel III Protocol. Dus bij investering door een Brits pensioenfonds in een Nederlandse onroerende zaak vennootschap kan Nederland een op de nationale wet gebaseerde Vpb claim niet effectueren onder het verdrag.

Bovenstaande uitwerking komt enigszins vreemd over, omdat bij een rechtstreekse belegging in onroerende zaken de pensioenregeling in beginsel wel is onderworpen aan Nederlandse Vpb, tenzij deze regeling kwalificeert als subjectief vrijgesteld lichaam, terwijl bij een indirecte belegging in onroerende zaken de eventuele Nederlandse Vpb claim onder het verdrag niet kan worden geëffectueerd voor wat betreft pensioenfonds. Dit volgt echter uit de verdragsredactie, waarbij voor dividenden en indirecte beleggingen in onroerende zaken een beperking van het Nederlandse heffingsrecht is overeengekomen. Met andere woorden, in beginsel zijn pensioenfonds voor dividenden en indirecte OG-vermogenswinsten ook belastingplichtig voor de Nederlandse dividendbelasting en Vpb, maar kan deze heffing niet onder het verdrag worden geëffectueerd. Bij een directe belegging in Nederlandse onroerende zaken is in het verdrag geen beperking van het Nederlandse heffingsrecht overeengekomen.⁴ Om te voorkomen dat Britse pensioenregelingen effectief niet in de Vpb heffing wordt betrokken in Nederland, dienen deze Britse pensioenregelingen te voldoen aan de voorwaarden van artikel 5 Wet Vpb 1969: naar aard en strekking overeenkomen met een Nederlandse pensioenregeling.

De vraag die aan de KG IBR winst is voorgelegd is of dit een bewuste keuze is geweest en of er op basis van het Verdrag/Protocol ruimte is om Britse pensioenregelingen die rechtstreeks beleggen in Nederlands onroerend goed vrij te stellen voor de Nederlandse Vpb. Het antwoord – op basis van bovenstaande analyse – is ontkennend. In het verdrag is geen vrijstelling van belastingheffing in de bronstaat overeengekomen voor directe beleggingen in onroerende zaken. Een eventuele vrijstelling kan dus louter op grond van de nationale wet worden verleend.⁵ Overigens verleent het verdrag zelf geen vrijstelling; de bepalingen kunnen er alleen toe leiden dat Nederland de op de Nederlandse wet gebaseerde heffingsrechten niet kan effectueren.

⁴ Zie ook Kamerstukken II 2009-2010 32 145 nr. 6 (NrvV), p. 26-27.

⁵ Zoals bepaald in het besluit van 8 december 2009 (CPP2009/1368M).