

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

Beneficial Ownership

Een internationale inventarisatie

Naam: Carel van Boetzelaer

Studentnummer: 315546

Begeleider: Mr. D.E. van Sprundel

Amsterdam, 3 april 2014

Lijst van gebruikte afkortingen

AN	Audiencia Nacional
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
art.	artikel
bfi	Bijzondere financiële instelling
BvdB	Besluit voorkoming dubbele belasting
CPTA	Centre for Tax Policy and Administration
EU	Europese Unie
EUR	euro
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau for Fiscal Documentation
i.e.	id est
NSV	Nederlands Standaard Verdrag
NFV	Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
VN	Verenigde Naties
Wet DB	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WP	Working Party

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	2
Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	6
1.1 Aanleiding	6
1.2 Onderzoeksvraag.....	8
1.3 Opzet.....	8
1.4 Toetsingscriterium.....	9
1.5 Afbakening.....	10
Hoofdstuk 2 – Beneficial owner door de OESO voor 2003	11
2.1 Introductie van beneficial ownership.....	11
2.2 Belangrijkste internationale jurisprudentie voor 2003.....	14
2.2.1 Marketmaker	14
2.2.2 Diebold	17
2.2.3 Copyrights	20
2.3 Analyse	21
Hoofdstuk 3 – Beneficial owner door de OESO na 2003	23
3.1 Statische en dynamische verdragsinterpretatie.....	23
3.2 Commentaar OESO-Modelverdrag 2003.....	24
3.3 Belangrijkste internationale jurisprudentie na 2003	26
3.3.1 Toelichting verschil tussen common law en civil law	26
3.3.2 Indofood	27
3.3.3 Real Madrid F.C.	33
3.3.4 Royal Bank of Scotland.....	35
3.3.5 Prevost	38
3.3.6 HHU	41
3.3.7 NetApp	43
3.3.8 ISS	45
3.3.9 Vodafone	47
3.3.10 Velcro	48
3.3.11 Total return swap.....	50
3.3.12 SMI futures.....	52

3.4	<i>Analyse</i>	54
3.4.1	Toelichting op likert schaal / methode	56
Hoofdstuk 4 – Voorstellen OESO-Commentaar bij beneficial ownership		59
4.1	<i>Discussion draft april 2011</i>	59
4.1.1	Nationale of internationale uitleg begrip	60
4.1.2	Trusts	61
4.1.3	Volledig recht te gebruiken en te genieten	62
4.1.4	Anti-misbruik	65
4.1.5	BO vs UBO	67
4.2	<i>Revised discussion draft oktober 2012</i>	68
4.2.1	Lid 1	68
4.2.2	Lid 4	69
4.2.3	Lid 5	72
4.2.4	Lid 6	73
4.2.5	Lid 7	73
4.3	<i>Analyse</i>	74
4.3.1	Toegang	74
4.3.2	Onderwerp en doel (“Object and purpose”)	75
4.3.3	Vangnetbepaling	76
4.3.4	Stroomschema	76
4.3.5	Toetsing jurisprudentie	77
Hoofdstuk 5 – Uiteindelijk gerechtigde door Nederland		82
5.1	<i>Dividendstripping</i>	82
5.1.1	Negatieve omschrijving	84
5.1.2	Tegenprestatie in samenhang met genoten opbrengsten	86
5.1.3	Samenstel van transacties	87
5.1.4	Ten goede is gekomen aan	89
5.1.5	Bewijslast fiscus	90
5.2	<i>Verdragen</i>	91
5.2.1	Verdragen met beneficial ownership	92
5.2.2	Verdragen zonder beneficial ownership	94
5.2.3	Belastingverdrag Japan	94

Hoofdstuk 6 – Conclusie	97
<i>6.1 Aanbeveling.....</i>	<i>101</i>
Literatuurlijst	105
Appendices	113
<i>Appendix I – OESO-Commentaar 2010.....</i>	<i>113</i>
<i>Appendix II – Discussion draft april 2011</i>	<i>115</i>
<i>Appendix III – Revised discussion draft oktober 2012.....</i>	<i>119</i>

Hoofdstuk 1 – Inleiding

L'usage seulement fait la possession. (Jean de La Fontaine – Fables 1668)

Slechts dat wat men gebruikt, bezit men.

1.1 Aanleiding

Door de toenemende globalisering vervagen de grenzen waarbinnen gehandeld wordt. Een gevolg hiervan is het feit dat vele landen verdragen ter voorkoming van dubbele belasting sluiten om zich als handelsland aantrekkelijk te positioneren op de internationale markt. Daarnaast is het sluiten van belastingverdragen bevorderlijk voor het aantrekken van buitenlandse investeringen.¹ Veelal zijn de verdragen gebaseerd op het modelverdrag zoals dat is opgesteld door de leden van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (het “OESO-Modelverdrag”) of het modelverdrag zoals dat door de Verenigde Naties is opgesteld (het “VN Modelverdrag”). Waar tot voor kort de door Nederland te sluiten verdragen als startpunt voor de onderhandelingen met een andere staat gebaseerd werden op het Nederlands Standaard Verdrag (“NSV”) – dat op veel punten in overeenstemming is met het OESO-Modelverdrag – heeft de Staatssecretaris van Financiën (“Staatssecretaris”) in zijn Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (“NFV 2011”) aangegeven belastingverdragen te willen sluiten die zoveel mogelijk overeenkomen met het OESO-Modelverdrag. Hierdoor is naar zijn mening een apart NSV niet meer benodigd.²

Belastingontwijking en belastingontduiking komen in verschillende vormen voor. Staten proberen zich te wapenen tegen dergelijk misbruik. Een van de manieren waarop staten dit misbruik proberen te kanaliseren of tegen te gaan is door gebruik van het begrip beneficial owner (vergelijkbaar met het Nederlandse begrip uiteindelijk gerechtigde).

Aan het begrip beneficial owner – dat in 1977 geïntroduceerd werd in de artikelen 10 tot en met 12 – is in het OESO-Modelverdrag geen definitie of uitleg gegeven. In het OESO-Commentaar wordt het begrip beneficial owner wel enigszins uitgewerkt. Het OESO-Commentaar heeft als doel een zeer uitgebreide toelichting te geven op de diverse artikelen van het OESO-Modelverdrag. In 2003 is de tekst van het OESO-Commentaar bij de artikelen

¹ Centraal Planbureau, ‘Nederland belastingparadijs? Nederland doorsluisland!’, CPB Policy Brief, 2013/07.

² Ministerie van Financiën, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 11 februari 2011, p. 9 – 10.

10, 11 en 12 uitgebreid om een duidelijker beeld te scheppen van de betekenis van het begrip beneficial owner. Volgens velen is deze voorbereiding echter onvoldoende geweest om het beoogde doel te bereiken. Het beoogde doel is namelijk om verdragsmisbruik tegen te gaan. Dit blijkt eveneens uit arresten die in verschillende staten zijn geweest, waarbij verschillende criteria gehandhaafd werden bij het bepalen of er al dan niet sprake was van beneficial ownership.

Wanneer een multinationale onderneming opbrengsten geniet in een in Nederland gevestigde kapitaalvennootschap in de vorm van dividend, rente of royalty's en deze kapitaalvennootschap is de beneficial owner van deze opbrengsten, dan wordt het heffingsrecht op basis van het OESO-Modelverdrag aan Nederland toegewezen behoudens eventuele bronheffing. In dit geval zal de multinationale onderneming gebruik kunnen maken van de vele belastingverdragen die Nederland heeft gesloten. Geleid door Het Financieel Dagblad met haar rubriek Belastingroute NL duikt de media – soms niet gehinderd door enige fiscale kennis – collectief op de veronderstelling dat multinationals in Nederland gevestigde entiteiten gebruiken of misbruiken om belasting te ontwijken door middel van *treaty shopping*. Een populaire term in de media en het politieke debat is de brievenbusvennootschap (ook wel brievenbusfirma, brievenbusmaatschappij of bijzondere financiële instellingen, “bbv”).³ Verschillende instanties hebben sterk afwijkende definities van deze term, waardoor de discussie mijns inziens onzuiver gevoerd wordt.⁴ De OESO omschrijft een bbv (ook wel special purpose entity) als: (i) een rechtspersoon die (ii) geregistreerd is en onderworpen is aan fiscale en andere juridische verplichtingen in diens jurisdictie, (iii) direct of indirect gecontroleerd wordt door een buitenlandse aandeelhouder, (iv) weinig of geen werknemers heeft, weinig of geen productieactiviteiten in de bronstaat verricht en weinig overige aanwezigheid in de bronstaat heeft, (v) bezittingen en schulden heeft die voornamelijk buitenlandse investeringen vertegenwoordigen en (vi) waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit het houden en financieren van dochtervennootschappen.⁵

³ Promogroup (de Nederlandse houdstermaatschappij van de Rolling Stones) heeft in een civiele rechtszaak getracht een rectificatie af te dwingen met betrekking tot het gebruik van de term brievenbusfirma in het programma Nieuwsuur, waarin vennootschap van de Rolling Stones werd aangehaald als brievenbusfirma. Rechtbank Amsterdam oordeelde echter dat er geen sprake was van een onrechtmatige uiting. Zie Rechtbank Amsterdam, 18 januari 2013, zaaknr. 532030.

⁴ Zie voor de verschillende definities: M. Sanders en J. Grabarz, ‘Wat is een bbv eigenlijk?’, NTFR 2013/4, 04-03-2013.

⁵ OESO, ‘Addressing Base Erosion and Profit Shifting’, OECD Publishing 2013, p. 18.

Op 29 april 2011 heeft het *Centre for Tax Policy and Administration* (“CTPA”) een ontwerp gepubliceerd om de betekenis van het begrip beneficial owner in het OESO-Commentaar te verduidelijken, waarna er van 39 instanties commentaar op het ontwerp is ontvangen. Vervolgens heeft het CTPA op 19 oktober 2012 een *revised discussion draft* gepubliceerd.

1.2 Onderzoeksvraag

Gezien het feit dat er tot op heden nog steeds geen uniforme uitleg van het begrip beneficial owner bestaat, wordt in deze scriptie aandacht besteed dit begrip. Om te onderzoeken wat het beste beneficial owner begrip is, worden de benadering in het OESO-Modelverdrag, het OESO-Commentaar, de gewezen jurisprudentie uit de OESO-lidstaten en het Nederlandse begrip uiteindelijk gerechtigde met elkaar vergeleken. De onderzoeksvraag luidt als volgt:

Wat is het beste beneficial owner begrip?

1.3 Opzet

Om tot beantwoording van de onderzoeksvraag te komen dient een aantal deelvragen beantwoord te worden, te weten:

1. Hoe werd het begrip beneficial owner tot 2003 benaderd door de OESO en in de jurisprudentie van haar lidstaten?

In hoofdstuk 2 wordt uitgewerkt hoe het begrip beneficial ownership in het OESO-Modelverdrag tot stand is gekomen en de ontwikkelingen op het gebied van beneficial ownership tot de wijziging in het OESO-Commentaar van 2003 worden hierin beschreven. Daarbij wordt een drietal arresten besproken die in deze periode gewezen zijn en betrekking hadden op de vraag of er al dan niet sprake was van beneficial ownership.

2. Hoe werd het begrip beneficial owner vanaf 2003 benaderd door de OESO en in de jurisprudentie van haar lidstaten?

Hoofdstuk 3 bevat de ontwikkelingen van het beneficial ownership begrip in het OESO-Commentaar na 2003 en de relevante gewezen jurisprudentie in verschillende OESO lidstaten. In een elftal arresten kwam de vraag op of er al dan niet sprake was van beneficial ownership in grensoverschrijdende situaties. De criteria waaraan werd getoetst zijn

opgenomen in een tabel waardoor een overzicht van de verschillende toetsingskaders wordt verkregen. Vervolgens wordt door middel van de Likert-schaal een gewicht aan deze criteria verbonden. Hieruit ontstaat een beeld van de mate van doorslaggevendheid van de verschillende criteria.

3. Hoe stelt de OESO voor het begrip beneficial owner in de toekomst te benaderen?

Zoals aangegeven heeft de OESO de *discussion draft april 2011* en *revised discussion draft december 2012* gepubliceerd waarin een wijziging in het OESO-Commentaar bij het begrip beneficial owner wordt voorgesteld. In hoofdstuk 4 wordt dit initiatief van de OESO om het OESO-Commentaar aan te passen tegen het licht gehouden. Daarnaast wordt de besproken jurisprudentie uit de hoofdstukken 2 en 3 opnieuw getoetst alsof de *revised discussion draft december 2012* op die situaties van toepassing zou zijn geweest.

4. Hoe wordt het begrip uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse belastingwetten en belastingverdragen benaderd?

In hoofdstuk 5 wordt besproken waar de term uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse wet voorkomt en hoe deze geïnterpreteerd dient te worden. Hierbij wordt beneficial owner gelijk gesteld aan uiteindelijke gerechtigde, zoals die in de Nederlandse wet opgenomen is. De nadruk ligt op de Wet DB, maar in de Wet IB, Wet VPB en het BvdB wordt ook gerefereerd aan het begrip uit de anti-dividendstripping maatregel. Daarnaast wordt onderzocht hoe het begrip beneficial ownership in verdragssituaties wordt geïnterpreteerd, gezien vanuit Nederland.

5. Hoe vind ik dat het begrip beneficial owner zou moeten worden benaderd?

Als sluitstuk worden in hoofdstuk 6 conclusies getrokken uit de voorgaande hoofdstukken op basis van de deelvragen en wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag. In dit hoofdstuk worden door mij tevens aanbevelingen gedaan met betrekking tot de toekomstige interpretatie van het begrip beneficial owner.

1.4 Toetsingscriterium

De Nederlandse benadering van het begrip beneficial owner wordt in deze scriptie afgezet tegen de benadering van de OESO en haar lidstaten aan de hand van jurisprudentie. In deze onderzoeksvraag schuilt een subjectief element door de vraag te stellen welke het beste is. Om

tot een oordeel te komen worden de verschillende begrippen naast elkaar gelegd en wordt, op basis van toetsing aan de gewezen jurisprudentie, het beste beneficial owner begrip geformuleerd. Wellicht ten overvloede merk ik op dat aan de hand van deze informatie uiteenzet wat mijns inziens het beste beneficial owner begrip moet zijn.

1.5 Afbakening

Naast het fiscale begrip beneficial owner bestaat ook het begrip *ultimate beneficial owner*. Dit begrip is een *risk control concept* uit de reguleringscontext wat met name – zeker door banken – zeer strikt wordt toegepast. Het leerstuk van *Know Your Customer* wordt in deze scriptie niet verder uitgewerkt omwille de fiscale irrelevantie van dit begrip. Waar in deze scriptie uiteindelijke gerechtigde wordt gelezen doel ik op het fiscale begrip beneficial owner en niet op *ultimate beneficial owner* zoals bedoeld in de reguleringscontext.

Omwille de omvang van de scriptie is het EU-recht en daarmee de vrijheden en richtlijnen grotendeels buiten schot gebleven. Wel wordt in hoofdstuk 3, paragraaf 2, onderdeel 7, kort het Cadbury Schweppes-arrest aangehaald, voor zover dit arrest bijdraagt aan de beantwoording van de probleemstelling. Verder wordt de vraag of er sprake is van substance buiten beschouwing gelaten. Vanuit internationaal oogpunt is dit een belangrijk en interessant vraagstuk, maar het beneficial owner begrip ziet op de geldstromen en in mindere mate op de vraag of de beneficiary voldoende substance heeft. Zo wordt – mede gezien de omvang van de scriptie en de onderzoeksopzet – bijvoorbeeld niet ingegaan op de substance eisen zoals opgenomen in artikel 3a lid 7 van het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

Waar een vennootschap wordt aangeduid als een conduit, kan de Nederlandse term doorstroomvennootschap worden gelezen en vice versa. Daarnaast wordt de term beneficial owner gelijk gesteld met het Nederlandse begrip uiteindelijk gerechtigde. Op de problematiek van hetgeen verwoord is in artikel 8c Wet VPB wordt in deze scriptie niet ingegaan daar dit buiten het bestek van de onderzoeksvraag valt.

Hoofdstuk 2 – Beneficial owner door de OESO voor 2003

In dit hoofdstuk wordt het begrip *beneficial ownership* uitgewerkt, gezien vanuit de OESO in de jaren voor 2003. De eerste paragraaf bevat de totstandkoming van het begrip in het OESO-Modelverdrag en de belangrijkste ontwikkelingen tot 2003. Vervolgens wordt in paragraaf 2 relevante jurisprudentie uitgewerkt waar in nationale procedures is bepaald onder welke condities er sprake is van beneficial ownership. Een overzicht van de criteria waar de nationale rechters aan getoetst hebben en een analyse van deze criteria zijn opgenomen in paragraaf 3.

2.1 Introductie van beneficial ownership

Op 14 december 1960 tekende twintig landen de *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*, waarmee de OESO tot stand kwam.⁶ Sinds de totstandkoming zijn er veertien landen extra toegetreden tot de OESO waardoor het aantal leden 34 is.⁷ Daarnaast werkt de OESO tegenwoordig nauw samen met grote opkomende landen.⁸ In 1967 heeft de OESO onder haar leden een onderzoek uitgevoerd ter inventarisatie van de punten uit het OESO-Modelverdrag van 1963, waarmee leden problemen ondervonden. Naar aanleiding van dit onderzoek stelde het Verenigd Koninkrijk dat aanpassing van de artikelen 10, 11 en 12 noodzakelijk was om misbruik te voorkomen. Deze aanpassing was nodig gezien het feit dat de vermindering van bronheffing op grond van deze artikelen alleen aan de orde zou mogen zijn als de ontvanger van de inkomsten, beneficial owner of belastingplichtig inwoner van de andere verdragssluitende staat is. De delegatie van het Verenigd Koninkrijk stelde voor om de voorwaarde van *subject-to-tax* of *beneficially owned* toe te voegen aan de bepalingen, welke in de protocolbepalingen van haar verdragen met de Verenigde Staten en met Zwitserland uit 1966 waren opgenomen.⁹

⁶ Te weten België, Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zweden, Zwitserland. <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>

⁷ Te weten Japan (1964), Finland (1969), Australië (1971), Nieuw Zeeland (1973), Mexico (1994), Tsjechië (1995), Hongarije (1996), Polen (1996), Korea (1996), Slowakije (2000), Chili (2010), Slovenië (2010), Israël (2010), Estland (2010). <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>

⁸ Sinds 2007 bestaat er *enhanced engagement* met Brazilië, China, India, Indonesië en Zuid Afrika. In 2007 is Rusland begonnen aan het proces om lid van de OESO te worden. In totaal werkt de OESO samen met meer dan 70 niet-leden. <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>

⁹ OESO Fiscaal Comité, ‘Observations of Member Countries on difficulties raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital’, TFD/FC/216.

Working Party 27 (“WP 27”) van het Fiscaal Comité kreeg de opdracht om het voorstel van het Verenigd Koninkrijk nader te onderzoeken. Eind 1968 publiceerde WP 27 haar bevindingen, waarin zij stelde dat een *subject-to-tax* eis niet in overeenstemming was met de geest en structuur van het OESO-Modelverdrag. Daarnaast zou uit lid 1 reeds blijken dat de ontvangende partij daadwerkelijk inwoner van de andere verdragssluitende staat diende te zijn.¹⁰ Tijdens de bespreking van het eerste rapport stelde het VK opnieuw voor om de *subject-to-tax* eis of *beneficially owned* eis toe te voegen aan de bepalingen. Ook de Verenigde Staten en Zwitserland spraken zich uit voor de opname van deze voorwaarden, wat niet onlogisch was gezien de protocolbepalingen die zij in 1966 met het Verenigd Koninkrijk waren overeengekomen. Duitsland stelde dat de opname van beneficial ownership in de bepalingen niet noodzakelijk was, aangezien in de bepaling genoeg duidelijkheid werd geschapen; een aanpassing van het OESO-Commentaar zou volstaan.¹¹ Begin 1970 deed WP 27 de aanbeveling om het begrip beneficial owner op te nemen in de bepalingen. Het verzoek van onder andere het Verenigd Koninkrijk om een *subject-to-tax* eis op te nemen werd niet gehonoreerd. Dit kon immers leiden tot interpretatieproblemen en een dergelijke eis was, zoals eerder aangegeven, niet in overeenstemming met de geest en structuur van het OESO-Modelverdrag.¹²

In het OESO-Modelverdrag van 1977 werd het begrip beneficial owner in de artikelen 10, 11 en 12 geïntroduceerd. Deze artikelen stelden dat de bronstaat van de dividenden, interest en royalty's slechts vermindering of vrijstelling van bronheffing mocht toestaan, indien de in de andere verdragsstaat gevestigde genier de beneficial owner van de inkomsten was. Het OESO-Commentaar bij de artikelen refereerde slechts aan *agents* en *nominees* als voorbeelden van personen die normaliter niet als beneficial owner van inkomsten werden aangemerkt.

Daarnaast had Working Party 21 (“WP 21”) de opdracht gekregen om gevallen van misbruik van belastingverdragen te inventariseren en voorstellen te doen voor maatregelen die dit misbruik zouden kunnen tegengaan. De nadruk van dit onderzoek lag op het gebruik van

¹⁰ Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, ‘Preliminary Report on Suggested Amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention’, FC/WP27(68)1, 30 december 1968.

¹¹ Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, ‘Note on the Discussion of the First report’, DAF/FC/69.10, 4 juli 1969.

¹² Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, ‘Report on suggested amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention’, FC/WP27(70)1, 16 februari 1970.

entiteiten in derde landen om van verdragsvoordelen gebruik te kunnen maken.¹³ Hierbij werd voornamelijk gekeken naar de *entity conduit*¹⁴. Deze WP stelde voor om een *subject-to-tax* eis te introduceren om gevallen waarin een vennootschap in een derde land wordt tussengeschoven – om gebruik te kunnen maken van een bepaald belastingverdrag – tegen te gaan. In dit geval hing de toepassing van de verlaagde bronbelasting af van de mate van belastingheffing op het niveau van de tussenhoudster.¹⁵ Deze suggestie vond uiteindelijk geen uitwerking in het OESO-Modelverdrag, maar in onderdeel 7 tot en met 10 van het OESO-Commentaar bij art. 1 van het OESO-Modelverdrag van 1977.

In 1986 bracht de OESO het *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, Issues in International Taxation No. 1: International Tax Avoidance and Evasion* rapport¹⁶ (“conduit rapport”) uit, waarin het misbruik van belastingverdragen en de bestrijding daarvan door middel van het concept beneficial owner opnieuw aan de orde werd gesteld. De aangestelde commissie concludeerde dat het begrip beneficial owner in de nieuwe bepalingen van het OESO-Modelverdrag van 1977 niet geschikt was om problemen met doorstroomvennootschappen op te lossen. Paragraaf 14b van het conduit rapport stelde dat het in de praktijk moeilijk zou zijn voor bronlanden om aan te tonen dat de doorstroomvennootschap niet de beneficial owner was. Het feit dat de voornaamste functie van de vennootschap het houden van activa of rechten behelsde, was niet voldoende om de vennootschap aan te merken als een zuivere tussenpersoon. In dit geval zou verder onderzoek nodig zijn, wat een grote last voor de bronstaat was. Daarnaast bestond de kans dat de woonstaat van de doorstroomvennootschap niet over de noodzakelijke informatie beschikte, waardoor zelfs een afspraak over de uitwisseling van informatie tussen staten dit probleem niet op zou lossen. Om deze reden is de mogelijkheid opgenomen om bilateraal de behandeling van dergelijke vennootschappen overeen te komen.

¹³ Working Party No. 21 van het OESO Fiscaal Comité , FC/WP21(67)1. Ontleend uit: J. Gooijer, ‘Beneficial ownership: eindelijk duidelijkheid?’, MBB 2013/5.

¹⁴ Een *entity conduit* heeft geen verplichting tot het doorbetalen van het ontvangen inkomen. De effectieve belastingdruk zal vaak laag zijn vanwege de toepassing van bijvoorbeeld een vergelijkbare regeling als wij die kennen in de vorm van een deelnemingsvrijstelling. De *entity conduit* dient hiervoor te kwalificeren als beneficial owner.

¹⁵ Working Party No. 1 van het OESO Fiscaal Comité , ‘Draft Report on Tax Avoidance through the Improper Use and Abuse of Tax Conventions’, CFA/WP1(75)3, 21 mei 1975.

¹⁶ OESO, ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, Issues in International Taxation No. 1: International Tax Avoidance and Evasion’, Parijs 1987.

2.2 Belangrijkste internationale jurisprudentie voor 2003

In de periode vanaf de introductie van het begrip beneficial ownership in 1977 tot 2003 is er een aantal arresten geweest die betrekking hebben op dit begrip in binnen- en buitenland.¹⁷ Deze arresten hebben onder andere geleid tot de wijziging van het OESO-Commentaar bij het OESO-Modelverdrag in 2003.

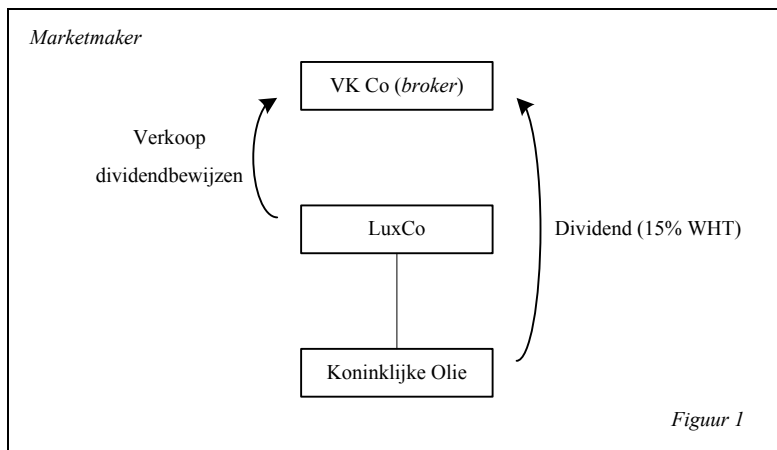
2.2.1 *Marketmaker*¹⁸

Het marketmaker-arrest is vooralsnog de enige zaak met betrekking tot het begrip beneficial ownership dat door de Hoge Raad (“HR”) is beslecht. De belanghebbende was een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap (“VK Co”). Belanghebbende had in 1985 van een Luxemburgse vennootschap (“LuxCo”) dividendbewijzen in het Nederlandse Koninklijke Olie gekocht. Er was geen sprake van recht op de verdragsvoordelen van het verdrag tussen Nederland en Luxemburg, gezien het feit dat de Luxemburgse vennootschap vrijgesteld was van Luxemburgse vennootschapsbelasting. Ten tijde van de koop was het dividend wel gedeclareerd, maar nog niet betaalbaar gesteld. De aankoopprijs van de dividendbewijzen bedroeg ongeveer 80% van het bedrag aan dividenden dat gedeclareerd was. Na de betaalbaarstelling van het dividend inde belanghebbende de dividenden, verminderd met 25% Nederlandse dividendbelasting. Vervolgens verzocht de belanghebbende om een teruggaaf van 10%, wat overeenkomt met hetgeen dat maximaal mocht worden ingehouden op grond van het belastingverdrag dat tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk destijds gesloten was. Voorwaarde voor de toepassing was echter wel dat de ontvangende vennootschap ook de beneficial owner was.

¹⁷ Niet besproken wordt het Zwitserse arrest V.SA (Commission Federale de Recours en Matiere de Contributions (Zwitserland: *Federal Tax Appeals Commission*), Case VPB 65.86, 28 februari 2001). Hierin werd geoordeeld dat in het geval van V.SA geen sprake was van beneficial ownership, aangezien V.SA niet voldoende informatie verstrekt had om te kunnen bepalen of zij de dividenden voor eigen gebruik ontving. De verdere vereisten voor uiteindelijke gerechtigdheid kwamen niet aan de orde in dit arrest.

Ook niet besproken wordt het Duitse tennislicentie-arrest (Finanzgericht Köln, Case 2 K 3358/93, 24 oktober 1996). In dit arrest hoefde de rechtbank geen oordeel te vellen over de vraag of er sprake was van beneficial ownership, omdat het inkomen bij NedCo niet kon worden aangemerkt als royalty's op basis van het geldende belastingverdrag. Er was echter sprake van een *handling fee* oftewel een *independent financial service*. De rechtbank heeft wel aangegeven dat zij er niet van overtuigd was dat NedCo als beneficial owner kon worden aangemerkt, aangezien NedCo alle sublicentiecontracten diende voor te leggen aan een Limited in een niet-verdragsland.

¹⁸ HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217.



In geschil was de vraag of VK Co kon worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden in de zin van art. 10 lid 2 van het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

De fiscus was van mening dat de *marketmaker* niet kwalificeerde als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden en dat er geen recht op teruggave van 10% dividendbelasting bestond. Deze mening werd onderbouwd door een tweetal argumenten. Ten eerste was eigendom van de aandelen vereist voor het toepassen van het verlaagde 15% bronbelastingtarief op basis van het belastingverdrag. Zonder dit vereiste zou er misbruik kunnen plaatsvinden volgens de fiscus, wat niet de intentie van dit verdrag was. Daarnaast vereiste het officiële teruggaaf-formulier voor bronbelasting dat iedere belastingplichtige die om teruggaaf vroeg, verklaarde dat hij de beneficial owner van de dividenden was die voortkwamen uit zijn eigendomsrechten met betrekking tot de onderliggende aandelen. Ten tweede stelde de fiscus dat belanghebbende niet de eigenaar was van de dividendbewijzen op het moment dat het dividend werd gedeclareerd.

Belanghebbende stelde ten eerste dat het officiële teruggaaf-formulier weinig relevantie had bij de vraag of er sprake was van beneficial ownership. De interpretatie van de fiscus zou veel rechten uitsluiten van beneficial ownership, zoals vruchtgebruik, wat niet de bedoeling kan zijn geweest van het belastingverdrag. Verder was het in de bewoording en ratio van het toen geldende artikel 10 lid 2 onderdeel b van het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk geen vereiste dat de ontvanger van de dividenden ook de eigenaar van de onderliggende aandelen diende te zijn. Op het tweede argument van de fiscus stelde belanghebbende dat het feit dat de dividendbewijzen gekocht waren nadat het dividend

gedeclareerd was, de toepassing van het gereduceerde dividendbelastingtarief niet in de weg zou mogen staan. Zelfs niet indien de eigenaar van de dividendbewijzen op het moment van declaratie van het dividend een vervangende betaling ontving, waarvan in dit geval sprake was.

Het Hof Amsterdam verwierp de argumenten van belanghebbende en oordeelde dat er geen toegang tot het belastingverdrag bestond in een dergelijk geval. Ten eerste had belanghebbende dividendbewijzen aangekocht waarvan al vaststond hoeveel deze zouden bedragen en dat deze betaalbaar zouden worden gesteld binnen enkele dagen.¹⁹ Daarnaast werd er over de dividenden geen belasting geheven in het Verenigd Koninkrijk, aangezien belanghebbende als bank vaststaande dividendbewijzen had aangekocht. In deze situatie had belanghebbende economisch gezien geen dividenden ontvangen die aan belasting onderhevig waren in het Verenigd Koninkrijk, maar een commissie voor het verlenen van een dienst welke in de aankoopprijs van de dividendbewijzen verscholen lag.²⁰ Op basis hiervan kon volgens het Hof geen sprake zijn van beneficial ownership met betrekking tot de dividenden. Ten tweede sloot het Hof zich aan bij het eerste argument van de fiscus, namelijk dat het officiële teruggaaf-formulier vereiste dat er sprake was van eigendom van de onderliggende aandelen.²¹ Als laatste vond het Hof het vreemd dat LuxCo bereid was om een verkoopprijs van ongeveer 80% van de waarde van het bruto dividend te accepteren. Belanghebbende verklaarde dat hij niet op de hoogte was van de onderliggende zakelijke reden van LuxCo voor de transactie, maar dat het eventueel te maken kon hebben met een valutarisico dat werd afgewend door de transactie. Hierop oordeelde het Hof dat het argument van de fiscus om non-belastingheffing tegen te gaan in overeenstemming is met het doel van het belastingverdrag op basis van de preambule.

De HR kwam tot de beslissing belanghebbende in het gelijk te stellen en als beneficial owner tot de dividenden aan te merken. Ten grondslag aan deze beslissing lag het feit dat in het verdrag niet werd vereist dat belanghebbende ook daadwerkelijk eigenaar moest zijn van de onderliggende aandelen waarop de dividendbewijzen zagen. Hij achtte daarbij niet het tijdstip van declaratie, maar het tijdstip van beschikbaarstelling van het dividend relevant om te beoordelen wie uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden was. Indien de eigenaar van de

¹⁹ Hof Amsterdam: marketmaker, paragraaf 5.1.

