

Vergaderjaar 2010–2011

32 907

Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, met Protocol; 's-Gravenhage, 6 oktober 2010

A/ Nr. 1

Ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ontvangen op 19 september 2011.

De wens dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal wordt onderworpen kan door of namens één van de Kamers of door ten minste vijftien leden van de Eerste Kamer dan wel dertig leden van de Tweede Kamer te kennen worden gegeven uiterlijk op 19 oktober 2011.

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitters van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 september 2011

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 2, eerste lid, en artikel 5, eerste lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, de Raad van State gehoord, heb ik de eer u hierbij ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen het op 6 oktober 2010 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, met Protocol (Trb. 2010, 206 en Trb. 2010, 234).

Een toelichtende nota bij het verdrag treft u eveneens hierbij aan.

De goedkeuring wordt alleen voor het Europese deel van Nederland gevraagd.

De minister van Buitenlandse Zaken,
U. Rosenthal

TOELICHTENDE NOTA

I ALGEMEEN

1. Inleiding

Het onderhavige, op 6 oktober 2010 te 's-Gravenhage ondertekende Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama, met Protocol (hierna: «het Verdrag») geeft regels die aanwijzen welke van de Verdragsluitende Staten bevoegd is om in overeenstemming met zijn nationale wetgeving belasting te heffen van het inkomen van inwoners van één of van beide Staten. Dit teneinde dubbele belasting te voorkomen. Daarnaast regelt het Verdrag, onder meer met het oog op het voorkomen van het ontgaan van belasting, de onderlinge uitwisseling van fiscale gegevens.

Een belangrijke overweging om met Panama een Verdrag te sluiten is gelegen in het verbeteren van de concurrentiepositie van Nederlandse personen en ondernemingen die actief zijn in Panama; het land vertoont een sterke economische groei, waarin investeringen en activiteiten van het Nederlandse bedrijfsleven een belangrijke rol spelen. Het Verdrag kan bijdragen aan een verdere ontwikkeling van de economische banden tussen de landen. Door het Verdrag kunnen wederzijdse investeringen en werkzaamheden door inwoners van Nederland en Panama worden bevorderd. Sinds het aantreden per 1 juli 2009 van een regering onder leiding van President Martinelli is Panama actief met het sluiten van belastingverdragen. Panama heeft inmiddels overeenstemming bereikt over een algemeen bilateraal belastingverdrag met onder andere Barbados, België, Frankrijk, Italië, Korea, Luxemburg, Mexico, Portugal, Singapore, Spanje en Qatar.

Het Verdrag met Panama past in het netwerk van bijna 90 belastingverdragen die het Koninkrijk der Nederlanden is aangegaan.

2. Aanleiding voor en verloop van de onderhandelingen

Op 28 april 1997 is te 's-Gravenhage een Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot ondernemingen die schepen of luchtvaartuigen exploiteren in het internationale verkeer ondertekend (*Trb.* 1997, 115). Dit verdrag regelt de heffingsrechten ten aanzien van de schepen- en luchtvaartactiviteiten. Na het sluiten van dit verdrag werd, gezien de omvang van de economische activiteiten, gedurende een aantal jaren geen aanleiding gezien voor onderhandelingen over een verdrag inzake belastingen met een bredere reikwijdte.

De Panamese economie heeft zich echter sindsdien sterk ontwikkeld en Panama vertoont een meer dan gemiddelde groei van de economie en streeft er naar het logistieke en financiële centrum van Midden-Amerika te worden. De Nederlandse positie wordt in veel opzichten als voorbeeld gezien. Ook is het Nederlandse bedrijfsleven zeer actief in Panama. Daarnaast heeft met name sinds 1998 binnen de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) een discussie plaatsgevonden over de aanpak van schadelijke belastingconcurrentie en internationale gegevensuitwisseling. In 2002 heeft Panama zich in het kader van deze discussie gecommitteerd aan de internationale standaarden voor transparantie en informatie-uitwisseling. Uit een lijst die de OESO op 2 april 2008 publiceerde, bleek dat Panama deze verplichting nog onvoldoende ten uitvoer had gelegd door middel van verdragen met OESO-landen die gegevensuitwisseling volgens de laatste OESO-standaard mogelijk moeten maken.

De medio 2009 aangetreden regering in Panama besloot daarom een intensief onderhandelingsprogramma op te starten om verdragen ter

voorkoming van dubbele belasting te sluiten waarin tevens de basis zou worden gelegd voor bilaterale fiscale informatie-uitwisseling. Hiermee gaf Panama uitdrukkelijk de voorkeur aan het sluiten van algemene belastingverdragen boven een afzonderlijk verdrag tot uitwisseling van belastinginformatie (Tax Information Exchange Agreement of «TIEA»). Panama is van mening dat in een belastingverdrag een meer evenwichtig samenstel van bepalingen wordt bereikt dan in een TIEA. Met dit uitgangspunt was Panama al onderhandelingen begonnen met onder meer Barbados, België, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Mexico en Qatar. Gezien de toegenomen economische betrekkingen, de voorgenomen investeringen in de infrastructuur en de potentiële rol van de Nederlandse ondernemingen daarin, zijn ook Panama en Nederland onderhandelingen begonnen over een belastingverdrag. Hierbij speelde ook mee dat Nederland al vóór het aantreden van de nieuwe regering in Panama had aangegeven te hechten aan transparantie en gegevensuitwisseling in de bilaterale situatie. De onderhandelingen begonnen dan ook over een belastingverdrag met een inlichtingenartikel dat is afgestemd op het OESO-modelverdrag van 2008. Met het besluit tot onderhandelingen over te gaan werd recht gedaan aan de groeiende economische belangen. Zo kon worden voorkomen dat het Nederlandse bedrijfsleven door het ontbreken van een belastingverdrag op achterstand zou komen te staan ten opzichte van concurrenten uit andere landen die wel belastingverdragen hadden gesloten of daarmee bezig zijn.

Van 10 tot en met 13 januari 2010 bracht de Nederlandse staatssecretaris van Economische Zaken een handelsbezoek aan Panama. Dit was het eerste officiële regeringsbezoek van Nederland aan Panama sinds het aantreden van de nieuwe regering aldaar. Tijdens dit bezoek is op verzoek van de Panamese Minister van Financiën en met instemming van de staatssecretaris van Financiën van Nederland ook gesproken over de hoofdlijnen van het Nederlandse fiscale verdragsbeleid. Volgend op dit bezoek hebben Panama en Nederland hun modellen uitgewisseld en vonden begin april 2010 onderhandelingen plaats in Panama-stad. Aan het einde van deze onderhandelingsronde is – op enkele technische punten na – overeenstemming bereikt. De laatste technische punten konden nadien via elektronische post worden afgewikkeld.

3. Inhoud van het Verdrag

3.1 Inleiding

De structuur, inhoud en bewoordingen van het Verdrag stemmen in het algemeen overeen met het gebruikelijke patroon van de door Nederland gesloten recente algemene belastingverdragen.

De Nederlandse inzet was gebaseerd op het OESO-modelverdrag 2008. Panama wilde op een aantal punten een bepaling die was gebaseerd op het VN-modelverdrag 2001¹ en wilde zijn bronstaatheffing zo veel mogelijk in stand houden.

Het Verdrag geeft regels ter voorkoming van dubbel belastingheffing en regels ter bestrijding van heffingslacunes. Voorts regelt het Verdrag de onderlinge uitwisseling van gegevens. De in het Verdrag neergelegde regelingen weerspiegelen een resultaat dat in het licht van de over en weer naar voren gebrachte wensen als evenwichtig kan worden beschouwd en waarin op bevredigende wijze rekening is gehouden met de belangen van het Nederlandse bedrijfsleven.

Veel van de door Nederland naar voren gebrachte wensen konden bij de onderhandelingen worden verwezenlijkt. Daarvan kunnen de volgende punten worden genoemd:

- een bepaling over inwonerschap (artikel 4 juncto artikel IV van het Protocol);

¹ Zie un.org/esa/ffd/tax/unmodel.htm

- een aanzienlijke beperking van de door Panama te heffen bronbelastingen ten opzichte van de verdragsloze situatie, zoals de belasting van brutovergoedingen voor grensoverschrijdende consultancydiensten (artikelen 7, 10, 11 en 12 juncto de artikelen X, XI en XII van het Protocol);
- het akkoord gaan van Panama met de bepaling dat artikel 7 van het Verdrag geen beletsel vormt voor de toepassing van de herziene goedgekeurde OESO-benadering met betrekking tot de heffingsverdeling aangaande winst uit onderneming (artikel 7 juncto de artikelen VII, VIII en IX van het Protocol);
- een onbeperkte bronstaatheffing voor pensioenen, lijfrenten en sociale zekerheidsuitkeringen, en afkoopsommen van vorengenoemde uitkeringen (artikel 17);
- het achterwege laten van een apart artikel over (hoog)leraren;
- een informatie-uitwisselingsbepaling die is gebaseerd op artikel 26 van het OESO-modelverdrag, zoals geformuleerd sinds 2005¹; deze informatie-uitwisseling zal in eerste instantie beperkt blijven tot informatie-uitwisseling op verzoek, maar Panama heeft zich bereid verklaard om binnen vijf jaar na inwerkingtreding van het Verdrag de toepassing van de informatie-uitwisselingsbepaling met Nederland te evalueren (artikel 24 en artikel XVII van het Protocol);
- waarborgen tegen Verdragsmisbruik (artikel 27).

Voorbeelden van niet gerealiseerde wensen van Nederland zijn: opname van de nieuwe (2010) versie van artikel 7 van het OESO-modelverdrag, uitsluitende woonstaatheffing bij interest en royalties en een bepaling over bijstand bij invordering.

3.2 Belastingstelsel Panama en waarborgen in het Verdrag

Het belastingstelsel van Panama is voor een belangrijk gedeelte gestoeld op de territorialiteitsgedachte. Dit betekent dat de belastingplicht in Panama niet afhangt van de vraag van welk land een persoon inwoner is (in Panama of daarbuiten), maar van de vraag waar de inkomsten in economische zin zijn opgekomen. De beoordeling of inkomsten afkomstig zijn uit Panama vindt per geval plaats, op basis van de feiten en omstandigheden. Relevant is onder meer welke activiteiten de belastingplichtige heeft ontplooid om de inkomsten te verwerven en waar die activiteiten zijn verricht.

Buitenlands inkomen wordt in Panama niet in de heffing betrokken, tenzij het inkomen geacht wordt afkomstig te zijn uit Panama.

De komende jaren werkt Panama toe naar een algeheel vennootschapsbelastingtarief van 25%, terwijl nu nog tarieven tot circa 35% gelden. Bij uitdeling van dividenden is het territoriale belastingstelsel sinds kort deels verlaten. De dividenden worden in Panama in de belastingheffing betrokken, ongeacht de herkomst van de onderliggende winsten. Verder bestaat ten aanzien van veel belastingen de mogelijkheid om te kiezen voor ofwel belastingheffing naar een netto grondslag tegen het standaardtarief, ofwel belastingheffing tegen een verlaagd tarief, op basis van een bruto grondslag.

Aangezien Panama een territoriaal stelsel kent, hecht het ook sterk aan de mogelijkheid van het heffen van dividendbelasting om belastingopbrengsten te genereren. Panama was daarom zeer terughoudend met het overeenkomen van een vrijstelling van dividendbelasting voor deelnemingsdividenden, waar Nederland conform het Nederlandse verdragsbeleid om verzocht. Gezien het belang dat Panama hecht aan het faciliteren van Nederlandse investeringen in Panama was Panama uiteindelijk toch bereid overeen te komen dat onder voorwaarden deelnemingsdividenden worden vrijgesteld. Nederland kon instemmen met het opnemen van voorwaarden, omdat daarmee doorstromingsituaties tegengegaan kunnen worden. Immers, gezien de territoriale eigen-

¹ OESO, *Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital*, Parijs, beschikbaar via <http://www.oecd.org>

schappen van het Panamese belastingstelsel bestaat dit risico op doorstroomsituaties, waarbij personen uit derde landen pogen door het tussenschuiven van Panamese vennootschappen aanspraak te maken op vrijstelling van Nederlandse dividendbelasting onder het Verdrag. De voorwaarden zijn vormgegeven in de vorm van een aantal waarborgen. De belangrijkste waarborg is de «limitations on benefits»-bepaling (hierna: de LOB)¹ die is opgenomen in het dividendartikel (artikel 10, derde lid).

De LOB gaat uit van een zogenoemde entiteitgerichte benadering. Hierbij wordt gekozen uit een verzameling meer objectieve toetsingscriteria, waarbij door middel van deze criteria wordt bepaald of personen recht hebben op de vrijstelling van bronbelasting op dividenden. Door objectieve toetsingscriteria te hanteren, wordt rechtszekerheid geboden aan belastingplichtigen.

Doordat in de LOB tevens een zogenoemde «vangnet-bepaling» is opgenomen (artikel 10, vierde lid), is de mogelijkheid geschapen om lichamen die niet voldoen aan de objectieve toetsingscriteria alsnog toegang te geven tot de vrijstelling van dividendbelasting, indien de bevoegde autoriteit die de vrijstelling moet verlenen vaststelt dat het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen van de oprichting, verwerving of instandhouding van het lichaam niet het veiligstellen van de voordelen van het verdrag is. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 10 wordt ingegaan op de details van de LOB.

