

NLF 2018/0321

Verdrag Nederland-Singapore; uitleg van de uitdrukking 'geleid en bestuurd' (1)

HR 19 januari 2018, 16/03321, ECLI:NL:HR:2018:47

Belastingtijdvak 2004

Formele relaties

Rechtbank: ECLI:NL:RBDHA:2014:3183

Hof: ECLI:NL:GHDHA:2016:1604

SAMENVATTING

X (bv; belanghebbende) is een naar Nederlands recht opgerichte beleggingsvennootschap, waarvan de enige aandeelhouder in het onderhavige jaar (2004) woonachtig was in Nederland. Het belegde vermogen van X (gemiddeld circa € 35 miljoen) bestond met name uit quoted bonds en quoted equity shares. Zij belegde defensief, nagenoeg geheel in specifieke vastrentende waarden.

Op 9 juli 2004 zijn C en E, beiden werkzaam bij F (Ltd.) te Singapore benoemd tot bestuurders van X. Met ingang van diezelfde datum is tussen X en F een managementovereenkomst gesloten. Gedurende het gehele jaar 2004 werd de beleggingsportefeuille van X beheerd door G op basis van een in 2001 met X gesloten overeenkomst van vermogensbeheer.

Rechtbank Den Haag en Hof Den Haag hebben in een eerdere procedure, betreffende de jaren 2002 en 2003, geoordeeld dat X in die jaren voor de toepassing van de BRK geen inwoner was van Curaçao maar van Nederland. Dat oordeel staat onherroepelijk vast (zie HR 23 mei 2014, 12/05526, ECLI:NL:HR:2014:1194).

Het Hof heeft voor het jaar 2004 geoordeeld dat X inwoner was van Nederland, zowel – tot en met 8 juli – voor de toepassing van de BRK, als – met ingang



van 9 juli – voor de toepassing van het Verdrag Nederland-Singapore (hierna: het Verdrag). X komt in cassatie op tegen het oordeel van het Hof dat X met ingang van 9 juli 2004 voor de toepassing van het Verdrag (artikel 3, lid 4) inwoner is van Nederland.

De Hoge Raad verklaart het cassatieberoep echter ongegrond. Het Hof heeft op basis van de feiten aan zijn oordeel ten grondslag gelegd dat de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat X feitelijk door haar aandeelhouder vanuit Nederland werd geleid en bestuurd. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

NOOT

Deze noot heeft tevens betrekking op het gelijkkluidende arrest van dezelfde datum met nummer 16/05066, dat achterin deze aflevering in het overzicht Overige rechtspraak en actualiteiten is opgenomen (NLF 2018/0344).

Kernvraag betreft uitlegging 'geleid en bestuurd'

Kernvraag in deze procedure is hoe het begrip 'geleid en bestuurd' in artikel 3, lid 4, Verdrag Nederland-Singapore geïnterpreteerd moet worden. De beleggingsvennootschap in deze procedure beoogde per 9 juli 2004 haar fiscale woonplaats naar Singapore te verplaatsen, onder andere door het benoemen van twee bestuurders werkzaam bij een trust in Singapore.¹ De vennootschap werd ook beschouwd als inwoner van Nederland op grond van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet VpB 1969, zodat de kwestie beslist moest worden aan de hand van de tiebreaker voor dualresidentlichamen van artikel 3, lid 4, Verdrag Nederland-Singapore. Deze bepaling wijst het verdragsinwonerschap toe aan de staat waar een dualresidentvennootschap 'geleid en bestuurd' wordt (in de Engelse versie: 'managed and controlled'). Deze bepaling wijkt tekstueel af van artikel 4, lid 3, OESO-Modelverdrag, waarin wordt gesproken over de 'plaats van feitelijke leiding'.

¹ Voor de periode tot 9 juli 2004 beweerde belanghebbende dat de woonplaats van deze vennootschap voor toepassing van de BRK in Curaçao lag, maar dit is door het Hof afgewezen. Dit oordeel was overeenkomstig het oordeel van het Hof in een andere procedure over de woonplaats van dezelfde vennootschap in eerdere jaren.

Interpretatie op basis van algemene verdragsuitlegtingsregels

De Hoge Raad gaat voor de uitleg van het begrip ‘geleid en bestuurd’ eerst te rade bij het algemene interpretatievoorschrift van artikel 2, lid 2, Verdrag Nederland-Singapore (vergelijkbaar met artikel 3, lid 2, OESO-Modelverdrag). Deze bepaling wijst voor de uitleg van ongedefinieerde begrippen in het verdrag in beginsel naar de uitleg daarvan op grond van het recht van de staat die het verdrag toepast, dat wil zeggen Nederland. Nu de Nederlandse fiscale wetgeving echter geen tegenhanger van het begrip ‘geleid en bestuurd’ bevat, kan artikel 2, lid 2, Verdrag Nederland-Singapore niet worden toegepast en moet volgens de Hoge Raad worden teruggevallen op de algemene regels van verdragsinterpretatie, zoals neergelegd in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: VvW). Deze benadering is in lijn met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad.² Wat mij betreft is dit een voorbeeld van verdragsinterpretatie volgens het boekje.