²⁰ Hof Amsterdam: marketmaker, paragraaf 5.2.

²¹ Hof Amsterdam: marketmaker, paragraaf 5.3.

winstbewijzen vrijelijk over de dividenden kon beschikken, wat in deze zaak het geval was, was er sprake van uiteindelijke gerechtigdheid tot deze dividenden.²²

In dit arrest gaf de HR eigen invulling aan het begrip uiteindelijk gerechtigde uit het belastingverdrag, zonder dat dit begrip in de nationale belastingwet voorkwam. Daarbij werd er geen aandacht besteed aan het OESO-Commentaar. Een conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat belastingplichtige – in ieder geval vanuit een Nederlands belastingperspectief – beneficial owner van dividend is indien hij eigenaar is van de dividendbewijzen en hij vrijelijk over deze dividendbewijzen en de uitgekeerde gelden op de dividendbewijzen kan beschikken.

Volgens *Smit* hanteert de HR een strikte en formele interpretatie van het beneficial owner concept. Er blijft echter ruimte om het beneficial ownership vereiste buiten de formele *agent* en *nominee* relatie toe te passen. Wanneer een belastingplichtige juridisch verplicht is om de ontvangen dividenden door te betalen, kan deze niet vrijelijk beschikken over de ontvangen dividenden. Op basis van de uitspraak van het Hof is hier geen sprake van beneficial ownership. Echter op basis van het arrest van de HR kan beneficial ownership niet worden geweigerd wanneer er sprake is van een belastingplichtige die feitelijk verplicht is om de ontvangen dividenden door te betalen.²³

2.2.2 *Diebold*²⁴

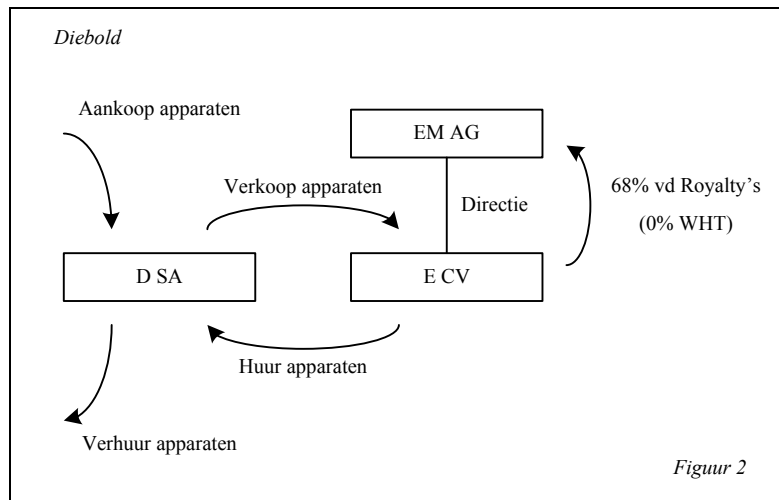
Diebold Courtage SA (“D SA”) was een Franse onderneming die computerapparatuur verhuurde aan andere Franse ondernemingen. D SA kocht de apparatuur in en verkocht deze vervolgens aan de Nederlandse Equilease C.V. (“E CV”). E CV verhuurde de apparatuur terug aan D SA, die de apparaten vervolgens doorverhuurde aan haar Franse cliënten. E CV ontplooidde geen activiteiten in Nederland en de directie werd door de Zwitserse entiteit Equilease Management AG (“EM AG”) gevoerd. In een overeenkomst tussen E CV en EM AG was een vergoeding vastgelegd voor deze directieactiviteiten welke 68% van de Franse royaltyinkomsten van E CV bedroeg. Op basis van de Franse belastingwet werd er 33,33% bronbelasting geheven over royalty’s die betaald werden aan niet-inwoners. In het

²² Hof Amsterdam: marketmaker, paragraaf 3.2.

²³ D.S. Smit, ‘Beneficial ownership: Recent Trends’, Amsterdam: IBFD 2013, p. 75 – 76.

²⁴ *Conseil d’Etat* (Frankrijk: *Supreme Administrative Court*), 13 oktober 1999, 191191, 8 en 9.

belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk van 16 maart 1973 werd de bronbelasting verlaagd tot nihil. Dit belastingverdrag bevatte geen beneficial ownership bepaling.



De belastingautoriteit nam het standpunt in dat EM AG de beneficial owner van de royalty's was en niet E CV. Ten eerste vond het belastingverdrag geen toepassing gezien het feit dat E CV een transparante entiteit was en dus niet werd aangemerkt als inwoner voor het verdrag. De tweede reden, die interessanter is vanuit de beneficial ownership discussie, was dat een substantieel gedeelte van de royalty's doorbetaald werd aan EM AG die hierdoor diende te worden aangemerkt als beneficial owner van de royaltyinkomsten. De *Conseil d'Etat* moest oordelen of toegang tot het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk geweigerd kon worden op de grond dat E CV niet de beneficial owner van de royaltyinkomsten was, terwijl er in het belastingverdrag geen beneficial owner bepaling opgenomen is.

De *Conseil d'Etat* oordeelde dat E CV als de beneficial owner van de royalty's kon worden aangemerkt. De mate en aard van de dienstverlening door de gelieerde vennootschap rechtvaardigde de doorbetaling. Het ging om de situatie waarin de gelieerde vennootschap uiteindelijk 68% van de royalty's ontving, waardoor 32% achterbleef bij E CV. De doorbetaling dwong de Franse rechter niet tot de conclusie dat de *income conduit*²⁵ geen beneficial owner was, aangezien de belastingautoriteit er niet in was geslaagd te bewijzen dat de bedragen die doorbetaald werden niet in verhouding stonden tot de geleverde

²⁵ Een *income conduit* is op basis van een verplichting gehouden de ontvangen inkomsten door te betalen. Deze zal vaak onderworpen zijn aan een laag effectief tarief, aangezien de doorbetaling als aftrekbare kost in aanmerking kan worden. Behoudens het feit dat de *income conduit* als beneficial owner wordt aangemerkt.

managementdiensten door EM AG aan E CV. Er werd in dit arrest rekening gehouden met de economische omstandigheden.²⁶

Wat opvalt in het Diebold-arrest is het feit dat voor de toepassing van het belastingverdrag sprake moet zijn van beneficial ownership, terwijl een dergelijke bepaling niet opgenomen is in het verdrag. *Gutmann* stelt dat de daadwerkelijke impact van deze beslissing niet zo duidelijk aanwezig is als het lijkt.²⁷ In 2009 heeft de *Conseil d'Etat* als adviseur van de overheid zijn mening gegeven over de Diebold zaak. Hij heeft hierin bevestigd dat de beneficial ownership test van toepassing is wanneer Frankrijk bronstaat is, ook indien deze test niet in een belastingverdrag is opgenomen. Er is echter tussen een tweetal situaties onderscheid gemaakt. Als een belastingverdrag getekend is voor de datum waarop het begrip beneficial owner in het OESO-Modelverdrag is opgenomen, dan blijft de Diebold-doctrine van toepassing. Slechts enkele door Frankrijk gesloten belastingverdragen van voor 1977 zijn nog van kracht, waardoor de Diebold-doctrine in de praktijk weinig voorkomt. Wanneer een belastingverdrag echter getekend is na de datum waarop het begrip beneficial owner is geïntroduceerd, neemt de *Conseil d'Etat* het standpunt in dat het ontbreken van een dergelijke bepaling in het verdrag een indicatie is dat de verdragssluitende staten niet de bedoeling hebben gehad om deze bepaling toe te passen. Dit is gebaseerd op de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen²⁸ op basis waarvan een belastingverdrag geïnterpreteerd dient te worden op basis van goede verdragstrouw en in overeenstemming met de normale betekenis van begrippen van het verdrag in hun context en in het licht van haar doel en strekking. In de Franse jurisprudentie is de statische methode met betrekking tot de interpretatie van belastingverdragen verkozen boven de dynamische methode. Dit houdt kort gezegd in dat de betekenis van begrippen uit een verdrag geïnterpreteerd moeten worden in het licht van het OESO-Modelverdrag en OESO-Commentaar ten tijde van het tekenen van het belastingverdrag. In hoofdstuk 3, paragraaf 1, wordt nader op deze methoden ingegaan.

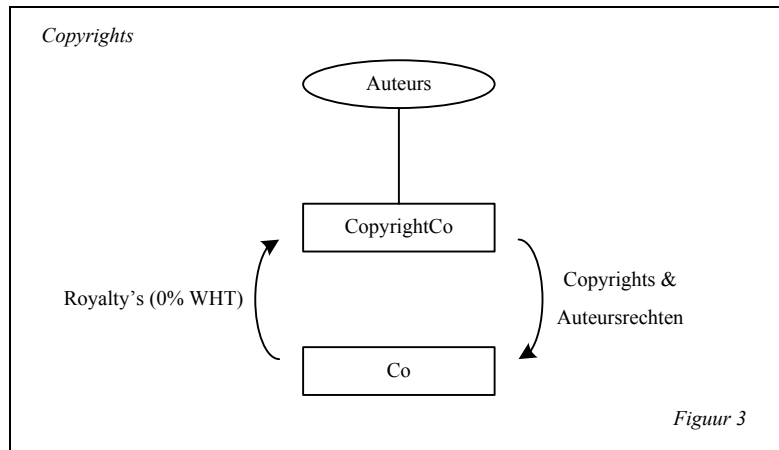
²⁶ B. Gilbert en Y. Ouamrane, 'Beneficial Ownership – A French Perspective', *European Taxation* 2008, no. 1, p. 2-9.

²⁷ D. Gutmann, 'Beneficial Ownership: Recent Trends', *Amsterdam: IBFD* 2013, p. 163 – 164.

²⁸ Verdrag van Wenen betreffende het recht van verdragen, 23 mei 1969, *Verdragen IBFD*.

2.2.3 Copyrights²⁹

In deze Spaanse zaak ging het om betalingen van royalty's aan entiteiten die copyrights en auteursrechten exploiteerden voor en namens auteurs. De vraag kwam op of deze entiteiten als *conduits* werden gezien.



De *Tribunal Económico-Administrativo Central* ("TEAC")³⁰ kwam tot het oordeel dat deze entiteiten intermediairs zijn die optraden namens de auteurs. Er was dus geen sprake van beneficial ownership van de te ontvangen royalty's. Deze uitspraak werd op 19 juni 2003 bevestigd door de *Audiencia Nacional* ("AN").³¹ Doorslaggevend in deze zaak was de vraag of de ontvangende entiteit de juridische eigenaar was van de betaalde dividenden respectievelijk royalty's.

Net als in het marketmaker-arrest hebben de TEAC en de AN in de uitspraken niet gerefereerd aan het begrip beneficial owner, zoals die in het OESO-Modelverdrag en OESO-Commentaar opgenomen is. Ze hebben onderzocht wat de functies waren van de entiteiten die de copyrights en auteursrechten exploiteerden onder de Spaanse nationale wet. Het concept van beneficial ownership dat de rechtbanken gebruikten was gebaseerd op de vraag wie de *ultimate owner of the income* was. Door het onderzoek te richten op de *ultimate owner* wordt de indruk gewekt dat een economische interpretatie gekozen moet worden. Dit is echter volgens *Jiménez* niet de bedoeling geweest. In deze zaak was duidelijk dat CopyrightCo geen

²⁹ *Tribunal Económico-Administrativo Central* (Spanje), 22 september 2000, RG 6294/1996.

³⁰ Het *Tribunal Económico-Administrativo Central* is geen echte rechtbank, aangezien het functioneel afhankelijk is van het Ministerie van Financiën van Spanje. Wanneer belastingplichtigen in beroep gaan tegen een standpunt van de Spaanse belastingautoriteit wordt dit behandeld door een administratieve rechtbank (centraal of regionaal).

³¹ A.M. Jiménez, 'Beneficial Ownership: Current Trends', *World Tax Journal* 2010, no. 2, p. 36.

recht had met betrekking tot de royalty's en hij namens de houders van de rechten handelde. Hier vloeit uit voort dat de entiteiten geen recht hebben om over de inkomsten te beschikken.³²

2.3 Analyse

De vereisten om te kwalificeren als beneficial owner zijn, op basis van de drie besproken arresten, middels onderstaande tabel 1 inzichtelijk gemaakt. Een “Y” (van “Yes”) of “N” (van “No”) houdt in dat er getoetst is aan dit criterium en dat hier wel respectievelijk geen sprake van was.

Arrest	Jaar	Staat	Antimisbruik		Verplichting		Risico		Controle		Eigendom		BO
			Fiscaal motief	Zakelijk motief	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	
Marketmaker	1994	Nederland								Y		Y	Ja
Diebold	1999	Frankrijk							Y				Ja
Copyright	2000	Spanje										N	Nee

Tabel 1

Het valt direct op dat de rechtsprekende macht in Nederland en Spanje een juridische toets hanteren, waar er in Frankrijk voor een economische toets gekozen wordt. Daarnaast kan uit de belangrijkste en hier behandelde jurisprudentie van voor 2003 geconcludeerd worden, dat er op eigendom en controle getoetst werd. Andere relevante criteria – zoals in de volgende paragrafen hierna wordt toegelicht – zoals antimisbruik, verplichtingen tot doorbetaling en risico – waren toen nog niet van belang, maar zullen dat later – terecht – wel zijn.

In het marketmaker-arrest werd de koper van de dividendbewijzen geacht beneficial owner te zijn, ondanks het feit dat de dividenden al voor aankoop gedeclareerd waren. Zoals *Smit* aangeeft duidt dit op een zeer strikte en formele interpretatie van het beneficial ownership concept. Slechts in gevallen waarin de ontvanger van de betaling juridisch verplicht is deze betaling door te betalen aan een ander, wordt het beneficial ownership doorbroken. Als gevolg hiervan kan de fiscus zich beter beroepen op anti-misbruik bepalingen met een *substance-over-form* benadering om een *conduit* structuur de toegang tot een belastingverdrag te

³² A.M. Jiménez, ‘Beneficial Ownership: Recent Trends’, Amsterdam: IBFD 2013, p. 200 – 201.

weigeren. Dit zou een reden kunnen zijn dat er na deze zaak tot op heden geen Nederlandse arresten zijn geweest op het gebied van beneficial ownership.³³

Het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk kende ten tijde van het Diebold-arrest geen beneficial ownership vereiste. Toch toetste de *Conseil d'Etat* hieraan en kwam tot het oordeel dat de Nederlandse entiteit kon worden aangemerkt als beneficial owner van de royaltybetalingen op grond van het feit dat de royaltybetalingen geen verband hielden met de servicediensten – in de vorm van het voeren van management – die de Zwitserse entiteit voor de Nederlandse entiteit verrichte. De betaling van 68% van de ontvangen royalty's werd geacht een *valid economic consideration* te zijn voor de verleende diensten.³⁴

In het Copyright-arrest werd het concept van beneficial ownership ingezet voor de allocatie van inkomen, zodat het juiste belastingverdrag kon worden toegepast. De CopyrightCo werd door de TEAC en AN aangemerkt als *intermediary or agent acting in the name of the holders of the right*, waardoor het inkomen in wezen werd toegerekend aan de achterliggende auteurs. Het verdrag tussen Spanje en het land waarvan de auteurs inwoners waren, was hierop van toepassing.³⁵

Het is mijns inziens niet mogelijk een eenduidige interpretatie van het beneficial ownership begrip te destilleren uit deze drie arresten. Wel lijkt de enge interpretatie van het begrip ertoe te leiden dat er strikt geoordeeld wordt of er sprake is van eigendom en controle. Het motief voor een bepaalde structuur wordt volledig buiten beschouwing gelaten en de vraag of er al dan niet sprake is van een bepaald risico blijft ook buiten schot. Het hebben van een verplichting tot doorbetaling ligt in het verlengde van het kunnen uitoefenen van controle, maar daar is niet expliciet aan getoetst in de jurisprudentie voor 2003. In de jurisprudentie na 2003 zal deze problematiek meer naar voren komen en ook in de oplossing die ik voorsta spelen dergelijke criteria een belangrijke rol.

³³ D.G. Duff, 'Beneficial Ownership: Recent Trends' Amsterdam: IBFD 2013, p. 7 en 10.

³⁴ D.G. Duff, 'Beneficial Ownership: Recent Trends' Amsterdam: IBFD 2013, p. 12.

³⁵ D.G. Duff, 'Beneficial Ownership: Recent Trends' Amsterdam: IBFD 2013, p. 16.

Hoofdstuk 3 – Beneficial owner door de OESO na 2003

Alvorens in te gaan op het begrip beneficial owner bezien vanuit de OESO in de jaren na 2003, wordt kort het verschil tussen de statische en dynamische verdragsinterpretatie uitgewerkt. De tweede paragraaf bevat de wijzigingen van 2003 in het OESO-Commentaar bij de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag. Bij de wijzigingen van het OESO-Commentaar bij het OESO-Modelverdrag in de jaren 2005, 2008 en 2010 zijn er geen noemenswaardige wijzigingen doorgevoerd die betrekking hebben op de uitleg van het begrip beneficial ownership. Wel wijs ik erop dat vanaf 2010 de term beneficial owner ook wordt gebruikt in paragraaf 6.14 van het OESO-Commentaar bij artikel 10 OESO-Modelverdrag. Deze paragraaf staat in het kader van *Collective Investment Vehicles*. Gezien het feit dat deze wijzigingen geen betrekking hebben op de uitleg van het begrip beneficial ownership, wordt in de scriptie geen aandacht aan deze wijzigingen besteed. Vervolgens wordt in paragraaf 3 relevante jurisprudentie uitgewerkt waar in nationale procedures bepaald is aan welke criteria getoetst dient te worden om te bepalen of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Een overzicht van de criteria waar de nationale rechters aan getoetst hebben en een analyse van deze criteria zijn opgenomen in paragraaf vier.

3.1 Statische en dynamische verdragsinterpretatie

Wanneer sprake is van een statische verdragsinterpretatie heeft een wijziging in het OESO-Commentaar – nadat het verdrag is gesloten tussen de staten – geen invloed op de interpretatie van het beneficial ownership begrip. Als er gebruik is gemaakt van de dynamische methode zal de voorgenomen wijziging van het OESO-Commentaar wel direct doorwerken naar het belastingverdrag.³⁶

Artikel 3 lid 2 OESO-Modelverdrag bepaalt dat het gaat om de betekenis van een begrip “*at that time*” in de nationale wet van de uitleggende staat. Op basis hiervan lijkt een dynamische interpretatie voor de hand te liggen. Echter, deze uitleg geldt niet indien en voor zover uit de context van het verdrag iets anders blijkt.³⁷ Dit leidt ertoe dat de interpretatie min of meer statisch wordt.

³⁶ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, ‘Internationaal Belastingrecht’, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 1, paragraaf 12.

³⁷ Punt 12 OESO-Commentaar bij artikel 3 OESO-Modelverdrag: uitleg conform het Verdrag van Wenen.

Een geheel statische methode kan mijns inziens tot verstarring leiden, aangezien er geen rekening gehouden wordt met latere wijzigingen in het OESO-Commentaar. Het is noodzakelijk – zij het binnen bepaalde grenzen – om mee te gaan met nieuwe economische evoluties, zonder daarvoor nieuwe belastingverdragen of protocollen overeen te moeten komen. Daartegenover leidt een geheel dynamische methode niet tot goede verdragstrouw, gezien het feit dat de interpretatie van gesloten verdragen door de tijd dusdanig kunnen wijzigen dat dit niet gewenst is door een van beide partijen. Daarom zou het naar mijn mening ideaal zijn wanneer enkel verduidelijkingen in latere wijzigingen in het OESO-Commentaar in aanmerking worden genomen om een bestaand belastingverdrag te interpreteren. In het Prevost-arrest verwoordt de CFCA dit met de zin: “*The OECD 2003 amendments to the 1977 Commentary are a helpful complement to the earlier Commentaries, insofar as they are eliciting, rather than contradicting.*”³⁸ Daarnaast zouden fundamentele wijzigingen onder de statische methode moeten vallen.

In hoofdstuk 5, paragraaf 2, wordt uitgewerkt dat de HR de dynamische verdragsinterpretatie hanteert, tenzij Nederland eenzijdig heffingsbevoegdheid verlegt door achteraf in het nationale recht de betekenis te wijzigen van uitdrukkingen die in het verdrag niet worden gedefinieerd (“*treaty override*”).

3.2 Commentaar OESO-Modelverdrag 2003

In 2003 is het begrip beneficial owner in het OESO-Commentaar bij artikel 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag aangepast. De aanpassingen zijn voornamelijk gebaseerd op het conduit rapport van 1986 en hebben betrekking op een nadere toelichting van het begrip beneficial ownership. Tijdens het ontwerpproces stelden sommige delegaties dat de toetsing wie beneficial owner was erg afhing van de feiten en omstandigheden. Hierdoor was het ontwikkelen van een algemene definitie van het concept moeilijk. Zoals ik in hoofdstuk 6 ook voor mijn eigen conceptuele visie zal uiteenzetten, blijft een algemene definitie wenselijk. De meeste delegaties waren van mening dat de voordelen van een verdere verduidelijking van het begrip opwogen tegen de nadelen. Wel werd vastgesteld dat toevoegingen tot het OESO-Commentaar neutraal moesten worden opgesteld, om onbedoelde beperkingen van het begrip

³⁸ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 12.

te voorkomen.³⁹ De paragraaf die betrekking heeft op beneficial ownership van het OESO-Commentaar bij artikel 10, zijnde paragraaf 12, werd vervangen door een driedelige paragraaf.⁴⁰ Deze paragraaf is tot en met het OESO-Commentaar van 2010 onveranderd gebleven.

Het begrip beneficial owner wordt volgens het meest recente OESO-Commentaar niet op een strikt technische wijze uitgelegd, maar in de context en in het licht van het doel en strekking van het verdrag geplaatst. Dit betreft het vermijden van dubbele belasting en verdragsmisbruik. De eerste volzin van paragraaf 12 lid 1 stelt dat het niet in overeenstemming met de geest en structuur van het OESO-Modelverdrag is om een vermindering of vrijstelling te verlenen aan een *agent of nominee*, wanneer dit slechts gebaseerd is op de status van de directe ontvanger van het inkomen in de andere verdragssluitende staat. In dit geval kwalificeert de directe ontvanger van het inkomen als inwoner, maar er ontstaat geen potentiële dubbele belastingheffing aangezien de ontvanger niet wordt behandeld als eigenaar van het inkomen voor belastingdoeleinden in de woonstaat. In de derde volzin wordt het verband gelegd met het conduit rapport. Hier wordt gesteld dat het verlenen van een vermindering of vrijstelling niet in overeenstemming is met de geest en structuur van het OESO-Modelverdrag in het geval dat een inwoner van een verdragssluitende staat slechts als doorstromer voor een ander persoon fungeert, die feitelijk het inkomen geniet. Het laatste gedeelte van deze paragraaf betreft een aanpassing van het oude OESO-Commentaar bij artikel 10 met betrekking tot beneficial ownership. Waar het OESO-Commentaar vóór 2003 stelde dat de beperking van belastingheffing in de bronstaat niet voorhanden was als een intermediair tussen de betaler en begunstigde werd geplaatst, is dat onder het meest recente OESO-Commentaar wel mogelijk wanneer de beneficial owner inwoner is van de andere verdragssluitende staat.

Ook het OESO-Commentaar bij de artikelen 11 en 12 is aangepast (paragraaf 8 respectievelijk 4). Aangezien deze aanpassingen in essentie niet verschillen ten opzichte van de aanpassingen als hierboven beschreven, worden deze verder niet uitgewerkt.

³⁹ OESO, 'Issues in International Taxation: 2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention', no. 8, p. 29 – 30.

⁴⁰ Zie Appendix I.

3.3 Belangrijkste internationale jurisprudentie na 2003

Na de hierboven genoemde aanpassingen in het OESO-Commentaar bij de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag, is er een aantal internationale arresten geweest waarin de interpretatie van het begrip beneficial ownership naar voren kwam.⁴¹ Mijns inziens kan uit deze arresten geconcludeerd worden dat ook na de aanpassing van het OESO-Commentaar in 2003 nog veel onzekerheid bestaat met betrekking tot de interpretatie van het begrip beneficial owner. De onderzochte jurisprudentie is voornamelijk in kaart gebracht met behulp van de vertalingen van de *Tax Treaty Case Law* database van het *International Bureau of Fiscal Documentation*. Alvorens in te gaan op de jurisprudentie van na 2003 wordt kort het verschil tussen *common law* en *civil law* uitgewerkt. De reden dat ik dit onderscheid toelicht is omdat bepaalde nog te behandelen arresten onder *common law* zijn geweest en andere onder *civil law*. Om mijn onderzoeksvraag en probleemstelling te kunnen beantwoorden en een eventueel onderscheid tussen verschillende uitkomsten van arresten te kunnen duiden, licht ik hieronder het verschil tussen beide systemen kort toe.

3.3.1 Toelichting verschil tussen *common law* en *civil law*

De oorsprong van het begrip beneficial owner ligt in *common law*. Deze vorm van recht wordt gehanteerd in de (voormalige) *common wealth* landen. Voor deze scriptie is van belang – gezien de hier nog te behandelen arresten – dat het Verenigd Koninkrijk, Canada en India deze vorm van recht hanteren.⁴² Het is een systeem van wet- en rechtsvorming op basis van gewoonterecht. Kort gezegd kan de rechter in een *common law* land een recht erkennen (of maken) als dat er nog niet is. Het beginsel van *stare decisis* (de precedentwerking) zorgt ervoor dat eenmaal beoordeelde geschillen ook in soortgelijke toekomstige zaken worden toegepast en daarmee worden erkend als geldend recht. Naast de in het verleden geweest jurisprudentie bestaat er ook wetgeving die een rechter meeneemt in zijn beslissing. Een gevolg van het *common law* rechtssysteem blijft echter dat de rechtssprekende macht een grote rol heeft bij het vormen van het recht. Dit wordt ook wel het “rechtersrecht” genoemd.

⁴¹ In het Duitse arrest S-Corp (*Finanzgericht Köln*, 16 februari 2006, Case 2 K 2100/03) werd niet toegekomen aan een oordeel betreffende het al dan niet zijn van de beneficial owner, aangezien de entiteit in kwestie niet werd aangemerkt als inwoner voor het belastingverdrag tussen Duitsland en de Verenigde Staten.

⁴² Andere landen die *common law* hanteren zijn onder andere Australië, Bangladesh, Barbados, Belize, Bhutan, Cyprus, Fiji, Gibraltar, Ghana, Myanmar, Hong Kong, Ierland, Israël, Jamaica, Nieuw Zeeland, Oeganda, Pakistan, Singapore en de Verenigde Staten.

Het *civil law* is een rechtssysteem dat zijn oorsprong vindt in het late Romeinse recht. Dit rechtssysteem gaat uit van de gedachte dat het recht geschreven is en kan worden toegepast, behoudens uitzonderingen die door rechtsbeginselen of door de wet zelf zijn erkend. De rechtspraak in *civil law* landen – zoals onder andere Nederland, Spanje, Frankrijk, Denemarken en Zwitserland – vult kort gezegd de wet- en regelgeving aan voor zover nodig en mogelijk. Een rechter dient met name de wet te interpreteren en toe te passen, niet om zelf in een zaak te voorzien en in feite op de stoel van de wetgever te gaan zitten.

Een groot verschil tussen *common law* en *civil law* is de methode van redeneren. *Common law* is in zijn aard inductief. Er is geen systeem met algemene regels. De oplossing wordt gevonden in eerdere en vergelijkbare uitspraken, waardoor de redenering van bijzonder naar algemeen plaatsvindt. *Civil law* daarentegen is in zijn aard deductief. De oplossing wordt gevonden door te zoeken in het systeem naar een toepasselijke regel en past deze toe op het individuele geval. In dit geval vindt de redenering plaats van algemeen naar bijzonder.⁴³

Het *common law* rechtssysteem is statisch, waar *civil law* kan worden aangemerkt als een dynamisch rechtssysteem. Wanneer in het verleden een soortgelijke casus tot een bepaalde uitkomst leidde zal de huidige casus tot dezelfde uitkomst leiden onder het *common law* systeem. Een zelfde casus in een *civil law* staat kan echter door verandering van wetgeving – op basis van bijvoorbeeld maatschappelijke evolutie – leiden tot een vernieuwd toetsingskader waar andere criteria van belang zijn. Dit dynamische rechtssysteem geeft mijns inziens een betere basis voor het toepassen van maatschappelijke ontwikkelingen die van invloed kunnen zijn op wenselijk recht. Naast het rechtssysteem dient de wijze van verdragsinterpretatie in acht te worden genomen.⁴⁴

3.3.2 *Indofood*⁴⁵

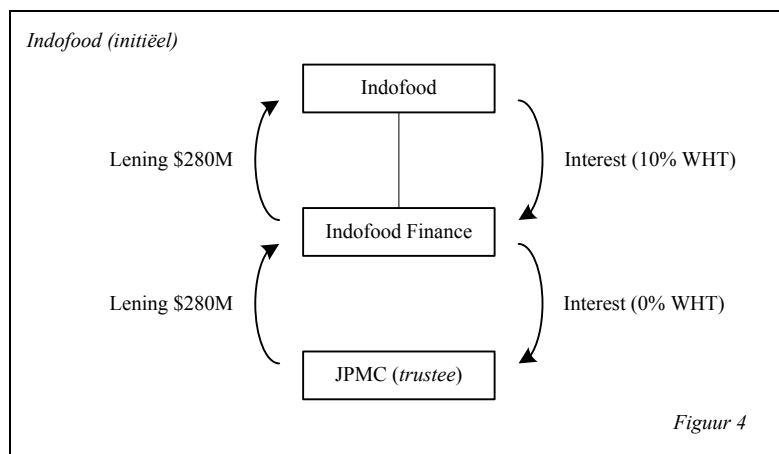
In deze zaak was de Indonesische vennootschap PT Indofood Sukses Makmur TBK (“Indofood”), die actief was in de levensmiddelensector, in juni 2002 voornemens financiering van 280 miljoen Amerikaanse dollar aan te trekken via het Verenigd Koninkrijk op de internationale kapitaalmarkt. Wanneer deze financiering rechtstreeks uit de

⁴³ J.J.L.M. Brouwer en P.A. Moerman, ‘Angelsaksen versus Rijnlanders: zoektocht naar overeenkomsten en verschillen in Europees en Amerikaans denken’, Duitsland: Garant 2010, p. 64.

⁴⁴ Zie hoofdstuk 3, paragraaf 1.

⁴⁵ *Court of Appeal* (Verenigd Koninkrijk), Case A3/2005/2497, 2 maart 2006.

kapitaalmarkt aangetrokken zou worden, leidde dit tot een Indonesische bronheffing op interest van 20%. Om deze reden werd Indofood International Finance Ltd (“Indofood Finance”), naar het recht van Mauritius, opgericht. Door de financiering via deze vennootschap aan te trekken werd de totale bronheffing teruggebracht tot 10%. Dit kwam door het feit dat Mauritius geen bronheffing op interest kende en het bronbelastingpercentage verlaagd werd tot 10% op basis van het belastingverdrag tussen Indonesië en Mauritius van 1996. Indofood Finance plaatste via een *trustee*⁴⁶, in dit geval JP Morgan Chase, de obligaties op de markt met als voorwaarde dat ze op zijn vroegst op 18 juni 2007 volledig zouden worden afgelost. Onder gelijke voorwaarden werden de aangetrokken gelden doorgeleend aan Indofood.