Gezien de kenmerken van het territoriale belastingstelsel van Panama, heeft Nederland in dit Verdrag voor ondernemingswinsten bewust gestreefd naar opname van een termijn van zes in plaats van de gebruikelijke twaalf maanden voor het bepalen van een vaste inrichting bij de uitvoering van werken. Met deze zesmaandsperiode kunnen situaties van dubbele vrijstelling worden ingeperkt. Indien bijvoorbeeld een lichaam uit Panama werken uitvoert in Nederland die negen maanden in beslag nemen, zou zonder de zesmaandsperiode de winst die hieraan kan worden toegerekend niet door Nederland mogen worden belast, terwijl de winst – als gevolg van het territoriale belastingstelsel – evenmin in Panama kan worden belast. Door de verkorting van de termijn voor het bepalen van een vaste inrichting bij de uitvoering van werken, kan Nederland in deze situatie die activiteiten wel aanmerken als een vaste inrichting, zodat Nederland belasting kan heffen. Aldus wordt dubbele vrijstelling in dergelijke gevallen voorkomen.

Daarnaast is een bronstaathetfening ter zake van inkomsten uit aandelen behorend tot een aanmerkelijk belang opgenomen.

Tot slot is in artikel 27 nog een bepaling opgenomen die beoogt verdragsmisbruik tegen te gaan. Dit artikel zal wat Nederland betreft allereerst zien op toepassing van het algemene leerstuk van «fraus legis» (wetsontduiking). Voorts is het belang van het artikel dat Nederland zich het heffingsrecht voorbehoudt om de buitenlandse aanmerkelijk belangregeling in de vennootschapsbelasting te kunnen toepassen onder het Verdrag. In de briefwisseling van 6 oktober 2010 (die als bijlage is gevoegd bij deze toelichting) is dit nader uitgewerkt.²

3.3. Uitwisseling van inlichtingen

Een belangrijke drijfveer voor Nederland om met Panama een verdrag te sluiten is de uitwisseling van inlichtingen geweest. Vanaf 1998 is er met name binnen de OESO veel aandacht besteed aan de aanpak van schadelijke belastingconcurrentie en internationale gegevensuitwisseling. Naar aanleiding van de bijeenkomsten van de G-20³ van 15 en 16 november 2008 in Washington en van 2 april 2009 in Londen is de discussie over transparantie en informatie-uitwisseling in een stroomversnelling geraakt. De na de laatstgenoemde bijeenkomst door de OESO

¹ Een «limitation on benefits»-bepaling is, kort gezegd, een bepaling die tot doel heeft de toegang tot een verdrag dan wel tot bepaalde verdragsvoordelen te verlenen aan bepaalde, kwalificerende personen of entiteiten.

² Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

³ De G-20 is een groep van Ministers van Financiën en gouverneurs (presidenten) van centrale banken van de 19 economisch meest belangrijke landen plus de Europese Unie.

gepubliceerde witte, grijze en zwarte lijsten bevatten de landen die respectievelijk de OESO normen naleven (wit), landen die gecommitteerd zijn maar nog niet aannemelijk kunnen maken dat zij de normen naleven (grijs) en non-coöperatieve landen (zwart). De op de zwarte lijst geplaatste landen zijn inmiddels alle bijgeschreven op de grijze lijst na politieke verklaringen dat zij zich ook committeren. Het criterium om op de witte lijst te komen is op dit ogenblik of het betrokken land minstens twaalf overeenkomsten heeft gesloten, houdende verplichting tot gegevensuitwisseling conform de internationale norm. Panama heeft een intensief onderhandelingsprogramma en heeft inmiddels met een aantal landen een verdrag gesloten met daarin een OESO conform informatie-uitwisselingsartikel.

Ten aanzien van het punt van de informatie-uitwisseling staat Panama in de belangstelling. Het Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (bestaande uit OESO en niet-OESO landen) heeft als doel om elk land te beoordelen op het punt van de tenuitvoerlegging van de informatie-uitwisselingsverdragen. In eerste instantie zal het wettelijk kader voor de verkrijging en verstrekking van informatie van elk land in beeld worden gebracht (fase 1). Vervolgens wordt de wijze waarop landen uitvoering geven aan informatieverzoeken van andere landen geëvalueerd (fase 2). Bij de bijeenkomst van het Global Forum van 28 en 29 september 2010 in Singapore zijn de eerste acht landenrapporten gepresenteerd over de stand van zaken op het gebied van de wetgeving en uitvoering van de uitwisseling van belastinginformatie (zogenaamde «peer reviews»). Eén van deze rapporten gaat over Panama. In reactie hierop zal Panama een aantal verbeteringen doorvoeren in de wetgeving en op het gebied van de uitvoering daarvan. Daarna zal het Global forum een aanvullende evaluatie uitvoeren. Panama gaat pas over naar fase 2 als de aanbevelingen adequaat zijn doorgevoerd. In maart en juni 2010 zijn in Panama al wetten aangenomen die de Panamese Belastingdienst de bevoegdheid geven informatie uit te wisselen, ook als er geen belang is voor de eigen belastingheffing («domestic tax interest»).

Met Panama is een informatiebepaling overeengekomen conform artikel 26 van het OESO-modelverdrag zoals geformuleerd sinds 2005.

Vooralsnog houdt dit in «uitwisseling op verzoek». Nederland heeft altijd onderstreept voorstander te zijn van automatische uitwisseling van (bank)informatie, omdat daarmee een effectieve uitwisseling van informatie naar verwachting het best zal zijn gewaarborgd. De huidige internationale standaard schrijft deze verdergaande vorm van informatie-uitwisseling evenwel (nog) niet voor, en er zijn weinig landen buiten de EU bereid verder te gaan dan hetgeen de internationale standaard (thans) vereist. Ook Panama gaf aan hiertoe nog niet bereid te zijn gezien het huidige internationale speelveld.

In het kader van de internationale standaard is het voldoende als de gevraagde informatie voor de belastingheffing (van het verzoekende land) «voorzienbaar relevant» is. Er behoeft dus bijvoorbeeld geen sprake te zijn van belastingontduiking of -fraude voordat een verzoek (succesvol) kan worden ingediend.

Het onderwerp van de informatie-uitwisseling is voortdurend in beweging en daarom is op verzoek van Nederland een bepaling in het Protocol opgenomen waarin is neergelegd dat de informatiebepaling vijf jaar na inwerkingtreding van het Verdrag door Verdragsluitende Staten gezamenlijk zal worden geëvalueerd.

4. Budgettaire aspecten

De budgettaire gevolgen van het Verdrag zullen naar verwachting per saldo neutraal zijn. Voor het Nederlandse bedrijfsleven zal het Verdrag bij bestaande en nieuwe activiteiten en investeringen in Panama positief uitwerken. De grenzen van de heffingsbevoegdheden van beide landen

zijn duidelijk vastgelegd en er is een goede grondslag gelegd voor overleg en geschillenbeslechting in die situaties waarin toepassing van het Verdrag desalniettemin tot problemen zou kunnen leiden.

5. Inbreng van derden

Het ministerie van Financiën heeft via een persbericht de onderhandelingen met Panama onder de aandacht gebracht en belanghebbenden verzocht de voor hen van belang zijnde aangelegenheden kenbaar te maken. Enkele belanghebbenden hebben opmerkingen gemaakt die zijn gebruikt bij de (voorbereiding) van de onderhandelingen.

6. Koninkrijkspositie

In het Verdrag is nog geen rekening gehouden met de op 10 oktober 2010 doorgevoerde staatkundige hervorming van het Koninkrijk omdat over het Verdrag werd onderhandeld vóór genoemde datum. Hierdoor geldt het Verdrag, wat het Koninkrijk der Nederlanden betreft, alleen voor het in Europa gelegen deel van Nederland. In artikel 26 is evenwel bepaald dat het Verdrag onder voorwaarden kan worden uitgebreid tot de delen van het Koninkrijk der Nederlanden die niet in Europa zijn gelegen. Indien tot uitbreiding wordt overgegaan, behoeft dit een afzonderlijk verdrag dat door het Koninkrijk met Panama wordt aangegaan ten behoeve van het Caribische deel van Nederland (Bonaire, Sint-Eustatius en Saba) of andere delen van het Koninkrijk die niet in Europa zijn gelegen.

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Titel en preambule

Dit Verdrag geldt voor belastingen naar het inkomen en niet voor belastingen naar het vermogen. Panama kent evenals Nederland geen vermogensbelasting en derhalve bestond er geen noodzaak om de reikwijdte van dit Verdrag belastingen naar het vermogen te laten omvatten.

Personen op wie het Verdrag van toepassing is (artikel 1 en artikel I van het Protocol)

Artikel 1 beschrijft de persoonlijke werkingssfeer van het Verdrag: alleen personen die inwoner zijn van een Verdragsluitende Staat of van beide Staten kunnen een beroep doen op het Verdrag. De begrippen persoon en inwoner worden vervolgens ieder afzonderlijk omschreven in artikel 3, eerste lid, en artikel 4 van het Verdrag.

Niettegenstaande artikel 1 van het Verdrag zijn de Verdragsluitende Staten in artikel I van het Protocol overeengekomen dat de bevoegde autoriteiten van de beide Verdragsluitende Staten in onderling overleg bepalen in hoeverre een inwoner van één van de Verdragsluitende Staten, die van een bijzondere regeling gebruik maakt, geen aanspraak kan maken op de voordelen van het Verdrag. Bij briefwisseling van 6 oktober 2010 (zie de bijlage) hebben de beide bevoegde autoriteiten op verzoek van Panama de vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van artikel 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aangewezen als een bijzondere regeling. Op beleggingsinstellingen die van deze bijzondere regeling gebruik maken, vinden de voordelen van de artikelen 10, 11, 12, 13, 20 en 21, eerste lid, van het Verdrag geen toepassing. Dit betekent onder meer dat een in Nederland gevestigde vrijgestelde beleggingsinstelling voor dividenden-inkomsten afkomstig uit Panama geen aanspraak kan maken op vermindering van dubbele belasting in Panama.

Belastingen waarop het Verdrag van toepassing is (artikel 2)

In het eerste lid is de materiële werkingssfeer van het Verdrag neergelegd. Deze bepaling komt vrijwel overeen met het eerste lid van artikel 2 uit het OESO-modelverdrag 2005 (hierna: «het OESO-modelverdrag»), met dien verstande dat in de onderhavige bepaling geen verwijzing is opgenomen naar belastingen naar het vermogen omdat beide landen geen vermogensbelasting heffen.

Ook het tweede lid stemt overeen met het bepaalde in het tweede lid van artikel 2 van dit OESO-modelverdrag, afgezien van, wederom, het ontbreken van de verwijzing naar belastingen naar het vermogen.

Het derde lid bevat een opsomming van de Panamese en Nederlandse belastingen waarop het Verdrag van toepassing is.

In overeenstemming met het OESO-modelverdrag bepaalt het vierde lid dat het Verdrag ook van toepassing is op alle gelijke of in wezen gelijksoortige belastingen die na de datum van ondertekening van het Verdrag naast of in de plaats van de in het derde lid opgesomde belastingen worden geheven, alsmede op andere belastingen waarop het eerste en tweede lid van artikel 2 van het Verdrag van toepassing zijn die een Verdragsluitende Staat in de toekomst kan heffen. De bevoegde autoriteiten van de Verdragsluitende Staten zijn gehouden om elkaar te informeren over alle wezenlijke wijzigingen die in hun respectieve nationale belastingwetten zijn aangebracht.

Algemene begripsbepalingen (artikel 3 en artikel II en artikel III van het Protocol)

Artikel 3 bevat definities voor uitdrukkingen die in het Verdrag voorkomen. Volgens onderdeel a van artikel 3, eerste lid, van het Verdrag wordt onder de uitdrukkingen «een Verdragsluitende Staat» en «de andere Verdragsluitende Staat» afhankelijk van de context verstaan Nederland of Panama. Vervolgens definieert onderdeel b de uitdrukking «Nederland». Volgens deze bepaling wordt daaronder verstaan het in Europa gelegen deel van Nederland. Zoals hiervoor bij de Koninkrijkspositie reeds is toegelicht, bestaat de mogelijkheid het Verdrag op enig moment uit te breiden tot de daar genoemde delen van het Koninkrijk die niet in Europa zijn gelegen.