Invulling begrip ‘geleid en bestuurd’ door Hoge Raad

Artikel 31 VvW (een codificatie van internationaal gewoonterecht) vereist een uitleg van ongedefinieerde begrippen in een (belasting)verdrag overeenkomstig hun gewone betekenis, in hun context en in het licht van doel en strekking van het verdrag. Bovendien moet het verdrag te goeder trouw worden uitgelegd. Op basis van artikel 31 VvW komt de Hoge Raad vervolgens – autonoom – tot een invulling van ‘geleid en bestuurd’ waarbij doorslaggevend is:

1. waar de kernbeslissingen ten aanzien van de activiteiten van het lichaam worden genomen;
2. waar de eindverantwoordelijkheid voor deze beslissingen wordt gedragen; en
3. van waaruit instructie wordt gegeven aan werknemers van het lichaam.

Wie de dagelijkse leiding daarbij heeft, is niet relevant. Het Hof had op basis van de feiten geconcludeerd dat deze functies en verantwoordelijkheden bij de aandeelhouder in Nederland lagen en niet in Singapore en de Hoge Raad gaat daarin mee. De rol van het formele (trust)bestuur in Singapore was bijvoorbeeld zeer beperkt, en in elk geval niet beleidsbepalend. Verder was op basis van de statuten voor enigszins materiële bestuursbesluiten goedkeuring van de aandeelhouder nodig.

Hoge Raad lijkt hier een meer materiële benadering te kiezen dan voorheen

De Hoge Raad plaatst de genoemde criteria uitdrukkelijk in het licht van doel en strekking van de tiebreaker, namelijk het toewijzen van het verdragsinwonerschap aan slechts één van de staten – oftewel het doorhakken van de knoop. Het arrest gaat niet in op de verhouding tot de bestaande jurisprudentie over de vaststelling van de (verdrags)woonplaats van lichamen (zie bijvoorbeeld het standaardarrest van de Hoge Raad van 2 december 1992, maar ook de arresten van 17 december 2004 en 14 oktober 2005³).⁴ Deze jurisprudentie gaat met name over de uitleg van het begrip ‘plaats van feitelijke leiding’, de doorslaggevende omstandigheid voor toepassing van artikel 4 AWR en artikel 4, lid 3, OESO-Modelverdrag. Dat is tekstueel niet helemaal hetzelfde als ‘geleid en bestuurd’. Toch is dit arrest naar mijn mening ook relevant voor de uitleg van OESO-conforme tiebreakers (althans tot de 2017-update van het OESO-Modelverdrag), te meer daar de toelichting van het OESO-commentaar in dezelfde richting wijst. Uitgangspunt in het eerdergenoemde standaardarrest van de Hoge Raad van 2 december 1992 was dat de feitelijke leiding van een vennootschap in de regel berust bij haar statutaire bestuur, tenzij een ander (zoals de aandeelhouder) deze feitelijke leiding uitoefent. De Hoge Raad lijkt in het onderhavige arrest een wat meer materiële benadering te kiezen dan in de tot op heden gewezen jurisprudentie door niet eerst de stap via het formele bestuur te zetten maar meteen een materiële

² Zie bijvoorbeeld HR 1 december 2006, 38.850, ECLI:NL:HR:2006:AT3920.

³ HR 2 december 1992, 28.670, ECLI:NL:HR:1992:ZC5193, HR 17 december 2004, 39.719, ECLI:NL:HR:2004:AP5230 en HR 14 oktober 2005, 41.050, ECLI:NL:HR:2005:AU4421.

⁴ Zie voor een beschouwing van de vestigingsplaats van lichamen ook het toetsingskader opgenomen in de conclusie van A-G Overgaauw (overigens nu voorzitter van de Kamer die dit arrest heeft gewezen) van 4 maart 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AP5230.

toets aan te leggen. De door de Hoge Raad genoemde criteria zullen in voorkomende gevallen steeds op de concrete feiten moeten worden toegepast.

Alexander Bosman

Loyens & Loeff / Vrije Universiteit

BRON ECLI:NL:HR:2018:47

Arrest gewezen op het beroep in cassatie van X bv te Z (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 4 mei 2016, nr. BK14/00350, op het hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (nr. SGR13/5162) betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2004 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hof's uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van repliek ingediend.