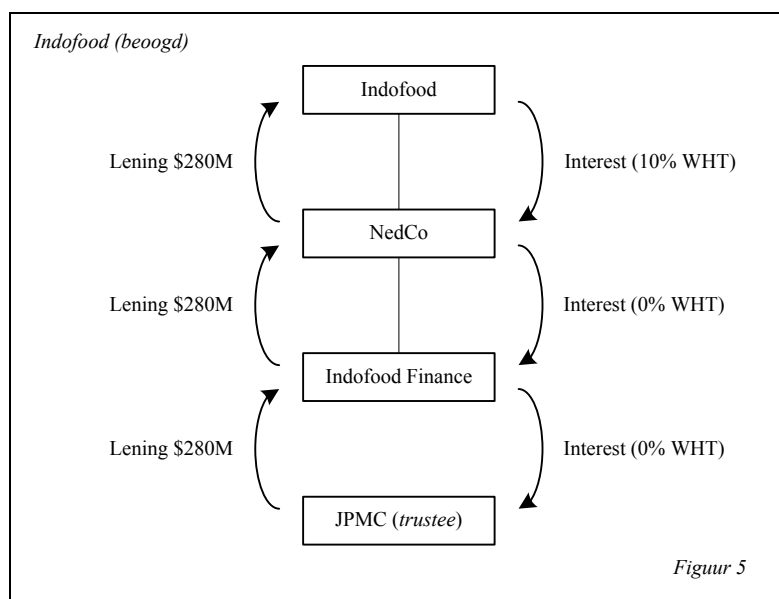


Als gevolg van misbruik van het belastingverdrag door doorstroomvennootschappen heeft Indonesië haar verdrag met Mauritius per 1 januari 2005 eenzijdig opgezegd. Hierdoor was het verlaagde bronbelastingtarief van 10% niet langer van toepassing, maar betrof het bronbelastingtarief op de betaalde interest tussen Indofood en Indofood Finance 20%. Deze stijging in belastingkosten kon niet worden doorberekend in de vorm van een verlaging van interestbetalingen aan de obligatiehouders, aangezien er een *gross up* bepaling in de overeenkomst was opgenomen. Deze bepaling hield in dat er een netto rente van 10,375% op de lening rustte.⁴⁷ Het feit dat er hogere bronbelastinglasten zijn in combinatie met een gedaalde rentestand en wisselkoers sinds de uitgifte van de obligaties in 2002, leidde ertoe dat Indofood de *trustee* aanschreef dat zij de lening per die datum wenste af te lossen. De *trustee* nam hier geen genoegen mee, aangezien de obligatiehouders een goed renderende lening

⁴⁶ Behartigt de belangen van de obligatiehouders.

⁴⁷ Met netto rente wordt bedoeld op een rente na betaling van eventuele bronbelasting, waardoor een bronbelasting de financieringskosten voor Indofood verhoogde tot 11,53% bij een bronbelasting van 10%.

zouden verliezen door de voorgenomen aflossing. Vervolgens deed de *trustee* de suggestie om de feitelijke leiding van Indofood Finance naar Nederland te verplaatsen of een Nederlandse vennootschap (“NedCo”) tussen Indofood en Indofood Finance te plaatsen. In beide gevallen zou het verdrag tussen Indonesië en Nederland van toepassing zijn, mits de Nederlandse vennootschap als beneficial owner van de interestbaten werd aangemerkt. Wanneer er toegang tot het verdrag zou zijn, werd het bronbelastingpercentage verlaagd tot 10% en kon Indofood, zonder op dit gebied schade te lijden, haar contract nakomen. Als er voor Indofood geen mogelijkheid bestond om de ‘extra’ bronbelasting te vermijden, was zij volgens het contract gerechtigd om de door Indofood Finance uitgegeven obligaties vervroegd af te lossen.



In 2005 legde Indofood de beoogde structuur voor aan de Indonesische fiscale autoriteit. Hij oordeelde dat NedCo niet aan te merken was als beneficial owner van de interest, met als gevolg dat er geen aanspraak gemaakt kon worden op het verdrag tussen Nederland en Indonesië.⁴⁸ De belangrijkste vraag – voor de discussie rondom het begrip beneficial ownership – die in dit arrest beantwoord werd, was de vraag of NedCo als beneficial owner kon worden aangemerkt.⁴⁹

De *High Court* rechter *Evan-Lombe* oordeelde dat het feit dat Indofood Finance tot 2005 aanspraak mocht maken op het verlaagde bronbelastingtarief van het belastingverdrag tussen Indonesië en Mauritius ertoe leidt dat er geen reden is om tot een andere conclusie te komen

⁴⁸ W.R. Munting, ‘Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?’, WFR 2008/1343, p. 1.

⁴⁹ Daarnaast werd ook de vraag gesteld of Indofood verplicht was om een dergelijke herstructurering aan te gaan.

inzake de voorgestelde structuur met NedCo. Het is opvallend dat de Indonesische belastingautoriteit geen poging heeft gedaan om in de initiële structuur Indofood toegang tot toepassing van het belastingverdrag tussen Indonesië en Mauritius te weigeren, op grond van het feit dat Indofood Finance niet kon worden aangemerkt als beneficial owner van de interestbetalingen.

De *Court of Appeal* oordeelde in deze civielrechtelijke zaak, met verwijzing naar het conduit rapport, het OESO-Commentaar van 2003 en het commentaar van *Baker*⁵⁰, dat het begrip beneficial ownership een verdragsautonoom begrip is. Vervolgens nam *Chancellor Sir Andrew Morritt* de begripsbeschrijving over die de Indonesische directeur-generaal van de belastingautoriteit in de *circular letter* voorstelde. De beschrijving hield in dat het concept van beneficial ownership niet betreft de formele eigenaar die niet het “*the full privilege to directly benefit from the income*”⁵¹ heeft. NedCo betaalde de ontvangen rente volledig door – via Indofood Finance – aan de houders van de uitgegeven obligaties en de kosten en risico’s die deze vennootschap zou lopen werden separaat vergoed. NedCo was geen beneficial owner van het inkomen, aangezien er niet werd voldaan aan de internationale fiscale betekenis. Als consequentie van dit oordeel was het niet mogelijk om het verlaagde Indonesische bronbelastingtarief op de interestbetalingen toe te passen en mocht Indofood Finance zijn lening terugbetalen aan de obligatiehouders. De *trustee* heeft ervoor gekozen om de uitspraak niet aan te vechten voor de *House of Lords*⁵². Het is mijns inziens opvallend dat de trustee niet verder heeft geprocedeerd voor de *House of Lords*, hierdoor blijft deze vraag open of de *Supreme Court* tot een ander oordeel was gekomen.

Op basis van de uitspraak van de *Court of Appeal* heeft het begrip beneficial owner een internationale fiscale betekenis gekregen, waardoor het niet uitgelegd moet worden op basis van de nationale wet van de verdragssluitende staten. Het is opvallend dat de bewoording van de definitie niet uit het OESO-Commentaar, conduit rapport of het commentaar van *Baker* afkomstig was, maar uit de *circular letter* van de Indonesische directeur-generaal van de belastingautoriteit. Uit de context valt echter op te maken dat de *Court of Appeal* van mening was dat deze definitie overeenkwam met de internationale fiscale betekenis. *Baker* stelt dat

⁵⁰ P. Baker, ‘The meaning of “Beneficial Ownership” as Applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention’.

⁵¹ *Director General of Taxation of Indonesia*, ‘Regarding implementing criteria of beneficial ownership as stated in the avoidance of Double Tax Treaty Agreement between Indonesia and other Countries’, 7 juli 2005.

⁵² Tegenwoordig *Supreme Court*.

“the full privilege to directly benefit from the income” inhoudt dat de beneficial owner rechten moet hebben het voordeel van het inkomen te genieten. Het blijft echter door deze uitleg moeilijk om situaties te identificeren waarin de onmiddellijke ontvanger van interestbaten niet het volledige voordeel van het inkomen geniet. In deze zaak werd gekeken naar de juridische structuur en verder concludeerde de *Court of Appeal* dat NedCo een verplichting had de ontvangen interestbaten door te betalen aan de obligatiehouders. Er werd echter ook rekening gehouden met praktische en commerciële voorwaarden. NedCo was namelijk ook economisch verplicht de interest door te betalen. Het werd in dit arrest niet duidelijk of de juridische of de economische verplichting tot doorbetaling op zichzelf staand kon leiden tot ontneming van de uiteindelijke gerechtigdheid.⁵³

Munting vraagt zich in het licht van deze zaak af wat de invloed van dit civiele arrest op de (internationale) fiscaliteit zal hebben, aangezien deze invloed strikt genomen niet aanwezig zal zijn. De rechter is gevraagd om een oordeel te vellen over de vraag of Indofood haar lening mocht aflossen, wat niets zegt over de vraag of NedCo de beneficial owner tot de interest is.⁵⁴

Na het Indofood-arrest ontstond er onzekerheid over bepaalde structuren die eventueel toegang tot een belastingverdrag zouden worden geweigerd. Deze onzekerheid leidde ertoe dat *Her Majesty's Revenue and Customs* (“HMRC”) richtlijnen publiceerde die uiteindelijk in de *HMRC Tax Manual* werden opgenomen.⁵⁵ Juridisch hebben de richtlijnen geen betekenis voor de uitleg van het begrip beneficial owner. Het is aan de rechtsprekende macht om invulling te geven aan het begrip en zodanig uitvoering te geven aan de bedoeling van de wetgever.⁵⁶ De HMRC zal echter in een zaak bewijs voor haar standpunt aanvoeren dat in lijn is en verwijst naar de richtlijnen. Hierdoor zullen de richtlijnen een belangrijke factor zijn bij het oordeel van de rechtssprekende macht.

In grote lijnen bevatten de richtlijnen de volgende standpunten:

- Hetgeen bepaald is in het Indofood-arrest is onderdeel gaan uitmaken van het Engelse belastingverdragenrecht.

⁵³ P. Baker, ‘Beneficial Ownership: Recent Trends’, Amsterdam: IBFD 2013, p. 32.

⁵⁴ W.R. Munting, *ibid*, p. 2.

⁵⁵ HMRC, ‘Double Taxation applications and claims: HMRC reaction to Indofood case’, INTM332050 & ‘Double Taxation applications and claims: Indofood: Impact on particular cases’, INTM332060.

⁵⁶ R (Westminster City Council) v NASS [2002] 4 All ER 654. Opgenomen in: P. Cannon, ‘HMRC guidance – what’s its legal status?’, *Tax Adviser* mei 2007, p. 30.

- Zowel de juridische als de commerciële en praktische facetten zijn van belang bij het bepalen van de beneficial owner.
- Het volgen van de internationale fiscale betekenis van beneficial ownership is in lijn met het doel en de strekking van belastingverdragen, gezien het feit dat misbruiksituaties worden uitgesloten van de verdragsvoordelen.
- In het geval dat een tussenliggende entiteit en de achterliggende geldschieters inwoners zijn van staten waarmee het Verenigd Koninkrijk in wezen gelijkwaardige belastingverdragen heeft gesloten, zal er waarschijnlijk geen discussie ontstaan over de vraag wie beneficial owner is. Er zal geen misbruik van belastingverdragen optreden.
- De internationale fiscale betekenis van beneficial ownership hoeft niet gehanteerd te worden wanneer er geen sprake is van misbruik. In dergelijke situaties is het mogelijk om in lijn met het doel en de strekking van het belastingverdrag de betekenis van beneficial ownership onder het nationale recht te hanteren. Deze situatie kan zich onder andere voordoen bij *Special Purpose Vehicles*.⁵⁷

Ook na publicatie van de richtlijnen bleef discussie bestaan over de significantie van het Indofood-arrest. Als antwoord hierop heeft het HMRC in 2012 een document gepubliceerd waarin de betekenis van beneficial ownership verder is uitgewerkt.⁵⁸ Naast het bevestigen van enkele punten uit de eerdere richtlijnen werd een drietal punten toegevoegd:

- Wanneer er sprake is van een verplichting tot doorbetaling van inkomsten, hoeft deze doorbetaling niet in dezelfde vorm te zijn als deze ontvangen is. Er is bijvoorbeeld geen sprake van beneficial ownership in de situatie dat er inkomen wordt genoten in de vorm van interest, maar de ontvanger van de interest verplicht is de gelden direct in de vorm van dividend door te betalen aan een aandeelhouder.
- Het feit dat inkomsten niet direct worden doorbetaald is niet per definitie een indicator dat er sprake is van beneficial ownership. Er is bijvoorbeeld geen sprake van beneficial ownership in de situatie dat een adviseur gerechtigd is om gelden in naam van zijn cliënt aan te houden met het oog op herinvestering.
- De verplichting om door te betalen dient specifiek te zien op de ontvangen inkomsten bij het bepalen van de beneficial owner. Er is bijvoorbeeld sprake van beneficial

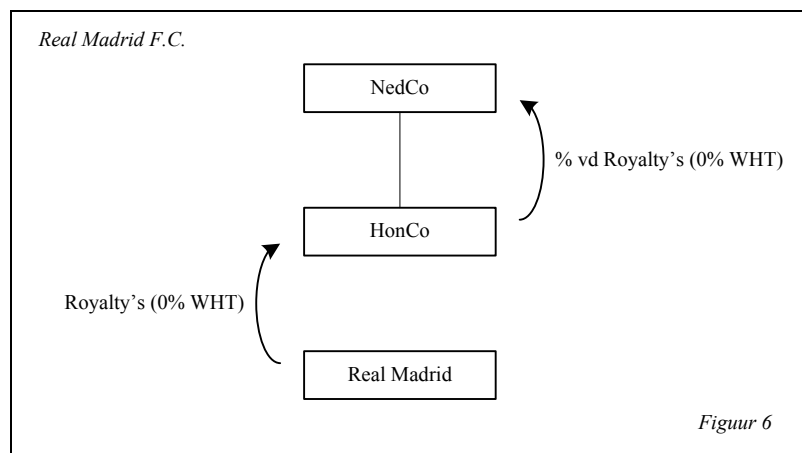
⁵⁷ Hiervoor is in INTM332060 een aantal specifieke situaties opgenomen.

⁵⁸ HMRC, 'Double taxation treaties: Beneficial ownership: What does it mean?', INTM504030.

ownership in de situatie dat een bank uit hoofde van zijn activiteiten geld aantrekt (onder andere op spaarrekeningen) om geld uit te kunnen lenen.

3.3.3 *Real Madrid F.C.*⁵⁹

In deze Spaanse zaak betaalde de voetbalclub Real Madrid royalty's voor de beeldrechten van een van haar spelers aan een vennootschap die gevestigd was in Hongarije ("HonCo"). Vervolgens betaalde deze Hongaarse vennootschap tussen de 98% en 99,5% van de royalty's door aan een Nederlandse vennootschap ("NedCo"). Op basis van artikel 12 lid 1 van het belastingverdrag tussen Hongarije en Spanje uit 1984 werd er geen bronbelasting op royalty's geheven.



Figuur 6

De Spaanse fiscale autoriteit twijfelde aan deze structuur en nam het standpunt in dat HonCo niet aangemerkt kon worden als beneficial owner, aangezien deze vennootschap slechts een doorstroomvennootschap was met als enige doel het behalen van voordelen uit de afwezigheid van bronbelasting. Dit standpunt werd onderbouwd door het feit dat er slechts 0,5% tot 2% van de royalty's werd vastgehouden door HonCo en het feit dat de betaling aan NedCo binnen een dag na het ontvangen van de royalty's plaatsvond. Daarnaast vonden de royaltybetalingen tussen de vennootschappen plaats zonder dat er facturen werden opgesteld en was er in sommige gevallen sprake van betalingen die niet overeenstemden met de bepalingen uit de contracten.

⁵⁹ Audiencia Nacional (Spanje: *National Court*), Case 1110/2003, 18 juli 2006.

Belanghebbende, zijnde Real Madrid, stelde dat de Spaanse belastingautoriteit haar standpunt baseerde op het feit dat HonCo het grootste gedeelte van de inkomsten doorbetaalde aan een derde, maar daarbij geen bewijs aandroeg dat HonCo geen juridische eigenaar van de ontvangen royalty's was. Aan dit criterium werd getoetst in het Copyright-arrest.⁶⁰

De AN stelde de belastingautoriteit in het gelijk door te oordelen dat HonCo geen beneficial owner van de royaltybetalingen kon zijn. Het beneficial ownership vereiste werd gehanteerd als een ruime antimisbruikmaatregel. Net als in het Indofood-arrest heeft de Spaanse rechter zijn oordeel gebaseerd op het OESO-Commentaar en het conduit rapport. Hieruit volgde dat de term beneficial ownership een internationaal begrip is, dat niet afkomstig is uit het nationale recht van de verdragslanden. Uit de stukken bleek volgens de AN dat de wijzigingen in het OESO-Commentaar van 2003 ten doel hadden het beneficial ownership vereiste een brede *anti-treaty shopping* functie te geven. Hieruit concludeerde de AN dat van een economische interpretatie gebruik gemaakt kan worden om de 'echte' eigenaar van het inkomen te vinden. Dit maakte de juridische interpretatie ondergeschikt.

Interessant aan het arrest is het feit dat de nationale rechter de beneficial owner test gelijkstelde aan een 'zakelijke gronden'-test. Deze toets verleent toegang tot de voordelen van het verdrag, indien het tussenschuiven van HonCo een zakelijke reden heeft. In dit verband sluit dit oordeel aan bij de uitspraken in de hiervoor besproken zaak, waarbij een economische of *substance-over-form* benadering de basis vormde voor de analyse met betrekking tot de kwalificatie als beneficial owner. De beslissing om de juridische interpretatie geheel te negeren is mijns inziens echter onjuist en druist in tegen de eerdere uitspraak in het Copyright-arrest, waar de juridische eigenaar wel van belang was voor de vraag of er sprake was van beneficial ownership. Wanneer de AN wel de juridische positie van HonCo zou hebben geanalyseerd, dan zou hij tot hetzelfde oordeel zijn gekomen. Volgens *Jiménez* had de AN door juiste toepassing van het beneficial ownership vereiste HonCo de toegang tot het belastingverdrag kunnen weigeren op basis van het feit dat HonCo een *conduit* was. Hiervoor was geen brede of economische uitleg van het beneficial ownership begrip nodig geweest.

Verder valt het op dat de AN in zijn uitspraak het conduit rapport van 1986 en het OESO-Commentaar van 2003 gebruikt voor de interpretatie van het belastingverdrag tussen Hongarije en Spanje van 1984. Dit duidt erop dat Spanje een dynamische interpretatie van

⁶⁰ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2, onderdeel 4.

belastingverdragen verkiest boven een statische interpretatie, al wordt dit in de gehele uitspraak niet aangehaald.⁶¹

3.3.4 *Royal Bank of Scotland*⁶²

In 1992 sloot een vennootschap uit de Verenigde Staten (“Merrel”) een vruchtgebruik overeenkomst met een bank uit het Verenigd Koninkrijk, zijnde de Royal Bank of Scotland (“RBS”). Hierbij verwierf de bank dividend coupons die toebehoorden aan de preferente stemrechtloze aandelen in een Franse 100% dochtervennootschap van Merrel (“Marion”). De verkoop heeft onder de volgende voorwaarden plaatsgevonden:

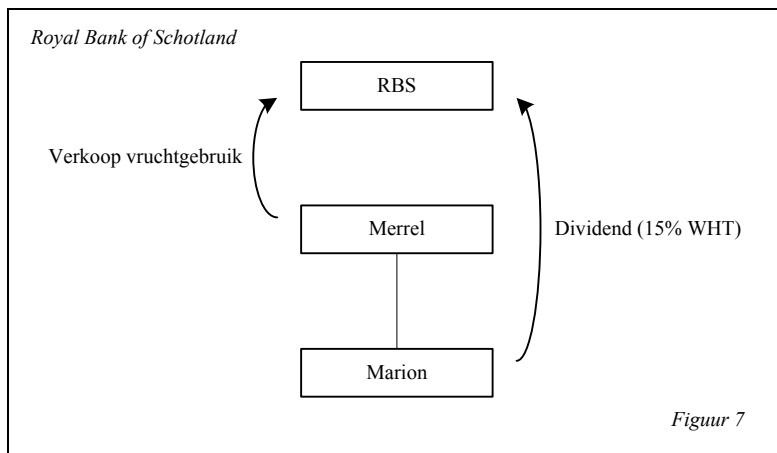
- De prijs die RBS betaald heeft wordt door de Franse vennootschap terugbetaald in de vorm van dividend over drie jaren.
- Naast een van tevoren afgesproken hoeveelheid dividend, krijgt RBS ook een bepaald bedrag, berekend nadat de Franse bronbelasting is ingehouden en de Franse *avoir fiscal*⁶³ is terugbetaald aan RBS.
- Merrel heeft toegezegd om de dividenden te betalen als de Franse dochter hiertoe niet in staat zou zijn en daarnaast aanvullende vergoeding te betalen als RBS geen *avoir fiscal* zou krijgen.
- Merrel koopt de dividend coupons terug als de inkomsten uit de dochter niet de vereiste drempel haalt.
- Merrel verstrekt alle financiële hulp aan de Franse dochtervennootschap zodat deze de afgesproken dividenden kan uitkeren.

Conform afspraak keerde de Franse dochtervennootschap in 1993 dividend uit onder inhouding van 25% bronbelasting, volgens de Franse wetgeving. RBS vroeg op grond van het belastingverdrag tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk van 22 mei 1968 om een terugbetaling van ingehouden bronbelasting aangezien het verlaagde tarief van 15% van toepassing zou zijn. Daarnaast vroeg RBS de hierboven genoemde *avoir fiscal* terug.

⁶¹ A.M. Jiménez, ‘Beneficial Ownership: Recent Trends’, Amsterdam: IBFD 2013, p. 131.

⁶² Conseil d’Etat (Frankrijk), Case 283314, 29 december 2006.

⁶³ De Franse *avoir fiscal* is kort gezegd een belastingfaciliteit in Frankrijk om aandelenbezit door niet-Fransen in Franse aandelen te stimuleren. Van de bronheffing kon tot maximaal 50% van de dividenden worden teruggevorderd.



De Franse fiscale autoriteiten wezen deze aanvraag af op grond van het feit dat de beneficial owner van de dividendbetalingen niet RBS zou zijn, maar Merrel. De transactie in kwestie werd alleen gearrangeerd om de voordelen van het verdrag tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk te kunnen benutten en zou geen zakelijke gronden hebben. Het totale bedrag aan dividenden dat betaald moest worden, vermeerderd met de terugbetalingen inzake de *avoir fiscal*, was hoger dan het bedrag dat RBS betaald heeft voor het vruchtgebruik van de aandelen.⁶⁴ Op basis van deze overwegingen heeft de Franse fiscus de transactie geherkwalificeerd tot een leenovereenkomst voor drie jaar, vergoedt door de terugbetaling van de *avoir fiscal* aan RBS.

De *Cour Administrative d'Appel de Paris* oordeelde dat de belastingautoriteit er niet in was geslaagd aan te tonen dat RBS met betrekking tot de transactie in kwestie kon worden aangemerkt als *nominee* of *agent* of *conduit company*. De Franse belastingdienst kon niet bewijzen dat de vruchtgebruik overeenkomst fictief was, waardoor deze als lening niet geherkwalificeerd behoefde te worden. Daarnaast bleek niet dat de toewijzing van de risico's tussen Merrel en RBS abnormaal was in vergelijking met vergelijkbare internationale transacties.

De *Conseil d'Etat* oordeelde dat RBS niet de beneficial owner van de dividendinkomsten was. Zij concludeerde dat er in deze transactie sprake was van een lening tussen RBS en Merrel, welke door de Franse dochtervennootschap moest worden terugbetaald in de vorm van dividenden en de teruggaaf van de *avoir fiscal*. Ten grondslag aan dit oordeel lag het feit dat

⁶⁴ B. Gibert en Y. Ouamrane, 'Beneficial Ownership – A French Perspective', *European Taxation* 2008, no. 1, p. 6.

RBS te veel garanties kreeg, welke een aandeelhouder in een normale situatie niet zou krijgen.⁶⁵ Daarnaast was de overeenkomst slechts in het leven geroepen om belastingredenen, namelijk het gebruik kunnen maken van het verdrag tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Als gevolg hiervan was RBS niet gerechtigd tot de teruggaaf van 10% bronbelasting op de uitgekeerde dividenden op basis van het maximumtarief van 15% dat onder het belastingverdrag zou mogen worden toegepast en niet gerechtigd tot de teruggaaf op basis van de *avoir fiscal*.

Bij het toepassen van de *substance-over-form* doctrine ging de *Conseil d'Etat* een stap verder door niet alleen de overeenkomst buiten beschouwing te laten, maar ook het herkwalficeren naar een lening. De *Conseil d'Etat* heeft ervoor gekozen om zijn beslissing te baseren op de algemene Franse anti-misbruik bepaling. Het is echter de vraag of beneficial ownership als autonoom mechanisme tegen *treaty shopping* kan worden gebruikt of dat dit alleen mogelijk is in combinatie met nationale of andere anti-verdragsmisbruik bepalingen. *Gilbert* en *Ouamrane* zijn van mening dat de Franse rechter de nationale anti-misbruik bepaling toepaste uit zekerheidsoverwegingen.⁶⁶

Volgens *Gutmann* heeft de *Conseil d'Etat* lid 7 van artikel 9 van het belastingverdrag tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk onjuist geïnterpreteerd. In de basis van het arrest ligt de vraag of RBS kan worden aangemerkt als beneficial owner. In lid 6 van artikel 9 is deze beneficial ownership test opgenomen om te bepalen of het verlaagde bronbelastingtarief op de dividenden kan worden toegepast. Echter in lid 7 van dit artikel wordt bepaald wanneer een belastingplichtige gebruik kan maken van de *avoir fiscal*, zonder dat hier een beneficial ownership test is opgenomen. Een letterlijke interpretatie van artikel 9 had er in beginsel toe geleid dat de *avoir fiscal* op basis van beneficial ownership niet ontzegd had mogen worden. In het Diebold-arrest is echter geoordeeld dat het mogelijk is de beneficial ownership test toe te passen, ondanks het feit dat deze niet is opgenomen in het belastingverdrag.⁶⁷ Op basis van dit arrest zou toepassing van de beneficial ownership test toch mogelijk zijn bij artikel 9 lid 7 van het belastingverdrag. Waarschijnlijk heeft de *Conseil d'Etat* gekozen voor een formele interpretatie van het belastingverdrag gezien het feit dat het beneficial ownership begrip wel

⁶⁵ B. Gibert en Y. Ouamrane, *ibid*, p. 7.

⁶⁶ B. Gibert en Y. Ouamrane, *ibid*, p. 9.

⁶⁷ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2, onderdeel 3.

in het verdrag was opgenomen, waardoor het Diebold-arrest in essentie niet toegepast kon worden.⁶⁸

In tegenstelling tot de Diebold zaak paste de *Conseil d'Etat* in het Royal Bank of Scotland arrest een brede interpretatie van het beneficial ownership begrip toe. RBS was geen *agent of nominee* en had daarnaast *the full privilege to directly benefit from the income*, op basis waarvan beneficial ownership verwacht zou kunnen worden. *Commissaire du Gouvernement Seners* heeft in een advies een bredere interpretatie aangehouden, welke door de *Conseil d'Etat* gevolgd is.⁶⁹ In dit advies erkende *Seners* dat RBS in beginsel kon worden aangemerkt als beneficial owner, aangezien RBS de inkomsten ten eigen behoeve ontving en de inkomsten niet dooruitdeelde aan Merrel. Uit deze zaak bleek echter dat het begrip beneficial owner niet alleen toepassing vindt in geval van dooruitdeling. Het doel van het begrip beneficial owner is het ongeldig maken van belastingmotieven en schijnconstructies. Daarom leidt het tot neutralisatie van dergelijke situaties. *Gutmann* concludeert echter dat er geen objectieve reden is dat het tegengaan van belastingontwijking leidt tot complete verstoring van het beneficial owner begrip.⁷⁰

3.3.5 *Prevost*⁷¹

Prevost Car Inc. ("Prevost") was een Canadese busfabrikant opgericht onder het recht van Québec. In 1995 verkochten de aandeelhouders van Prevost hun aandelen aan Volvo Bus Corporation ("Volvo"), gevestigd in Zweden, en aan Henlys Group PLC ("Henlys"), gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Beide zijn fabrikanten van bussen. Vervolgens richtte Volvo een Nederlandse BV op ("Prevost Holding BV") waarin zij 49% van de aandelen verkocht aan Henlys. Aan het oprichten van een Nederlandse entiteit lagen zowel praktische⁷² als belastingtechnische⁷³ redenen ten grondslag. Feit was dat beide partijen geen gezamenlijke

⁶⁸ D. Gutmann, 'Beneficial Ownership: Recent Trends', Amsterdam: IBFD 2013, p. 170.

⁶⁹ De *Commissaire du Gouvernement* (tegenwoordig *Rapporteur public*) is vergelijkbaar met de Advocaat-Generaal in het Nederlandse rechtssysteem.

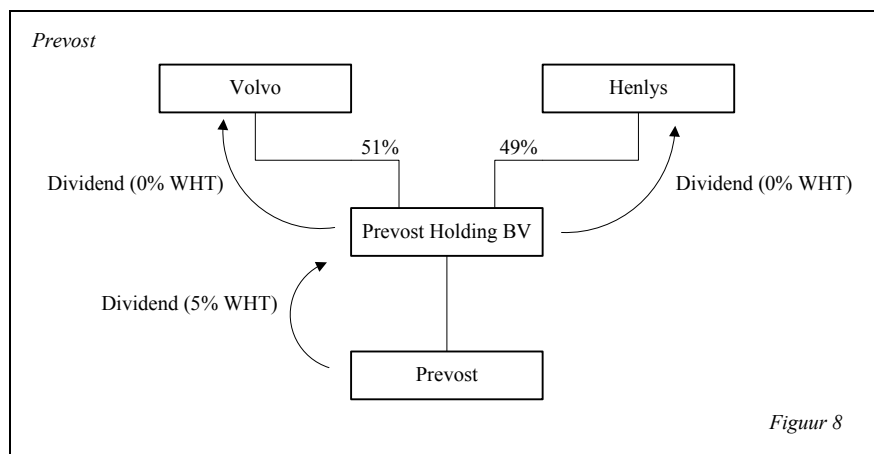
⁷⁰ D. Gutmann, *ibid*, p. 171.

⁷¹ *Prevost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen; Tax Court of Canada (TCC)*, 22 april 2008, 2004-2006 (IT) G en 2004- 4226 (IT) G. De zaak werd bevestigd in het beroep bij de *Canadian Federal Court of Appeal (CFCA)*, Case A-252-08, 26 februari 2009.

⁷² In dit geval het feit dat de bedrijfsvoering in het Engels zou plaatsvinden. Andere praktische redenen kunnen betrekking hebben op het feit dat Nederland 'neutraal terrein' is (zie bijvoorbeeld de overwegingen uit de krant bij de fusie Publicis Groupe en Omnicom Group), een goede infrastructuur en centrale ligging (zie bijvoorbeeld de overwegingen die ten grondslag lagen aan de keuze voor het vestigingsland van het hoofdkantoor van APM Terminals).

⁷³ In dit geval een verlaagd dividendbelastingtarief onder het belastingverdrag tussen Nederland en Canada.

onderneming wilden in Zweden of het Verenigd Koninkrijk.⁷⁴ In de aandeelhouders- en inschrijvingsovereenkomst tussen Volvo en Henlys was opgenomen dat 80% of meer van de inkomsten afkomstig van Prevost in de vorm van dividend, terugbetaling van kapitaal of een lening uitgedeeld werd aan de aandeelhouders.⁷⁵ De dividenden werden door Prevost uitgedeeld aan Prevost Holding BV, die deze bedragen vervolgens uitdeelde aan Volvo en Henlys.⁷⁶ Het fiscale voordeel van deze structuur lag in het feit dat de bronbelasting op dividend 5% bedroeg, waar het 10% respectievelijk 15% zou zijn geweest in geval het dividend direct werden uitgekeerd naar Henlys en Volvo in het Verenigd Koninkrijk respectievelijk Zweden. Prevost Holding BV had geen werknemers en geen andere bezittingen dan de aandelen in Prevost.



Figuur 8

De Canadese belastingautoriteit stelde dat het belastingverdrag tussen Nederland en Canada niet van toepassing was, aangezien Prevost Holding BV niet als beneficial owner gerechtigd was tot de dividenden.

Gezien het feit dat de term beneficial ownership wederom niet in het verdrag tussen Nederland en Canada gedefinieerd was, moest de Canadese rechter een analyse uitvoeren op de context van het belastingverdrag waarbij speciale aandacht besteedt werd aan “een vrije interpretatie met het zicht op het aanvullen van de ware intenties van de verdragsstaten”⁷⁷. Met inachtneming van civiel recht en *common law* kwam de rechter tot de definitie van beneficial owner. Naar zijn oordeel was de beneficial owner van dividenden de persoon die de

⁷⁴ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 9.

⁷⁵ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 12.

⁷⁶ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 14.