In verband met de inwerkingtredingsbepaling (artikel 28) is een definitie opgenomen van het begrip «strafrechtelijke belastingzaken». Dit begrip is ontleend aan het «Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters» van de OESO¹ (hierna: het OESO-modeluitwisselingsverdrag). De Verdragsluitende Staten sluiten aan bij de ruime uitleg van dit begrip. Een strafbaar feit kan bestuursrechtelijk of strafrechtelijk worden aangepakt. Ook in de situatie dat een strafbaar feit bestuursrechtelijk wordt aangepakt, valt het onder het begrip strafrechtelijke belastingzaak. Voorbeelden van gedragingen die vallen onder het begrip «strafrechtelijke belastingzaak» zijn het opzettelijk niet doen van aangifte, het opzettelijk niet aangeven van belastbaar inkomen, het doen van valse verklaringen waardoor de belastingheffing wordt gefrustreerd, bewuste omissies in boekhoudingen, het bewust opnemen van valse gegevens in de boeken. Het tweede lid van artikel 3 bevat een algemene regel voor de uitleg van uitdrukkingen die niet in het Verdrag voorkomen: daaraan wordt de betekenis toegekend die deze uitdrukkingen hebben volgens de belastingwetgeving van de Verdragsluitende Staat die het Verdrag toepast, tenzij de context van het Verdrag anders vereist.

Het kan voorkomen dat een lichaam in de ene staat volgens zijn nationale recht wordt aangemerkt als een fiscaal zelfstandig lichaam, maar volgens het nationale recht van de andere staat als fiscaal transparant. Deze andere staat kijkt dan voor de belastingheffing «door het lichaam heen» naar de achterliggende personen of deelnemers. Dientengevolge worden

¹ OESO, *Agreement on exchange of information on tax matters* (DAFFE/CFA(2002)24/FINAL), Parijs: OESO 2002, inclusief Commentaar, beschikbaar via <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf>.

de inkomsten fiscaal niet toegerekend aan het lichaam, maar aan de achterliggende personen. Men spreekt in dit verband wel van hybride entiteiten. Een dergelijk verschil in kwalificatie van lichamen kan leiden tot dubbele vrijstelling of dubbele belasting en roept vragen op over de verdragsgerechtigdheid van het lichaam of van de achterliggende personen. Het Verdrag voorziet in een oplossing voor dergelijke vragen, door de bepaling in artikel II van het Protocol. Hierin is op verzoek van Nederland bepaald dat in geval van kwalificatieverschillen met betrekking tot lichamen de bevoegde autoriteiten, na onderling overleg, zodanige maatregelen nemen dat dubbele belasting of dubbele vrijstelling als gevolg van toepassing van het Verdrag wordt voorkomen. In artikel III van het Protocol is neergelegd dat indien bij de verdragstoepassing wederzijdse overeenstemming is bereikt in het kader van een onderlinge overlegprocedure, de gevonden oplossing niet alleen bindend is voor de desbetreffende zaak maar ook voor andere, gelijksoortige gevallen. In dit verband wordt verwezen naar het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, *Stcrt. 2009, 19749*, waarin criteria zijn opgenomen voor het antwoord op de vraag hoe een buitenlands samenwerkingsverband fiscaal dient te worden gekwalificeerd.

Woonplaats (artikel 4 en artikel IV van het Protocol)

In het eerste lid is omschreven wie voor de toepassing van het Verdrag geacht wordt inwoner te zijn van een Verdragsluitende Staat. De Engeltalige omschrijving komt, behoudens de toevoeging van «income» aan «tax» in de eerste volzin, woordelijk overeen met het eerste lid van artikel 4 van het OESO-modelverdrag. Volgens deze omschrijving is een persoon inwoner van een Verdragsluitende Staat indien hij aldaar op grond van woonplaats, verblijf, plaats van leiding, of enige andere soortgelijke omstandigheid «liable to tax» is. De tweede volzin van het eerste lid van artikel 4 van het Verdrag maakt vervolgens duidelijk dat een persoon geen inwoner van een Verdragsluitende Staat is, wanneer hij in die staat slechts «liable to tax» is over inkomsten verkregen uit bronnen die in die staat zijn gelegen. Uit het commentaar op artikel 4 OESO-modelverdrag volgt dat de term «liable to tax» zodanig uitgelegd dient te worden dat sprake is van «full liability to tax» ofwel «comprehensive liability to tax». Volgens de heersende opvatting is hiervan alleen sprake wanneer een persoon vanwege een van de hiervoor genoemde criteria door een staat (die voor zijn belastingheffing in beginsel uitgaat van een belastingheffing naar het wereldinkomen) voor zijn wereldinkomen in de belastingheffing wordt betrokken en niet uitsluitend ter zake van inkomsten uit de in deze staat gelegen bronnen. Hanteert een staat, zoals bijvoorbeeld Panama doet, voor zijn belastingheffing het territorialiteitsbeginsel, dan betekenen het vereiste van «full liability to tax» en de tweede volzin van het eerste lid van artikel 4 (volgens paragraaf 8.3 van het commentaar bij het OESO-modelverdrag¹ op het inwonerartikel) evenwel niet dat aldaar woonachtige personen voor verdragsdoeleinden geen «resident» van die «Contracting State» kunnen zijn. Volgens de OESO-lidstaten dient de tweede volzin namelijk uitgelegd te worden in het licht van doel en strekking van het inwonerartikel. Van Verdragsvoordelen worden die personen uitgesloten die niet onderworpen zijn aan «most comprehensive taxation (full liability to tax)» in een staat. Van de werking van een Verdrag beogen de OESO-lidstaten echter duidelijk niet uit te sluiten alle inwoners van landen die hun belastingheffing hebben gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel. Voor de werkingssfeer van het Verdrag hebben Nederland en Panama deze toelichting op het vereiste van «full liability to tax» en de tweede volzin van het eerste lid van het inwonerartikel in aanmerking genomen en ter verduidelijking geëxpliciteerd in de briefwisseling van 6 oktober 2010.

¹ Het commentaar bevindt zich achter de tekst, waarvan de vindplaats al eerder opgegeven werd.

In afwijking van artikel 4 van het OESO-modelverdrag, maar in lijn met paragraaf 2.2.1 van de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011¹, voorziet het inwonerartikel van het Verdrag in het tweede lid in een bepaling wanneer een lichaam geacht wordt «liable to tax» te zijn. Deze bepaling is op voorstel van Nederland opgenomen in dit Verdrag naar aanleiding van het door de Hoge Raad op 4 december 2009 gewezen arrest in de zaken met nrs. 07/10382 – 07/10384, V-N 2009/63.17. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad voor de toepassing van het belastingverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika van 18 december 1992 (*Trb.* 1993, 77) dat een statutair en feitelijk in Nederland gevestigde vereniging die geen onderneming dreef en daardoor niet belastingplichtig is voor de Nederlandse vennootschapsbelasting, niet als verdragsinwoner kan worden beschouwd. Om ongewenste effecten van deze interpretatie van de term «liable to tax» door de Hoge Raad weg te nemen, heeft Nederland aan Panama voorgesteld om de term «liable to tax» te omschrijven ten behoeve van de uitleg van artikel 4, eerste lid, eerste volzin. In de literatuur is de bepaling van het tweede lid al aangehaald als de «Panamaclausule».

Volgens de omschrijving van de term «liable to tax» in het tweede lid wordt een lichaam dat zijn plaats van oprichting of zijn plaats van leiding in een Verdragsluitende Staat heeft, geacht aldaar «liable to tax» te zijn mits de door dat lichaam verkregen inkomsten ingevolge de belastingwetgeving van die Staat behandeld worden als de inkomsten door dat lichaam en niet als de inkomsten van zijn rechthebbenden, leden of participanten. Vanwege deze omschrijving is de noodzaak komen te vervallen om in het Verdrag een bepaling op te nemen waarbij uitdrukkelijk kenbaar gemaakt wordt dat een vrijgesteld pensioenfonds voor verdragsdoeleinden als inwoner dient te worden beschouwd. De omschrijving in het tweede lid van de term «liable to tax» heeft namelijk tot gevolg dat ook de lichamen die hun plaats van oprichting of leiding in een Verdragsluitende Staat hebben en die aldaar in feite niet aan de vennootschapsbelasting onderworpen zijn, maar wel voor de belastingwetgeving van die Staat fiscaal zelfstandig zijn, voor de toepassing van het Verdrag kunnen worden aangemerkt als inwoner van die Staat mits aan de overige vereisten van het inwonerartikel is voldaan. Immers, het tweede lid is slechts een invulling van het begrip «liable to (income) tax» in de eerste volzin van het eerste lid. Daarnaast moet nog voldaan zijn aan het bovenbeschreven vereiste van de tweede volzin van het eerste lid. Behalve een vereniging die geen onderneming drijft en een vrijgesteld pensioenfonds kan op grond van de bepaling in het tweede lid ook een lichaam, dat zijn plaats van oprichting of leiding in Nederland heeft en als een vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van artikel 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kwalificeert, voor toepassing van het Verdrag in beginsel aangemerkt worden als een inwoner van Nederland. Vanwege deze omschrijving wordt Nederland hierdoor op grond van het Verdrag bijvoorbeeld niet in zijn heffingsrecht beperkt ten aanzien van de beloning betaald aan een in Panama wonende bestuurder door een in Nederland gevestigde vereniging die geen onderneming drijft. Zoals echter bij de toelichting op artikel 1 en artikel I Protocol is aangegeven, is bij briefwisseling van 6 oktober 2010 de vrijgestelde beleggingsinstelling in de zin van artikel 6a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aangegeven als een bijzondere regeling, met als gevolg dat voor deze vrijgestelde beleggingsinstellingen geen aanspraak bestaat op een aantal verdragsvoordelen.

In de briefwisseling van 6 oktober 2010 is een bepaling opgenomen (die in relatie met artikel 4 moet worden gelezen) met een erkenning door Nederland van de «special zones» van Panama. Inwoners van Panama die voordeel genieten van de fiscale stimuleringsmaatregelen van deze fiscale zones, komen dezelfde verdragsvoordelen toe als inwoners van Panama die geen voordeel genieten van deze stimuleringsmaatregelen.

¹ Kamerstukken II, 2010/11, 25 087, nr. 7.

Artikel 4, derde lid, bevat regels om te bepalen van welk land een natuurlijke persoon met een dubbele woonplaats geacht wordt inwoner te zijn voor de toepassing van het belastingverdrag. Aangesloten wordt bij zijn duurzaam tehuis, het middelpunt van zijn levensbelangen of zijn gewoonlijk verblijf, respectievelijk zijn nationaliteit. Indien op grondslag van deze factoren geen uitsluitel wordt verkregen, zullen de bevoegde autoriteiten in wederzijds overleg bepalen waar deze persoon inwoner is. Op basis van artikel 4, vierde lid, wordt – conform artikel 4, derde lid, van het OESO-modelverdrag – een lichaam dat inwoner is van beide Verdragsluitende Staten geacht inwoner te zijn van het land waar de feitelijke leiding van het lichaam is gevestigd.

Artikel IV van het Protocol is opgenomen om zeker te stellen dat natuurlijke personen die, naar de feiten en omstandigheden beoordeeld, wonen aan boord van een schip en niet beschikken over een werkelijke woonplaats «aan de wal» in een van de Verdragsluitende Staten, onder de personen vallen op wie het Verdrag van toepassing is. Bepaald is dat deze personen geacht worden hun woonplaats te hebben in de Verdragsluitende Staat waarin het desbetreffende schip zijn thuishaven heeft. In eerdere verdragen is Nederland al een dergelijke bepaling overeengekomen, bijvoorbeeld die met Canada (*Trb.* 1986, 65), Denemarken (*Trb.* 1996, 210), Estland (*Trb.* 1997, 98), Hongkong (*Trb.* 2010, 198) en Zuid-Afrika (*Trb.* 2006, 6).

Vaste inrichting (artikel 5 en artikel V en artikel VI van het Protocol)

Dit artikel definieert het begrip «vaste inrichting». Dit begrip wordt in diverse bepalingen in hoofdstuk III van het Verdrag voor de toewijzing van het heffingsrecht tussen de beide Verdragsluitende Staten gehanteerd (zie onder meer de artikelen 5, 7, 13 en 14). Oefent, bijvoorbeeld, een onderneming van de ene Verdragsluitende Staat haar bedrijf uit door middel van een in de andere Verdragsluitende Staat gevestigde vaste inrichting, dan mag ingevolge het eerste lid van artikel 7 van het Verdrag de Staat waarin de vaste inrichting is gelegen belasting heffen over de daaraan toe te rekenen winsten. De vestigingsstaat dient vervolgens krachtens art. 21 van het Verdrag ten aanzien van deze vaste inrichtingswinst voorkoming van dubbele belasting te verlenen. Voor de invulling van het begrip «vaste inrichting» heeft Nederland ingezet op een bepaling conform art. 5 van het OESO-modelverdrag, in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid. Panama heeft voor het gehele verdrag ingezet op het verkrijgen van zoveel mogelijk heffingen als bronstaat. Nederland wilde hierin niet te ver meegaan, maar is in het kader van een finaal compromis bereid geweest om de definitie van het begrip «vaste inrichting» op onderdelen uit te breiden ten opzichte van het OESO-modelverdrag. Naast de reguliere bepalingen zijn vooralsnog geen nadere afspraken gemaakt over winsttoerekening.