2. Beoordeling van het middel

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1. Belanghebbende is een naar Nederlands recht opgerichte beleggingsvennootschap, van welke de enige aandeelhouder in het onderhavige jaar (2004) woonachtig was in Nederland. Het belegde vermogen van belanghebbende (gemiddeld circa 35 miljoen euro) bestond met name uit quoted bonds en quoted equity shares. Zij belegde defensief, nagenoeg geheel in specifieke vastrentende waarden.

2.1.2. Blijkens haar statuten is het bestuur van belanghebbende opgedragen aan de door de algemene vergadering van aandeelhouders te benoemen directie. Ingevolge artikel 11, lid 2, letter g, van de statuten is de machtiging of goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist voor onder meer bestuursbesluiten strekkende tot het doen van investeringen waarvan het belang of de waarde voor de vennootschap een bedrag van € 4.540 te boven gaat.

2.1.3. Bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van 9 juli 2004 zijn C (hierna: C) en E (hierna: E), beiden werkzaam bij F Ltd. te Singapore

(hierna: F), met ingang van 9 juli 2004 benoemd tot bestuurders van belanghebbende. Met ingang van diezelfde datum is tussen belanghebbende en F een managementovereenkomst gesloten. Gedurende het gehele jaar 2004 werd de beleggingsportefeuille van belanghebbende beheerd door G (hierna: G) op basis van een in 2001 met belanghebbende gesloten overeenkomst van vermogensbeheer.

2.1.4. De Rechtbank en het Hof hebben in een eerdere procedure, betreffende de jaren 2002 en 2003, geoordeeld dat belanghebbende in die jaren voor de toepassing van de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: de BRK) niet inwoner was van Curaçao maar van Nederland. Dat oordeel staat onherroepelijk vast (zie HR 23 mei 2014, nr. 12/05526, ECLI:NL:HR:2014:1194, BNB 2014/154).

2.2. Het Hof heeft geoordeeld dat belanghebbende in het onderhavige jaar inwoner was van Nederland, zowel – tot en met 8 juli – voor de toepassing van de BRK, als – met ingang van 9 juli – voor de toepassing van het Belastingverdrag Nederland-Singapore van 19 februari 1971 (hierna: het Verdrag). Hiertegen richt zich het middel.

2.3.1. Voor zover het middel zich richt tegen het oordeel dat belanghebbende met ingang van 9 juli 2004 voor de toepassing van het Verdrag inwoner is van Nederland, wordt als volgt overwogen.

2.3.2. Het Hof is kennelijk en niet onbegrijpelijk ervan uitgegaan dat belanghebbende ingevolge artikel 3, lid 1, van het Verdrag vanaf 9 juli 2004 naar de desbetreffende nationale wetgevingen inwoner was zowel van Nederland als van Singapore. In artikel 3, lid 4, van het Verdrag is bepaald dat indien een andere dan een natuurlijke persoon ingevolge de bepaling van het eerste lid inwoner van beide Staten is, hij wordt geacht inwoner te zijn van de Staat waarin hij wordt geleid en bestuurd. Het Verdrag bevat geen omschrijving van de uitdrukking 'geleid en bestuurd'. Artikel 2, lid 2, van het Verdrag bepaalt dat bij de toepassing van het Verdrag door elk van de betrokken Staten een niet anders omschreven uitdrukking, tenzij het zinsverband anders vereist, de betekenis heeft volgens de eigen wetgeving van die Staat. Aangezien de Nederlandse (vennootschaps-) belastingwetgeving niet een omschrijving van de uitdrukking 'geleid en bestuurd' bevat, moet voor de betekenis daarvan te rade worden gegaan bij de algemene interpretatieregels voor verdragsbepalingen.

Artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (Trb. 1977, 169, met een herziene vertaling in

Trb. 1985, 79; hierna: het Verdrag van Wenen) bevat algemene interpretatieregels voor verdragsbepalingen. Het Verdrag van Wenen was weliswaar ten tijde van het sluiten van het Verdrag nog niet in werking getreden, maar de in het Verdrag van Wenen opgenomen interpretatieregels voor verdragsbepalingen vormen de codificatie van volkenrechtelijk gewoonterecht, waarin ligt besloten dat ook in het onderhavige geval daarvan kan worden uitgegaan (vgl. Internationaal Gerechtshof 31 maart 2004, *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v USA)*, ICJ Report 37, paragraaf 83). Die interpretatieregels houden in dat verdragen moeten worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het desbetreffende verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Blijkens deze regels omvat de context van een verdrag naast de tekst en preambule en bijlagen, iedere overeenstemming die betrekking heeft op het verdrag en die bij het sluiten van het verdrag tussen de partijen is bereikt en iedere akte die is opgesteld bij het sluiten van het verdrag en door de partijen is erkend als betrekking hebbende op het verdrag. Naast deze historische context dient blijkens het derde lid van artikel 31 van het Verdrag van Wenen ook rekening te worden gehouden met later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag en later gebruik bij de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen over de uitlegging is ontstaan. Het vierde lid van artikel 31 bepaalt dat een term in een bijzondere betekenis dient te worden verstaan als vaststaat dat dit de bedoeling van de partijen is geweest.