⁷⁷ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 37.

dividenden voor zijn of haar eigen gebruik en genot ontvangt en het risico loopt en controle heeft over de dividenden die hij of zij ontvangt.⁷⁸ Tijdens de procedure was niet in geschil dat Prevost Holding BV geen *agent*, *trustee* of *nominee* voor Volvo en Henlys was. Naar het oordeel van de rechtbank was er ook geen sprake van een *conduit*. Het dividendbeleid dat in de aandeelhouders- en inschrijvingsovereenkomst was vastgelegd was niet bindend voor Prevost Holding BV, waardoor deze niet juridisch verplicht was de dividenden aan Volvo en Henlys uit te keren. Om deze reden oordeelde de rechtbank dat Prevost Holding BV enig eigenaar was van de dividenden die zij uitgekeerd had gekregen, tot het moment dat de directie het besluit neemt tot uitkering van de dividenden aan haar aandeelhouders. Er waren geen vooraf bepaalde of automatische geldstromen naar Volvo en Henlys, ondanks het feit dat de vertegenwoordigers van Henlys een poging deden om het uitkeringsproces te versnellen.⁷⁹

In tegenstelling tot de arresten Indofood, Real Madrid en Royal Bank of Scotland is in dit arrest een enge juridische benadering gekozen door de rechtsprekende macht. In het Prevost-arrest had het oprichten van de Nederlandse entiteit naast belastingtechnische beweegredenen ook een duidelijk commercieel motief, waar de Nederlandse vennootschap in het Indofood-arrest – naar uit de beschikbare informatie naar voren komt – slechts opgericht werd om belastingtechnische redenen. Naast het motief waren de feiten en omstandigheden vrijwel identiek in beide zaken: geen werknemers en geen fysiek kantoor in Nederland. Dit wekt de suggestie dat de motieven van de partijen die een dergelijke structuur creëren van cruciaal belang zijn voor de vraag of er toegang tot de verdragsvoordelen is. Gezien het feit dat Prevost Holding BV geen contractuele verplichting had om de dividenden door te betalen, kan het hiervoor genoemde niet zondermeer verondersteld worden. Het is dan ook de vraag hoe de Canadese rechter om zou zijn gegaan met deze zaak wanneer er wel sprake zou zijn geweest van een contractuele verplichting tot doorbetaling.

Ter extensieve en analogische vergelijking maak ik alvast gewag van het arrest in HR 23 september 2011⁸⁰ waar de vraag opkwam – in een heel andere kwestie – of persoonlijke aansprakelijkheidstelling van de leden van een *Ohio Limited Liability Company* (“LLC”) – op grond van de *articles of organisation* en een *operating agreement* – leidde tot een fiscaal transparante LLC voor Nederlandse fiscale doeleinden. De HR oordeelde dat er op basis van

⁷⁸ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 100.

⁷⁹ CFCA: Prévost Car Inc., paragraaf 102.

⁸⁰ HR 23 september 2011, nr. 10/03724, BNB 2012/12.

het toepasselijke (dwingende) vennootschapsrecht antwoord op deze vraag gegeven diende te worden. Volgens onderzoek van het Hof bleek uit het toepasselijke (dwingende) vennootschapsrecht dat de leden en het bestuur van de LLC uitdrukkelijk van enige aansprakelijkheid uit hoofde van hun functie waren uitgesloten. Er bestond geen mogelijkheid om hier inbreuk op te maken door de *operating agreement*. Een eventuele contractuele verplichting in de zaak Prevost komt voort uit het dwingende recht en leidt tot inbreuk op het beneficial ownership van Prevost Holding BV. Ik verwacht dat er in het geval van een contractuele verplichting sprake zal zijn van een *conduit* waardoor het feit dat er een commerciële reden voor deze structuur bestaat, niet leidt tot toepassing van het verlaagde bronbelastingtarief op basis van het geldende belastingverdrag tussen Nederland en Canada. Op enig moment kan de situatie zich voordoen dat het bestuur een andersluidend besluit neemt waardoor niet aan verplichting wordt voldaan. Dit leidt ertoe dat de verplichting dient te worden gecompenseerd in de vorm van een betaling met titel wanprestatie of onrechtmatige daad. De door het bestuur genomen beslissing zou niet in lijn kunnen zijn met hetgeen de aandeelhouder wenst. Als gevolg hiervan bestaat de kans dat de AVA besluit de desbetreffende bestuurder(s) te ontslaan. Het in het verleden genomen besluit door de bestuurder blijft echter geldig en is niet nietig of vernietigbaar.⁸¹ Dit besluit kan gevolgen hebben voor de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Ik licht de contractuele verplichting tot doorbetalen en het al dan niet zijn van beneficial owner nader toe in hoofdstuk 4, paragraaf 3, onderdeel 2 en hoofdstuk 6, paragraaf 1.

3.3.6 HHU⁸² ⁸³

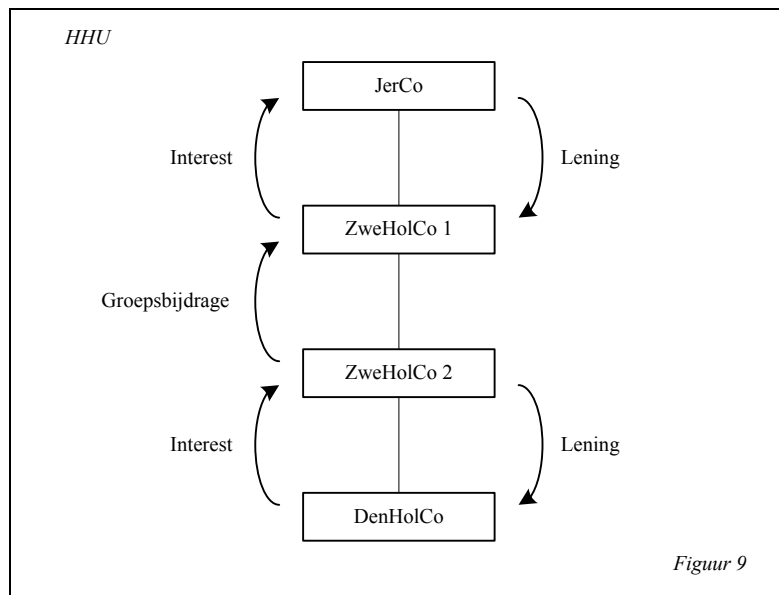
Een in Jersey gevestigde vennootschap (“JerCo”) kocht in 2002 een Deense holdingvennootschap (“DenHolCo”) via een tweetal holdingvennootschappen in Zweden (“ZweHolCo 1” en “ZweHolCo 2”). ZweHolCo 1 was de moeder van ZweHolCo 2 en beide vennootschappen dreven geen actieve onderneming naast het houden van de aandelen in ZweHolCo 2 respectievelijk DenHolCo. Op de dag van de acquisitie van ZweHolCo 1 door JerCo, gaf JerCo een lening aan ZweHolCo 1. Daarnaast gaf ZweHolCo 2 een lening aan DenHolCo op de dag dat zij de aandelen DenHolCo kocht. Beide leningsovereenkomsten

⁸¹ D.E. van Sprundel & J. van Strien, ‘Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?’, WFR 2010/1323, p. 5.

⁸² *National Tax Tribunal* (Denemarken), SKM 2011.57, 22 december 2010.

⁸³ Een zelfde soort zaak deed zich voor in het COOK-arrest: *National Tax Tribunal* (Denemarken), SKM 2011.485, 25 mei 2011. In dit geval was de uiteindelijke moedervenootschap van de groep een inwoner van de Verenigde Staten, maar hieraan werd weinig aandacht besteed door de *Tax Tribunal*.

hadden geen terugbetalingsplan en droegen dezelfde valuta, nominale waarde en rente. De twee Zweedse entiteiten hadden geen andere activiteiten dan het houden van de aandelen en hadden geen werknemers. DenHolCo betaalde rente aan ZweHolCo 2, die vervolgens de rente als een groepsbijdrage overmaakte aan ZweHolCo 1. Daarna betaalde ZweHolCo 1 rente aan JerCo.



De Deense belastingautoriteit nam het standpunt in dat de rente die DenHolCo betaalde aan ZweHolCo 2, onderworpen was aan bronbelasting. Ten grondslag aan dit standpunt lag het feit dat rentebetalingen op *controlled-debt*⁸⁴ aan buitenlandse vennootschappen onderworpen waren aan bronbelasting. Op basis van artikel 11 lid 1 van het belastingverdrag tussen Zweden en Denemarken was de rentebetaling slechts belastbaar in de staat waar de ontvanger van de rente gevestigd was, mits zij de uiteindelijk gerechtigde van de rente was. ZweHolCo was niet de beneficial owner van de interestbetaling door DenHolCo.

De *Tax Tribunal* oordeelde dat ZweHolCo 2 en ZweHolCo 1 niet als uiteindelijk gerechtigde van de rente kon worden aangemerkt op basis van het OESO-Commentaar en de Interest en Royaltyrichtlijn.⁸⁵ Onder het Zweedse belastingrecht was een groepsbijdrage een aftrekbare kost voor de betaler en belastbaar inkomen voor de ontvanger, dus de groepsbijdrage tussen ZweHolCo 2 en ZweHolCo 1 was effectief niet belast. Gezien het feit dat deze Zweedse

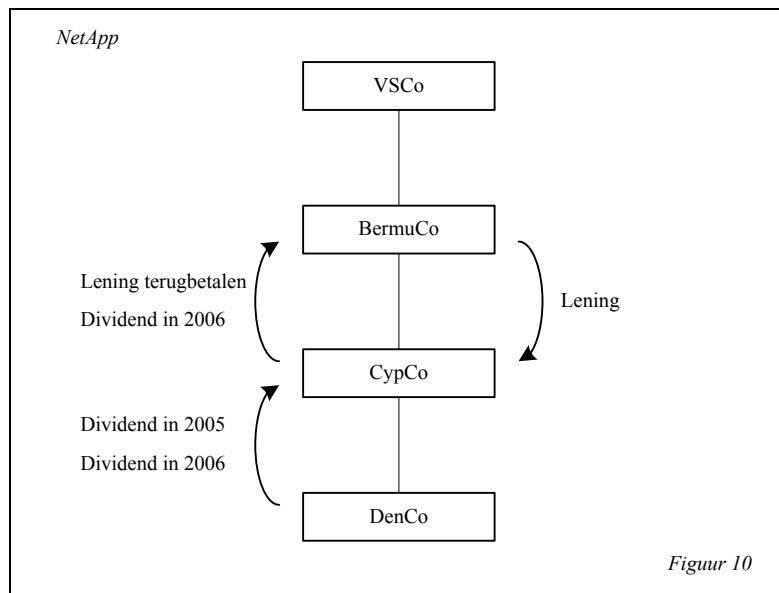
⁸⁴ Hiermee wordt bedoeld: schuld aan bedrijven die direct of indirect meer dan 50% van de aandelen of stemrechten bezitten in de schuldenaar.

⁸⁵ Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003.

vennootschappen geen macht hadden met betrekking tot de verdeling van de rente, werden ze aangemerkt als *conduit* vennootschappen. Het maakte hierbij niet uit of de betaling tussen ZweHolCo 1 en ZweHolCo 2 onder de noemer van een groepsbijdrage of onder de noemer van dividend werd gedaan. In feite werd de rente door DenHolCo betaald aan JerCo via ZweHolCo 2 en ZweHolCo 1. Het enige motief voor het optuigen van deze structuur was het feit dat de bronbelasting verminderd kon worden.

3.3.7 *NetApp*⁸⁶

Een Deense vennootschap (“DenCo”) werd gehouden door een beursgenoteerde vennootschap uit de Verenigde Staten (“VSCo”), middels een van haar dochtervennootschappen op Bermuda (“BermuCo”). In september 2005 richtte BermuCo een dochtervennootschap op, op Cyprus, (“CypCo”) welke alle de aandelen DenCo verwierf. Kort na het oprichten en verwerven deelde DenCo dividend uit aan CypCo, gevolgd door nog een dividendstroom in 2006. Deze dividendinkomsten bij CypCo werden gebruikt om de lening – die BermuCo aan CypCo had verstrekt in verband met de acquisitie van DenCo – terug te betalen. CypCo was op het moment van de dividenduitkeringen niet in het bezit van een kantoor of personeel en de werkzaamheden bestonden voornamelijk uit het houden van de aandelen in DenCo.



Figuur 10

⁸⁶ *National Tax Tribunal* (Denemarken), SKM 2012.26, 16 december 2011.

De Deense belastingautoriteit nam de positie in dat de dividenden uitgekeerd aan CypCo onderworpen waren aan 28% bronbelasting, aangezien CypCo niet de beneficial owner was van de dividenden; CypCo diende te worden aangemerkt als een *conduit company*.

Het *National Tax Tribunal* oordeelde dat CypCo niet kon worden aangemerkt als de beneficial owner van de dividenden, gezien het feit dat alle dividenden in de vorm van een terugbetaling van een lening aan BermuCo werden uitgekeerd; er was sprake van een *conduit company*. Zij observeerde echter dat CypCo een wettelijk gevestigd en functionerende vennootschap was op Cyprus. CypCo was in het bezit van de aandelen DenCo en kon worden aangemerkt als de wettelijke ontvanger van de dividenden die DenCo uitkeerde. Het feit dat de hoofdactiviteit van CypCo het houden van de aandelen DenCo was, impliceerde niet dat CypCo geen commerciële activiteiten verrichtte. Hier kan een parallel getrokken worden met het Cadbury Schweppes-arrest⁸⁷. In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie kort gezegd dat het oprichten van een tweede vennootschap in een andere lidstaat niet voldoende is om uit te gaan van een algemeen vermoeden van belastingfraude en kan dit geen rechtvaardigingsgrond zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan het gebruik van een van de verdragsvrijheden. Een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt kan gerechtvaardigd zijn wanneer sprake is van een maatregel tegen misbruik die specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies, die geen verband houden met de economische realiteit.⁸⁸ In het NetApp-arrest zou mijns inziens geen nationale maatregel gerechtvaardigd zijn, aangezien er naast het bestaan van fiscale beweegredenen daadwerkelijk economische activiteiten worden uitgeoefend in CypCo en deze vennootschap daadwerkelijk in de lidstaat van ontvangst is gevestigd.⁸⁹

Artikel 1 lid 2 van de MD-richtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid om af te wijken van de richtlijn in gevallen waar sprake is van misbruik. De Deense wetgever heeft echter geen specifieke anti-misbruik bepalingen opgenomen om misbruik op basis van beneficial ownership tegen te gaan. Slechts de algemene anti-misbruik bepalingen – i.e. *substance-over-form* en *assignment of income* – zijn overgenomen in de nationale wet. Hierdoor was de MD-richtlijn wel van toepassing en diende de bronbelasting verlaagd te worden tot nihil.

⁸⁷ HvJ 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

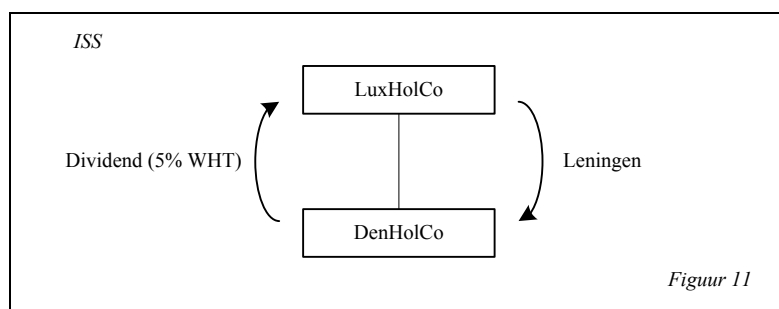
⁸⁸ HvJ: Cadbury Schweppes, paragraaf 50-51, 55 en 75.

⁸⁹ Cyprus maakt sinds 2004 onderdeel uit van de Europese Unie.

Opvallend aan deze zaak was het feit dat er sprake was van een omgekeerde bewijslast met betrekking tot het weigeren van verdragsvoordelen. De belanghebbende droeg de bewijslast om aan te tonen dat CypCo was aan te merken als beneficial owner. Volgens *Bundgaard* is dit niet de normale gang van zaken binnen het Deense recht. Hij stelt dat er van oudsher van de belastingautoriteit verwacht wordt dat zij bewijs aandraagt dat de entiteit geen beneficial owner is van een betaling.⁹⁰ Deze verdeling van bewijslast hanteren wij ook in Nederland.

3.3.8 *ISS*⁹¹

Kort gezegd was er in deze casus sprake van een aantal investeerders die via een holdingvennootschap in Luxemburg (“LuxHolCo”) een Deense holdingvennootschap (“DenHolCo”) kochten. DenHolCo keerde dividend uit aan LuxHolCo, waarna LuxHolCo op de dag van de dividenduitkering een tweetal leningen aan DenHolCo uitgaf ter grootte van de uitgekeerde dividenden. Onder de Deense wetgeving zijn dividenden uitgekeerd aan vennootschappen die geen inwoner zijn van Denemarken, onderworpen aan 28% bronbelasting. Op basis van artikel 10 lid 2 van het belastingverdrag tussen Denemarken en Luxemburg werd dit tarief verlaagd naar 5% mits de ontvanger van de dividenden een direct belang van minimaal 25% had in het kapitaal van de vennootschap die de dividenden uitkeerde en als de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde van de dividenden was.



De Deense belastingautoriteit nam het standpunt in dat de dividendbetaling onderworpen was aan bronbelasting aangezien LuxHolCo niet de beneficial owner van de dividenden was. LuxHolCo oefende geen actieve onderneming uit naast het houden van de aandelen en had geen macht met betrekking tot het verdelen van de dividenden. Daarnaast was het onder de

⁹⁰ J. Bundgaard, ‘Beneficial Ownership: Recent Trends’, Amsterdam: IBFD 2013, p. 112.

⁹¹ Eastern Division of the High Court (Denemarken), SKM 2012.121, 20 december 2011.

Moeder-dochterrichtlijn⁹² mogelijk om bronbelasting op dividenden te heffen indien de staat in kwestie op basis van de nationale wetgeving heft om fraude of misbruik tegen te gaan.

De *Eastern High Court*⁹³ oordeelde – evenals de *National Tax Tribunal* – dat LuxHolCo als uiteindelijk gerechtigde van de dividenden was aan te merken. Uit paragraaf 12 lid 1 van het OESO-Commentaar bij artikel 10 bleek volgens de rechter dat een *conduit* vennootschap alleen kon worden genegeerd als uiteindelijk gerechtigde in het geval dat de vennootschap beperkte bevoegdheden had met betrekking tot het verdelen van de dividenden. Echter, alleen het hebben van beperkte bevoegdheden was niet genoeg om een vennootschap als uiteindelijk gerechtigde te negeren. Gezien het feit dat LuxHolCo de dividenden niet heeft verdeeld, maar uit heeft geleend, heeft dit ertoe geleid dat LuxHolCo niet kan worden aangemerkt als een *conduit* vennootschap met betrekking tot de dividenden. Tegen de uitspraak van de *High Court* is de belastingautoriteit niet in beroep gegaan bij de *Supreme Court* aangezien een oordeel van dit instituut niet meer duidelijkheid zou verschaffen op de vragen omtrent beneficial ownership.

In het ISS-arrest werd de structuur gelijk goed opgezet. Een vraag die opkomt is of de *High Court* tot een ander oordeel zou zijn gekomen indien LuxHolCo ertussen was geschoven. Op basis van de uitspraak in het Nederlandse arrest HR 27 december 1967⁹⁴ kan in een Nederlandse situatie hieraan getwijfeld worden. In dit arrest richtte de aandeelhouders van NV B vennootschap NV A op, aan welke zij hun aandelen in NV B – op enkele na – overdroegen. NV A bleef de koopsom schuldig en loste deze geleidelijk af uit de dividenden die zij op haar aandelen in NV B ontving. Door deze verhangingsverrichtingen zouden de aandeelhouders de dividenden van NV B zonder daarover inkomstenbelasting schuldig te zijn. Over het algemeen is de overdracht van aandelen in een werkmaatschappij aan een houdstermaatschappij tegen aandelen in deze maatschappij normaal en een toelaatbare wijze om belasting te vermijden. In deze zaak was echter sprake van een wijze waarop belanghebbende zich van zijn aandelen heeft ontdaan die tot de conclusie leidde dat het niet op normale wijze gebruik heeft gemaakt van toelaatbare middelen om belasting te ontgaan. Dit arrest werd afgedaan op basis van *fraus legis*.⁹⁵ De HR oordeelde – in lijn met de uitspraak van het Hof – dat bij de aanslagregeling inkomstenbelasting van de aandeelhouders geen

⁹² Richtlijn 2003/123/EG van 22 december 2003.

⁹³ Vergelijkbaar met de Nederlandse Hoven.

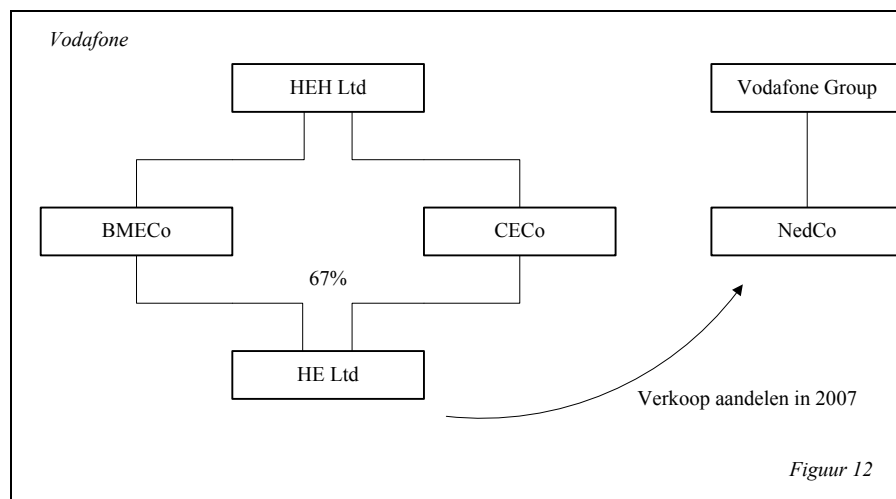
⁹⁴ HR 27 december 1967, nr. 15 772, BNB 1968/80.

⁹⁵ Noot H.J. Hofstra bij HR 27 december 1967, nr. 15 772, BNB 1968/80.

rekening gehouden werd met de oprichting van NV A. Hierdoor werd NV A in wezen genegeerd. Wanneer een structuur gelijk goed opgezet wordt is er op basis van het hiervoor genoemde arrest sprake van een toelaatbare wijze om belasting te vermijden. Immers, onder andere uit heersende jurisprudentie blijkt dat een belastingplichtige vrij is in een keuze voor het opzetten van een structuur en de fiscaal gunstigste weg mag bewandelen. Dit kan slechts anders gaan als een bestaande belastingclaim door bepaald handelen teniet wordt gedaan. Er gaat nu geen claim teniet en de handelingen leiden niet tot *fraus legis*. Geprojecteerd op het ISS-arrest zal de rechtsprekende macht niet tot een ander oordeel komen.

3.3.9 Vodafone⁹⁶

Hutchinson Essar HongKong Ltd. (“HEH Ltd”) was een beursgenoteerde entiteit, gevestigd in Hong Kong. Deze entiteit hield via een tweetal entiteiten op de Britse Maagdeneilanden (“BMECo”) en de Cayman Eilanden (“CECo”) een middellijk belang van 67% in Hutchinson Essar Ltd. (“HE Ltd”), gevestigd in India. HE Ltd hield zich bezig met activiteiten op de Indiase telefoonmarkt. Vodafone Group had interesse in HE Ltd en deed via haar Nederlandse dochtervennootschap (“NedCo”) een overnamebod op de aandelen in CECo. In 2007 werd het bod geformaliseerd.



De Indiase belastingautoriteit had ter zake van de overdrachtssom een *capital gains tax* aanslag opgelegd bij de overnemende partij (Vodafone Group), omdat zij hiertoe gerechtigd zou zijn gezien het feit dat CECo een belang had in HE Ltd. Net als in het *Prevost*-arrest werd

⁹⁶ The Supreme Court (India), Civil Appellate Jurisdiction Civil Appellate No. 733/2012 (komt op uit S.L.P. (C) No. 26529/2010), 20 januari 2012.

hier een *substance-over-form* benadering toegepast, waardoor de tussenhoudster in feite werd genegeerd.

De rechter oordeelde in deze zaak dat India geen recht had om deze *offshore transaction* te belasten. Daarbij mochten de woorden *look through* niet in de wettekst gelezen worden. Indien de wetgever deze woorden beoogd had zou hij deze letterlijk op moeten nemen in de wet. CECO bezat niet de absoluut controlerende macht, waardoor zij voornamelijk een rol als aandeelhouder had. Daarnaast bestond de initiële structuur, als hierboven grafisch weergegeven, al dusdanig lang dat er geen sprake kon zijn van een tussengeschoven entiteit CECO. HE Ltd heeft in de loop der jaren belasting betaald in India, waarmee nogmaals niet gezegd kon worden dat de structuur als doel had zo weinig mogelijk belasting te betalen.

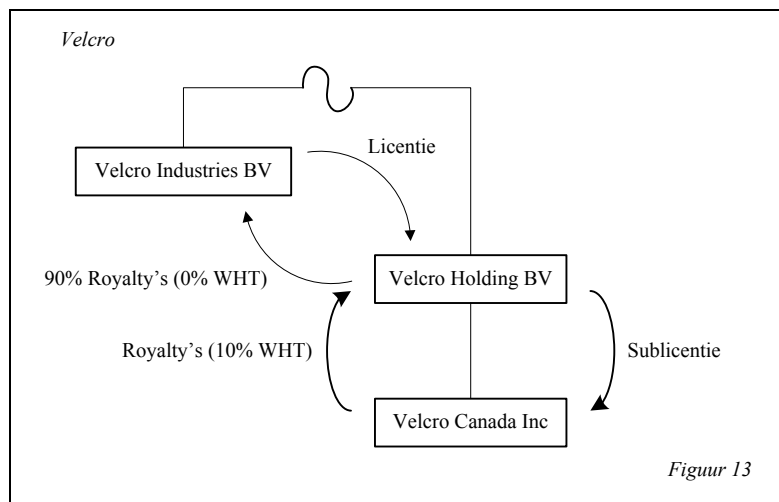
Uit deze zaak blijkt dat de basis voor belastingheffing ligt in de vennootschappelijke en juridische vormgeving. Hiervan wordt afgeweken wanneer de feiten en omstandigheden duidelijke aanwijzingen geven dat de transacties enkel een fiscaal doel dienen. De bewijslast ligt vanzelfsprekend bij de belastingautoriteit.

3.3.10 *Velcro*⁹⁷

Velcro Holdings BV (“VH”) was een Nederlandse vennootschap. Velcro Industries BV (“VI”) was een gelieerde vennootschap van VH die gevestigd was op de Nederlandse Antillen. VI gaf in 1995 een licentie uit aan VH, welke op haar beurt een sub-licentie uitgaf aan de Canadese vennootschap Velcro Canada Inc. (“VC”). VH had de verplichting om 90% van de royalty’s die zij ontving van VC, binnen 30 dagen na ontvangst door te betalen aan VI voor het gebruik van de licentie. In geschil was of VH kon worden aangemerkt als de beneficial owner van de royaltybetalingen van VC. Indien dit het geval zou zijn, zou er een beroep kunnen worden gedaan op het belastingverdrag tussen Nederland en Canada. Artikel 12 van dat verdrag bracht de bronbelasting op royalty’s terug van 25% naar 10%. Indien VH niet zou kunnen worden aangemerkt als de beneficial owner van de royaltybetalingen van VC, dan zou de bronbelasting op de betaalde royalty’s 25% bedragen gezien het feit dat er tussen Canada en de Nederlandse Antillen geen belastingverdrag van kracht was. Uit de feiten van de zaak kwam niet naar voren of VH werknemers had en in welke mate VH andere

⁹⁷ Velcro Canada Inc vs. Her Majesty The Queen; Tax Court of Canada, 2012 TCC57, 24 februari 2012.

activiteiten ontplooid. Wel werd duidelijk dat VH houdster was van een aantal dochtermaatschappijen waaraan VH ook leningen verstrekte.



De Canadese belastingautoriteit stelde dat VI en niet VH de beneficial owner van de royalty's was en dat VH slechts optrad als *agent of conduit* die handelde voor rekening van VI.

De belastingrechter heeft in zijn oordeel min of meer de overwegingen uit het Prevost-arrest herhaald en heeft hier duidelijk een viertal kenmerken uit gedestilleerd: eigendom, gebruik, risico en controle. Indien de (sub)licentiehouders deze vier kenmerken bezit, wordt zij als beneficial owner aangemerkt en wordt er niet door de juridische huls heengekeken.⁹⁸

Ten eerste had VH (en niet VI) het recht op de royaltybetalingen van de belastingplichtige⁹⁹. Deze werden overgemaakt naar een rekening waarover VH het exclusieve bezit had, waardoor rente-inkomsten op de gelden aan VH toekwamen. De royaltyinkomsten vermengden op deze rekening met andere gelden van VH en VH wisselde de gelden van Canadese naar US dollars om VI te betalen. Hierdoor werd er een valutarisico gedragen door VH. Deze argumenten hebben de doorslag gegeven, aangezien de inkomsten hierdoor niet direct – en niet in dezelfde vorm – werden doorgegeven. Er is in een degelijk geval dus geen sprake van een doorgeefluik of *conduit company*. Dit betekende dat eventuele schuldeisers zich op deze bezittingen konden verhalen. Daarnaast vroeg VH geen instructies over de manier waarop omgegaan moest worden met de gelden. Er was volgens de rechtbank ook geen sprake van een *agent of nominee* gezien het feit dat VI niet in staat was de rechtspositie van VH te beïnvloeden en zij

⁹⁸ W.R. Munting, 'Beneficial Ownership handle with care', WFR 2012/1064.

⁹⁹ In dit geval was de belastingplichtige Velcro Canada Inc.

ten alle tijden voor haar eigen rekening handelde. Tegen de uitspraak van de rechter is de Canadese fiscus niet in hoger beroep gegaan.

Het is interessant dat de rechter zwaar weegt aan het vermengen van de royaltyinkomsten en het wisselen in een andere valuta. Naar mijn mening zijn beide factoren vrij eenvoudig te beïnvloeden door de initiële ontvanger van de royalty's. Ook uit de richtlijnen van de HMRC blijkt bijvoorbeeld dat in geval van een verplichting tot doorbetaling van inkomsten, de doorbetaling niet in dezelfde vorm hoeft te zijn als deze ontvangen is. De doorbetalingsverplichting is echter wel een belangrijke. Indien een ontvanger van gelden vervolgens de gewisselde en vermengde gelden uitkeert aan de licentiegever is de licentienemer beneficial owner van de gelden ontvangen van de sub-licentienemer. Helaas is in deze zaak geen volledige beschrijving van de feiten en omstandigheden gegeven, waardoor het onmogelijk is om te bepalen in welke mate er vermenging plaatsvond. Een situatie waarbij het bijmengen van gelden een niet-significante hoeveelheid van de totale royaltystroom bedraagt, leidt deze vermenging ertoe dat de vermenger *very narrow powers* heeft waardoor deze kan worden aangemerkt als *fiduciary* of *administrator*.¹⁰⁰

Daarnaast stoelde de belastingrechter zijn oordeel op het onjuiste feit dat het bedrag dat VH ontving afweek van het bedrag dat betaald werd aan VI. Slechts 90% van de royalty's zouden betaald worden aan VI, waardoor 10% voor gebruik, genot en controle aan VH toekwam. Op basis van de feiten werd 10% bronbelasting ingehouden op de totaal uit te keren royalty's door VC, hierdoor werd slechts 90% van de totale royalty's aan VH beschikbaar gesteld. Dit leidt ertoe dat de volledige 90% vervolgens door VH in de vorm van royalty's wordt uitgekeerd aan VI, waardoor VH in dit geval lijkt te fungeren als doorgeefluik. In het Prevost-arrest is echter bepaald dat er slechts sprake is van een *conduit* indien de ontvanger *absolutely no discretion* heeft over de gelden. VH heeft in dit geval enige *discretion* door het vermengen van gelden en wisselen van valuta, waardoor er geen sprake is van een doorgeefluik.

3.3.11 Total return swap¹⁰¹

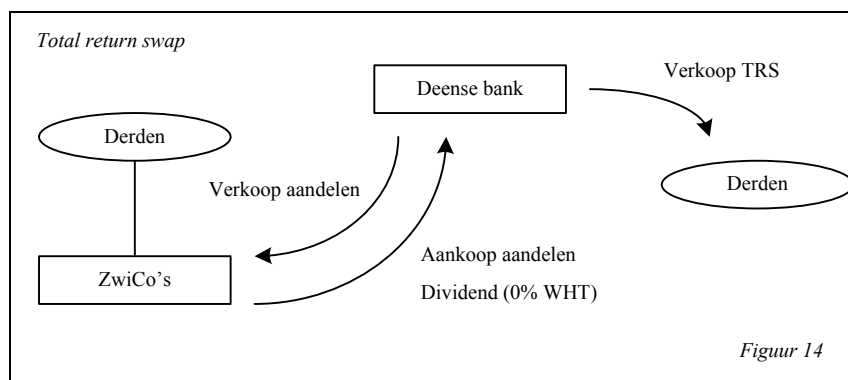
In de jaren 2006 tot 2008 ging een Deense bank verschillende *total return swap*¹⁰² transacties aan met inwoners van EU lidstaten en inwoners van de Verenigde Staten. De onderliggende

¹⁰⁰ OESO-Commentaar bij artikel 12, paragraaf 4.1.