Artikel 5, eerste lid, geeft de OESO-conforme algemene definitie van het begrip «vaste inrichting». Vervolgens noemt het tweede lid een aantal voorbeelden van activiteiten waarvan in beginsel gesteld kan worden dat sprake is van een vaste inrichting. Op verzoek van Panama is, in afwijking van het OESO-modelverdrag en het VN-modelverdrag 2001¹ een onderdeel g) toegevoegd. Dit onderdeel beschouwt goederen aangewend voor de landbouw, beweiding of bosbouw als een «vaste inrichting». Met deze bepaling wordt aangesloten bij de Panamese belastingwetgeving. Met deze toevoeging is geen uitbreiding bedoeld van de heffingsrechten voor de Staat waarin deze bezittingen zijn gelegen, temeer omdat het tweede lid slechts voorbeelden opsomt. Ten aanzien van deze voorbeelden valt blijkens paragraaf 12 van het Commentaar op artikel 5 van het OESO-modelverdrag op te merken dat voor de vaststelling of daadwerkelijk sprake is van een vaste inrichting, beoordeeld dient te worden of voldaan

¹ Zie eerdergenoemde vindplaats.

wordt aan het begrip «vaste inrichting» zoals omschreven in het eerste lid. Voorts ontbreekt in wezen een noodzaak voor de toevoeging van dit onderdeel, aangezien onder artikel 6, eerste lid, van dit Verdrag in dit soort situaties de bronstaat mag heffen.

In het derde lid is een drietal situaties beschreven waarbij een vaste inrichting wordt verondersteld indien de activiteiten een bepaalde minimumperiode beslaan.

In de eerste plaats vormt volgens onderdeel a de uitvoering van een bouwwerk een vaste inrichting wanneer de duur ervan 183 dagen overschrijdt. Hoewel Nederland conform artikel 5, derde lid, van het OESO-modelverdrag inzet op een minimumtermijn van twaalf maanden, heeft Nederland vanwege het territoriale belastingstelsel van Panama ingestemd met het Panamese voorstel voor een termijn van 183 dagen teneinde situaties van dubbele belasting en dubbele vrijstelling te vermijden. Een dergelijke termijn hanteert overigens ook het VN-modelverdrag 2001. In eerdere verdragen is Nederland al een dergelijke termijn overeengekomen bijvoorbeeld met Hongkong (*Trb.* 2010, 198), Kazachstan (*Trb.* 1996, 150), Moldavië (*Trb.* 2000, 78), Nigeria (*Trb.* 1992, 12), Oeganda (*Trb.* 2004, 262), Portugal (*Trb.* 1999, 180) en Vietnam (*Trb.* 1995).

In de tweede plaats is in onderdeel b opgenomen dat consultancydiensten verricht door personeel van een onderneming uit de ene Verdragsluitende Staat in de andere Verdragsluitende Staat als een vaste inrichting kwalificeren indien de personeelsleden meer dan 90 dagen in een periode van twaalf maanden aanwezig zijn in de andere Verdragsluitende Staat. Deze bepaling is gebaseerd op het VN-modelverdrag 2001. Volgens het nationale belastingrecht heeft Panama namelijk de mogelijkheid dergelijke diensten in Panama te belasten, omdat de inkomsten uit deze diensten onder het territoriale systeem geacht worden te zijn opgekomen in Panama. Initieel wenste Panama daarom alle consultancydiensten op brutobasis te kunnen belasten, ongeacht de plaats van uitoefening van de diensten. Deze wens was voor Nederland niet aanvaardbaar. In een finaal compromis kon Nederland instemmen met het Panamese alternatieve voorstel dat is neergelegd in artikel 5, derde lid, onderdeel b, van het Verdrag. Nederland heeft al eerder ingestemd met het aanmerken van dienstverleningsactiviteiten als een vaste inrichting, bijvoorbeeld in de verdragen met Azerbeidzjan (*Trb.* 2008, 202), Hongkong (*Trb.* 2010, 198), Kazachstan en Moldavië.

In de derde plaats is in onderdeel c op verzoek van Panama een bepaling opgenomen die bepaalt dat exploratie of exploitatie van natuurlijke rijkdommen en daarmee verbonden activiteiten een vaste inrichting vormen indien de activiteiten meer dan 90 dagen worden uitgevoerd in een periode van twaalf maanden. Een vergelijkbare bepaling heeft Nederland voorgesteld. Deze bepaling is in het vierde lid opgenomen. In tegenstelling tot onderdeel c van het derde lid ziet het vierde lid uitsluitend op bepaalde exploratie- en exploitatieactiviteiten die offshore worden verricht. Nemen deze offshorewerkzaamheden in een tijdvak van twaalf maanden meer dan 30 dagen in beslag, dan vormen deze werkzaamheden conform het Nederlandse verdragsbeleid zoals neergelegd in paragraaf 2.6.3 van de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011 een vaste inrichting. Deze bepaling vormt een verkorte versie van een bepaling die in veel Nederlandse verdragen is opgenomen om het Nederlandse heffingsrecht te behouden op buitengaats activiteiten. Een belastingplichtige zou kunnen pogen de bovengenoemde minimumtermijnen te ontwijken door de activiteiten te verdelen over verschillende ondernemingen die zijn verbonden met deze belastingplichtige. Dit risico is onder meer onderkend in paragraaf 18 van het Commentaar bij artikel 5 van het OESO-modelverdrag. Op voorstel van Panama is daarom in artikel 5, vijfde lid, van het Verdrag bevestigd dat bij elkaar behorende activiteiten van meerdere verbonden ondernemingen samengeteld kunnen worden om te bepalen of de bovengenoemde tijdsdrempels overschreden

zijn. Evenwel dient dit artikellid niet uitgelegd te worden als een mogelijkheid om het zogenoemde force-of-attraction-beginsel toe te passen, zoals op verzoek van Nederland is vastgelegd in artikel V van het Protocol.

Artikel 5, vierde lid, van het Verdrag bepaalt – in overeenstemming met paragraaf 2.6.3 van de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011 – dat de werkzaamheden die een onderneming verricht in de andere Verdragsluitende Staat in verband met de exploratie of exploitatie van de zeebodem of elk gebied boven of onder de zeebodem en hun natuurlijke rijkdommen, worden geacht te geschieden met behulp van een in die andere partij gevestigde vaste inrichting. Hierdoor mag de daarmee behaalde winst volgens de bepalingen van artikel 7 aldaar worden belast. Op praktische gronden wordt geen vaste inrichting aanwezig geacht indien die werkzaamheden in een tijdvak van twaalf maanden niet meer dan 30 dagen duren. Deze werkzaamheden worden geacht niet te omvatten:

- a. werkzaamheden die worden verricht met schepen die primair zijn ontworpen voor het verrichten van sleep- of ankerwerkzaamheden en andere activiteiten, verricht door dergelijke schepen; en
- b. het vervoer van voorraden en personeel door schepen of luchtvaartuigen in internationaal verkeer.

Deze uitzonderingen, die zijn ontleend aan het belastingverdrag met Zweden, dienen aldus te worden verstaan dat geen vaste inrichting aanwezig wordt geacht indien buitengaats uitsluitend dergelijke werkzaamheden worden verricht. Artikel 5, zesde lid, van het Verdrag geeft conform het OESO-modelverdrag een opsomming van activiteiten waarbij geen vaste inrichting aanwezig wordt geacht. Vervolgens geeft het zevende lid een uitbreiding van het begrip «vaste inrichting» voor een tweetal situaties waarin een persoon – niet zijnde een onafhankelijke vertegenwoordiger – voor een onderneming in het andere land werkzaam is, conform artikel 5, vijfde lid, VN-modelverdrag 2001. Indachtig de laatste twee artikelliden van artikel 5 van het OESO-modelverdrag zijn in artikel 5, achtste en negende lid, van het Verdrag bepalingen opgenomen die bepalen wanneer activiteiten van onafhankelijke vertegenwoordigers geen vaste inrichting vormen respectievelijk dat het beheersen van een dochtervennootschap in de andere Verdragsluitende Staat niet op zichzelf leidt tot het constateren van een vaste inrichting in die Staat.

In artikel VI van het Protocol is een bepaling opgenomen krachtens welke het bezit van exploratie- en exploitatierechten, met inbegrip van belangen bij dergelijke rechten, fictief worden aangemerkt als onroerende zaken die zijn gelegen in de Verdragsluitende Staat op wiens zeebodem en de ondergrond daarvan deze rechten betrekking hebben. Hiermee wordt zeker gesteld dat inkomsten die uit dergelijke rechten worden verkregen en winst die wordt behaald met de vervreemding van dergelijke rechten, ter belastingheffing toekomen aan de bronstaat. Een vergelijkbare bepaling is door Nederland overeengekomen in de verdragsrelatie met onder andere Macedonië (*Trb.* 1998, 238), Litouwen (*Trb.* 1999, 149), Polen (*Trb.* 2002, 86), Slovenië (*Trb.* 2004, 252) en Hongkong (*Trb.* 2010, 198).

Inkomsten uit onroerende zaken (artikel 6 en artikel VI van het Protocol)

Dit artikel volgt nagenoeg – op het vierde lid na – het OESO-modelverdrag.

In het eerste lid is overeenkomstig het OESO-modelverdrag bepaald dat inkomsten die een inwoner van een Verdragsluitende Staat verkrijgt uit onroerende zaken (inkomsten uit landbouw- of bosbouwbedrijven daaronder begrepen), die in de andere Verdragsluitende Staat zijn gelegen, in die andere Verdragsluitende Staat mogen worden belast. In het tweede lid is vastgelegd dat de uitdrukking «onroerende zaken» de betekenis heeft die daaraan wordt toegekend door het recht van de

Verdragsluitende Staat waar de onroerende zaken zijn gelegen. Het tweede lid bepaalt verder dat de uitdrukking ook de zaken omvat die bij de onroerende zaken behoren, levende en dode have van land- en bosbouw-bedrijven, rechten waarop de bepalingen van het recht betreffende de grondeigendom van toepassing zijn, vruchtgebruik van onroerende zaken en rechten op veranderlijke of vaste vergoedingen ter zake van de exploitatie of het recht tot de exploratie of exploitatie van minerale aardlagen, bronnen en andere natuurlijke rijkdommen, maar niet schepen en vliegtuigen.

In het derde lid is bepaald dat de bepalingen van het eerste lid van toepassing zijn op inkomsten verkregen uit de rechtstreekse exploitatie, het verhuren of verpachten en elke andere vorm van exploitatie van onroerende zaken.

In het vierde lid is op verzoek van Panama bepaald dat inkomsten verkregen door een inwoner van de ene Verdragsluitende Staat uit aandelen, participaties en dergelijke in een entiteit samenhangt met het recht tot gebruik van de door deze entiteit gehouden onroerende zaak gelegen in de andere Verdragsluitende Staat mogen worden belast in die andere Staat. Dit lid ziet op timesharingproducten. Nederland heeft in het kader van een finaal compromis met deze bepaling ingestemd. Voor Panama was deze bepaling belangrijk omdat in Panama veel gebruik wordt gemaakt van timesharing.

In het vijfde lid is ten slotte, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, bepaald dat de bepalingen van het eerste, derde en vierde lid ook van toepassing zijn op inkomsten uit onroerende zaken behorende tot het vermogen van een onderneming.

Winst uit onderneming (artikel 7 juncto artikel VI, VII, VIII, IX en X van het Protocol)

Artikel 7 van het Verdrag stemt overeen met de tekst van het OESO-modelverdrag. Ten tijde van de onderhandelingen was binnen de OESO een conceptversie afgerond van een nieuwe versie van het artikel 7 van het OESO-modelverdrag en het bijbehorende commentaar, die uiteindelijk is opgenomen in het OESO-modelverdrag en commentaar in de versie van 2010. Dat commentaar houdt onder andere in dat winsttoedeling aan vaste inrichtingen dient plaats te vinden volgens het in 2008 gepubliceerde OESO Report on the attribution of profits to permanent establishments (PE Reports).¹

In het besluit van de eerste ondertekenaar van 15 januari 2011 (IFZ 2010/457M, Stcrt. 2011, nr 1375) en in de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011, heeft de eerste ondertekenaar geschreven dat hij de conclusies in die PE Reports onderschrijft.

Tijdens de onderhandelingen was deze nieuwe versie van artikel 7 van het OESO-modelverdrag nog niet aangenomen door het Committee on Fiscal Affairs. Omdat de Panamese onderhandelingsdelegatie slechts een onderhandelingsmandaat had ten aanzien van de opname van OESO-modelverdrag in de versie van 2008, kon Panama nog niet op de zaken vooruitlopen door op dat ogenblik reeds in te stemmen met het nieuwe concept artikel 7. Daarom bepaalt artikel VII van het Protocol dat ter zake van de toerekening van winst aan vaste inrichtingen de bepalingen van dit Verdrag geen beletsel vormen voor de toepassing van de nog goed te keuren nieuwe OESO-benadering. Hierdoor kan de nieuwe OESO-benadering worden toegepast, zonder dat daarvoor een tijdrovende verdragswijziging nodig is. In het hiervoor aangehaalde besluit van 15 januari 2011 is aangegeven dat de toepassing van verdragen die niet zijn gebaseerd op het nieuwe artikel 7 van het OESO-modelverdrag soepel zal plaatsvinden. In artikel VIII van het Protocol is vastgelegd dat bij onderzoeks-, leverings-, installatie- en constructiewerkzaamheden alleen de winst aan de vaste inrichting wordt toegerekend die voortvloeit uit de activiteiten die

¹ OESO, *Report on the attribution of profits to permanent establishments*, Parijs: OESO 2008.

daadwerkelijk via deze vaste inrichting zijn verricht. Opname van een dergelijke bepaling maakt al jaren deel uit van het Nederlandse verdragsbeleid om een correcte winstverdeling tussen het «hoofdhuis» en de vaste inrichting ten aanzien van zogenoemde bedrijfsklare projecten («turn-key»-projecten) te waarborgen. De bepaling stelt zeker dat bij bedrijfsklare projecten niet de volledige contractsom aan de vaste inrichting wordt toegerekend terwijl bijvoorbeeld een groot deel van de voorbereidende werkzaamheden in het «hoofdhuis» hebben plaatsgevonden en niet via de vaste inrichting.