2.3.3. De Protocollen en de toelichtingen van de partijen bij het Verdrag werpen geen nader licht op de door Nederland en Singapore voorgestane uitleg van de uitdrukking 'geleid en bestuurd'. Deze uitdrukking komt daarmee niet naar de gemeenschappelijke bedoeling van deze staten een bijzondere betekenis toe en zal derhalve – ingevolge het volkenrechtelijk gewoonterecht – te goeder trouw moeten worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van die uitdrukking in haar context en in het licht van het voorwerp en het doel van artikel 3, lid 4, van het Verdrag.

2.3.4. Artikel 3, lid 4, van het Verdrag strekt ertoe vast te stellen wat voor de toepassing van het Verdrag de woonplaats is van een andere dan een natuurlijke persoon indien deze ingevolge de bepalingen van het eerste lid van dat artikel inwoner is van beide Staten. Met deze strekking is slechts verenigbaar een uitlegging van de uitdruk-

king 'geleid en bestuurd' die voor de toepassing van het Verdrag leidt tot inwonerschap van hetzij Nederland, hetzij Singapore.

Gelet hierop en op hetgeen in 2.3.3 is overwogen, moet onder de plaats waar een lichaam wordt 'geleid en bestuurd', laatstbedoelde uitdrukking uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis ervan, worden verstaan de plaats waar de kernbeslissingen met betrekking tot de activiteiten van het lichaam worden genomen, waar de eindverantwoordelijkheid voor deze beslissingen wordt gedragen en van waaruit in voorkomende gevallen instructie wordt gegeven aan de binnen het lichaam werkzame personen. Wie de dagelijkse leiding heeft bij de uitvoering van een en ander is voor de bepaling van de plaats van leiding en bestuur van een lichaam niet van betekenis.

2.3.5. Het Hof heeft aan zijn hiervoor in 2.2 vermelde oordeel ten grondslag gelegd dat de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende feitelijk door haar aandeelhouder vanuit Nederland werd geleid en bestuurd. Het Hof heeft daarbij, in navolging van de Rechtbank, in aanmerking genomen i) het bepaalde in artikel 11, lid 2, letter g, van de statuten van belanghebbende, ii) de wijze waarop belanghebbende in de periode vóór 9 juli 2004 werd geleid en bestuurd, iii) de omstandigheid dat de vermogensbeheerovereenkomst tussen belanghebbende en G alsmede de allonge van 19 december 2001 na 8 juli 2004 van toepassing zijn gebleven, en iv) de omstandigheid dat na die datum feitelijk geen wezenlijke bestuursbeslissingen zijn genomen dan wel handelingen zijn verricht door de formele directie (C en E). Het Hof heeft aan zijn oordeel voorts ten grondslag gelegd dat de door C en E genomen beslissingen in het verlengde van de door de aandeelhouder genomen beslissingen lagen en slechts uitvoerend van aard waren, dat de managementovereenkomst met F en de daarin overeengekomen beloning van de formele bestuurders niet wezenlijk afwijkt van de beloning die in de eerdere managementovereenkomst met N was overeengekomen voor de tot en met 8 juli 2004 fungerende bestuurders, en dat de in de bijlage van de managementovereenkomst met F omschreven werkzaamheden van de directie geenszins beleidsbepalende beslissingen insluiten. In dit verband heeft het Hof de door C afgelegde verklaring, inhoudende dat aan de beperking in artikel 11, lid 2, letter g, van de statuten van belanghebbende in de praktijk geen betekenis toekwam, onwaarachtig geacht.

Deze oordelen geven, gelet op het hiervoor in 2.3.3 en

2.3.4 overwogene, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij kunnen, als verweven met waarderingen van feitelijke aard en berustend op de aan het Hof voorbehouden waardering van de bewijsmiddelen, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het middel faalt in zoverre.

2.4. Het middel kan ook voor het overige niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering, nu het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3. Proceskosten

De Hoge Raad acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.