¹⁰¹ Federal Supreme Court (Zwitserland), Case A-6537/2010, 7 maart 2012.

¹⁰² Een *total return swap* is een financieel instrument waarbij een partij de opbrengsten uit aandelen overdraagt aan een andere partij, waarvoor hij gecompenseerd wordt met een vaste vergoeding in termijnen. De opbrengsten

bezittingen van deze swaps waren aandelen uitgegeven door Zwitserse vennootschappen. Om het risico af te dekken kocht de Deense bank de onderliggende aandelen van verschillende derden. Ten tijde van het aflopen van de swaps verkocht de Deense bank de aandelen aan partijen die hetzelfde waren als waarvan hij deze aandelen had gekocht. De dividenden die de Deense bank ontving, waren onderworpen aan 35% Zwitserse bronbelasting waarvoor zij een volledige restitutie had aangevraagd op basis van het in 1973 gesloten belastingverdrag tussen Denemarken en Zwitserland. De Deense bank was niet in staat om die identiteiten van de wederpartijen van de transacties aan de Zwitserse belastingautoriteit bekend te maken. Er werd wel een notariële verklaring afgegeven dat de wederpartijen van de *total return swap* transacties niet dezelfde waren als de kopers en verkopers van de onderliggende aandelen. Daarnaast stond in de verklaring dat de wederpartijen inwoners waren van de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Frankrijk.¹⁰³



De belastingautoriteit wees de restitutie af en stelde dat de Deense bank niet de beneficial owner was van de onderliggende aandelen, gezien het feit dat de bank verplicht was al het inkomen dat opkwam uit die bezittingen over te maken aan de eigenaren van de *total return swaps*.

Het Zwitserse *Bundesverwaltungsgericht*¹⁰⁴ oordeelde dat de Deense bank kon worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden. Het concept van beneficial ownership, zoals dat is opgenomen in een belastingverdrag, dient te worden geïnterpreteerd

voor de koper bestaan uit de dividenden die op de aandelen uitgekeerd worden en de koersstijging (of -daling) van de aandelen. De koper verkrijgt het economische eigendom, maar neemt de aandelen niet op in de balans. De koper verkrijgt dus niet het stemrecht van de aandelen. Dergelijke *swaps* worden voornamelijk gebruikt door hedgefondsen.

¹⁰³ Alle landen waarmee Zwitserland een belastingverdrag had en heeft gesloten.

¹⁰⁴ Vergelijkbaar met de Nederlandse Hoven.

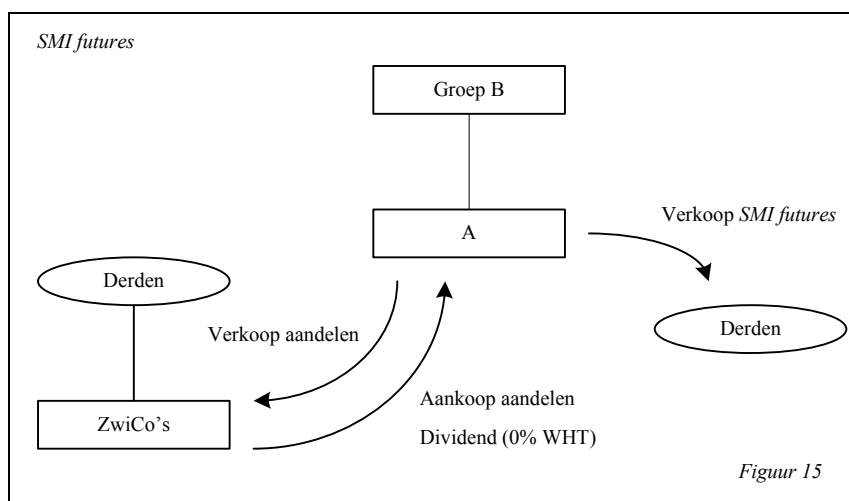
op basis van een *substance-over-form* benadering. De uiteindelijk gerechtigde dient ruime beoordelingsvrijheid te hebben over de manier waarop de dividenden gebruikt worden. Het kan echter zo zijn dat het concept van beneficial ownership verzwakt wordt als de ontvanger van de dividenden een contractuele of feitelijke verplichting heeft de dividenden uit te keren aan een derde. Om deze reden onderzocht het *Bundesverwaltungsgericht* of de bank een verplichting had de dividendinkomsten over te maken en in hoeverre deze verplichting afhankelijk was van de respectievelijke dividenden. Deze kwam tot de conclusie dat er geen sprake was van een contractuele of feitelijke verplichting en dat de bank om deze reden in staat was de dividenden voor andere doeleinden te gebruiken. Het *Bundesverwaltungsgericht* concludeerde daarnaast dat de periode waarin de aandelen gehouden werden geen impact had op de uiteindelijke gerechtigdheid.

3.3.12 *SMI futures*¹⁰⁵

De Deense dochter (“A”) van de groep B, handelde in zogenaamde *SMI futures*¹⁰⁶ en kocht de onderliggende aandelen om het risico af te dekken. Dit arrest lijkt op het *total return swap* arrest. Op het moment dat de termijncontracten afliepen zou A de onderliggende aandelen verkopen en de positie sluiten of de onderliggende aandelen houden en de *SMI futures* verlengen met drie maanden. In een enkel geval zou A de onderliggende activa een langere periode aanhouden. A had geen afspraken met de tegenpartijen van de *SMI futures* gemaakt over het prijsrisico en de dividenden. Daarnaast had A geen aandelen van deze partijen gekocht. Op de dividenden die uitgekeerd werden op de aandelen die in het bezit waren van A, werd 35% bronbelasting in Zwitserland ingehouden. Op basis van het belastingverdrag tussen Zwitserland en Denemarken vroeg A om een volledige teruggaaf van ingehouden bronbelasting.

¹⁰⁵ Federal Supreme Court (Zwitserland), Case A-1246/2011, 23 juli 2012.

¹⁰⁶ Een *future* is een verplichting om op een bepaald tijdstip een bepaalde hoeveelheid te kopen tegen een van tevoren vastgestelde prijs. De verplichting leidt ertoe dat de koop altijd zal plaatsvinden, wat een verschil is met een optie. De onderliggende waarde van dit termijncontract is de Swiss Market Index. Deze index bestaat uit de 20 grootste en meest liquide large- en midcap aandelen (enkele voorbeelden zijn Nestlé, Credit Suisse en Roche).



De Zwitserse belastingautoriteit verleende geen teruggaaf van ingehouden bronbelasting op de dividenden, aangezien A slechts beneficial owner van de aandelen was voor het kleine gedeelte van de dividenden die in A achterbleven.

Het Zwitserse *Federal Supreme Court*¹⁰⁷ oordeelde dat A aangemerkt kon worden als beneficial owner met betrekking tot de dividenden. Ten grondslag aan dit oordeel lag het feit dat een beneficial owner gedefinieerd is als een persoon die brede beoordelingsvrijheid heeft inzake het gebruik van de inkomende dividenden. Hierop wordt inbreuk gemaakt ingeval er een contractuele of feitelijke verplichting bestaat de dividenden door te geven aan een andere partij. Ondanks het feit dat A een financiële verplichting had jegens de tegenpartij van een *SMI future*, leidde dit contract niet tot enige verplichting voor A om de posities af te dekken door acquisitie van de onderliggende aandelen. Daarnaast bestond er geen feitelijke verplichting enige dividendinkomsten over te dragen. Zelfs als de acquisitie van de onderliggende aandelen gefinancierd was door B, zou A niet verplicht zijn geweest het dividend door te betalen in de vorm van interest op de lening. De interestbetalingen op de lening waren namelijk verschuldigd onafhankelijk van het al dan niet uitkeren van dividend. Het feit dat A het interestriscio, valutarisico en financieringsrisico droeg, speelde een cruciale rol in de versterking van het beneficial ownership.

¹⁰⁷ Vergelijkbaar met de Nederlandse Hoge Raad.

3.4 Analyse

De vereisten om te kwalificeren als beneficial owner zijn, op basis van de elf besproken arresten, middels onderstaande tabel 2 inzichtelijk gemaakt. Een “Y” (van “Yes”) of “N” (van “No”) houdt in dat er getoetst is aan dit criterium en dat hier wel, respectievelijk geen sprake van was. Indien er geen Y of N is opgenomen, betekent dit automatisch dat dit criterium niet in het arrest is getoetst, dan wel niet op andere wijze in het arrest is teruggekomen.

Arrest	Jaar	Staat	Antimisbruik		Verplichting		Risico		Controle		Eigendom		BO
			Fiscaal motief	Zakelijk motief	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	
Indofood	2006	Verenigd Koninkrijk	Y		Y	Y			N				Nee
Real Madrid F.C.	2006	Spanje	Y	N					N				Nee
Royal Bank of Scotland	2006	Frankrijk	Y				N						Nee
Prevost	2009	Canada	Y	Y		N				Y		Y	Ja
HHU	2010	Denemarken	Y						N		N		Nee
NetApp	2011	Denemarken							N				Nee
ISS	2011	Denemarken							Y				Ja
Vodafone	2012	India		Y									n.v.t.
Velcro	2012	Canada						Y		Y		Y	Ja
Total return swap	2012	Zwitserland			N	N			Y				Ja
SMI futures	2012	Zwitserland			N	N	Y		Y				Ja

Tabel 2

Op basis van de arresten blijkt dat Canada – uitgaande van het Prevost en het Velcro arrest – een zuiver juridische benadering hanteert, waar de andere staten op grond van de besproken jurisprudentie de casus voornamelijk economisch benaderen. Een reden die hieraan ten grondslag zou kunnen liggen is het feit dat Canada een *common law* land is. Wat echter opvalt is de economische benadering die het Verenigd Koninkrijk – ook een *common law* land – hanteert in de Indofood-zaak. In dit arrest werd het beneficial owner begrip echter getoetst voor een situatie die zich voordeed op grond van het belastingverdrag tussen Indonesië en Nederland. Ook lag de vraag voor of er sprake was van beneficial ownership, maar diende te worden beoordeeld of de lening mocht worden opgezegd. Het *common law* systeem in

Canada heeft er wel toe geleid dat in het Velcro-arrest aan vrijwel dezelfde criteria werd getoetst als in het Prevost-arrest.¹⁰⁸

Een andere opvallende zaak is Real Madrid F.C. uit Spanje. In het jaar 2000 – voor de wijzigingen in het OESO-Commentaar van 2003 – hanteerde de AN een juridische benadering om te toetsen of er sprake was van eigendom.¹⁰⁹ In de zaak Real Madrid F.C. hanteerde dezelfde rechtsprekende macht een economische benadering om te bepalen of er sprake was van controle. De exacte reden waarom de AN is ‘omgegaan’ is mij niet geheel duidelijk. Het zou ermee te maken kunnen hebben dat door de wijziging van het OESO-Commentaar in 2003 het daadwerkelijke eigendom van een inkomensbestanddeel ondergeschikt is geworden aan de vraag of er controle kan worden uitgeoefend over deze inkomensbestanddelen. Aan de andere kant lijkt Spanje juist een statische benadering voor te staan. Ik kan derhalve slechts speculeren naar de argumentatie waarom de AN een andere weg is opgegaan.

In tegenstelling tot de ruime en internationale benadering in het Indofood-arrest werd in het Prevost-arrest gekozen voor een beperkte interpretatie. De rechtbank oordeelde dat er slechts sprake kon zijn van een *conduit* in geval deze “*absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as a conduit*” heeft.

Uit de Deense zaken HHU, NetApp en ISS kan geconcludeerd worden dat het criterium controle een belangrijke factor is bij de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Het feit dat de ontvanger in het ISS-arrest controle kon uitoefenen over de ontvangen gelden leidde ertoe dat er sprake was van beneficial ownership. In deze arresten is – net als in het Indofood-arrest – gekozen voor een ruime en internationale benadering van het beneficial owner begrip. Uit het ISS-arrest blijkt dat beneficial ownership niet alleen wordt bereikt wanneer een entiteit geen *conduit* is die inkomsten doorbetaalt aan de uiteindelijke eigenaren, maar ook als het management van de entiteit op basis van het vennootschapsrecht de bevoegdheid heeft te beslissen hoe de inkomsten worden aangewend.

Er is mijns inziens geen eenduidige conclusie te trekken uit de jurisprudentie welke criteria doorslaggevend zijn en een algemeen kader zouden kunnen vormen voor de bepaling van

¹⁰⁸ Zie voor de uitleg van *common law* hoofdstuk 3, paragraaf 3, onderdeel 1.

¹⁰⁹ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2, onderdeel 3 en tabel 1.

beneficial ownership. Hierdoor is het niet mogelijk een algemeen en conceptueel toetsingskader te creëren voor het beantwoorden van de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Wel lijkt een puur fiscaal motief ertoe te leiden dat er geen sprake is van beneficial ownership. Vanuit de anti-misbruik gedachte is dit een voor de hand liggend criterium dat getoetst moet worden alvorens over te gaan tot een economische respectievelijk juridische benadering van de genoemde criteria. Er heeft echter in de jurisprudentie na 2009 geen duidelijke toetsing aan het motief plaatsgevonden. Dit is te verklaren door het feit dat het motief voor een bepaalde structuur gemakkelijk een zakelijk karakter kan worden toegediend. Het argument dat bijvoorbeeld Nederlanders de Engelse taal relatief goed beheersen of Nederland neutraal terrein is voor buitenlandse partijen is gemakkelijk te verdedigen als een zakelijk motief om Nederland te kiezen als vestigingsland van een tussenhoudster. Daarnaast lijkt controle een belangrijke vereiste te zijn gebleven voor de kwalificatie als beneficial owner, zowel bij een juridische als bij een economische benadering. In hoofdstuk 6 ga ik nader in op de verschillende criteria en geef ik mijn conceptuele visie hoe het beneficial owner begrip vormgegeven kan of zou moeten worden.

3.4.1 Toelichting op likert schaal / methode

Met behulp van de Likert-schaal wordt een kader geschetst waarmee getoetst kan worden of er al dan niet sprake is van uiteindelijke gerechtigdheid, gebaseerd op de besproken jurisprudentie. Het oorspronkelijke idee voor de Likert-schaal vindt zijn oorsprong in een artikel van Rensis Likert uit 1932.¹¹⁰ De Likert-schaal is een methode waarmee door een onderzoeker bedachte uitspraken worden voorgelegd aan de respondent. Aan de reacties van de respondenten worden op basis van een 5-puntsschaal een waarde toegekend. In dit geval zijn de rechtsprekende machten uit de verschillende jurisdicties de respondenten.

De vraag die gesteld wordt is: hoe wordt het criterium door de rechtssprekende macht in verband gebracht met het begrip beneficial owner?

In tabel 3 is de mate opgenomen waarin de criteria doorslaggevend zijn geweest in de verschillende arresten¹¹¹, hiervoor is van de volgende verdeling gebruik gemaakt:

¹¹⁰ R. Likert, 'A Technique for the Measurement of Attitudes', Archives of Psychology: 1932.

¹¹¹ Het Vodafone-arrest is in dit overzicht niet opgenomen, aangezien in dit arrest niet bepaald werd of er sprake was van beneficial ownership.

- ++ “defined as”
- + “played a crucial role”
- +/- “ultimately led to” of “weighted heavy”
- “may be substantially weakened by”
- - “no meaning”

Om de tabel overzichtelijk te houden heb ik ervoor gekozen om de - - waarde niet in de tabel op te nemen. Een lege cel in de tabel houdt in dat het criterium niet is aangehaald door de rechtssprekende macht en derhalve geen invloed op de beslissing heeft gehad (“no meaning”).

Arrest	Jaar	Staat	Antimisbruik		Verplichting		Risico		Controle		Eigendom		BO
			Fiscaal motief	Zakelijk motief	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	Economisch	Juridisch	
Indofood	2006	Verenigd Koninkrijk	+		+	+			+				Nee
Real Madrid F.C.	2006	Spanje	+	+					+				Nee
Royal Bank of Scotland	2006	Frankrijk	+				+						Nee
Prevost	2009	Canada	+	+		++				++		+ / -	Ja
HHU	2010	Denemarken	+						+		+		Nee
NetApp	2011	Denemarken							+				Nee
ISS	2011	Denemarken							+				Ja
Velcro	2012	Canada						+ / -		+ / -		++	Ja
Total return swap	2012	Zwitserland			-	-			++				Ja
SMI futures	2012	Zwitserland			-	-	+		++				Ja

Tabel 3

Op basis van de uitkomsten uit bovenstaande tabel kan een conclusie getrokken worden met betrekking tot de mate waarin de verschillende criteria hun doorslag vinden in het antwoord op de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Het criterium controle lijkt door de tijd heen een sterke rol te hebben gespeeld in het bepalen van de beneficial owner. In elk van de zaken – behoudens RBS – heeft dit criterium een cruciale rol gespeeld bij het bepalen van de beneficial owner of werd de beneficial owner gedefinieerd als degene die controle had over de dividenden, interest of royalty’s. Mijn inziens is dit een voor de hand liggend criterium, aangezien de mate van controle gevolgen heeft voor de gerechtigdheid tot

dividenden, interest of royalty's. Indien er geen controle bestaat en direct doorbetaald dient te worden kan er mijns inziens geen sprake zijn van uiteindelijke gerechtigdheid.

In de twee laatstgenoemde Zwitserse zaken kon de mate van beneficial ownership substantieel verzwakt worden bij aanwezigheid van een juridische of economische verplichting om de inkomsten door te betalen. Uit de woordkeuze van de rechtsprekende macht leid ik af dat een verplichting niet per definitie hoeft te leiden tot het niet aangemerkt worden als beneficial owner. In hoofdstuk 4, paragraaf 2, onderdeel 2, wordt besproken dat deze substantiële verzwakking (arbitrair) gekwantificeerd zou moeten worden om een verschillend oordeel in soortgelijke zaken in verschillende landen te voorkomen.

Hoofdstuk 4 – Voorstellen OESO-Commentaar bij beneficial ownership

Onder andere naar aanleiding van de besproken jurisprudentie in hoofdstuk 3 heeft de OESO in april 2011 een *discussion draft* gepubliceerd betreffende de aanpassing van het OESO-Commentaar bij de verdragsartikelen 10, 11 en 12, waarin de term beneficial ownership voorkomt. In paragraaf 1 wordt de *discussion draft april 2011* besproken, waarbij ook aandacht besteed wordt aan het inhoudelijke commentaar van verschillende instanties. Bijna anderhalf jaar later is de OESO met een *revised discussion draft oktober 2012* gekomen waarop wederom commentaar geleverd kon worden. De tweede versie en het commentaar daarop wordt in paragraaf 2 uitgewerkt. In paragraaf 3 wordt een toetsingskader voor beneficial ownership geschetst aan de hand van het voorgestelde OESO-Commentaar. Daarnaast wordt aan de hand van dit toetsingskader onderzocht of de in hoofdstuk 2 en 3 besproken arresten onder het nieuwe OESO-Commentaar tot een andere uitkomst leiden met betrekking tot de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership.

4.1 Discussion draft april 2011

Het concept beneficial ownership uit de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag heeft, zoals valt op te maken uit de vorige paragraaf, geleid tot verschillende interpretaties door de rechtbanken en de belastingautoriteiten. Gezien het feit dat deze verschillende interpretaties kunnen leiden tot dubbele belastingheffing of geen belastingheffing en veel onzekerheid en discussie, was de OESO van mening dat het concept beneficial ownership verduidelijkt moest worden. Op 29 april 2011 publiceerde *Working Party 1 on Tax Conventions and Related Questions* ("WP 1") de *Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention* ("discussion draft april 2011").

De *discussion draft april 2011*¹¹² bestond uit een voorstel ter aanpassing van het OESO-Commentaar op de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag. Geïnteresseerden werden uitgenodigd om tot 15 juli 2011 reacties in te dienen op het voorstel. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door 39 partijen. Aangezien vele reacties dezelfde punten van aandacht bevatten heb ik ervoor gekozen – ook omwille van de omvang – de belangrijkste

¹¹² Zie Appendix II.

onderdelen van de ingediende reacties te bespreken. De nadruk ligt op het voorgestelde OESO-Commentaar bij artikel 10. De reacties zijn echter overeenkomstig van toepassing op het corresponderende OESO-Commentaar bij de artikelen 11 en 12.

4.1.1 Nationale of internationale uitleg begrip

Paragraaf 12 van het OESO-Commentaar op artikel 10 van het OESO-Modelverdrag is opgesplitst in twee losse leden. De voornaamste aanpassingen zijn te vinden in lid 1.

12.1 Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ...a resident” in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term “beneficial owner” is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries¹), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words “paid ... to a resident”, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.

De eerste volzin stelt dat het begrip beneficial owner niet geïnterpreteerd moet worden in het licht van enige technische betekenis die het begrip onder nationaal recht zou kunnen hebben. Daarbij is opgemerkt dat ten tijde van de introductie van dit begrip door de OESO, veel landen geen precieze betekenis hadden op basis van hun nationale wet van beneficial ownership. Vervolgens bevat de laatste volzin van dit lid een regel die stelt dat het nationale begrip beneficial owner niet automatisch irrelevant is voor de interpretatie van het begrip in de context van artikel 10. Het nationale begrip is toepasbaar voor zover het consistent is met algemene richtlijnen die opgenomen zijn in lid 1.

*Danon*¹¹³ stelt dat de betekenis van het begrip beneficial ownership – indien gekozen is voor een contextuele interpretatie – uitsluitend afgeleid dient te worden uit de relevante belastingverdragen, volgens artikel 31 van het Verdrag van Wenen¹¹⁴. Op basis hiervan zou de laatste volzin van lid 1 verwijderd moeten worden uit het voorgestelde OESO-Commentaar. Daarnaast is er sprake van een discrepantie tussen het lid en het doel van de wijzigingen in het

¹¹³ R.J. Danon, ‘2011 OECD Discussion draft on the meaning of beneficial owner’, 15 juli 2011.

¹¹⁴ Verdrag van Wenen betreffende het recht van verdragen, 23 mei 1969, Verdragen IBFD.

OESO-Commentaar. Het doel van de *discussion draft april 2011* ziet op het voorkomen van “risico’s op dubbele belastingheffing en niet belastingheffing die opkomt uit een verschil in interpretatie”¹¹⁵. Lid 1 laat in de laatste volzin duidelijk ruimte voor een nationaal rechtelijke interpretatie, welke kan leiden tot verschillende uitleg van beneficial ownership. Het laatste argument dat *Danon* aanhaalt voor het verwijderen van de laatste volzin uit paragraaf 12 lid 1, is het feit dat het de intentie van de OESO is om de toepassing van de beneficial ownership eis in gecompliceerde overeenkomsten¹¹⁶ te verduidelijken. Hiervoor dient er geen enkele ruimte voor dubbelzinnigheid te bestaan op het gebied van de uitleg van het begrip.¹¹⁷

Ook in de reactie van het IBFD¹¹⁸ wordt getwijfeld of de *discussion draft april 2011* genoeg houvast geeft om te concluderen dat het begrip beneficial ownership uitgelegd dient te worden in het licht van de context van het verdrag. Daarnaast wordt de vraag gesteld waar het begrip opgenomen moet worden. Wanneer de *discussion draft april 2011* wordt gevolgd, zal de verwijzing opgenomen worden in het OESO-Commentaar. Het zou volgens de IBFD echter voor de hand liggen om het begrip op te nemen in artikel 3 (definities) of in de artikelen 10 (dividenden), 11 (interest) en 12 (royalty’s) van het OESO-Modelverdrag, aangezien beneficial ownership een belangrijk begrip is voor de verdragstoepassing. Indien het begrip in het OESO-Modelverdrag zou worden opgenomen, wordt benadrukt dat het begrip aan de hand van het specifieke belastingverdrag dient te worden uitgelegd.¹¹⁹ Het is van belang of er sprake is van de statische of dynamische methode inzake het gesloten verdrag.¹²⁰ De opname van een definitie in het OESO-Modelverdrag geeft – in het geval dat er sprake is van de statische methode – meer zekerheid voor toekomstig te sluiten belastingverdragen.

4.1.2 Trusts

In de *discussion draft april 2011* is bij lid 1 van paragraaf 12 een voetnoot geplaatst.

¹¹⁵ OECD, Discussion Draft, supra no. 12, Introduction.

¹¹⁶ Zoals bijvoorbeeld: collectieve investeringsentiteiten en trusts.

¹¹⁷ R.J. Danon, ibid, p. 8 – 9.

¹¹⁸ IBFD, ‘Response from IBFD Research Staff’, 14 juli 2011.

¹¹⁹ IBFD, ibid, p. 1 – 2.

¹²⁰ Zoals besproken in hoofdstuk 4, paragraaf 1.

[Footnote to paragraph 12.1]

1. For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 notwithstanding that the relevant trust law might distinguish between legal and beneficial ownership.

In deze voetnoot worden voorbeelden gegeven van betekenissen van het begrip beneficial owner in een beperkte technische zin (welke niet van toepassing zijn op het OESO-begrip). *Trustees*¹²¹ van een *discretionary trust*¹²² kunnen als beneficial owner aangemerkt worden als de dividenden niet uitgedeeld worden aan enige begunstigde.

Volgens het IBFD¹²³ impliceert de voetnoot dat het feit dat er geen inkomen wordt uitgekeerd, ertoe leidt dat de *trustees* het volledige recht verkrijgen om het inkomen te gebruiken en te genieten. Een *trustee* kan echter niet het volledige recht verkrijgen om het inkomen te gebruiken en te genieten, zelfs niet indien er geen inkomen uitgekeerd wordt naar de begunstigde. Er bestaat frictie tussen deze tekst in de voetnoot en de hoofdtekst van het voorgestelde OESO-Commentaar.

*Danon*¹²⁴ is echter van mening dat hetgeen bepaald is in de voetnoot van paragraaf 12 lid 1 consistent is met een definitie van beneficial ownership dat gebaseerd is op het niveau van controle dat de ontvanger van de dividenden heeft. Op basis van de tekst voldoen de *trustees* van een *fixed trust*¹²⁵ niet aan de vereisten van beneficial ownership. In een dergelijk geval zullen de begunstigten als beneficial owner worden aangemerkt. De enige kanttekening die *Danon* plaats is het feit dat een belangrijke kwestie als de *trust* in een voetnoot wordt opgenomen.

4.1.3 Volledig recht te gebruiken en te genieten

Op het vierde lid van paragraaf 12 is door een groot aantal instanties bezwaar gemaakt.

¹²¹ Beheerder, lasthebber of vertrouwensman.

¹²² Bij een discretionary trust bepaalt de trustee op welk moment aan welke beneficiair de rechten worden overgedragen, waarbij de oprichter van de trust richtlijnen of adviezen kan geven. Meestal een offshore trust.

¹²³ IBFD, *ibid*, p. 3.

¹²⁴ R.J. Danon, *ibid*, p. 16.

¹²⁵ Een trust waarbij de trustee de verplichting heeft inkomen uit te keren.

12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid.

Kort gezegd stelt het OESO-Commentaar dat in het geval dat een *agent*¹²⁶ de ontvanger van het dividend is, deze niet wordt aangemerkt als beneficial owner. De reden die hieraan ten grondslag ligt is het feit dat deze niet het volledige recht heeft het dividend te gebruiken en te genieten. Ook kunnen de bevoegdheden van de ontvanger beperkt zijn, doordat hij verplicht is de inkomsten door te betalen aan een andere persoon. Wanneer de ontvanger wel het volledige recht heeft het dividend te gebruiken en te genieten, zonder contractuele of wettelijke verplichting deze inkomsten door te betalen aan een andere persoon, is er wel sprake van beneficial ownership. Een verplichting als hiervoor genoemd kan zowel door een juridisch document als op basis van feiten en omstandigheden worden opgeroepen.

Ten eerste is *Aristotelous*¹²⁷ van mening dat de voorgestelde veranderingen niet leiden tot het beoogde resultaat, aangezien de onzekerheden rondom het begrip niet afnemen. De introductie van nieuwe termen als *obligation* en *passing on* staan open voor verschillende interpretaties door belastingautoriteiten en rechtelijke machten in verschillende landen.¹²⁸ Daarnaast leidt de *substance*-term uit de laatste volzin ertoe dat de bepaling zich ontpopt tot een aanvullende generieke anti-misbruik bepaling (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3, onderdeel 5).

Ten tweede zijn velen¹²⁹ van mening dat *full right to use and enjoy* te ver gaat. *Postma*¹³⁰ stelt dat het uit de tekst van het voorgestelde OESO-Commentaar moeilijk is om op te maken of er sprake is van een verduidelijking of een verandering. In het geval dat er een verduidelijking

¹²⁶ Of *nominee* of *conduit* die optreedt als een fiduciair of administrator.

¹²⁷ P. Aristotelous, ‘Comments on the Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ found in the Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention’, 26 juli 2011.

¹²⁸ P. Aristotelous, *ibid*, p. 4.

¹²⁹ Onder andere: IBFD, A.J. Postma en P. Aristotelous.

¹³⁰ A.J. Postma, ‘Ernst & Young’s comments to the Proposed Changes to the Commentary on articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention’, 14 juli 2011.

beoogd is – wat mijns inziens het geval is – zou de tekst van lid 4 op enkele plekken aangevuld moeten worden, omdat de hiervoor genoemde passage onbedoeld veel situaties uitsluit. Wanneer de tekst gelezen wordt alsof er een verandering beoogd is, komen alleen personen in aanmerking voor beneficial owner als die volledig recht op het gebruik en het genot van het dividend heeft. Als er in dit geval een gedeelte zou worden doorbetaald, is het al niet meer mogelijk om te kwalificeren als beneficial owner. Ondanks het feit dat deze interpretatie niet de bedoeling is van de OESO, ziet *Postma* een risico in het feit dat belastingautoriteiten en rechtelijke machten de aanpassing van het OESO-Commentaar als een verandering zien; wat tot een overkill kan leiden. Een simpel voorbeeld betreft een entiteit die (gemiddeld) jaarlijks EUR 5 miljoen dividend ontvangt. Deze entiteit heeft de aankoop van de aandelen gefinancierd met eigen en vreemd vermogen. Op het vreemde vermogen dient een rente van EUR 4 miljoen te worden betaald. Wanneer de aanpassingen letterlijk worden uitgelegd zou het doorbetalen van het dividend in de vorm van rente aan de vreemd vermogen verschaffers ertoe kunnen leiden dat de eerstgenoemde entiteit niet wordt aangemerkt als beneficial owner van het dividend.¹³¹

De zinsnede *unconstrained by a contractual or legal obligation* is volgens de IBFD¹³² te breed geformuleerd, waardoor veel verplichtingen onterecht personen uitsluiten om als beneficial owner te worden aangemerkt. Een voorbeeld is de situatie waarin een schuldeiser een gerechtelijk bevel krijgt waarmee het inkomen van de schuldenaar wordt bevroren. In dat geval is de schuldenaar niet langer instaat om vrij over zijn inkomen te beschikken, dit zou betekenen dat hij geen beneficial owner van zijn inkomen is. Niet het bestaan van een verplichting, maar de aard van de verplichting moet bepalen of een persoon als beneficial owner aangemerkt kan worden.

*Middleton*¹³³ legt in zijn reactie de nadruk op het feit dat er meer voorbeelden moeten worden aangehaald om minder ruimte voor interpretatie open te laten. Een van de onderdelen van het vierde lid waar verduidelijking gewenst is, is de term *facts and circumstances*. Het eerste voorbeeld heeft betrekking op een kredietgever die leent aan een kredietnemer. De kredietgever heeft deze lening gefinancierd met vreemd vermogen. Het voorbeeld lijkt veel op dat van *Postma*, maar in dit geval wordt de rente vrijwel geheel doorbetaald. De marge die

¹³¹ A.J. Postma, *ibid*, p. 3.

¹³² IBFD, *ibid*, p. 4.