In artikel IX van het Protocol is op verzoek van Nederland uitdrukkelijk vastgelegd dat vergoedingen voor technische of toezichthoudende diensten en consultancydiensten vergoedingen zijn waarop artikel 7 van het Verdrag van toepassing is. Daarmee wordt bereikt dat deze vergoedingen niet kunnen worden aangemerkt als royalty's in de zin van artikel 12 van het Verdrag. Panama (of Nederland) kan daardoor over de betaling van dergelijke vergoedingen aan een inwoner van Nederland (of Panama) slechts belasting heffen als deze vergoedingen zijn toe te rekenen aan een in Panama (of Nederland) gelegen vaste inrichting van deze persoon. Artikel X van het Protocol bepaalt ten aanzien van diensten (of delen daarvan), die vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag worden verleend door een inwoner van de ene Verdragsluitende Staat aan een inwoner van de andere Staat, dat deze diensten in die andere Staat mogen worden belast op basis van netto- of brutobasis, binnen de grenzen die zijn vastgesteld in de nationale belastingwetgeving. Hierbij hoeven de bepalingen van artikel 7 niet in aanmerking te worden genomen.

Zee- en luchtvervoer (artikel 8)

Artikel 8, eerste lid, bepaalt dat de bepalingen van het Verdrag geen invloed hebben op de toepassing van het op 28 april 1997 te 's-Gravenhage totstandgekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama tot het vermijden van dubbele belasting met betrekking tot ondernemingen die schepen of luchtvaartuigen exploiteren in het internationale verkeer (*Trb.* 1997, 115 en 325). Dit betekent dat de belastingheffing over de winst behaald met de exploitatie van schepen en luchtvaartuigen in internationaal verkeer is toegewezen aan de Verdragsluitende Staat waar de persoon is gevestigd die de onderneming drijft. Op verzoek van Panama is in artikel 8, tweede lid, neergelegd dat de bepalingen van het Verdrag niet van toepassing zijn op belastingen, tolheffingen, rechten of soortgelijke betalingen die verschuldigd zijn vanwege het passeren van het Panamakanaal.

In de eerdergenoemde briefwisseling van 6 oktober 2010 is een bepaling opgenomen over de combinatie van Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. en de Société Air France. Daarmee wordt beoogd zeker te stellen dat Nederland heffingsbevoegd blijft voor de luchtvaartwinst van KLM, zo lang Nederland een exclusief heffingsrecht heeft ten aanzien van KLM onder het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk.

Gelieerde ondernemingen (artikel 9)

Artikel 9 stemt overeen met het Nederlandse verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag en bevat het arm's-lengthbeginsel voor grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde ondernemingen. Dit arm's-lengthbeginsel heeft als uitgangspunt dat gelieerde ondernemingen transacties dienen aan te gaan tegen voorwaarden die niet afwijken van transacties die ongelieerde ondernemingen onder dezelfde omstandigheden zouden zijn aangegaan (als er wel afwijkingen zijn, kan er een correctie plaatsvinden). Bij de bepaling of hiervan sprake is, gelden als leidraad de administratieve praktijken van de Verdragsluitende Staten. Nederland baseert zich in zijn uitvoeringspraktijk op de in OESO-verband

opgestelde «Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations». Tijdens de onderhandelingen heeft Panama aangegeven bezig te zijn met de ontwikkeling van verrekenprijsvoor-schriften, waarbij de door de OESO ontwikkelde Transfer pricing guide-lines», als gezaghebbende bron gelden.

Het eerste lid bevat in dit verband de bepaling dat ingeval tussen gelieerde ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen voorwaarden worden overeengekomen die afwijken van die welke tussen niet gelieerde ondernemingen zouden worden overeengekomen, de winst die één van de gelieerde ondernemingen zonder deze voorwaarden zou hebben behaald, maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, in de winst van die onderneming mag worden begrepen en dienovereenkomstig mag worden belast.

Voor het geval een transactie tussen gelieerde ondernemingen leidt tot belastingheffing over een winstcorrectie in de zin van het eerste lid, regelt het tweede lid dat de Verdragsluitende Staat in beginsel op passende wijze het bedrag aan belasting dat aldaar over het bedrag van die winstcorrectie is geheven, zal herzien.

Op verzoek van Nederland is, overeenkomstig het Nederlandse verdrags-beleid, in artikel 9, eerste lid, een zogenoemde cost-sharingbepaling opgenomen voor gelieerde ondernemingen. Deze bepaling verduidelijkt dat de enkele omstandigheid dat gelieerde ondernemingen «cost sharing»-overeenkomsten (overeenkomsten over de verdeling van kosten) of algemene dienstverleningsovereenkomsten sluiten voor (de toerekening van) kosten van de algemene leiding, algemene beheerskosten, technische en zakelijke kosten, kosten voor onderzoek en ontwikkeling en andere soortgelijke kosten, op zichzelf geen aanleiding vormt om te veronderstellen dat zij in strijd met het beginsel van handelen op zakelijke grondslag («arm's length»-beginsel), en dus onzakelijk zouden handelen. Deze bepaling laat uiteraard de mogelijkheid onverlet om de in het kader van de «cost sharing»-overeenkomsten en algemene dienstverlenings-overeenkomsten overeengekomen kostenverdeling te toetsen aan het laatstgenoemde beginsel. Nederland streeft er naar een dergelijke bepaling in zijn verdragen op te nemen. Een dergelijke bepaling is onder meer opgenomen in recente verdragen met onder meer Azerbeidzjan (*Trb.* 2008, 202), Oman (*Trb.* 2010, 181), het Verenigd Koninkrijk (*Trb.* 2008, 201) en Zuid-Afrika (*Trb.* 2006, 6).

Dividenden (artikel 10 junctis artikel XI, XII, XIII en XV van het Protocol)

Ingevolge het eerste lid mogen dividenden die worden betaald door een lichaam dat inwoner is van één van beide Verdragsluitende Staten aan een inwoner van de andere Staat, in die andere Staat worden belast. Het tweede lid wijst echter ook een heffingsrecht toe aan de vestigingsstaat van het dividend uitkerende lichaam. Volgens het tweede lid dient deze Staat zijn heffingsrecht te beperken tot 15% van het bruto dividend indien de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend inwoner is van de andere Verdragsluitende Staat.

Niettegenstaande het tweede lid dient de vestigingsstaat van het dividenduitkerende lichaam zich te onthouden van heffing over het betaalde dividend, indien de in de andere Verdragsluitende Staat gevestigde uiteindelijk gerechtigde een lichaam is waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld en dat onmiddellijk ten minste 15% bezit van het kapitaal van het lichaam dat de dividenden betaalt. Hiervoor gelden wel de voorwaarden dat:

- de aandelen van het dividendontvangende lichaam regelmatig worden verhandeld aan een erkende effectenbeurs (beurstoets). Vanwege de beursverhandeling zijn de aandelen over het algemeen verspreid over een grote groep aandeelhouders die regelmatig wijzigt, zodat het

bewust gebruik maken van het Verdrag om dividendbelasting te vermijden zeer onwaarschijnlijk is. De voor de beurstoets erkende effectenbeurzen zijn opgesomd in het vijfde lid van artikel 10;

- de aandelen van het dividend ontvangende lichaam voor ten minste 50% in handen zijn van natuurlijke personen die inwoner zijn van Nederland of Panama of van lichamen waarvan de aandelen regelmatig worden verhandeld aan een erkende effectenbeurs (gelijkwaardige gerechtigdentoets). Is het beursgenoteerde lichaam niet in Nederland of Panama gevestigd, dan wordt als additionele voorwaarde gesteld dat het gerechtigd zou moeten zijn tot een vrijstelling van bronbelasting op dividenden op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting of een multilaterale overeenkomst, waaraan zowel het land van inwonerschap van dat lichaam als het land dat de vrijstelling zou moeten geven, zijn gebonden. Met deze extra voorwaarde wordt voorkomen dat beurslichamen uit derde landen eenvoudig gebruik kunnen maken van het Verdrag door een tussenhouder in Panama (of Nederland) op te richten;
- het dividendontvangende lichaam een onderneming drijft in de Staat van vestiging (activiteitentoets). Als het drijven van een onderneming wordt niet beschouwd het voor eigen rekening beleggen of het beheren van dergelijke beleggingen tenzij sprake is van bancaire of verzekeringsactiviteiten uitgeoefend door een bank of een verzekeringsmaatschappij;
- het dividend ontvangende lichaam als hoofdkantoor fungeert voor een multinationale groep (hoofdkantorentoets). De aanvullende voorwaarden die zijn gesteld dienen ertoe om te waarborgen dat het om een reëel hoofdkantoor gaat waardoor een substantiële economische band bestaat met het land van inwonerschap.

Voorts komen conform het Nederlandse fiscale verdragsbeleid op grond van artikel 10, derde lid, onderdeel b en onderdeel d, de overheid respectievelijk pensioenfondsen voor de bronstaatvrijstelling in aanmerking.

In artikel XI van het Protocol is neergelegd dat de in artikel 10, tweede en derde lid, voorziene verlaagde tarieven niet van toepassing zijn op dividenden op niet-geregistreerde aandelen aan toonder. Deze uitzondering is op verzoek van Panama opgenomen. Dit om te voorkomen dat de verdragsvoordelen terecht zouden komen bij niet-bekende dividendgerechtigden. Met het oog op een evenwichtige verdragstoepassing van het verdrag is deze bepaling wederkerig geformuleerd.

Artikel 10, vierde lid, van het Verdrag biedt de mogelijkheid voor een lichaam, dat niet gerechtigd is tot de vrijstelling van bronbelasting op dividenden, om hiertoe alsnog gerechtigd te worden op basis van een beslissing van de bevoegde autoriteit van de Verdragsluitende Staat die de vrijstelling zou moeten geven (zogenoemde vangnetbepaling). De bevoegde autoriteit zal deze beslissing nemen aan de hand van de vraag of één van de belangrijkste overwegingen voor het (voort)bestaan van het lichaam is om aanspraak te maken op vrijstelling van bronbelasting op dividenden. In onderdelen (a), (b) en (c) zijn enkele factoren opgesomd die hierbij in aanmerking worden genomen. Omdat het derde lid beoogt deelnemingsdividenden van bronbelasting vrij te stellen, wordt voor een honorering van een verzoek wel verlangd dat het verzoekende lichaam tot het dividend uiteindelijk gerechtigd is, dat het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld en dat onmiddellijk ten minste 15% bezit van het kapitaal van het lichaam dat de dividenden betaalt. Voordat een bevoegde autoriteit negatief beslist op een verzoek tot toepassing van de vrijstelling van bronbelasting op dividenden, dient de andere bevoegde autoriteit te worden geraadpleegd. Hiermee wordt een zorgvuldige toepassing van deze bepaling gewaarborgd.

Ingeval bij de betaling van de dividenden geen rekening is gehouden met de bepalingen van het tweede en derde lid, kan de uiteindelijke gerech-

tigde tot de dividenden de bevoegde autoriteiten van de Verdragsluitende Staat waaruit de dividenden afkomstig zijn, verzoeken teruggaaf te verlenen van de te veel geheven belasting. In artikel XIII van het Protocol is bepaald dat dergelijke verzoeken ingediend moeten worden binnen drie jaar na afloop van het kalenderjaar waarin de belasting is geheven. Ingevolge het zesde lid stellen de bevoegde autoriteiten van de Verdragsluitende Staten bij dit Verdrag in onderlinge overeenstemming uitvoeringsvoorschriften vast voor de wijze van toepassing van de beperking van de heffing van bronheffing, zoals neergelegd in het tweede en derde lid.

In het zevende lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, vastgelegd dat de bepalingen van het tweede, derde en vierde lid de belastingheffing over de winst, waaruit de dividenden worden betaald, onverlet laten.

In het achtste lid is de gebruikelijke definitie van dividenden opgenomen. Deze definitie komt overeen met de definitie in het OESO-modelverdrag. Inkomsten die worden genoten bij de inkoop van aandelen of de (gedeeltelijke) liquidatie van een vennootschap, worden voor toepassing van het Verdrag uitdrukkelijk aangemerkt als dividend en niet als vermogenswinst, zo is bepaald in artikel XV van het Protocol. De wens om deze bepaling op te nemen is reeds lange tijd Nederlands verdragsbeleid en is mede noodzakelijk gebleken vanwege het arrest van de Hoge Raad van 12 december 2003, nr. 38 461, BNB 2004/123. Onder de geschetste omstandigheden in de casus die in dat arrest aan de orde was, heeft de Hoge Raad toen geoordeeld dat de inkoop van aandelen van een natuurlijke persoon, die tevens aanmerkelijkbelanghouder is, onder het vermogenswinstartikel van het desbetreffende belastingverdrag viel en niet onder het dividendartikel. Voor de relatie met Panama is nu door middel van deze bepaling van het Protocol vastgelegd dat inkoop voor de toepassing van het Verdrag geldt als dividend.

Voorts is in art. XII van het Protocol geregeld dat onder het begrip «dividend» mede wordt verstaan vergoedingen betaald ten aanzien van een geldlening die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de inlenende belastingplichtige. Dergelijke vergoedingen zijn krachtens artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 niet aftrekbaar van de winst voor de vennootschapsbelasting. Over zulke vergoedingen wordt bovendien dividendbelasting geheven (artikel 3, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op de dividendbelasting 1965). Nederland wil bovengenoemde vergoedingen onder de reikwijdte brengen van het dividendartikel in verdragen, opdat Nederland deze overeenkomstig zijn nationale wetgeving kan belasten tot maximaal het in de desbetreffende verdragsrelatie voor dividend overeengekomen verdragstarief, ook als in die verdragsrelatie voor interest een uitsluitende woonstaatheffing is overeengekomen. Panama kon instemmen met de opname hiertoe van artikel XII van het Protocol, waardoor de bovengenoemde vergoedingen kunnen vallen onder de reikwijdte van het dividendartikel.

In het negende lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, bepaald dat niet de bepalingen van het eerste, tweede, derde, vierde en elfde lid, maar de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn met betrekking tot dividenden die worden betaald op aandelen die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting waarover de uiteindelijke gerechtigde tot dividenden beschikt in de Verdragsluitende Staat waarvan het lichaam dat de dividenden betaalt, inwoner is.

In het tiende lid is conform het OESO-modelverdrag het verbod tot extraterritoriale belastingheffing vastgelegd. Dit verbod houdt kort gezegd in dat een Verdragsluitende Staat geen belasting mag heffen over winsten uitgekeerd door een in de andere Verdragsluitende Staat gevestigde vennootschap ook al bestaan deze winsten uit voordelen of inkomsten die

uit die andere Verdragsluitende Staat afkomstig zijn. De andere Verdragsluitende Staat mag wel heffen voor zover de aandelen in het winstuitkerende lichaam zijn toe te rekenen aan een aldaar gelegen vaste inrichting. In het elfde lid is op verzoek van Nederland een bepaling opgenomen voor dividenden ontvangen door aanmerkelijkbelanghouders. Deze bepaling moet in samenhang worden gezien met artikel 13, vijfde lid, inzake vermogenswinsten op aanmerkelijkbelangaandelen. Conform het Nederlandse verdragsbeleid zet Nederlands door middel van het zogenoemde «aanmerkelijkbelangvoorbehoud» erop in na emigratie van de aanmerkelijkbelanghouder een heffingsrecht over dividenden respectievelijk vermogenswinsten uit aanmerkelijk belang te behouden. Deze bepaling staat Nederland toe zijn nationale tarief van 25% toe te passen, in plaats van het in tweede lid neergelegde maximumtarief van 15%. Het aanmerkelijkbelangvoorbehoud heeft als achtergrond de wens van Nederland om het ontgaan van belasting tegen te gaan over de winst behaald met de vervreemding van aanmerkelijkbelangaandelen. Dividenden maken naar Nederlands nationaal recht als «reguliere voordelen» ook deel uit van het inkomen uit aanmerkelijk belang. Indien een aanmerkelijkbelanghouder na emigratie reguliere voordelen geniet, wordt deze belastingplichtige als buitenlands belastingplichtige belast, waarbij aanspraak kan worden gemaakt op verrekening van de geheven dividendbelasting. Omdat Panama een territoriaal belastingsysteem kent, worden dividenden ontvangen door inwoners van Panama van lichamen die niet in Panama gevestigd zijn, in Panama effectief niet belast. Onder dergelijke omstandigheden streeft Nederland ernaar een bronheffingsrecht overeen te komen, zodat Nederland zijn heffingsmogelijkheden in de sfeer van de buitenlandse belastingplicht kan effectueren ten aanzien van natuurlijke personen die voorheen in Nederland woonachtig waren. Panama kon met deze Nederlandse wens instemmen, omdat Panama in de spiegelbeeldsituatie als bronstaat ook graag het eigen heffingsrecht wil kunnen effectueren. Wel is overeengekomen om het heffingsrecht van het elfde lid te beperken tot tien jaar na emigratie, waarmee feitelijk is aangesloten bij de kwijtscheldingstermijn voor de conserverende aanslag. Teneinde dubbele Nederlandse heffing over dezelfde winstreserves te voorkomen, wordt de belasting, die wordt geheven over reguliere voordelen, overigens afgeboekt op de bij emigratie opgelegde conserverende aanslag.

Interest (artikel 11 en artikel XII en XIII van het Protocol)

In lijn met het Nederlandse verdragsbeleid heeft Nederland gestreefd naar het overeenkomen van een uitsluitende woonstaatheffing voor interest. In tegenstelling tot Nederland kent Panama een bronbelasting op interest, passend bij het territoriale stelsel dat Panama hanteert. De hoogte van deze bronheffing is de helft van het tarief dat geldt voor normale inkomstenbelasting voor natuurlijke personen en vennootschapsbelasting voor andere personen, toegepast op een bruto-belastinggrondslag. In het kader van een finaal compromis hebben Panama en Nederland overeenstemming bereikt over het maximeren van de bronbelasting op interest tot 5%. Dit is opgenomen in artikel 11, tweede lid, van het Verdrag. Hierbij gelden wel verschillende belangrijke vrijstellingen. Deze vrijstellingen zijn opgenomen in artikel 11, derde lid. Het betreft hier interest ontvangen door de staat, de Centrale Bank of een van de staatkundige onderdelen of plaatselijke publiekrechtelijke lichamen (derde lid, onderdeel a), interest in verband met de verkoop op krediet van koopwaar of uitrusting (derde lid, onderdeel b), interest die aan andere eenheden of instanties betaald wordt als gevolg van door dergelijke eenheden of instanties verstrekte financiering (derde lid, onderdeel c), alsmede de situatie dat de uiteindelijke gerechtigde tot de interest een erkend en onder toezicht staand pensioenfonds is.

Het vierde lid bevat de omschrijving van de uitdrukking «interest». Deze omschrijving is gelijk aan de omschrijving die in artikel 11, derde lid van het OESO-modelverdrag wordt gegeven.

In het vijfde lid is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, bepaald dat niet de bepalingen van het eerste lid, maar de bepalingen van artikel 7 van toepassing zijn met betrekking tot interest die wordt betaald op schuldvorderingen die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting waarover de uiteindelijke gerechtigde (tot die interest) beschikt in de Verdragsluitende Staat van waaruit de interest wordt betaald.

Vervolgens is in het zesde lid in overeenstemming met het OESO-modelverdrag vastgelegd uit welke Verdragsluitende Staat interest geacht wordt afkomstig te zijn.

Ten slotte is in het zevende lid, eveneens in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, bepaald dat de bepalingen van artikel 11 slechts van toepassing zijn voor zover de op een schuldvordering betaalde interest overeenkomt met de interest die tussen onafhankelijke partijen overeengekomen zou zijn, alsmede dat het bovenmatige gedeelte van die interest in het voorkomende geval, rekening houdende met de overige bepalingen van het Verdrag, belastbaar is overeenkomstig de nationale wetgeving van ieder van de Verdragsluitende Staten

Royalty's (artikel 12 juncto artikel XIII en XIV van het Protocol)

Panama kent in tegenstelling tot Nederland een bronbelasting op royalty's, passend bij het territoriale stelsel dat Panama hanteert. De hoogte van deze bronheffing is de helft van het tarief dat geldt voor normale inkomsten (inkomstenbelastingtarief voor natuurlijke personen en vennootschapsbelasting voor andere personen) toegepast op een bruto-belastinggrondslag. Het streven van Panama is gericht op een bronheffing van 10% in zijn verdragen, waarbij een ruime definitie van het begrip royalty's wordt voorgestaan, zodat ook betalingen voor het (recht van) gebruik van industriële, commerciële en wetenschappelijke uitrusting alsmede betalingen voor technische diensten daaronder vallen. Het streven van Nederland is, in overeenstemming met het OESO-modelverdrag, gericht op uitsluitende woonstaatheffing voor royalty's en op een beperkte definitie voor royalty's, zoals opgenomen in het OESO-modelverdrag. Een bronheffing op (bruto)betalingen voor technische diensten past niet binnen het Nederlandse verdragsbeleid. Nederland heeft deze betalingen voor technische diensten dan ook buiten de definitie van het begrip «royalty» kunnen houden. Gezien het belang van bronheffingen voor Panama heeft Nederland in het kader van een finaal compromis uiteindelijk ingestemd met een bronheffing op het gebruik van uitrusting, maar niet op betalingen voor technische diensten. Overeenstemming is bereikt over een maximum bronheffingstarief van 5%. Bovendien hebben Panama en Nederland overeenstemming kunnen bereiken over een speciale regeling in artikel XIV van het Protocol, die de mogelijkheid biedt te opteren voor belastingheffing over royalty's op basis van een nettogrondslag.

In aansluiting op artikel 11, zesde lid, van het Verdrag en conform het OESO-modelverdrag, is in artikel 12, vijfde lid, vastgelegd uit welke Verdragsluitende Staat royalties geacht worden afkomstig te zijn.

Bovendien is in het zesde lid overeenkomstig het OESO-modelverdrag een bepaling opgenomen die de mogelijkheid openlaat over te gaan tot herkwalificatie indien en voor zover de royaltybetaling niet op «arm's length»-basis geschiedde.

Vermogenswinsten (artikel 13 en artikel VI en artikel XV van het Protocol)

Het streven van Panama om zoveel mogelijk bronstaatheffing te kunnen effectueren, kwam ook tot uiting bij de besprekingen over artikel 13. Zoals aangegeven in paragraaf 2.9.2 van de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011 is het verdragsbeleid er zoveel mogelijk op gericht om vast te houden aan de hoofdregel die het heffingsrecht over winsten behaalt met de vervreemding van aandelen toewijst aan de woonstaat, ongeacht de aard van de vermogensbestanddelen van de vennootschap. In het kader van een finaal compromis hebben Nederland en Panama overeenstemming bereikt over een verdeling van heffingsrechten bij vermogenswinsten. Hierbij wordt verwezen naar de toelichting op het zesde lid van dit artikel over de voorwaarden die zijn opgenomen om het heffingsrecht van Panama zoveel mogelijk te beperken.

In het eerste lid is conform het OESO-modelverdrag neergelegd dat bij een door een inwoner van de ene Verdragsluitende Staat behaalde vermogenswinst met een onroerende zaak gelegen in de andere Staat, het heffingsrecht is toegewezen aan de Staat waar de onroerende zaak is gelegen.

In het tweede lid is conform het OESO-modelverdrag verwoord dat voordelen die worden verkregen door een onderneming van de ene Verdragsluitende Staat uit de vervreemding van roerende zaken die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting van die onderneming in de andere Verdragsluitende Staat, mogen worden belast in de staat waar de vaste inrichting is gevestigd.

Overeenkomstig de uitgangspunten die worden gehanteerd in lucht- en scheepvaartverdragen is in artikel 13, derde lid, van het Verdrag overeengekomen dat de vervreemding van luchtvaartuigen en schepen belastbaar is in de Staat waar de persoon is gevestigd die de luchtvaart, respectievelijk scheepvaartonderneming, drijft.

De Panamese wens voor een algehele bronstaatheffing bij vervreemding van aandelen en de Nederlandse wens tot het hanteren van het zogenaamde aanmerkelijkbelangvoorbehoud voor natuurlijke personen heeft geleid tot het compromis van artikel 13, vierde lid, van het Verdrag. In het vierde lid is neergelegd dat voordelen verkregen door een natuurlijk persoon van de ene Verdragsluitende Staat, uit de vervreemding van aandelen of daarmee vergelijkbare belangen in een onderneming die inwoner is van de andere Verdragsluitende Staat, die meer dan 10 procent van het stemrecht, de waarde of het aandelenkapitaal van een dergelijke onderneming in zijn bezit had gedurende een tijdvak van ten hoogste twaalf maanden vóór een dergelijke vervreemding, in die andere Staat mogen worden belast.

In het vijfde lid is neergelegd dat voordelen verkregen door een niet-natuurlijk persoon van de ene Verdragsluitende Staat, uit de vervreemding van aandelen of daarmee vergelijkbare belangen in een onderneming die inwoner is van de andere Verdragsluitende Staat, die meer dan 10 procent van het stemrecht, de waarde of het aandelenkapitaal van een dergelijke onderneming in zijn bezit had gedurende een tijdvak van ten hoogste vierentwintig maanden vóór een dergelijke vervreemding, in die andere Staat mogen worden belast.