¹³³ R. Middleton, ‘AFME initial comments on the OECD’s discussion draft – clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention’, 15 juli 2011.

ertussen zit is hetgeen de kredietgever verdient. Stel dat de kredietgever een bank is die als enige activiteit het verlenen van dergelijke kredieten heeft. Onder het voorgestelde OESO-Commentaar zou deze kredietgever niet kwalificeren als beneficial owner, maar de invulling van de feiten en omstandigheden zou uitkomst kunnen bieden. Het is van belang om deze zinsnede verder te verduidelijken om het niet aan nationale rechtelijke machten over te laten dit naar eigen inzicht breed of eng uit te leggen.¹³⁴

Verder wijst *Aristotelous*¹³⁵ erop dat ervoor gezorgd moet worden dat de belastingbetaler niet in een kostbare en lastige positie terechtkomt, waarin hij geconfronteerd wordt met de last om te bewijzen dat complexe juridische, financiering of securitisatie gerelateerde documenten niet binnen lid 4 van paragraaf 12 vallen. Oftewel de nadruk moet niet liggen op de economische dimensie van de test, maar meer op het juridische aspect door duidelijke voorbeelden te geven wanneer de beneficial owner test faalt.

4.1.4 Anti-misbruik

In lid 5 van paragraaf 12 wordt de relatie tussen de beneficial owner eis en andere anti-misbruik bepalingen besproken.

12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on “Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of “beneficial owner” deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases.

De laatste volzin van de voorgestelde tekst kom er kort gezegd op neer dat het concept van beneficial owner sommige vormen van belasting ontwijking treft, zijnde situaties waarbij een entiteit wordt tussengeschoven en deze verplicht is het dividend door uit te keren. In situaties waar sprake is van *treaty shopping* en waar het concept van beneficial ownership geen

¹³⁴ R. Middleton, *ibid*, p. 2 – 3.

¹³⁵ P. Aristotelous, *ibid*, p. 4.

toepassing vindt, mag het concept niet aangemerkt worden als een beperking in de toepassing van andere maatregelen om *treaty shopping* tegen te gaan.

Zoals in de vorige paragraaf beschreven is, stelt *Postma* dat de aanpassing van lid 4 kan worden gelezen als een verandering. Ditzelfde geldt ook voor lid 5, in de zin dat er sprake kan zijn van een ruimere toepassing van het concept beneficial ownership als anti-misbruik bepaling. *Middleton* en *Postma* stellen dat het concept niet gebruikt zou moeten worden om verdragsmisbruik – in andere situaties dan die tot op heden in het OESO-Commentaar aanwezig zijn – te voorkomen of te corrigeren.¹³⁶ Een universele definitie van het begrip beneficial owner om te bepalen wie de eigenaar van het inkomen is, is voor belastingdoeleinden van belang, maar het motief om verdragsmisbruik te voorkomen zou hier niet aan ten grondslag mogen liggen. Specifieke anti-misbruik bepalingen kunnen worden opgenomen in bilaterale verdragen indien de verdragspartners daarvoor kiezen.¹³⁷ Enkele voorbeelden van dergelijke bepalingen zijn een minimum risico of equity eis, bepalingen tegen uitholling van de grondslag of *Limitation of Benefits* bepalingen.¹³⁸

Danon is van mening dat de introductie van de hiervoor uitgelegde passage in lid 5, de vraag met zich meebrengt hoe deze bepaling zich verhoudt tot de *guiding principle* uit het huidige paragraaf 9 lid 5 van het OESO-Commentaar bij artikel 1 van het OESO-Modelverdrag. De beneficial owner eis mag slechts toezien op de elementen van het feitencomplex dat betrekking heeft op de manier waarop het inkomen – dat opgekomen is uit de bronstaat – is overgebracht naar de ontvanger. Het *guidance principle* heeft betrekking op andere elementen van het feitencomplex. Op deze manier zal er geen cumulatieve toepassing van beide bepalingen plaatsvinden. *Danon* stelt dat een cumulatieve toepassing een letterlijke lezing van het OESO-Modelverdrag zou ondermijnen.¹³⁹

Aristotelous schrijft in zijn reactie op de *discussion draft april 2011* dat harmonisatie van anti-misbruik principes overwogen zou moeten worden. Wanneer voldaan is aan de beneficial owner eis is niet zondermeer te zeggen dat er toegang tot het verdrag is, aangezien er bilateraal andere anti-misbruik bepalingen opgenomen kunnen zijn in het verdrag. Dit kan de

¹³⁶ Als een inwoner optreedt als *agent, nominee* met betrekking tot het inkomen of als een inwoner slecht optreedt als *conduit company* met hele smalle bevoegdheden.

¹³⁷ P. Middleton, *ibid*, p. 4.

¹³⁸ A.J. Postma, *ibid*, p. 7 - 8.

¹³⁹ R.J. Danon, *ibid*, p. 17 – 18.

internationale handel hinderen. Mijns inziens is dit geen redelijk doel, aangezien staten in staat moeten zijn om anti-misbruik bepalingen naar behoeven in verdragen op te nemen. Het lijkt mij zeer onwaarschijnlijk dat een algemene anti-misbruik bepaling in het OESO-Modelverdrag of OESO-Commentaar veel toevoegt. Staten zullen vervolgens bilateraal overeenkomen welke bepalingen overgenomen worden. Het enige voordeel is mijns inziens het feit dat staten zicht hebben op de mogelijkheden om misbruik tegen te gaan, al is dit nu ook al mogelijk door een onderzoek te doen naar de verschillende maatregelen die andere belastingverdragen bevatten.

4.1.5 BO vs UBO

Als laatste verduidelijkt lid 6 kort gezegd dat de beneficial owner en de ultimate beneficial owner niet mogen worden gelijkgesteld.

12.6 The above explanations concerning the meaning of “beneficial owner” make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments¹ that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of “beneficial owner” cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. Since, in the context of Article 10, the term beneficial owner is intended to address difficulties arising from the use of the word “paid” in relation to dividends, it would be inappropriate to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.²

Een entiteit die inkomen ontvangt kan worden aangemerkt als beneficial owner, zelfs als een andere persoon (vaak de aandeelhouder) *ultimate effective control* heeft over de entiteit. Mijns inziens is het toevoegen van deze bepaling aan paragraaf 12 een goede toevoeging. Op basis hiervan kunnen entiteiten die naar de letterlijke tekst van het OESO-Modelverdrag misschien niet in aanmerking zouden komen voor verdragstoepassing, wel gebruik maken van de verdragsvoordelen.

4.2 Revised discussion draft oktober 2012

Na de ontvangen reacties op de *discussion draft april 2011* in ogenschouw genomen te hebben, publiceerde WP 1 op 19 oktober 2012 de *Revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention* (“revised discussion draft oktober 2012”).

De *revised discussion draft oktober 2012*¹⁴⁰ bestond uit een voorstel ter aanpassing van het OESO-Commentaar op de artikelen 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag. Geïnteresseerden werden in staat gesteld om tot 15 december 2012 reacties in te dienen met de focus op redactionele kwesties en niet op de inhoud van het voorstel. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door 18 partijen. Aangezien een aantal reacties dezelfde punten van aandacht bevatten heb ik ervoor gekozen – ook omwille van de omvang – de belangrijkste onderdelen van de ingediende reacties te bespreken. De nadruk ligt op het voorgestelde OESO-Commentaar bij artikel 10. De reacties zijn echter overeenkomstig van toepassing op het corresponderende OESO-Commentaar bij de artikelen 11 en 12.

4.2.1 Lid 1

WP 1 concludeert naar aanleiding van het aantal reacties op de laatste volzin van lid 1 – behorende bij paragraaf 12 van het OESO-Commentaar bij artikel 10 van het OESO-Modelverdrag – dat deze zin potentieel verwarrend is.

Het is niet duidelijk of dit lid stelt dat een autonome uitleg van het begrip beneficial ownership wordt geprefereerd, of een nationale interpretatie. Om deze reden heeft de WP ervoor gekozen om de laatste volzin uit het voorgestelde OESO-Commentaar te verwijderen.

This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.

Met betrekking tot de reacties op de voetnoot van lid 1 concludeerde de WP dat er geen grote aanpassing plaats moest vinden, afgezien van een verduidelijking van het laatste gedeelte.

¹⁴⁰ Zie Appendix III.

[Footnote to paragraph 12.1]

1. *For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 even if they are not the beneficial owners under the relevant trust law notwithstanding that the relevant trust law might distinguish between legal and beneficial ownership.*

De reden die hieraan ten grondslag lag was het feit dat de meeste reacties de interpretatie van de voetnoot ondersteunde. Daarnaast valt het algemene onderzoek van verdragskwesaties met betrekking tot trusts buiten de reikwijdte van de verduidelijking van het begrip beneficial ownership. De voetnoot en paragraaf 12 lid 4 (*full right to use and enjoy the income*) zijn volgens de reacties niet in overeenstemming, welk probleem is opgelost door wijzigingen in de voorgestelde tekst van lid 4.¹⁴¹

Postma¹⁴² verzoekt de WP in zijn reactie op de *revised discussion draft oktober 2012* om de term *a given period* – opgenomen in de voetnoot bij lid 1 – te verduidelijken. Hij is van mening dat er meer zekerheid omtrent deze bepaling zou bestaan indien een specifieke periode vaststaat waarbinnen de *discretionary trust* haar dividenden uit moet delen. In het geval dat aan deze periode is voldaan, zal de *trustee* niet aangemerkt worden als beneficial owner van de dividenden.¹⁴³ De *trustee* in een *discretionary trust* heeft de vrijheid om te beslissen of, en zo ja hoeveel van de dividenden, aan de begunstigen wordt uitgekeerd. Mijns inziens leidt dit tot de conclusie dat alleen de periode geen *safe harbour* zou moeten geven van gevallen wanneer een *trustee* wordt aangemerkt als beneficial owner.

4.2.2 Lid 4

De meeste reacties heeft de OESO ontvangen met betrekking tot lid 4.

¹⁴¹ OESO, 'Revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 19 oktober 2012, p. 2 – 3.

¹⁴² A.J. Postma, 'Comments submitted by Ernst & Young on the Revised Proposals concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 14 december 2012.

¹⁴³ A.J. Postma, *ibid*, p. 1.

12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation must be related to the payment received; it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations. Examples of such unrelated obligations are those unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the “beneficial owner” of that dividend. It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases. ; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid.

Het feit dat er sprake moest zijn van *full right to use and enjoy* was volgens velen een te stringente voorwaarde, waardoor bepaalde situaties onterecht werden uitgesloten van het beneficial owner begrip. In het herziende voorstel is in dit zinsdeel het woord *full* verwijderd, wat in lijn is met hetgeen onder andere *Postma* in zijn reactie heeft voorgesteld. Hierdoor dient niet het volledige recht meer aanwezig te zijn. Het verwijderen van het volledige recht leidt echter tot de vraag wanneer voldaan is aan het *right*. Er zijn twee uitkomsten denkbaar. Ten eerste kan het een open norm zijn, waar rechters in verschillende jurisdicties invulling aan kunnen geven wanneer zaken met dit vraagstuk zich voordoen. Als nadeel kan worden aangedragen dat een bepaalde hoeveelheid *right* in het ene land kan leiden tot beneficial ownership, waar dat in een ander land niet tot beneficial ownership leidt. De discrepantie die hierdoor kan ontstaan is niet in lijn met de beoogde verduidelijking door de OESO. Een manier waarop onduidelijkheid rond de hoeveelheid *right* kan worden weggenomen is het introduceren van een meetbaar criterium. Dit zal echter leiden tot een arbitraire hoeveelheid recht die vereist is voor beneficial ownership. Dit kan meer dan 50% zijn, maar evenwel meer dan 75% of zou een minimaal recht van 10% al voldoende zijn. De kans is aanwezig dat bepaalde gevallen onbedoeld worden uitgesloten van het beneficial ownership begrip, of juist onbedoeld niet worden uitgesloten. Daarnaast kan een *safe harbour* ertoe leiden dat de grens

wordt opgezocht door entiteiten die ernaar streven te worden aangemerkt als beneficial owner. Naar mijn mening is het kwantificeren van een (arbitrair) meetbaar criterium voor *right* echter wel haalbaar en zou dit leiden tot een gewenste uitkomst. Het doel om een uniform beneficial owner begrip te formuleren lijkt mij – gezien discrepanties in het verleden – van groot belang voor de interpretatie van dit begrip. Het feit dat er sprake is van een *safe harbour* van bijvoorbeeld recht op meer dan 50% van de inkomsten zou ertoe kunnen leiden dat de grens opgezocht wordt, maar leidt mijns inziens tot de ‘juiste’ beneficial owner. Ik licht dit in hoofdstuk 6 nader toe.

Een andere mogelijkheid is om de ontvanger van de dividenden, interest of royalty's slechts aan te merken als beneficial owner voor zover er sprake is van het *right to use and enjoy*. In het geval dat 49% van de inkomsten worden doorbetaald zou slechts op 51% van de inkomsten het belastingverdrag van toepassing zijn. De overige inkomsten dienen in dit geval belast te worden op basis van het belastingverdrag tussen het bronland en het land waarin de ontvanger van 49% van de inkomsten inwoner is. Het is echter de vraag of deze ‘zuivere’ methode uitvoerbaar is. De entiteit in het land van ontvangst dient in dit geval uit te zoeken wie de beneficial owner van zijn doorbetaling is en het belastingverdrag toe te passen dat tussen dat land en het bronland van toepassing is. Gezien de ontwikkelingen op het gebied van informatie-uitwisseling wordt het steeds eenvoudiger voor belastingautoriteiten om deze informatie te verkrijgen. Dit komt mij voor als de meest zuivere methode, maar eenvoudshalve lijkt het mij verstandiger om een entiteit die recht heeft op meer dan 50% van de inkomsten aan te merken als beneficial owner van de inkomsten.

Daarnaast heeft de WP getracht uitleg te geven wanneer er sprake is van een contractuele of wettelijke verplichting om de ontvangen betalingen door te betalen aan een ander. De nieuwe tekst geeft aan dat deze verplichting betrekking moet hebben op de ontvangen betaling. Hiervan is geen sprake indien de verplichting effectief het resultaat oplevert dat de ontvanger van de betalingen deze gelden gebruikt om aan de verplichtingen te voldoen. Voorbeelden van niet-gerelateerde verplichtingen zijn verplichtingen die een ontvanger van betalingen heeft als schuldenaar, als partij bij financiële transacties of typische verdelingsverplichtingen van pensioenregelingen en in collectieve beleggingsvehikels die recht hebben op verdragsvoordelen op basis van paragraaf 6 lid 8 tot 34 van het OESO-Commentaar op art. 1.

De laatste grote aanpassing in dit lid is het feit dat de WP het laatste gedeelte van de laatste zin heeft herzien. De strekking van de tekst is hetzelfde – zijnde het feit dat artikel 10 refereert aan de beneficial owner van de dividenden en niet de eigenaar van de aandelen, welke verschillende eigenaren kunnen zijn – maar de nieuwe tekst is duidelijker geformuleerd.¹⁴⁴

*Middleton*¹⁴⁵ stelt in zijn reactie op de *revised discussion draft oktober 2012* dat er een onduidelijkheid schuilt in de termen *related obligations* en *unrelated obligations*. Hij geeft aan dat het uitbreiden van de lijst met voorbeelden of het verder uitleggen wat met *financial transactions* bedoeld wordt, enig voordeel met zich mee zou brengen. Mijns inzien is dit juist, echter ik ben van mening dat het niet mogelijk is om alle situaties uit te werken in het OESO-Commentaar.

*Postma*¹⁴⁶ deelt de mening van Middleton met betrekking tot de onzekerheid rondom het begrip *unrelated obligations*. Er worden voorbeelden gegeven van *unrelated obligations*, waarin de term *unrelated obligations* wordt gebruikt. Dit leidt tot een verwarrende circulariteit. Hij stelt voor om deze term uit het voorbeeld te verwijderen.

4.2.3 Lid 5

De WP is het niet eens met de reacties dat het beneficial ownership begrip immuun zou moeten zijn voor de toepassing van andere anti-misbruik regels. Dit zou inconsistent zijn met de richtlijnen neergelegd in paragraaf 7 tot 26 lid 1 van het OESO-Commentaar bij art. 1. Verder stelt de WP dat de suggestie dat het beneficial owner concept een vorm van een anti-misbruik is dat kan leiden tot dubbele belastingheffing, niet aan de orde is. Dit is gelegen in het feit dat in het nieuwe lid 7 de toegang tot het verdrag regelt voor beneficial owner die niet de ontvanger van de betaling is.

¹⁴⁴ OESO, *ibid*, p. 6 – 7.

¹⁴⁵ R. Middleton, 'AFME comments on the revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 14 december 2012.

¹⁴⁶ A.J. Postma, *ibid*, p. 2.

De overige suggesties die uit de reacties voortkwamen heeft de WP niet overwogen aangezien deze een sterkere relatie hebben met de toepassing van andere anti-misbruik bepalingen dan de interpretatie van het concept van beneficial ownership.¹⁴⁷

4.2.4 Lid 6

Op lid 6 ontving de WP een reactie waarin werd gesteld dat er gestreefd dient te worden naar een generale en universele definitie van het begrip beneficial owner. Hierbij werd verwezen naar het feit dat het begrip ook op andere plekken in wet- en regelgeving voorkomt. De WP is echter van mening dat het moeilijk is om tot een universele bepaling van het begrip beneficial owner te komen. Om deze reden is ervoor gekozen om in dit lid slechts de laatste zin te verduidelijken.

*Since, in the context of Article 10, the term “beneficial owner” is intended to address difficulties arising from the use of the words “paid to” in relation to dividends, rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.*²

4.2.5 Lid 7

Ondanks het feit dat geen aanpassingen in de bestaande tekst van lid 7 waren voorgesteld in de discussion draft, zijn er reacties gericht op de bepaling van dit lid. De belangrijkste kwestie was de vraag hoe het artikel toegepast diende te worden indien de directe ontvanger van de dividenden en de beneficial owner van de dividenden zich in twee verschillende staten bevonden. In het OESO-Commentaar diende duidelijker opgenomen te worden welke partij de beneficial owner zou zijn in een dergelijk geval. De WP stelt dat een letterlijke interpretatie van de woorden *such dividends*, uit de preambule van paragraaf 2 van artikel 10, tot de conclusie zou kunnen leiden dat deze dividenden direct aan een inwoner van de verdragsstaat moet worden betaald. Dit zou problematisch zijn wanneer de directe ontvanger en de beneficial owner in verschillende staten gevestigd zijn. Ondanks het feit dat in lid 2 van paragraaf 12 duidelijk aangegeven is dat deze interpretatie niet juist is, heeft de WP besloten een duidelijkere bewoording aan het artikel zelf zou moeten worden geven.¹⁴⁸

¹⁴⁷ OESO, *ibid*, p. 11.

¹⁴⁸ OESO, *ibid*, p. 14 – 15.

12.72 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 *and in [year of next update]* to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). ~~States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.~~

*Munting*¹⁴⁹ merkt in zijn reactie op dat in lid 7 slechts de *agent* en *nominee* zijn opgenomen. Als gevolg hiervan kan de *conduit* buiten de toepassing van dit lid blijven. Ik verwacht dat dit inderdaad niet de intentie van de WP is geweest en de *conduit* in de volgende versie van het voorgestelde OESO-Commentaar opgenomen zal zijn in lid 7.

4.3 Analyse

Op basis van de gepubliceerde *revised discussion draft oktober 2012* kan een toetsingskader geschetst worden waarmee bepaald kan worden of er al dan niet sprake is van beneficial ownership met betrekking tot bepaalde inkomsten. Hieronder is het toetsingskader uitgewerkt. Als eerste dient er toegang tot het belastingverdrag te bestaan (vraag 1). Vervolgens wordt onderzocht of er sprake is van een *agent*, *nominee* of *conduit* (vraag 2, bestaande uit de subvragen 2a en 2b). Om af te sluiten met een vangnetbepaling waardoor sprake is van een *agent*, *nominee* of *conduit*, maar wel het verlaagde bronbelastingtarief van toepassing is (vraag 3).

4.3.1 Toegang

Vraag 1: Werd het inkomen direct betaald aan een inwoner van een staat waarmee de bronstaat een belastingverdrag had gesloten?

- *Yes*, ga verder met vraag 2.
- *No*, er is geen toegang tot het betreffende belastingverdrag; er is dus geen sprake van beneficial ownership en het eventueel daaruit vloeiende verlaagde bronbelastingtarief.¹⁵⁰

¹⁴⁹ W. Munting, 'Comment on the revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in the articles 10, 11, 12 of the OECD Model Tax Convention: Revised public discussion draft', 26 november 2012.

¹⁵⁰ Paragraaf 12 en 12.1 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag.

4.3.2 Onderwerp en doel (“Object and purpose”)

Vraag 2: is er sprake van een *agent, nominee* of *conduit*?

Om dit te toetsen dient de vraag 2a beantwoord te worden.

Vraag 2a: Heeft de ontvanger het recht om de inkomsten te genieten en te gebruiken zonder beperking door een contractuele of juridische verplichting om de inkomsten door te betalen aan een ander?

Deze toets dient zowel economisch¹⁵¹ als juridisch¹⁵² geïnterpreteerd worden. Verder ga ik in dit toetsingskader uit van een *right* van meer dan 50% van de inkomsten.¹⁵³

- *Yes*, er is sprake van beneficial ownership.
- *No*, ga verder met vraag 2b.

Vraag 2b: Is de contractuele of juridische verplichting gerelateerd aan de ontvangen inkomsten?

Hieronder wordt niet de situatie verstaan waarin een contractuele of juridische verplichting niet gerelateerd is aan de ontvangen inkomsten, maar deze inkomsten wel aangewend worden om aan de verplichting te voldoen. Een voorbeeld van een dergelijke situatie betreft een ontvanger van inkomsten die tevens een schuldenaar is of verplichtingen heeft op basis van pensioenregelingen.¹⁵⁴

- *Yes*, er is geen sprake van beneficial ownership ga verder met vraag 3.
Het toestaan van een verlaagd bronbelastingtarief aan een *agent* of *nominee* is inconsistent met het doel en strekking van het belastingverdrag. De *agent* of *nominee* kwalificeert wel als inwoner, maar er ontstaat geen potentiële dubbele belasting aangezien de ontvanger niet als eigenaar van het inkomen wordt aangemerkt door de woonstaat voor belastingdoeleinden.¹⁵⁵

¹⁵¹ Paragraaf 12.4 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*Such an obligation ... may also exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend ...*”.

¹⁵² Paragraaf 12.4 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*Such an obligation will normally derive from relevant legal documents ...*”.

¹⁵³ Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3, onderdeel 2, over de argumenten voor en tegen een (arbitraire) kwantificering van het *right*.

¹⁵⁴ Paragraaf 12.4 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*... it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations.*”.

¹⁵⁵ Paragraaf 12.2 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*Where an item of income is paid to a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the objective and purpose of the Convention for the State of source to grant (vervolg op p. 76)*

Het toestaan van een verlaagd bronbelastingtarief aan een *conduit* is inconsistent met het doel en de strekking van het belastingverdrag. De *conduit* is weliswaar juridisch eigenaar, maar praktisch gezien heeft hij zeer beperkte macht met betrekking tot het inkomen.¹⁵⁶

- *No*, er is sprake van beneficial ownership.

4.3.3 Vangnetbepaling

Vraag 3: is de *agent, nominee* of *conduit* geschoven tussen de begunstigde en de betaler, waarbij de begunstigde inwoner is van dezelfde verdragssluitende staat als de *agent, nominee* of *conduit*?

- Yes, er is geen sprake van beneficial ownership maar de vrijstelling van bronbelasting of het verlaagde bronbelastingtarief is wel van toepassing.¹⁵⁷
- No, er is geen sprake van beneficial ownership.

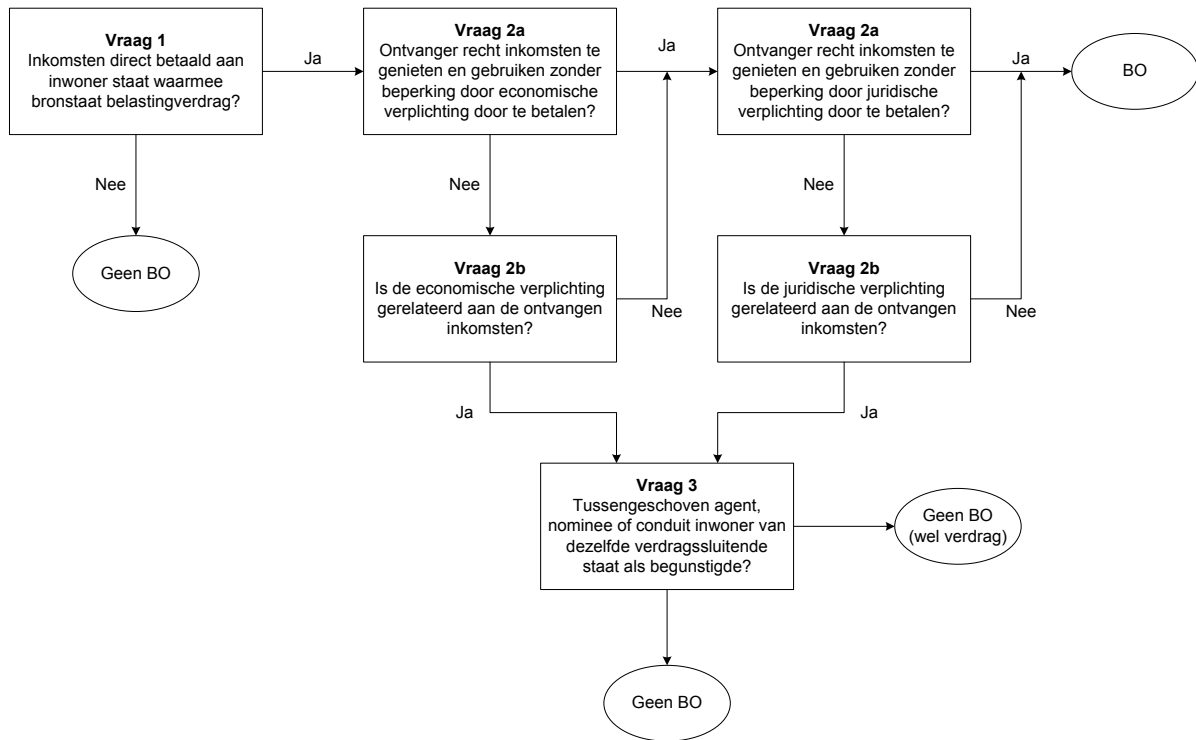
4.3.4 Stroomschema

Het toetsingskader op basis van de verschillende vragen is hieronder in de vorm van een stroomschema grafisch weergegeven.

(vervolg van p. 75) *relief or exemption merely on account of the status of direct recipient of the income as a resident of the other Contracting State. ... no potential double taxation arises ...*”.

¹⁵⁶ Paragraaf 12.3 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*It would be equally inconsistent with the objective and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State ... simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. ... though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers ... in relation to the income concerned ...*”.

¹⁵⁷ Paragraaf 12.7 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag stelt: “*... the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, ..., is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting state.*”.



Stroomschema 1

4.3.5 Toetsing jurisprudentie

De uit de *revised discussion draft oktober 2012* gedestilleerde vereisten om te kwalificeren als beneficial owner zijn in onderstaande tabel 4 opgenomen. Op basis van deze vereisten zijn de arresten uit hoofdstuk 2 en 3 opnieuw getoetst of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Een “Y” (van “Yes”) of “N” (van “No”) houdt in dat er wel respectievelijk niet voldaan is aan dit criterium. Mijns inziens geeft dit toetsingskader een uniforme bepaling of er al dan niet sprake is van beneficial ownership.

Arrest	Jaar	Staat	Toegang Inkomsten direct betaald aan inwoner staat waarmee bronstaat belastingverdrag?	Object and Purpose		Beperking verplichting gereleerd aan ontvangen inkomsten?	Vangnet Tussengeschoven agent, nominee of conduit inwoner van dezelfde verdragssluitende staat als begunstigde?	BO
				Economisch	Juridisch			
Marketmaker	1994	Nederland	Y	Y	Y			Ja
Diebold	1999	Frankrijk	Y	N	N	Y	N	Nee
Copyright	2000	Spanje	Y	N	N	Y	N	Nee
Indofood	2006	Verenigd Koninkrijk	Y	N	N	Y	N	Nee
Real Madrid F.C.	2006	Spanje	Y	N	N	Y	N	Nee
Royal Bank of Scotland	2006	Frankrijk	Y	Y	Y			Ja
Prevost	2009	Canada	Y	N	Y	Y	N	Nee
HHU	2010	Denemarken	Y	N	Y	Y	N	Nee
NetApp	2011	Denemarken	Y	N	Y	N		Ja
ISS	2011	Denemarken	Y	Y	Y			Ja
Velcro	2012	Canada	Y	N	N	Y	N	Nee
Total return swap	2012	Zwitserland	Y	Y	Y			Ja
SMI futures	2012	Zwitserland	Y	Y	Y			Ja

Tabel 4

Een belangrijke onduidelijkheid blijft zich voordoen bij het criterium *right to use and enjoy*. In de zaken Diebold, Copyright, Indofood, Real Madrid F.C., Prevost, HHU en Velcro deed zich een situatie voor waar een juridische en/of economische verplichting bestond (een gedeelte van) het inkomen door te betalen aan een ander. De mate waarin de verplichtingen aanwezig waren liepen uiteen van 100% in het Velcro-arrest tot 68% in het Diebold-arrest. Het is onduidelijk wanneer er gesproken kan worden van voldoende recht om te gebruiken en te genieten, maar ik heb in bovenstaand toetsingskader recht over meer dan 50% van de inkomsten gehanteerd. Naar mijn mening geeft het feit dat je de beschikkingmacht hebt over meer dan 50% van de inkomsten genoeg doorslag te oordelen dat er sprake is van beneficial ownership.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3, onderdeel 2.

In de zaken Prevost, HHU en NetApp was geen sprake van een juridische verplichting de inkomsten door te betalen, maar economisch gezien wel. De economische verplichting werd in het Prevost-arrest in de vorm van een doorbetaling van 80% op basis van de aandeelhouders- en inschrijvingsovereenkomst tussen Volvo en Henlys bewerkstelligd. Deze betaling was gerelateerd aan de ontvangen inkomsten door Prevost Holding BV. Dit leidt ertoe dat er op basis van het toetsingskader geen sprake is van beneficial ownership. In het HHU-arrest en het NetApp-arrest werden de inkomsten feitelijk volledig – weliswaar in een andere vorm – doorbetaald. De economische verplichting om de inkomsten door te betalen werd in het HHU-arrest geacht aanwezig te zijn, aangezien op basis van de feiten vaststond dat beide ZweHolCo's geen macht hadden met betrekking tot de verdeling van de rente. De doorbetaling was gerelateerd aan de ontvangen inkomsten, waardoor er sprake was van een *conduit*. De *conduit* was geen inwoner van de staat waar de *beneficiary* (in dit geval Jersey) inwoner van was, waardoor geen verlaagd bronbelastingtarief van toepassing was. Waar in het HHU-arrest geen sprake was van macht met betrekking tot de verdeling van de rente, werd in het NetApp-arrest niet uitgesloten dat CypCo geen andere commerciële activiteiten met de inkomsten ontplooide. Op basis van dit feit trek ik de conclusie dat de dividendbetaling van DenCo aan CypCo niet gerelateerd is aan de terugbetaling van de lening – of dividendbetaling – aan BermuCo. Hierdoor kan CypCo aangemerkt worden als beneficial owner van de dividendbetalingen door DenCo in 2005 en 2006. Indien de belastingautoriteit echt zou kunnen bewijzen dat CypCo geen macht had en geen andere commerciële activiteiten ontplooide zou mijn oordeel in lijn met die van het hiervoor genoemde HHU-arrest zijn geweest. Uit de toepassing van het toetsingskader op deze arresten blijkt dat het al dan niet kunnen uitoefenen van controle – het al dan niet hebben van een juridische of economische verplichting tot doorbetalen gerelateerd aan de inkomsten – van groot belang is voor de vraag of er sprake is van beneficial ownership.

Verder dient opgemerkt te worden dat het oordeel dat er sprake is van beneficial ownership, niet zonder meer leidt tot de toepassing van het verlaagde bronbelastingtarief. Op basis van paragraaf 12.5 van het voorgestelde OESO-Commentaar op artikel 10 OESO-Modelverdrag staat het beneficial owner vereiste niet in de weg aan de toepassing van andere anti-misbruik maatregelen. Hierdoor dient na de constatering dat er sprake is van beneficial ownership in de zaken Marketmaker, RBS, NetApp, ISS, Total return swap en SMI futures getoetst worden aan andere anti-misbruik bepalingen uit de geldende belastingverdragen. Het gaat echter deze scriptie te buiten hier verder aandacht aan te besteden.