Met betrekking tot zogeheten «onroerende zaakvennootschappen» is op voorstel van Panama in het zesde lid bepaald dat vermogenswinsten behaald met de verkoop van aandelen in deze vennootschappen door een inwoner van één van de Verdragsluitende Staten, ter heffing zijn toegewezen aan de Verdragsluitende Staat waarin het onroerend goed is gelegen (de «situsstaat»). Nederland wil echter zoveel mogelijk vasthouden aan de hoofdregel die het heffingsrecht over winsten behaald met de vervreemding van aandelen toewijst aan de woonstaat, ongeacht de aard van de vermogensbestanddelen van de vennootschap. Desondanks is

Nederland al eerder een dergelijke bepaling overeengekomen in andere belastingverdragen (onder andere Albanië, (*Trb.* 2004, 281); Canada, (*Trb.* 1986, 65), Japan, (*Trb.* 2010, 249), Slovenië, (*Trb.* 2004, 252) en het Verenigd Koninkrijk, (*Trb.* 2008, 201). Nederland wenste slechts in te stemmen met opname van een dergelijke bepaling in het Verdrag, indien een aantal extra voorwaarden voor toepassing van de bepaling werd opgenomen. Doel van deze voorwaarden is de reikwijdte van de bepaling in te perken.

De bepaling is slechts van toepassing op aandelenbelangen van ten minste 10%. Tevens is bepaald dat pas sprake is van een onroerend goedvennootschap indien meer dan 90% van de waarde van de aandelen wordt bepaald door het onderliggende onroerend goed, waarbij het onroerend goed waarin de aandeelhouder zijn onderneming uitoefent buiten beschouwing wordt gelaten. Beursgenoteerde vennootschappen, pensioenfondsen en vervreemdingsvoordelen opgekomen tijdens een bedrijfsreorganisatie zijn op verzoek van Nederland uitgesloten van de werkingssfeer van dit artikel.

Ingevolge het zevende lid van artikel 13 zijn conform het OESO-modelverdrag alle overige vervreemdingswinsten ter heffing toegewezen aan de Verdragsluitende Staat waarvan de vervreemder inwoner is.

Inkomsten uit dienstbetrekking (artikel 14)

De verdeling van heffingsbevoegdheden met betrekking tot inkomsten uit niet-zelfstandige arbeid is in artikel 14, eerste en tweede lid, geregeld overeenkomstig de internationaal – en ook in het Nederlands verdragsbeleid gehanteerde – gebruikelijke uitgangspunten. Volgens het eerste lid mag de Verdragsluitende Staat waar de niet-zelfstandige werkzaamheden worden verricht over de daaruit genoten inkomsten heffen. Het tweede lid voorziet daarentegen in een exclusief heffingsrecht van de woonstaat als wordt voldaan aan drie (cumulatieve) voorwaarden:

- a) verblijf van de werknemer in de werkstaat is in totaal niet langer dan 183 dagen in een 12-maandsperiode die begint of eindigt in het betrokken belastingjaar; en
- b) de beloning wordt betaald door of namens een werkgever die geen inwoner is van de werkstaat; en
- c) de beloning komt niet ten laste van een vaste inrichting van de werkgever in de werkstaat.

Als aan één van de drie voorwaarden niet wordt voldaan, mag de werkstaat ook over de inkomsten heffen en dient de woonstaat in voorkoming krachtens artikel 21 van het Verdrag te voorzien. Het doel van deze bepaling is om de fiscale positie van werknemers die voor een beperkte periode werkzaam zijn in verschillende landen of werknemers die voor een beperkte periode worden uitgezonden, niet te veranderen en de werknemer en werkgever extra administratieve lasten te besparen. In het derde lid is neergelegd dat de beloning door werknemers verkregen ter zake van een dienstbetrekking uitgeoefend met betrekking tot een schip of een luchtvaartuig belast mag worden in de Verdragsluitende Staat waarvan de onderneming die het schip of luchtvaartuig exploiteert is gevestigd.

Directeursbeloningen (artikel 15)

Conform het Nederlandse verdragsbeleid ter zake is in afwijking van artikel 14 in het eerste lid neergelegd dat bestuurdersbeloningen mogen worden belast door het land waar het lichaam is gevestigd waarvan de persoon bestuurder is. Het tweede lid geeft uitleg over de personen die naar Nederlandse maatstaven vallen onder de uitdrukking «lid van de raad van bestuur» («member of the board of directors»). Dit zijn voor Nederland de bestuurders en commissarissen.

Artiesten en sportbeoefenaars (artikel 16)

Artikel 16 regelt de verdeling van heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende activiteiten van artiesten en sporters. In paragraaf 2.12 van de eerder genoemde Notitie fiscaal verdragsbeleid van 11 februari 2011 is aangegeven dat Nederland er naar streeft voor inkomsten van sporters en artiesten aan te knopen bij de bepalingen inzake inkomsten uit onderneming of uit dienstverband. Panama wilde graag een aparte OESO-conforme bepaling opnemen over de artiesten en sportbeoefenaars. In het kader van een finaal compromis was Nederland hiertoe bereid. Het eerste lid is materieel conform artikel 17 van het OESO-modelverdrag. Een heffingsrecht wordt toegekend aan de Staat waar de activiteit wordt uitgeoefend.

Ook het tweede lid, dat handelt over situaties waarbij de beloning voor de artistieke of sportieve prestatie toekomt aan een lichaam is in lijn met het OESO-modelverdrag. Ook daar gaat het heffingsrecht naar het land waar de activiteit plaatsvindt.

Op het beginsel van het eerste en het tweede lid is in het derde lid de uitzondering gemaakt dat de inkomsten slechts in de woonstaat van de artiest of sportbeoefenaar mogen worden belast, als diens bezoek aan het andere land geheel of grotendeels wordt gefinancierd uit overheidsfondsen van één of van beide Verdragsluitende Staten of als de activiteiten plaatsvinden in het kader van een cultureel uitwisselingsprogramma tussen de regeringen van beide Verdragsluitende Staten. Een dergelijke bepaling komt voor in tal van Nederlandse belastingverdragen, zoals recent met onder meer Oman (*Trb.* 2010, 2010, 181), Qatar (*Trb.* 2008, 112), het Verenigd Koninkrijk (*Trb.* 2008, 201), Zuid Afrika (*Trb.* 2006, 6) en Zwitserland (*Trb.* 2010, 98).

Pensioen, lijfrenten en sociale zekerheidsuitkeringen (artikel 17)

Mede gelet op het territoriale belastingstelsel in Panama is van Nederlands zijde, in afwijking van het OESO-modelverdrag, maar in lijn met het Nederlands verdragsbeleid zoals neergelegd in paragraaf 2.11 van de Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011, ingezet op een onbeperkte bronstaat-heffing voor pensioenen, lijfrenten en sociale zekerheidsuitkeringen. Panama kon hiermee instemmen. Er wordt geen onderscheid gemaakt wat betreft de toewijzing van het heffingsrecht tussen private en publieke pensioenen.

Een algemeen heffingsrecht voor de bronstaat is ook overeengekomen in recente verdragen van Nederland met Bahrein (*Trb.* 2011, 11), Barbados (*Trb.* 2006, 269), Egypte (*Trb.* 1999, 188), Indonesië (*Trb.* 2002, 33), Jordanië (*Trb.* 2007, 22), Kroatië (*Trb.* 2000, 64), Mongolië (*Trb.* 2002, 88), Oman (*Trb.* 2010, 181), Qatar (*Trb.* 2008, 112), Verenigde Arabische Emiraten (*Trb.* 2007, 107) en Zuid-Afrika (*Trb.* 2006, 6).

In het tweede lid is de voor Nederland gebruikelijke definitie van het begrip «lijfrente» neergelegd.

Ingevolge het derde lid zijn de bepalingen van het artikel ook van toepassing op afkoopsommen van pensioenen, lijfrentes of soortgelijke beloningen.

Het vierde lid regelt welke van de twee Verdragsluitende Staten kan worden aangemerkt als de bronstaat van een pensioen, lijfrente of andere soortgelijke beloning. De bronstaat is de Verdragsluitende Staat die de fiscale faciliteiten heeft verleend voor de opbouw van pensioen of lijfrente door pensioen- of lijfrentepremies in aftrek toe te laten of pensioenaanspraken daaruit niet te belasten. Deze Staat is slechts de bronstaat, voor zover deze fiscale faciliteiten heeft verleend. Deze bepaling regelt ook dat door de overdracht van pensioenkapitaal naar een pensioenfonds in een andere staat het heffingsrecht van de staat waar het pensioenkapitaal tot dan toe was ondergebracht, niet wordt aangetast. De bepaling geldt ook

als het pensioenkapitaal wordt overgedragen van een verzekeringsmaatschappij in het ene verdragsland naar een verzekeringsmaatschappij in het andere Verdragsland.

Overheidsfuncties (artikel 18)

Deze bepaling regelt de toewijzing van het heffingsrecht over alle inkomsten die worden ontvangen door een natuurlijk persoon van een overheidslichaam vanwege werkzaamheden die voor de overheid zijn verricht. Het eerste lid, onderdeel a, wijst het heffingsrecht in beginsel toe aan de Verdragsluitende Staat waar hij in dienst is. Het eerste lid, onderdeel b, van deze bepaling regelt een uitzondering op de bronstaat-heffing van het eerste lid, onderdeel a. De werkstaat heeft het heffingsrecht indien de werknemer inwoner is van de werkstaat en tevens de nationaliteit heeft van die Staat is of niet alleen inwoner van die Staat is geworden om aldaar werk te verrichten voor de andere Staat. Deze uitzondering heeft als achtergrond lokale krachten van bijvoorbeeld een ambassade in hun woonland belastingplichtig te houden. In het tweede lid is neergelegd dat als een onderneming wordt uitgeoefend door de overheid en er inkomsten worden ontvangen voor werkzaamheden voor zo'n onderneming, het overheidsartikel niet geldt. In dat geval gelden andere artikelen van het Verdrag: artikel 14 (inkomsten uit dienstbetrekking), directeursbeloningen (artikel 15), artiesten en sportbeoefenaars (artikel 16) en pensioenen (artikel 17).

Studenten (artikel 19)

Vergoedingen voor het onderhoud, de studie of de opleiding van een uit de andere Verdragsluitende Staat komende student of een persoon die voor een beroep of bedrijf in opleiding is, zijn niet belastbaar in de Verdragsluitende Staat waar de opleiding wordt genoten, mits deze vergoedingen worden betaald vanuit bronnen buiten laatstgenoemde Staat. Deze regeling is gelijk aan de overeenkomstige regeling in het OESO-modelverdrag en is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid.

Overige inkomsten (artikel 20)

In het eerste lid is conform het OESO-modelverdrag vastgelegd dat het heffingsrecht over inkomensbestanddelen, ongeacht de herkomst ervan, die niet in de voorgaande artikelen worden behandeld, exclusief toekomt aan de woonstaat van de uiteindelijk gerechtigde. Conform het OESO-modelverdrag is in het tweede lid vastgelegd dat het eerste lid niet van toepassing is op inkomsten die voortvloeien uit rechten of zaken die behoren tot het bedrijfsvermogen van een vaste inrichting. Ingevolge het derde lid zijn de bepalingen van artikel 20, conform het door de OESO in paragraaf 7 van haar commentaar op artikel 21 van het OESO-modelverdrag, slechts van toepassing voor zover het bedrag van de betreffende inkomsten overeenkomt met het bedrag dat tussen onafhankelijke partijen overeengekomen zou zijn (at arm's-lengthprinciple). Het bovenmatige gedeelte van de inkomsten blijft in voorkomend geval belastbaar overeenkomstig de nationale wetgeving van ieder van de Verdragsluitende Staten, rekening houdend met de overige bepalingen van het Verdrag.

Op voorstel van Panama is een vierde lid opgenomen, gebaseerd op het VN-modelverdrag 2001. Volgens deze bepaling mogen, ongeacht het eerste en tweede lid, overige inkomsten van een inwoner van een Verdragsluitende Staat door de andere Verdragsluitende Staat in de heffing worden betrokken indien zij daaruit afkomstig zijn. Omdat het aantal soorten van inkomen die onder deze bepaling zouden kunnen vallen, gering is (gedacht zou kunnen worden aan het winnen van

loterijprijzen) en alleen beperkt is tot inkomsten afkomstig uit de andere Verdragsluitende Staat heeft Nederland met deze bepaling ingestemd. Andere verdragen waarin Nederland ter zake van «restinkomen» een – beperkte – bronstaatheffing is overeengekomen, zijn de verdragen met Canada, Maleisië (*Trb.* 1988, 27) en Mexico (*Trb.* 1993, 160).

Vermijding van dubbele belasting (artikel 21)

In het eerste lid, onderdelen a en b, is neergelegd dat Nederland ter vermijding van dubbele belasting ten aanzien van de inkomsten die in Panama mogen worden belast, voor bepaalde inkomsten belastingvermindering verleent volgens de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud. Voor andere inkomsten waarover Panama belasting mag heffen verleent Nederland volgens onderdeel c van het eerste lid een vermindering ter vermijding van dubbele belasting volgens de verrekeningsmethode met evenredigheidslimiet. In het eerste lid, onderdeel d, is neergelegd dat Nederland bij het voorkomen van dubbele belasting over passief inkomen dat is toe te rekenen aan een vaste inrichting, de verrekeningsmethode hanteert in plaats van de vrijstellingsmethode, indien – bij het ontbreken van een verdragsrelatie – ook op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 die methode toepassing zou vinden bij het voorkomen van dubbele belasting over dat inkomen. Dit is de zogenoemde «zwarte gatenbepaling».

In het tweede lid, onderdeel a, is neergelegd dat als een inwoner van Panama inkomen ontvangt dat volgens dit Verdrag mag worden belast in Nederland, dit inkomen wordt vrijgesteld in Panama. In het tweede lid, onderdeel b, is neergelegd dat indien als gevolg van dit Verdrag inkomen van een inwoner van Panama is vrijgesteld in Panama, hiermee rekening mag worden gehouden.

Non-discriminatie (artikel 22)

Dit artikel is grotendeels gebaseerd op de gebruikelijke, aan het OESO-modelverdrag ontleende, non-discriminatieregels. Op voorstel van Nederland is een zesde lid opgenomen over de behandeling van pensioenpremies die worden betaald aan een pensioenregeling in één van beide landen. Het doel van deze bepaling is een gelijke belastingaftrek van pensioenpremies voor een inwoner van een Verdragsluitende Staat die pensioenpremies betaalt aan een pensioenfonds in de andere Verdragsluitende Staat. De gelijke aftrek van pensioenpremies houdt in dat dezelfde belastingaftrek moet worden verleend als wanneer deze pensioenpremies waren betaald aan een pensioenfonds in de woonstaat van de premiebetaler. Deze bepaling is primair opgenomen om een voortgezette pensioenopbouw mogelijk te maken voor werknemers die in concernverband gedurende langere tijd (soms enkele jaren) naar het buitenland worden uitgezonden. Een voortgezette pensioenopbouw tijdens de periode van uitzending voorkomt voor de werknemer nadelige pensioenbreuken. Aan de toepassing van het zesde lid zijn twee voorwaarden verbonden:

- de betrokken persoon nam reeds deel aan de pensioenregeling op het moment dat hij inwoner werd, en
- zijn nieuwe woonstaat heeft erkend dat de pensioenregeling overeenkomt met erkende pensioenregelingen van die Staat.

Regeling voor onderling overleg (artikel 23 en artikel III en artikel XVI van het Protocol)

Dit artikel stemt grotendeels overeen met het bepaalde in het OESO-modelverdrag. Op enkele punten is de tekst aangepast. In het tweede lid is op verzoek van Panama opgenomen dat de overeengekomen regeling kan

worden toegepast ongeacht eventuele verjaringstermijnen in de nationale wetgeving van de Verdragsluitende Staten. Het Besluit van de staatssecretaris van Financiën 29 september 2008, nr. IFZ2008/248 M, Stcrt. Nr. 188, beschrijft de wijze waarop Nederland inhoud geeft aan de onderlinge overlegprocedure. In afwijking van het vijfde lid van het OESO-modelverdrag voorziet het vijfde lid van artikel 23 in de mogelijkheid voor de bevoegde autoriteiten om te besluiten tot andere vormen van geschillenbeslechting waaronder bindende arbitrage zoals het OESO-modelverdrag voorschrijft. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 13, vijfde lid, van het OESO-modeluitwisselingsverdrag. Artikel XVI van het Protocol bevat een bepaling op grond waarvan de bevoegde autoriteiten afspraken kunnen maken om belastingplichtigen geen rente te vergoeden en geen rente in rekening te brengen ingeval overlegprocedures in de ene Verdragsluitende Staat hebben geleid tot aanvullende belasting en in de andere Verdragsluitende Staat tot een overeenkomstige vermindering van de belasting.

Uitwisseling van inlichtingen (artikel 24 en artikel XVII van het Protocol)

Zoals in het algemene deel van deze toelichting reeds is aangegeven, was de uitwisseling van inlichtingen een belangrijke reden voor Nederland om met Panama een verdrag te sluiten. Artikel 24 regelt het uitwisselen van inlichtingen op verzoek. Het artikel komt overeen met de informatieuitwisselingsbepaling in het OESO-modelverdrag (artikel 26) en is in lijn met het Nederlandse verdragsbeleid. De bepaling ziet niet alleen op de belastingen waarop het Verdrag van toepassing is, maar ook op nationale belastingen van elke soort of benaming (eerste lid, laatste volzin). Het tweede lid van dit artikel regelt hoe de Verdragsluitende Staat die inlichtingen ontvangt van de andere Verdragsluitende Staat met deze inlichtingen dient om te gaan. In het derde lid wordt aangegeven onder welke omstandigheden een Verdragsluitende Staat geen inlichtingen hoeft te verstrekken aan de andere Verdragsluitende Staat. In het vierde lid is expliciet tot uitdrukking gebracht dat de omstandigheid dat de aangezochte Staat de gevraagde informatie niet nodig heeft voor de eigen belastingheffing geen weigeringsgrond vormt. Voorts verduidelijkt het vijfde lid dat het enkele feit dat informatie in het bezit is van bijvoorbeeld een bank, een andere financiële instelling of een zaakwaarnemer, geen reden mag zijn voor de aangezochte Staat om de gevraagde informatie niet te verstrekken aan de verzoekende Staat.

Artikel XVII van het Protocol bevat de eisen waaraan een informatieverzoek moet voldoen. Op verzoek van Nederland is opgenomen dat Verdragsluitende Staten de informatie-uitwisselingsbepaling binnen vijf jaar na inwerkingtreding van het Verdrag zullen evalueren en, indien noodzakelijk, onderhandelingen zullen beginnen om het artikel aan te passen.

Bijstand bij invordering

Tijdens de onderhandelingen kwam naar voren dat de Panamese belastingdienst de invordering van de nationale belastingsschulden nog niet voldoende op orde heeft en niet in staat zou zijn om bijstand bij invordering te verlenen. Omdat de Panamese belastingdienst nog onvoldoende is toegerust om afspraken over wederzijdse bijstand bij invordering te kunnen nakomen, is in het kader van het totaalcompromis een dergelijke bepaling niet opgenomen in dit Verdrag.

Diplomatieke en consulaire ambtenaren (artikel 25)

Het eerste lid is conform het OESO-modelverdrag en bepaalt dat fiscale voorrechten, toegekend aan leden van een diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging op grond van internationaal recht of internationale overeenkomsten, niet worden aangetast door het Verdrag. Het tweede lid is ontleend aan paragraaf 3 van het commentaar op artikel 28 van het OESO-modelverdrag en bepaalt dat een diplomaat onder bepaalde voorwaarden inwoner van de zendstaat blijft zodat de inwoner gebruik kan maken van de door de zendstaat afgesloten verdragen. Deze bepaling is op verzoek van Nederland opgenomen en gebaseerd op de woonplaats-fictiebepaling, neergelegd in artikel 2.2, tweede lid, Wet IB 2001. Het derde lid is ontleend aan paragraaf 4 van het commentaar op artikel 28 van het OESO-modelverdrag en bepaalt dat internationale organisaties, alsmede hun organen of functionarissen, of leden van een diplomatieke vertegenwoordiging of consulaire post van een derde staat geen recht hebben op verdragstoepassing hebben indien zij niet aan dezelfde verplichtingen ter zake van belastingen zijn onderworpen als inwoners van die Verdragsluitende Staat.

Territoriale reikwijdte (artikel 26)

In dit artikel over de territoriale reikwijdte is in het derde lid expliciet opgenomen dat dit Verdrag Panama niet ervan weerhoudt om een verdrag te sluiten met andere delen van het Koninkrijk der Nederlanden. Bij de Koninkrijkspositie is hierop reeds ingegaan.

Maatregelen om oneigenlijk gebruik van het Verdrag tegen te gaan (artikel 27)

Op verzoek van Nederland is in het Verdrag een bepaling opgenomen die beoogt oneigenlijk gebruik van het Verdrag tegen te gaan. De bepalingen van het Verdrag zullen Verdragsluitende Staten er niet van weerhouden hun regels zo toe te passen dat misbruik wordt tegengegaan. In de briefwisseling van 6 oktober 2010 zijn de afspraken neergelegd over de toepassing van dit artikel. Artikel 27 zal wat betreft Nederland zien op de toepassing onder het Verdrag van het Nederlandse algemene leerstuk van «fraus legis» (wetsontduiking). De noodzakelijke vereisten voor toepassing van «fraus legis» zijn de volgende:

1. de belastingplichtige verricht een rechtshandeling of een complex van met elkaar samenhangende rechtshandelingen met als gevolg dat belasting die bij het achterwege blijven van die rechtshandeling(en) zou zijn geheven, geheel of gedeeltelijk niet kan worden geheven;
2. de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de rechtshandeling is vrijdeling van de belastingheffing, en
3. de gekozen wijze van belastingvrijdeling is strijdig met doel en strekking van de wet.

Door middel van «fraus legis» kunnen (rechts)handelingen worden genegeerd of worden vervangen door andere (rechts)handelingen. Door opname van een bepaling hierover in de beleidsafpraak wordt zeker gesteld dat Nederland een (her)kwalificatie onder het nationaalrechtelijke leerstuk van «fraus legis» mag toepassen onder het Verdrag. Voorts is in de beleidsafpraak opgenomen dat Nederland zich primair het heffingsrecht voorbehoudt om de bepalingen van artikel 17, derde lid, onderdeel b, en artikel 17a, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 te kunnen toepassen. In artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is als onderdeel van het Nederlandse inkomen opgenomen: het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang (in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001) in een in Nederland gevestigde vennootschap, waarbij het aanmer-

kelijk belang niet tot het vermogen van een onderneming dient te behoren. Op grond van artikel 17a, eerste lid, onderdeel c, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 worden schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap tot een Nederlandse onderneming gerekend, indien de gerechtigde tot de schuldvordering een aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 heeft in die vennootschap. Uit de verwijzing naar artikel 17, derde lid, onderdeel b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 volgt dat ook hier geldt dat het aanmerkelijk belang voor de gerechtigde tot de schuldvordering niet behoort tot het ondernemingsvermogen. Nederland heeft zich ter zake het heffingsrecht voorbehouden, om te waarborgen dat oneigenlijk gebruik kan worden bestreden. Oneigenlijk gebruik zou denkbaar zijn als gevolg van de territoriale heffing in Panama in samenhang met de volledige verdragstoepassing van in Panama opgerichte lichamen. Immers, er zijn structuren denkbaar die erop gericht zijn aanmerkelijkbelangaandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap vrij van Nederlandse belastingheffing te kunnen vervreemden, de winstreserves geheel of gedeeltelijk te kunnen uitkeren in de vorm van een dividend, dan wel de rente uit schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde aanmerkelijkbelangvennootschap belastingvrij te ontvangen, door tussenschakeling van een lichaam van Panama dat wordt opgericht louter om de desbetreffende aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap te houden.

Inwerkingtreding (artikel 28 en artikel X van het Protocol)

Het Verdrag treedt in werking op de eerste dag van de tweede maand na de laatste van de data waarop de regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Panama elkaar zullen hebben medegedeeld dat aan de vereiste formaliteiten is voldaan.

Met betrekking tot bronbelastingen is het Verdrag van toepassing op bedragen die zijn betaald op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het Verdrag in werking is getreden. Met betrekking tot belasting op inkomen en andere belastingen (niet zijnde bronbelastingen) vindt het Verdrag toepassing op belastingjaren en -tijdvakken die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin het Verdrag in werking is getreden.

Met betrekking tot de uitwisseling van informatie voor strafrechtelijke belastingzaken, als gedefinieerd in artikel 3, eerste lid, onderdeel I, kan informatie worden ingewonnen voor belastingtijdvakken die beginnen op of na 1 januari van het jaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit Verdrag.

Met betrekking tot de uitwisseling van informatie voor niet-strafrechtelijke belastingzaken is het alleen mogelijk verzoeken om informatie te doen die betrekking hebben op belastingtijdvakken die beginnen op of na 1 januari van het jaar volgend op de inwerkingtreding van dit Verdrag.

Beëindiging (artikel 29)

Het Verdrag wordt in beginsel voor onbepaalde tijd aangegaan. Na verloop van een periode van vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van het Verdrag kan het echter door elk van beide Verdragsluitende Staat, langs diplomatieke weg, worden beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden vóór het verstrijken van een kalenderjaar. Het Verdrag houdt in dat geval op van toepassing te zijn op

belastingjaren en -tijdvakken die aanvangen op of na 1 januari van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de kennisgeving van beëindiging is gedaan.

De staatssecretaris van Financiën,
F. H. H. Weekers

De minister van Buitenlandse Zaken,
U. Rosenthal