In onderstaande tabel 5 zijn de uitkomsten uit de arresten die besproken zijn in de hoofdstukken 2 en 3 naast de uitkomsten op basis van het voorgestelde OESO-Commentaar gezet. Er zijn vijf zaken waarbij de uitkomst op basis van het voorgestelde OESO-Commentaar afwijken van de uitspraken in de jurisprudentie. Deze vijf zaken worden hieronder uitgewerkt.

Arrest	Jaar	Staat	BO obv Jurisprudentie	BO obv Commentaar
Marketmaker	1994	Nederland	Ja	Ja
Diebold	1999	Frankrijk	Ja	Nee
Copyright	2000	Spanje	Nee	Nee
Indofood	2006	Verenigd Koninkrijk	Nee	Nee
Real Madrid F.C.	2006	Spanje	Nee	Nee
Royal Bank of Scotland	2006	Frankrijk	Nee	Ja
Prevost	2009	Canada	Ja	Nee
HHU	2010	Denemarken	Nee	Nee
NetApp	2011	Denemarken	Nee	Ja
ISS	2011	Denemarken	Ja	Ja
Velcro	2012	Canada	Ja	Nee
Total return swap	2012	Zwitserland	Ja	Ja
SMI futures	2012	Zwitserland	Ja	Ja

Tabel 5

Ten eerste de pre-2003 zaak Diebold. De *Conseil d'Etat* oordeelde dat de aard van de dienstverlening de doorbetaling van 68% van de royalty's rechtvaardigde. Het feit dat de managementvergoeding direct gekoppeld is aan de ontvangen royalty's leidt er naar mijn mening toe dat E CV in wezen slechts beneficial owner van 32% van de royalty's is. Aangezien de grens door mij gesteld is op ten minste 50% is de uitkomst van de vraag of er sprake is van beneficial ownership afwijkend van het oordeel in het arrest. Wanneer de grens lager ligt – bijvoorbeeld in dit geval op 25% gezien de activiteiten van E CV en de werkzaamheden die EM AG verricht – dan wordt E CV wel aangemerkt als beneficial owner van de royaltybetalingen.

De tweede zaak waar een discrepantie optreedt is het RBS-arrest. In dit arrest oordeelde de *Conseil d'Etat* dat RBS niet de beneficial owner van de dividendstromen was en besloot dat er

sprake was van een lening tussen RBS en Merrel welke in de vorm van dividenden en de *avoir fiscal* werd terugbetaald. Mijns inziens kan de parallel getrokken worden met het Indofood-arrest, waar sprake was van de aankoop van dividendbewijzen. Ook in de eerstgenoemde zaak heeft de ontvanger van de dividenden het recht om deze inkomsten te genieten en gebruiken zonder beperkt te worden door juridische of economische verplichtingen. Puur bezien vanuit de beneficial owner problematiek leidt dit tot de conclusie dat RBS kon worden aangemerkt als beneficial owner van de dividendinkomsten. Uiteraard zou het mogelijk zijn om op basis van andere anti-misbruik bepalingen tot een andere conclusie te komen met betrekking tot het verlaagde bronbelastingtarief en/of de teruggaaf op basis van de *avoir fiscal*.

In het Prevost-arrest was volgens de Canadese rechter sprake van beneficial ownership, gezien het feit dat Prevost Holding BV de dividenden kort gezegd voor zijn eigen gebruik en genot ontving en niet juridisch verplicht was de dividenden door te betalen aan Volvo en Henlys. Op basis van het geschetste toetsingskader dient echter ook onderzocht te worden of er economisch gezien geen verplichting tot doorbetaling bestond. Mijns inziens was hiervan wel sprake aangezien in de aandeelhouders- en inschrijvingsovereenkomst was opgenomen dat 80% of meer van de inkomsten afkomstig van Prevost in de vorm van dividend, terugbetaling van kapitaal of een lening uitgedeeld werd aan de aandeelhouders. Dit leidt ertoe dat Prevost Holding BV mijns inziens niet kan worden aangemerkt als beneficial owner.

In tegenstelling tot de uitspraak van het *National Tax Tribunal* in het Deense NetApp-arrest ben ik van mening dat CypCo wel kan worden aangemerkt als beneficial owner van de dividenden uitgekeerd door DenCo. Het feit dat de hoofdactiviteit van CypCo het houden van de aandelen DenCo was, impliceerde niet dat CypCo geen commerciële activiteiten verrichtte. Het gevolg hiervan is dat ondanks de economische verplichting tot het doorbetalen van de inkomsten, staat mijns inziens niet vast dat de betalingen aan BermuCo gerelateerd zijn aan de ontvangen inkomsten.

De laatste afwijkende uitkomst heeft betrekking op het Velcro-arrest. Met betrekking tot de inkomende betalingen heeft Velcro Holding BV in deze zaak geen recht om deze te genieten en gebruiken, aangezien er een verplichting op rust de inkomsten voor 100% door te betalen aan Velcro Industries BV.

Hoofdstuk 5 – Uiteindelijk gerechtigde door Nederland

In dit hoofdstuk wordt het begrip uiteindelijk gerechtigde uit de Nederlandse belastingwetten en verdragen uitgewerkt. De eerste paragraaf bevat de totstandkoming van het begrip in de Nederlandse wetteksten. In deze paragraaf wordt ingegaan op de anti-misbruik maatregel die dividendstripping tegengaat in de Wet IB¹⁵⁹, Wet VPB¹⁶⁰, Wet DB¹⁶¹ en in het BvdB¹⁶². Gezien het feit dat de bepalingen in de verschillende wetten en het besluit nagenoeg gelijk zijn, wordt in dit hoofdstuk slechts gerefereerd aan de bepalingen in de Wet DB. Uiteraard is dit hoofdstuk van overeenkomstige toepassing op de bepalingen in de andere wetten en het andere besluit. Vervolgens wordt in paragraaf 2 besproken hoe Nederland in haar verdragen met dit begrip omgaat. In deze paragraaf komt het belastingverdrag met Japan van 2010 expliciet aan de orde, aangezien in dit verdrag een uitbereiding van het begrip beneficial owner is opgenomen.

5.1 Dividendstripping

Dividendstripping¹⁶³ kan onder andere worden bewerkstelligd door middel van een *cum/ex-transaction*¹⁶⁴, een *repo-transaction*¹⁶⁵ of een *equity swap*¹⁶⁶. Een dergelijke handeling kan ertoe leiden dat de dividenden neerslaan bij een ander dan de partij voor wie de dividendbelasting een eindheffing zou zijn. Ingeval de ander meer mogelijkheden heeft om de belastingdruk op de genoten dividenden te reduceren, kan er sprake zijn van dividendstripping. Er is een tweetal hoofdvormen te onderscheiden. Van *hollandrouting* is kort gezegd sprake wanneer een niet-ingezetene zijn aandelen cum-dividend verkoopt aan een binnenlands belastingplichtige die recht heeft op verrekening of teruggaaf van

¹⁵⁹ Artikel 9.2 lid 2 en 3 Wet IB 2001.

¹⁶⁰ Artikel 25 lid 2 en 3 Wet VPB 1969.

¹⁶¹ Artikel 4 lid 7 en 8 Wet DB 1965.

¹⁶² Artikel 16 BvdB 2001.

¹⁶³ Of dividend-washing.

¹⁶⁴ Een *cum/ex-transaction* houdt in dat een aandelenpakket cum-dividend wordt verkocht aan een koper waarvoor de dividendbelasting geen eindheffing vormt vlak voor het dividend op die aandelen wordt gedeclareerd. Na het declareren van de dividenden wordt een vergelijkbaar aandelenpakket ex-dividend teruggekocht. Dit kan zowel van de koper afkomstig zijn als van een derde. De oorspronkelijke aandeelhouder behaalt een voordeel gelijk aan het uitgekeerde dividend zonder inhouding van dividendbelasting.

¹⁶⁵ Een *repo-transaction* is een alternatief voor de *cum/ex-transaction*, waarbij het risico van waardeveranderingen tussen het moment van verkoop en terugkoop blijven liggen bij de oorspronkelijke aandeelhouder. Er wordt gelijktijdig een verkoop en terugkoop overeengekomen waarbij de terugkoop met uitgestelde levering en betaling zal plaatsvinden (na het declareren van de dividenden).

¹⁶⁶ Een *equity swap* is een financieel instrument waarmee indirect kan worden geïnvesteerd in aandelen of in een aandelenindex (zie noot 33).

dividendbelasting en *treaty shopping* doet zich simpelweg voor wanneer er in een zuiver buitenlandse situatie gebruik wordt gemaakt van een verdrag dat gunstiger is dan het verdrag dat gesloten is tussen de staat van de oorspronkelijke aandeelhouder en Nederland.¹⁶⁷

Om deze vorm van misbruik – zoals onder andere besproken in het marketmaker-arrest uit hoofdstuk 1, paragraaf 2¹⁶⁸ – tegen te gaan, werd op 27 april 2001 een maatregel tegen dividendstripping aangekondigd.¹⁶⁹ Op 13 juli 2001 is de anti-dividendstripping maatregel met terugwerkende kracht tot de hiervoor genoemde aankondiging ingevoerd.¹⁷⁰ Als onderdeel van het rapport ‘Verbreiding en verlichting’ van de Studiegroep Vennootschapsbelasting in internationaal perspectief werden alternatieve dividendstripping maatregelen onderzocht.¹⁷¹ In een van de bijlagen bij het rapport van de Studiegroep onder voorzitterschap van Van Rooij werden kort de dividendstripping maatregelen uit Duitsland en de Verenigde Staten beschreven.¹⁷² Gezien de verschillende vormen van dividendstripping is ervoor gekozen maatregelen op te nemen in de Wet IB, Wet VPB, Wet DB en in het BvdB.¹⁷³ Op basis van artikel 4 lid 4 en artikel 10 lid 1 en 2 van de Wet DB kan een opbrengstgerechtigde slechts succesvol beroep doen op een vrijstelling voor of teruggaaf van de dividendbelasting indien de opbrengstgerechtigde aangemerkt kan worden als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden. De voorwaarden voor uiteindelijke gerechtigdheid zijn uitgewerkt in de leden 7 en 8 van dit artikel.

¹⁶⁷ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

¹⁶⁸ Andere jurisprudentie met betrekking tot dividendstripping zijn o.a. BNB 1990/45, BNB 1994/252, BNB 1994/253 en BNB 2001/196.

¹⁶⁹ Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 2.

¹⁷⁰ Staatsblad 2002, nr. 396.

¹⁷¹ Studiegroep Vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, ‘Verbreiding en verlichting’, 11 juni 2001.

¹⁷² De anti-dividendstripping maatregelen in beide landen maakte geen gebruik van de vraag of er al dan niet sprake was van uiteindelijke gerechtigdheid (beneficial ownership).

In Duitsland krijgen aandeelhouders kort gezegd bij dividenduitkering een belastingkrediet, verrekenbaar met Duitse inkomsten. Echter op basis van art. 36 *Einkommenssteuergesetz* wordt de verrekening van de belastingkrediet uitgesloten of beperkt als er tegenover het dividend een dividendvervangende betaling staat voor het inlenen van de aandelen. Daarnaast is er op basis van artikel 50c *Einkommenssteuergesetz* bepaald dat een koersverlies niet in aanmerking mag worden genomen indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

- periode tussen aan- en verkoop rond dividenddatum bedraagt minder dan 10 dagen;
- (terug)verkoop vindt plaats onder zodanige voorwaarden dat een potentieel koersrisico is uitgesloten;
- vergoeding voor de verkochte aandelen bestaat geheel of ten dele uit nieuw geëmitteerde aandelen of aandelen die geen recht geven op dividend.

Tegenbewijs is mogelijk indien de belastingplichtige aantoont dat degene waarvan de aandelen zijn verworven, ook aanspraak had kunnen maken op verrekening van het belastingkrediet.

De Verenigde Staten kent een aftrekpost voor dividenduitdelingen in binnenlandse *intercompany* verhoudingen en is vergelijkbaar met de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Om dividendstripping tegen te gaan geldt er een minimale bezitstermijn voor de toepassing van deze aftrekpost van 45 dagen voor gewone aandelen. Daarnaast kent het Amerikaanse belastingrecht een aantal regelingen gericht op het tegengaan van dividendstripping door middel van *security/stock lending*.

¹⁷³ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 6.

Niet als uiteindelijk gerechtigde wordt diegene beschouwd die in samenhang met de genoten opbrengsten een tegenprestatie heeft verricht als onderdeel van een samenstel van transacties waarbij aannemelijk is dat de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan onder andere een natuurlijk persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting niet achterwege mag blijven. In deze paragraaf wordt de negatieve definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde geanalyseerd.

5.1.1 *Negatieve omschrijving*

In de Wet DB is geen positieve omschrijving gegeven van het begrip uiteindelijk gerechtigde. De Staatssecretaris heeft hiervoor gekozen om een tweetal redenen. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat het begrip uiteindelijk gerechtigde in de toekomst nader wordt uitgewerkt binnen de nationale wet. Ten tweede is er enige flexibiliteit, waardoor er internationaal niet uit de pas wordt gelopen ten aanzien van landen die een dergelijke definitie niet in hun wet hebben opgenomen.¹⁷⁴

Het feit dat de Staatssecretaris ruimte wil laten voor een verdere uitwerking van het begrip is opmerkelijk. Het houdt namelijk in dat er ruimte blijft voor nieuwe jurisprudentie, terwijl BNB 2001/196 leidde tot de invoering van de anti-dividendstripping maatregel. *De Gunst* en *Weststrate* stellen de vraag waarom het belangrijk is om internationaal niet uit de pas te lopen en waarom dit niet is uitgelegd.¹⁷⁵ Mijns inziens is het belangrijk dat het begrip uiteindelijk gerechtigde internationaal eenduidig uitgelegd wordt. De vraag is echter in hoeverre een negatief begrip dit bewerkstelligd. Er blijft meer ruimte voor nationale rechters om te bepalen wanneer belanghebbenden kwalificeren als uiteindelijk gerechtigden. Rechters in verschillende staten kunnen – zoals besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 2 en hoofdstuk 3, paragraaf 2 – een afwijkende invulling aan het negatieve begrip geven.

De Raad van State heeft geadviseerd om wel een positieve omschrijving op te nemen in de wet, gebaseerd op de uitleg van de Hoge Raad in het marketmaker arrest. In dit arrest heeft de HR overwogen dat er – vanuit gaande dat belanghebbende vrijelijk over de dividendbewijzen

¹⁷⁴ Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 2001-02 27 896, nr. 5, p. 3.

¹⁷⁵ H. de Gunst & J.K. Weststrate, 'Het nieuwe wetsvoorstel dividendstripping in internationaal verband', WFR 2001/1814, 1 januari 2001, noot 6.

en uitkeringen kon beschikken na de aankoop – sprake was van uiteindelijke gerechtigdheid tot de dividenden. Door de positieve omschrijving van de HR en de negatieve omschrijving van de wetgever treedt er een ‘tweesporenbenadering’ op.¹⁷⁶ De Staatssecretaris is echter van mening dat een positieve definitie niet noodzakelijk was om het begrip uiteindelijk gerechtigde een andere invulling te geven dan de Hoge Raad heeft gedaan in het marketmaker arrest.¹⁷⁷

Een negatieve definitie leidt tot minder rechtszekerheid voor de opbrengstgerechtigde dan een positieve definitie. Dit lijkt ook de bedoeling te zijn van de wetgever en in de praktijk zijn dergelijke ervaringen naar ik begrijp eveneens waargenomen. In dit kader merk ik op dat zeker de jaren na het begrip uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse wet was ingevoerd, banken en beursfondsen brieven kregen aan het begin van het dividendseizoen. In deze brieven werd expliciet benadrukt dat actief gecontroleerd zou worden op mogelijke dividendbesparende constructies. Door een positieve definitie kan de opbrengstgerechtigde weten wanneer hij als uiteindelijk gerechtigde kwalificeert, waar een negatieve definitie slechts aangeeft wanneer de opbrengstgerechtigde niet kwalificeert als uiteindelijk gerechtigde. Indien de opbrengstgerechtigde niet voldoet aan de negatieve definitie, bestaat er nog steeds een kans dat hij niet als uiteindelijk gerechtigde wordt aangemerkt. Een voorbeeld van een dergelijke situatie doet zich voor bij inkoop van aandelen door middel van een *forward purchase agreement*¹⁷⁸ of een *secondary trading line*¹⁷⁹. In het Besluit van 21 november 2011¹⁸⁰ heeft de Staatssecretaris het standpunt ingenomen dat bij dergelijke inkoop de persoon die de aandelen houdt, niet kan worden aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. De rechter zal in een dergelijk geval moeten oordelen of hier sprake is van uiteindelijke gerechtigdheid, maar het is duidelijk dat de Staatssecretaris gebruik maakt van de mogelijkheid een ruime uitleg te geven aan de negatieve definitie.

Er zijn echter nadelen verbonden aan het introduceren van een positieve definitie met daarin grenzen om te bepalen wanneer er sprake is van uiteindelijke gerechtigdheid. Zoals besproken in hoofdstuk 4, paragraaf 2, onderdeel 2, kan dit leiden tot een arbitraire grens – een *safe*

¹⁷⁶ Advies Raad van State, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, punt 2.

¹⁷⁷ Nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B, punt 2.

¹⁷⁸ Een *forward purchase agreement* is kort gezegd een overeenkomst om een aandeel te kopen voor een vastgestelde prijs op een vastgestelde datum in de toekomst.

¹⁷⁹ Bij *second line trading* wordt er naast de reguliere handel in aandelen een tweede notering aangevraagd. Via deze ‘lijn’ kunnen aandeelhouders hun aandelen aanbieden aan de inkoper.

¹⁸⁰ Besluit van 21 november 2011, nr. DGB 2011/6870M.

harbour – waar belastingplichtigen zo strak mogelijk op plannen om nét wel als uiteindelijk gerechtigde te worden aangemerkt. De wetgever was hiervoor bevreesd en heeft dan ook bewust geen positieve definitie in de wetgeving opgenomen.

5.1.2 *Tegenprestatie in samenhang met genoten opbrengsten*

Het eerste vereiste voor de toepassing van art. 4 lid 7 Wet DB is de voorwaarde dat de opbrengstgerechtigde in samenhang met de genoten opbrengst een tegenprestatie verricht.

Dividendstripping wordt gekenmerkt door het feit dat de aandeelhouder ‘zijn’ dividend neer laat slaan bij een ander in ruil voor een tegenprestatie. De anti-misbruik maatregel grijpt aan bij de ander, die een tegenprestatie verricht om de opbrengst te kunnen genieten. De Staatssecretaris duidt deze tegenprestatie aan als een dividend vervangende betaling.¹⁸¹ *Brandsma* neemt aan dat een schenking van bijvoorbeeld aandelen niet kwalificeert als het verrichten van een tegenprestatie, aangezien een schenking een eenzijdig karakter heeft. De schenker verricht namelijk een rechtshandeling en de begiftigde niet.¹⁸² *Marres* en *Wattel* zijn van mening dat deze aanname juist is en stellen dat de begiftigde in een dergelijk geval kan worden aangemerkt als uiteindelijke gerechtigde.¹⁸³ Wanneer er geen tegenprestatie plaatsvindt zou de oorspronkelijke aandeelhouder in beginsel geen voordeel hebben bij het overdragen van de aandelen. Indien er additionele transacties plaatsvinden, dan kunnen deze transacties aangemerkt worden als dividend vervangende betalingen.

Het is verder van belang dat de hiervoor genoemde tegenprestatie een voldoende mate van samenhang vertoont met de genoten opbrengsten. De waarde van een aandeel wordt grotendeels bepaald door de in de toekomst verwachte dividenden. In dit opzicht kan worden gesteld dat er, in geval van bijvoorbeeld een ver- en aankoop van aandelen, sprake is van samenhang tussen de aankoopprijs en de genoten opbrengsten in de toekomst.¹⁸⁴ Uit de parlementaire behandeling met betrekking tot de anti-dividend maatregel blijkt dat volgens de Staatssecretaris een eventuele samenhang van verschillende factoren afhangt.

¹⁸¹ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 8.

¹⁸² R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijke gerechtigde!’, FED 2002/65, p. 273.

¹⁸³ O.C.R. Marres & P.J. Wattel, ‘Dividendbelasting’, FED Fiscale Studierieserie nr. 26, onderdeel 2.4.5.4, p. 137.

¹⁸⁴ Vakstudie Dividendbelasting, Aantekening 8.5. In samenhang met de genoten opbrengst, geraadpleegd: 23-08-2013.

Ten eerste is tijd een belangrijke factor. In de oorspronkelijk voorgestelde maatregel was een termijn opgenomen waarbinnen het verrichten van een dergelijke transactie zou leiden tot de aanname dat er sprake was van dividendstripping. Uiteindelijk heeft de wetgever hiervan afgezien, omdat dit zou leiden tot *overkill*. In de maatregel is ook geen *safe harbour* opgenomen, aangezien dit zou leiden tot *underkill*. Transacties zouden in dat geval plaats kunnen vinden net buiten de *safe harbour*, waardoor geen sprake is van dividendstripping. Een groter tijdsverloop tussen bijvoorbeeld de aan- en verkoop van aandelen leidt dus niet per definitie tot een resultaat dat er geen samenhang is tussen de genoten opbrengst en de tegenprestatie. Echter zal de factor tijd in een dergelijk geval wel een kleinere rol gaan spelen, waardoor andere factoren zwaarder zullen wegen bij de bepaling of er sprake is van dividendstripping.¹⁸⁵

Naast de factor tijd kunnen ook het karakter van de dividenduitkering en de duurzaamheid van de wijziging in vennootschappelijke structuur een rol spelen. Bij het tussenschuiven van een vennootschap bestaat de tegenprestatie over het algemeen uit nieuw uit te geven aandelen in de verwervende vennootschap. Volgens *Brandsma* is het moeilijk om de toekomstige dividenden te identificeren als tegenprestatie in samenhang met genoten opbrengsten.¹⁸⁶ De parlementaire geschiedenis bevat echter geen aanwijzingen voor de zienswijze van Brandsma.

5.1.3 *Samenstel van transacties*

De tegenprestatie die in samenhang met de genoten opbrengst is verricht, dient op basis van art. 4 lid 7 Wet DB onderdeel uit te maken van een samenstel van transacties.

Uit de letterlijke wettekst blijkt dat er meer dan één transactie plaats moet vinden, aangezien er gesproken wordt over een samenstel van transacties. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat de maatregel zich beperkt tot situaties waarin personen dividendrechten hebben overgedragen, maar hun aandelenpositie op directe dan wel indirecte wijze hebben behouden of na de dividenddatum opnieuw hun aandelenpositie verkrijgen. Wanneer er geen verband bestaat tussen de verkoop van de aandelenpositie voor de dividenddatum en de terugkoop na

¹⁸⁵ Memorie van Antwoord, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117b, p. 2.

¹⁸⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, *ibid* en 'Al dan niet (uiteindelijk) gerechtigd tot het dividend: het besluit over Forward Purchase Agreement en Second Trading Line', WFR 2008/938.

de dividenddatum, dan zal de koper geacht worden uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden te zijn en vindt de dividendstripping maatregel geen toepassing.¹⁸⁷

De staatsecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van de anti-dividendstripping wetgeving *securities lending*¹⁸⁸ als voorbeeld aangehaald.¹⁸⁹ *Securities lending* bestaat uit een enkelvoudige overeenkomst tot verbruiklening, waardoor er geen sprake kan zijn van een samenstel van transacties. Op basis van het besluit van 21 november 2011 wordt de vergoeding die de inlener betaalt aan de uitlener inzake het gedeerde dividend, niet aangemerkt als opbrengst in de zin van de Wet DB.¹⁹⁰ Doorgaans ligt aan de transactie een leveringsverplichting van de inlener aan een derde ten grondslag. Deze doorlevering leidt ertoe dat het dividend op de ingeleende aandelen wordt genoten door een derde. Indien er sprake zou zijn van een dividendstripping motief, dan zou deze liggen bij de derde. De bewijslast – waarover meer is opgemerkt in hoofdstuk 3, paragraaf 1, onderdeel 6 hierboven – zal in een dergelijke situatie leiden tot een onneembare horde.¹⁹¹ Op basis van art. 4 lid 8 onderdeel b Wet DB “wordt met een samenstel van transacties gelijkgesteld een transactie die betrekking heeft op een enkele verwerving van een of meer dividendbewijzen of op de vestiging van kortlopende genotsrechten op aandelen”. Dit leidt ertoe dat ook een enkele transactie als *securities lending* – wat een vorm is van een kortlopend genotsrecht op aandelen – onder de bepaling van art. 4 lid 7 Wet DB kan vallen.

Een ander voorbeeld heeft betrekking op het tussenschuiven van een vennootschap. In dit geval dient er naast de transactie die leidt tot de vervreemding van aandelen, een samenhangende transactie plaats te vinden waardoor het belang behouden blijft. Wanneer het kapitaal in een vennootschap wordt gestort in de vorm van een inbreng van aandelen is slechts sprake van één transactie. Hierdoor zou naar de letterlijke tekst van de wet geen sprake kunnen zijn van een samenstel van transacties. In praktijk is in geval van herstructureringen vaak sprake van een nieuw opgerichte vennootschap die tussen wordt geschoven, waardoor

¹⁸⁷ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 8.

¹⁸⁸ *Securities lending* houdt kort gezegd in het tijdelijk inlenen van een bepaald aantal aandelen onder de verplichting tot terug levering van eenzelfde hoeveelheid aandelen op een later moment in tijd. De inlener wordt juridisch eigenaar van de aandelen en wordt rechthebbende op de dividenden. De uitlener ontvangt een dividend vervangende vergoeding van de inlener.

¹⁸⁹ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2.

¹⁹⁰ Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M, Stcrt. 2012, 151. Oorspronkelijk afkomstig uit het besluit van 9 mei 1989, nr. DB89/2250.

¹⁹¹ A.R.T. van IJlzinga Veenstra en Q.M.A. Eenhorst, ‘Dividendstripping in 2001’, WFR 2000/6375, p. 273 – 274.

samenhang tussen de oprichting en de inbreng van aandelen kan leiden tot een samenstel van transacties.

Art. 4 lid 8 onderdeel a Wet DB heeft kort gezegd betrekking op transacties die plaatsvinden op de effectenbeurs. Op basis van dit artikel kan er sprake zijn van samenstel van transacties, ondanks het feit dat de transacties op de effectenbeurs in beginsel anoniem plaatsvinden. Een koper kan in een dergelijk geval niet in staat zijn te weten of de verkoper profiteert van een samenstel van transacties die gericht zijn op dividendstripping.¹⁹² Gezien het feit dat een bewustzijnsvereiste ontbreekt in dit artikel, kunnen belastingplichtigen zich beroepen op het vertrouwensbeginsel.

5.1.4 Ten goede is gekomen aan

De opbrengst dient geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede te komen aan een persoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting niet achterwege mag blijven (of in mindere mate gerechtigd is tot vermindering of teruggaaf), terwijl dit wel mag (of in meerdere mate gerechtigd is) ten aanzien van degene die de tegenprestatie verricht.

De zinsnede ‘geheel of gedeeltelijk’ is in dit artikel opgenomen om te voorkomen dat de maatregel geen toepassing zou vinden indien er een vergoeding verschuldigd is voor de dienstverlening door de opbrengstgerechtigde. Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor in het marketmaker-arrest. Daarnaast voorkomt de zinsnede dat de dividendstripping maatregel geen toepassing vindt indien er een verschil in het verwachte dividend en uiteindelijk vastgestelde dividend optreedt.¹⁹³

Indien een samenstel van transacties leidt tot een inhoudingsvrijstelling die zonder deze transacties niet plaats had gevonden, treedt de dividendstripping maatregel in werking. Dergelijke situaties kunnen aan de orde zijn bij verlegging van dividend naar een lichaam dat beroep kan doen op de inhoudingsvrijstelling of bij verlegging van het dividend naar een persoon waarbij krachtens een belastingverdrag geen inhouding van dividendbelasting plaatsvindt.¹⁹⁴

¹⁹² Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 5, p. 5.

¹⁹³ R.P.C.W.M. Brandsma, *ibid*, p. 276.

¹⁹⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, Aantekening 8.7.1. ‘Door middel van een inhoudingsvrijstelling’.

De dividendstripping maatregel is ook van toepassing indien een samenstel van transacties leidt tot meer gerechtigdheid met betrekking tot vermindering of teruggaaf van dividendbelasting. Deze situatie is aan de orde indien het dividend wordt verlegd naar een lichaam dat op basis van art. 10 Wet DB een beroep kan doen op teruggaaf of naar een persoon die op basis van hetzelfde of een ander belastingverdrag een omvangrijke reductie kan bewerkstelligen.¹⁹⁵

5.1.5 Bewijslast fiscus

De bewijslast om de genietter van de opbrengst uit te sluiten als uiteindelijke gerechtigde rust op de fiscus.¹⁹⁶

Door het tijdsverloop tussen de transacties, de betrokkenheid van buitenlandse partij(en) en de complexiteit van de overeengekomen contracten wordt deze bewijslast bemoeilijkt. Wanneer de belangen groot genoeg zijn kan een partij middels een scala aan transacties trachten dividendstripping transacties uit te voeren zonder dat deze – althans gemakkelijk – gedetecteerd worden door de fiscus.¹⁹⁷ Dit heeft tot gevolg dat de anti-misbruik maatregel alleen gericht is op evidente vormen van dividendstripping.¹⁹⁸ Dit is waarschijnlijk de reden dat er binnen de regeling tegen dividendstripping een verschil in zwaarte van de bewijslast bestaat. De zinsbouw van art. 4 lid 7 Wet DB leidt ertoe dat de fiscus dient aan te tonen dat de opbrengstgerechtigde een tegenprestatie heeft verricht in samenhang met de genoten opbrengst. Daarbij is het van belang dat het gaat om een samenstel van transacties. In de onderdelen a en b van dit lid dient de fiscus slechts aannemelijk te maken dat de opbrengst geheel of gedeeltelijk (in)direct ten goede gekomen is aan de in sub 1 en 2 genoemde personen.

In de anti-misbruik maatregel van art. 4 lid 7 en 8 Wet DB is geen tegenbewijsregeling opgenomen indien de motieven van de zogenaamde dividendstripper niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of ontwijken van belastingheffing. Dit past binnen het doel van

¹⁹⁵ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, Aantekening 8.7.2. ‘Door middel van een grotere vermindering of teruggaaf’.

¹⁹⁶ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3, p. 2/5/8.

¹⁹⁷ E.P. Hageman, ‘Nieuwe anti-dividendstripping wetgeving: het einde van Treaty Shopping en Holland Routing?’, Forfaitair December 2001, p. 4.

¹⁹⁸ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nr. 3, p. 8.

de maatregel, namelijk alle vormen van dividendstripping tegengaan. Het Besluit van 21 november 2011 maakt inbreuk hierop.¹⁹⁹ De Staatssecretaris heeft met dit besluit willen voorkomen dat niet fiscaal gedreven, duurzame concernreorganisaties worden bemoeilijkt.²⁰⁰ De toezegging stelt dat wanneer bijvoorbeeld het tussenschuiven van een vennootschap onderdeel is van een duurzame reorganisatie in concernverband en deze reorganisatie wordt gevolgd door een reguliere dividenduitkering, deze uitkering niet onder de anti-dividendstripping maatregelen kan vallen. Het is volgens *Brandsma* tot op heden onduidelijk wat een reguliere dividenduitkering precies inhoudt.²⁰¹ Onder een reguliere dividenduitkering wordt in ieder geval verstaan tweemaal het gemiddeld, volgens een bestendige gedragslijn, uitgekeerde dividend in drie voorafgaande kalenderjaren.²⁰² Het is opvallend dat de derving van Nederlandse dividendbelastinginkomsten en niet het motief van de reorganisatie bepalend zijn voor het uitsluiten van de dividendstripping maatregel. De Staatssecretaris merkt op dat een duurzame reorganisatie niet gehinderd wordt door de manier waarop het uitsluiten van de dividendstripping maatregel wordt bepaald.²⁰³ Zelf stel ik voor dat er een mogelijkheid dient te worden opgenomen voor belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de reorganisatie niet gericht is op het ontgaan of ontwijken van belastingheffing.

Naast de tegemoetkoming in geval van een duurzame reorganisatie, wordt in het besluit de toezegging gedaan dat inhoudingsplichtige niet geconfronteerd wordt met een naheffingsaanslag dividendbelasting indien de inhoudingsplichtige in het bezit is van een verklaring van de dividendontvanger dat hij uiteindelijk gerechtigde is en de inhoudingsplichtige te goeder trouw is.

5.2 Verdragen

Bij het sluiten van belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing gold tot 2011 het NSV 1987 als basis voor de verdragsonderhandelingen. Om de Nederlandse visie te geven met betrekking tot ontwikkelingen op fiscaal verdragsgebied worden er notities fiscaal verdragsbeleid uitgebracht.²⁰⁴ In de NFV 2011 is van de beleidslijnen in de eerdere notities afgeweken door het OESO-Modelverdrag als basis te nemen voor het sluiten van toekomstige

¹⁹⁹ Besluit van 21 november 2011, nr. DGB2011/6870M.

²⁰⁰ Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I 2001/02, 27 896 en 28 246, nr. 117d, p. 2.

²⁰¹ R.P.C.W.M. Brandsma, 'Inhouding van dividendbelasting', PWC Spotlight jaargang 20 2013, p. 2.

²⁰² Besluit van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8223M, Stert. 27 januari 2011, nr. 1374, onderdeel 5.3.

²⁰³ Nadere Memorie van Antwoord, *ibid*, p. 2.

²⁰⁴ Onder andere in 1987, 1996 en 1998.

belastingverdragen.²⁰⁵ Mijns inziens is dit een juiste keuze, gezien de – blijvende – groei in internationale handel. Door voor de verdragsonderhandelingen het OESO-Modelverdrag als uitgangspunt te hanteren verwacht ik dat de onderhandelingen voorspoediger zullen lopen. Uiteraard is het OESO-Modelverdrag een model, wat betekent dat het slechts als leidraad aangehouden wordt voor het sluiten van een belastingverdrag. Beide staten eisen op bepaalde punten afwijkende regelingen, maar een overeenkomstig beginpunt leidt tot *common ground* in de onderhandelingen.

Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 1, besproken heeft de HR in het arrest van 5 september 2003²⁰⁶, betreffende een posterieure eenzijdige wijziging in de fictief loon bepaling, beslist dat de dynamische verdragsinterpretatie van toepassing is. De HR kwam tot deze beslissing om te voorkomen “dat het verdrag na verloop van tijd niet meer praktisch toepasbaar is”. Aan deze dynamische interpretatie zit echter een grens zodra Nederland eenzijdig heffingsbevoegdheid verlegt door achteraf in het nationale recht de betekenis te wijzigen van uitdrukkingen die in het verdrag niet worden gedefinieerd.²⁰⁷ Dit oordeel is in lijn met hetgeen dat is uitgezet in hoofdstuk 4, paragraaf 1. Uit BNB 1992/379²⁰⁸ leid ik verder af dat de HR van mening is dat het OESO-Commentaar “van grote betekenis” is voor de verdragsinterpretatie. Uit dit arrest valt niet op te maken of de HR deze conclusie heeft gebaseerd op de artikelen 31 tot en met 33 van het Verdrag van Wenen.

5.2.1 *Verdragen met beneficial ownership*

Op basis van het OESO-Modelverdrag werken nationale omschrijvingen van begrippen door naar het belastingverdrag conform art. 3 lid 2. Volgens de Staatssecretaris verzetten noch de tekst, noch de context en nog de verplichtingen en de goede trouw jegens verdragspartners zich tegen doorwerking van de nationale aanscherping van het begrip beneficial owner.²⁰⁹ Daarnaast komt de gedachte achter de implementatie van het begrip in de nationale wetteksten overeen met de doelstelling van de opname van het begrip in belastingverdragen, namelijk het tegengaan van fiscaal ingegeven transacties zonder reële economische *substance*.²¹⁰

²⁰⁵ Kamerstukken II 2010/11, nr. 25 087, nrs. 7 e.v.

²⁰⁶ Hoge Raad 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379.

²⁰⁷ Later bevestigd in Hoge Raad 18 juni 2004, nr. 39 385, BNB 2004/314 en Hoge Raad 1 december 2006, nr. 38 850, BNB 2007/75.

²⁰⁸ Hoge Raad 2 september 1992, nr. 26 059, BNB 1992/379.

²⁰⁹ Kamerstukken I 2001/02, 27 896, nr. 117b, p. 5.

²¹⁰ Kamerstukken I 2001/02, 27 896, nr. 117b, p. 6.

In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of de introductie van het begrip uiteindelijk gerechtigde in de anti-dividendstripping maatregel van betekenis is voor de verdragsterm beneficial owner. Ik ben het eens met *De Gunst* en *Weststrate* die stellen dat de door de Staatssecretaris voorgestane dynamische interpretatie in dit geval geen doorgang vindt. De ‘context’ van het gesloten verdrag verzet zich tegen het eenzijdig introduceren van een in sterke mate afwijkende uitleg van het begrip beneficial owner. Zij stellen dat de doorwerking van de nieuwe Nederlandse interpretatie haaks staat op de goede trouw die verdragspartijen in acht moeten nemen en kan leiden tot *treaty override*.²¹¹ *Pijl* is van mening dat de dynamische interpretatie wel doorgang vindt. Ten eerste is de dynamische interpretatie gerechtvaardigd vanuit praktisch motief. Art. 3 lid 2 OESO-Modelverdrag is geïntroduceerd om de toepassing van de verdragen te vergemakkelijken. Wanneer wordt verwezen naar het wettelijke systeem op het moment van verdragstoepassing, wordt voorkomen dat een lastig wetshistorisch onderzoek uitgevoerd moet worden naar de betekenis van de term op het moment van verdragssluiting.²¹² In het OESO-Commentaar bij art. 3 OESO-Modelverdrag wordt gesproken van de “*need to be able to apply the Convention in a convenient and practical way over time*”.²¹³ Daarnaast wordt de ‘context’ in elk geval bepaald door: 1 de bedoeling van de verdragssluitende staten op het moment van ondertekening en 2 de betekenis van het begrip in de wetgeving van de andere verdragssluitende staat.²¹⁴ Het is volgens *Pijl* onmogelijk om, bij de huidige stand van zaken, de bedoeling van de verdragssluitende staten te achterhalen. Het element ‘betekenis in andere verdragssluitende staat’ komt voort uit de wederkerigheid waarop een verdrag gebaseerd is. Ook hier lijkt *Pijl* een beroep op de uitzondering niet kansrijk.²¹⁵ *Brandsma* stelt – voorafgaande aan de wijze van interpretatie van art. 3 OESO-Modelverdrag – de vraag in hoeverre er gesproken kan worden van een definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse nationale wet, aangezien het gaat om een negatieve formulering.²¹⁶

²¹¹ H. de Gunst en J.K. Weststrate, ‘Het nieuwe wetsvoorstel dividendstripping in internationaal verband’, WFR 2001/1814, p. 5.

²¹² H. Pijl, ‘De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen’, WFR 2003/621, p. 3 – 4.

²¹³ OESO-Commentaar bij artikel 3, paragraaf 13.

²¹⁴ OESO-Commentaar bij artikel 3, paragraaf 12.

²¹⁵ H. Pijl, *ibid.*, p. 4 – 5.

²¹⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijk gerechtigde!’, FED 2002/65.

5.2.2 *Verdragen zonder beneficial ownership*

Globaal gesproken zijn de meeste belastingverdragen zonder de term beneficial owner gesloten voor 1977. Wanneer een gesloten belastingverdrag geen bepaling voor uiteindelijke gerechtigdheid bevat, neemt de Staatssecretaris het standpunt in dat wijzigingen in de nationale wet betreffende dit begrip doorwerken in het verdrag.²¹⁷ Pijl is echter van mening dat deze doorwerking geen toepassing vindt in het geval dat het begrip uiteindelijk gerechtigde niet opgenomen is in het belastingverdrag.²¹⁸ Ik sluit mij aan bij de wijze waarop *Seners* op basis van het Diebold-arrest het beneficial owner begrip in verdragen zonder beneficial ownership toepaste.²¹⁹ Kort gezegd komt het erop neer dat indien een verdrag gesloten is voor de introductie van het beneficial owner begrip, de beneficial ownership test wel toegepast dient te worden.²²⁰ In het geval dat het desbetreffende belastingverdrag gesloten is na 1977 en geen beneficial owner begrip kent, neem ik het standpunt in dat het ontbreken van het begrip een indicatie is dat de verdragsluitende staten niet de bedoeling hebben gehad om deze bepaling toe te passen.²²¹

De Staatssecretaris stelt dat de verzoeker van vrijstelling of teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting dient te verklaren dat hij uiteindelijk gerechtigde is en dat dit standpunt niet nieuw is. Gezien het feit dat het uiteindelijk gerechtigde vereiste na het sluiten van deze verdragen geïntroduceerd is duidt echter wel op een nieuw standpunt.²²² Het nationale begrip van uiteindelijk gerechtigde werkt mijns inziens niet door in de Nederlandse belastingverdragen zonder uiteindelijk gerechtigde-bepaling.

5.2.3 *Belastingverdrag Japan*

De beneficial owner bepalingen werken in nagenoeg alle door Nederland gesloten belastingverdragen op dezelfde wijze uit, temeer daar de belastingverdragen geen zelfstandige beneficial owner definitie heeft. Het is dan ook interessant op te kijken welk verdrag een afwijkende bepaling heeft. In dit kader wordt in deze paragraaf dan ook het verdrag met Japan besproken. Op 25 augustus 2010 hebben Nederland en Japan een nieuw belastingverdrag

²¹⁷ Kamerstukken I 2001/02, 27 896, nr. 3, p. 3.

²¹⁸ H. Pijl, *ibid*, p. 1.

²¹⁹ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2, onderdeel 2.

²²⁰ Dit is onder andere het geval bij het belastingverdrag met Spanje (1971) en Luxemburg (1968).

²²¹ Er zijn ook verdragen gesloten na de introductie van het beneficial owner begrip in het OESO-Modelverdrag, waarin dit begrip niet gehanteerd wordt. Bijvoorbeeld het belastingverdrag tussen Nederland en Turkije van 1986.

²²² De Gunst en Weststrate, *ibid*, p. 5.

gesloten, dat op 1 januari 2012 in werking is getreden.²²³ In dit verdrag zijn – van het Nederlandse verdragsbeleid – afwijkende beneficial ownership bepalingen opgenomen in het dividend-, interest-, royalty- en restartikel. De regelingen omtrent beneficial ownership zijn voor elk van deze artikelen gelijk, daarom volsta ik met het bespreken van het dividendartikel.

Op basis van art. 10 lid 3 van het verdrag met Japan zijn dividenden vrijgesteld van bronbelasting indien de vennootschap die de dividenden ontvangt – in de voorgaande zes maanden – beneficial owner was en ten minste 50% van het stemrecht in de dividend betalende vennootschap houdt. In de notawisseling bij het verdrag is opgemerkt dat de term beneficial owner opgevat dient te worden conform het Commentaar op het OESO-Modelverdrag.²²⁴ Waarschijnlijk is met deze verwijzing geanticipeerd op de verduidelijking van het begrip, aangezien het Commentaar ten tijde van het sluiten van het verdrag geen eenduidige uitleg aan dit begrip gaf.

De uitbereiding van het begrip is opgenomen in art. 10 lid 9 van het belastingverdrag. Deze bepaling stelt dat er geen sprake is van beneficial ownership indien een Nederlandse vennootschap wordt ‘tussengeschoven’ door een inwoner van een derde staat waardoor de Nederlandse vennootschap preferente aandelen (of vergelijkbare instrumenten) houdt in de Japanse vennootschap die dividend uitkeert en de inwoner van de derde staat vergelijkbare financiële instrumenten in de Nederlandse vennootschap houdt. Het is hierbij van belang dat de dividenden onder het verdrag tussen de derde staat en Japan onderworpen zijn aan een minder gunstig belastingtarief. Een dergelijke bepaling is ook opgenomen in het belastingverdrag tussen Japan en de Verenigde Staten. In dit verdrag heeft de bepaling een beperkte reikwijdte aangezien deze slechts van toepassing is indien er sprake is van een *back-to-back* overeenkomst met betrekking tot de preferente aandelen.²²⁵ Het is de vraag of een dergelijke interpretatie ook geldt bij de (beperkte) uitbereiding van beneficial ownership in het verdrag tussen Nederland en Japan.²²⁶ Indien dit het geval is, dan vindt de uitbereiding van het begrip een zeer beperkte toepassing in het verdrag.

²²³ Verdragstekst is opgenomen in V-N 2010/44.4.

²²⁴ V-N 2010/44.5, punt 2.

²²⁵ Department of the Treasury, ‘Technical Explanation of the Convention of the 2003 Tax Treaty between the USA and Japan’, p. 48.

²²⁶ D.A. Hofland en F.P.G. Pötgens, ‘Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan’, WFR 2011/3, p. 3.

Sinds het sluiten van het belastingverdrag met de Verenigde Staten in 2003 lijkt het opnemen van de hiervoor uitgewerkte beperking van verdragsvoordelen de nieuwe standaard te zijn geworden in het verdragsbeleid van Japan. Dergelijke bepalingen zijn opgenomen in alle recent door Japan gesloten verdragen.²²⁷ Landen als Ierland en Luxemburg – directe concurrenten wanneer het gaat om buitenlandse investeringen en het zijn van houdsterland – hebben met Japan verdragen daterend uit 1974 respectievelijk 1992 en bevatten dus niet de uitgebreide beperking van verdragsvoordelen. Voor Nederland als investeringsland zou dit voor de korte en lange termijn negatieve gevolgen kunnen hebben. Voor de korte termijn omdat tot dat Japan haar belastingverdragen met Ierland en Luxemburg heeft aangepast, Nederland minder aantrekkelijk is en voor de lange termijn, omdat als al gebruik gemaakt wordt van Ierland en Luxemburg men daar in de regel zal blijven.

²²⁷ In de verdragen met Zwitserland (Protocol van 21 mei 2010 bij het Verdrag Zwitserland – Japan), Frankrijk (Protocol van 11 januari 2007 bij het Verdrag Frankrijk – Japan), het Verenigd Koninkrijk (Verdrag Verenigd Koninkrijk – Japan, zoals getekend op 2 februari 2006), Australië (Verdrag Australië – Japan, zoals getekend op 31 januari 2008) en Nederland (Verdrag Nederland – Japan, zoals getekend op 25 augustus 2010).

Hoofdstuk 6 – Conclusie

In deze scriptie is de benadering van het begrip beneficial owner uiteengezet, gezien vanuit Nederland, de OESO en haar lidstaten. De onderzoeksvraag die centraal stond was:

Wat is het beste beneficial owner begrip?

Om tot beantwoording van deze vraag te komen zijn de verschillende onderdelen van de vergelijking op basis van deelvragen uitgewerkt. De eerste deelvraag is in hoofdstuk 2 behandeld.

1. Hoe werd het begrip beneficial owner tot 2003 benaderd door de OESO en in de jurisprudentie van haar lidstaten?

Het beneficial owner begrip werd in het OESO-Modelverdrag van 1977 geïntroduceerd in de artikel 10, 11 en 12. In het OESO-Commentaar bij deze artikelen werden slechts *agents* en *nominees* als voorbeelden genoemd van inwoners die normaliter niet als beneficial owner van de dividend-, interest- en royaltyinkomsten konden worden aangemerkt. In de jaren van 1977 tot 2003 zijn er arresten geweest met betrekking tot het beneficial ownership begrip in verschillende OESO lidstaten. Aan de drie besproken arresten kan geen eenduidige interpretatie van het begrip beneficial owner worden ontleend. Waar het Nederlandse marketmaker-arrest en het Spaanse Copyright-arrest een juridische interpretatie hanteerde, koos de *Conseil d'Etat* voor een economische benadering. De enge interpretatie van het begrip leidt er in al deze arresten toe dat er strikt geoordeeld wordt of er sprake is van eigendom en/of controle. Het motief voor een bepaalde structuur wordt geheel buiten beschouwing gelaten.

2. Hoe werd het begrip beneficial owner vanaf 2003 benaderd door de OESO en in de jurisprudentie van haar lidstaten?

De grootste aanpassing van het OESO-Commentaar vond plaats in 2003, toen duidelijk werd dat het begrip niet op een strikt technische wijze moest worden uitgelegd maar in de context en in het licht van het doel en strekking van het verdrag. Namelijk het vermijden van dubbele

belasting en verdragsmisbruik. Tussen de wijziging in het OESO-Commentaar van 2003 en heden is er een groot aantal arresten geweest die betrekking hadden op de vraag of er al dan niet sprake was van beneficial ownership. Wat in deze zaken opviel was het feit dat Canada in deze tijd als enige lidstaat een juridische benadering hanteerde. In het Spaanse Real Madrid-arrest was de AN als het ware ‘omgegaan’ van een juridische benadering in het Copyright-arrest naar een economische benadering. Het is mij niet geheel duidelijk wat hier de reden van was, maar het zou met de wijziging van het OESO-Commentaar in 2003 te maken kunnen hebben, aangezien het daadwerkelijke eigendom van een inkomensbestanddeel ondergeschikt werd aan de vraag of er controle kon worden uitgeoefend. Ook uit deze zaken is mijns inziens geen eenduidige conclusie te trekken welke criteria doorslaggevend zijn voor het bepalen van beneficial ownership. Wel lijkt uit deze zaken een puur fiscaal motief ertoe te leiden dat er geen sprake is van beneficial ownership. Uit tabel 3 (zie pagina 57) valt daarnaast op te maken dat de vraag of er sprake is van controle in vrijwel ieder arrest is getoetst en dat dit criterium in veel gevallen een cruciale rol speelde bij de bepaling of er al dan niet sprake was van beneficial ownership.

3. Hoe stelt de OESO voor het begrip beneficial owner in de toekomst te benaderen?

Op basis van de *revised discussion draft oktober 2012* is in hoofdstuk 4, paragraaf 4, een toetsingskader geschetst waarmee bepaald kan worden of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Dit toetsingskader bestaat uit een drietal stappen: is er toegang tot het belastingverdrag, is er sprake van een *agent, nominee of conduit*, als er sprake is van een *agent, nominee of conduit* komt de vraag op of de *beneficiary* zich bevindt in dezelfde staat als de *agent, nominee of conduit* want dan is het verlaagde bronbelastingtarief toch van toepassing.

Door middel van dit toetsingskader is voor de arresten uit de hoofdstukken 2 en 3 opnieuw getoetst of er al dan niet sprake is van beneficial ownership op basis van de voorgestelde wijzigingen in het OESO-Commentaar. Hieruit kan worden geconcludeerd dat er nog onduidelijkheid bestaat omtrent de vraag wanneer er voldaan is aan het criterium *right to use and enjoy*. Mijn inziens zou een beschikkingsmacht van meer dan 50% van de inkomsten genoeg doorslag kunnen geven te oordelen dat er sprake is van beneficial ownership. Het feit dat het hoeveelheid *right* niet gekwantificeerd is kan ertoe leiden dat nationale rechtssprekende machten dit naar eigen inzicht invullen en er wederom een discrepantie

ontstaat tussen jurisprudentie in verschillende lidstaten. De reden dat het *right* niet gekwantificeerd is lijkt mij gestoeld op het feit dat de OESO geen *safe harbour* heeft willen creëren waarop belastingplichtigen zouden kunnen plannen. Het voorgestelde Commentaar leidt – uitgaande van een gekwantificeerd criterium *right* van meer dan 50% – in de zaken Diebold, RBS, Prevost, NetApp en Velcro tot een tegengestelde uitkomst met betrekking tot de vraag of er sprake is van beneficial ownership.

4. Hoe wordt het begrip uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse belastingwetten en belastingverdragen benaderd?

In de Nederlandse belastingwetgeving is het begrip uiteindelijke gerechtigde opgenomen in de anti-misbruik maatregel tegen dividendstripping. Hiervoor zijn bepalingen opgenomen in de Wet IB, de Wet VPB, de Wet DB en het BvdB. Het begrip kent in de verschillende wetten een negatieve omschrijving, kort gezegd: niet als uiteindelijk gerechtigde wordt diegene beschouwd die in samenhang met de genoten opbrengsten een tegenprestatie verricht als onderdeel van een samenstel van transacties waarbij aannemelijk is dat de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan onder andere een natuurlijk persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting niet achterwege mag blijven.

Op basis van het HR arrest van 5 september 2003 hanteert de HR een dynamische verdragsinterpretatie, om te voorkomen dat het verdrag na verkoop van tijd niet meer praktisch toepasbaar is. Er zit echter een grens aan zodra Nederland eenzijdige heffingsbevoegdheid verlegt door achteraf in het nationale recht de betekenis te wijzigen van uitdrukkingen die in het verdrag niet worden gedefinieerd. Op basis van deze uitspraak en die van HR 2 september 1992 kan geconcludeerd worden dat de HR veel waarde hecht aan het OESO-Commentaar. Volgens de HR dient de invoering van het voorgestelde OESO-Commentaar door te werken in de belastingverdragen waarin het beneficial owner begrip is opgenomen. Dit lijkt mij echter niet het geval indien er sprake is van een belastingverdrag waar het beneficial ownership concept geen deel van uitmaakt.

Het belastingverdrag tussen Nederland en Japan dat per 1 januari 2012 in werking is getreden kent een afwijkende beneficial owner bepaling. Hieraan wordt het vereiste gesteld dat de ontvanger van bijvoorbeeld dividenden in de voorgaande zes maanden beneficial owner was

en ten minste 50% van het stemrecht in de dividend betalende vennootschap houdt. Daarnaast stelt art. 10 lid 9 van het belastingverdrag dat er geen sprake is van beneficial ownership indien een Nederlandse vennootschap wordt ‘tussengeschoven’ door een inwoner van een derde staat waardoor de Nederlandse vennootschap preferente aandelen (of vergelijkbare instrumenten) houdt in de Japanse vennootschap die dividend uitkeert en de inwoner van de derde staat vergelijkbare financiële instrumenten in de Nederlandse vennootschap houdt. Dit verdrag bepaalt helaas niet expliciet wanneer er wel sprake is van beneficial ownership en schrijft eveneens geen *safe harbour* bepaling voor.

5. Hoe vind ik dat het begrip beneficial owner zou moeten worden benaderd?

Op basis van de antwoorden op de deelvragen kan het volgende antwoord worden gegeven op de onderzoeksvraag. Het beneficial owner begrip geformuleerd in de voorgestelde tekst van de *revised discussion draft oktober 2012* is het beste. Door het (arbitrair) kwantificeren van het *right* ontstaat er echter een betere uitleg van het begrip beneficial owner.

Zoals aangegeven in de analyse van de hoofdstukken 2 en 3 is het niet mogelijk om uit de gewezen jurisprudentie een uniform en duidelijk beneficial owner begrip te destilleren. Waar in de arresten voor de wijziging van het OESO-Commentaar in 2003 nog slechts een toetsing op controle en eigendom plaatsvond, hield de rechtsprekende macht in de jaren daarna tot 2011 ook rekening met de vraag of er sprake was van een puur fiscaal motief. Uit de arresten tussen 2011 en het heden blijkt deze motief vereiste niet en deze lijkt mij – zoals betoogd in hoofdstuk 3, paragraaf 3 – dan ook achterhaald. Controle heeft zoals gezegd in bijna alle arresten de doorslag gegeven op de vraag of er al dan niet sprake is van beneficial ownership. Aangezien dit het enige vereiste is dat zonder meer getoetst dient te worden – op basis van de jurisprudentie tot heden – trek ik de conclusie dat de Nederlandse benadering van beneficial ownership niet ruimer is dan de benadering op basis van de gewezen jurisprudentie en de huidige tekst van het OESO-Modelverdrag en OESO-Commentaar. Het feit dat het Nederlandse begrip negatief geformuleerd is leidt er echter toe dat er minder rechtszekerheid is.

Met het oog op de toekomst is het vergelijken van het voorgestelde OESO-Commentaar bij beneficial owner (“Revised”) met de Nederlandse bepaling van uiteindelijk gerechtigde (“NL Wet”) van belang. Onderstaand zijn beide bepalingen naast elkaar gelegd.

NL Wet: ... in samenhang met de genoten opbrengsten een tegenprestatie heeft verricht ...

Revised (vraag 2a): Heeft de ontvanger het recht om de inkomsten te genieten en gebruiken zonder beperking door een contractuele of juridische verplichting om de inkomsten door te betalen aan een ander?

NL Wet: ... als onderdeel van een samenstel van transacties ...

Revised (vraag 2b): Is de contractuele of juridische verplichting gerelateerd aan de ontvangen inkomsten?

NL Wet: ... waarbij aannemelijk is dat de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan onder andere een natuurlijk persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting niet achterwege mag blijven.

Revised (vraag 3): is de *agent, nominee* of *conduit* geschoven tussen de begunstigde en de betaler, waarbij de begunstigde inwoner is van dezelfde verdragssluitende staat als de *agent, nominee* of *conduit*?

Uit de overeenkomsten die bestaan tussen beide bepalingen concludeer ik dat het uiteindelijk gerechtigde begrip in de Nederlandse wet niet ruimer is dan het voorgestelde Commentaar. Hierdoor ligt de invoering van een afwijkend of ruimer begrip in de toekomst niet voor de hand. Het is echter de vraag of het voorgestelde Commentaar letterlijk wordt overgenomen door de verdragssluitende partijen. Na de onderhandelingen met Japan werd immers een afwijkende bepaling bij het beneficial ownership begrip in het belastingverdrag opgenomen.

6.1 Aanbeveling

Op basis van mijn onderzoek naar het begrip beneficial owner in het OESO-Commentaar, de Nederlandse wetten, de belangrijkste (internationale) arresten voor 2003 en daarna en de literatuur met betrekking tot voorgaande kom ik tot de conclusie dat het begrip beneficial owner beter uitgewerkt kan en moet worden. Dit verkleint de rechtsonzekerheid en verschillende uitleggen tussen staten. In beide gevallen leidt een aanpassing mijns inziens tot een beter te interpreteren begrip.

Ten eerste zou het voorgestelde OESO-Commentaar – op basis van de *revised discussion draft oktober 2012* – het huidige OESO-Commentaar moeten vervangen. Hierdoor wordt onder andere getoetst of er sprake is van controle door het toetsen of er sprake is van en recht zonder dat daar een verplichting tegenover staat. Daarnaast zou in het voorgestelde OESO-Commentaar de hoeveelheid *right* moeten worden opgenomen dat minimaal nodig is om aangemerkt te worden als beneficial owner voor het belastingverdrag. Mijn voorstel zou zijn om een hoeveelheid *right* op te nemen van meer dan 50%, aangezien de beschikkingsmacht in dat geval groter dan de helft is en dit leidt tot een overhand.

De afwijkende tekst uit het meest recente belastingverdrag tussen Nederland en Japan treft mijns inziens geen doel aangezien het hebben van een bepaald stemrecht in de uitkerende entiteit niet tot gevolg hoeft te hebben dat de ontvangende vennootschap ook daadwerkelijk het inkomen geniet. Daarnaast kunnen situaties als een 40%-belang onbedoeld uitgesloten worden door deze bepaling.

Het nationale beneficial owner begrip – zoals opgenomen in de Wet IB, de Wet VPB, de Wet DB en het BvdB – zou positief geformuleerd moeten worden om de rechtszekerheid te bevorderen. Bij de formulering van het begrip dient mijns inziens aansluiting te worden gezocht bij de tekst uit het voorgestelde OESO-Commentaar met de aanvulling de hoeveelheid recht te kwantificeren. De tekst van art. 4 Wet DB zou er als volgt uit kunnen zien:

[Toevoegingen aan de bestaande tekst worden weergegeven in ***bold italics*** en te verwijderen gedeelten van de bestaande tekst zijn ~~doorgestreept~~]

Lid 7 Voor het achterwege laten van de inhouding van dividendbelasting ingevolge dit artikel, een teruggaaf van dividendbelasting ingevolge artikel 10, alsmede het achterwege laten dan wel een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting ingevolge de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland of een door Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, wordt ~~niet~~ als uiteindelijk gerechtigde beschouwd degene die ~~in samenhang met de genoten opbrengst een tegenprestatie heeft verricht als onderdeel van een samenstel van transacties~~ ***als ontvanger het recht heeft om de opbrengsten te genieten en gebruiken zonder beperking door een contractuele of juridische***

verplichting om de inkomsten door te betalen aan een ander. waarbij aannemelijk is dat:

- ~~a. de opbrengst geheel of gedeeltelijk direct of indirect ten goede is gekomen aan:
 1. een natuurlijke persoon of een rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding niet achterwege mag blijven, terwijl dit ten aanzien van degene die de tegenprestatie heeft verricht wel mag, of
 2. een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in mindere mate gerechtigd is tot vermindering of teruggaaf van dividendbelasting dan degene die de tegenprestatie heeft verricht; en²²⁸~~
- ~~b. deze natuurlijke persoon of rechtspersoon een positie in aandelen, winstbewijzen of geldleningen als bedoeld in art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969 op directe of indirecte wijze behoudt of verkrijgt die vergelijkbaar is met zijn positie in soortgelijke aandelen, winstbewijzen of geldleningen voorafgaand aan het moment waarop het samenstel van transacties een aanvang heeft genomen.~~

Lid 8 ~~Voor de toepassing van het zevende lid:~~

- ~~a. kan van een samenstel van transacties eveneens sprake zijn ingeval transacties aangegaan op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht vergelijkbaar systeem dat gelegen of werkzaam is in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie;~~
- ~~b. wordt met een samenstel van transacties gelijkgesteld een transactie die betrekking heeft op de enkele verwerving van een of meer dividendbewijzen of op de vestiging van kortlopende genotsrechten op aandelen;~~
- ~~e. zijn de artikelen 2.14a en 10a.7 van de Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing.~~

Tevens wordt als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt diegene die als ontvanger een beperking door een contractuele of juridische verplichting heeft om minder dan 50% van de genoten opbrengsten door te betalen aan een ander, waarbij de verplichting niet in samenhang met de genoten opbrengsten is.

²²⁸ Onderdeel a is verplaatst naar lid 9.

Lid 9 **Indien** de opbrengsten voor **meer dan 50%** direct of indirect ten goede is gekomen aan:

- a. een natuurlijke persoon of een rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding ~~niet op basis van het zevende lid~~ achterwege mag blijven, ~~terwijl dit ten aanzien van degene die de tegenprestatie heeft verricht wel mag,~~ of
- b. een natuurlijke persoon of rechtspersoon die ~~in mindere mate~~ **eveneens** gerechtigd is tot vermindering of teruggaaf van dividendbelasting **op basis van het zevende lid** ~~dan degene die de tegenprestatie heeft verricht; en~~
dan wordt de ontvanger niet aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden. De inhouding, vermindering of teruggaaf van dividendbelasting vindt echter in dit geval wel toepassing.

Zoals Jean de La Fontaine al in de 17^e eeuw al concludeerde bezit men slechts dat wat men gebruikt. Een gedachtegoed dat mijns inziens eeuwen later nog steeds juist is. Wanneer een entiteit in gelegenheid is inkomsten te gebruiken – zonder dat daar voor een belangrijk gedeelte verplichtingen aan zitten; dus de mogelijkheid controle uit te oefenen – bezit de desbetreffende entiteit de inkomsten en kan zij in beginsel worden aangemerkt als beneficial owner.

Literatuurlijst

Boeken

- P. Baker, 'United Kingdom: Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013
- P. Baker and C. Bobbett, *Tax Polymath – A life in International Taxation*, Amsterdam: IBFD 2010
- J.J.L.M. Brouwer en P.A. Moerman, *Angelsaksen versus Rijnlanders: zoektoch naar overeenkomsten en verschillen in Europees en Amerikaans denken*, Duitsland: Garant 2010
- J. Bundgaard, 'The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013
- D.G. Duff, 'Beneficial Ownership: Recent Trends', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012
- D. Gutmann, 'Beneficial Ownership without Specific Beneficial Ownership Provision', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013
- A.M. Jiménez, 'Beneficial Ownership as an Attribution-of-Income Rule in Spain: Source and Residence Country Perspectives', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013
- O.C.R. Marres en P.J. Wattel, *Dividendbelasting*, FED Fiscale Studentenserie nr. 26
- F.P.G. Pötgens, "'Uiteindelijk gerechtigde" onder Nederlandse belastingverdragen; nationaal recht of context?', in: *40 jaar Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010
- D.S. Smit, 'The Concept of Beneficial Ownership and Possible Alternative Remedies in Netherlands Case Law', in: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer en A. Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Amsterdam: IBFD 2013

- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, FED Fiscale Studieserie 29, Deventer: Kluwer 2012

Tijdschriften

- S. Bolderman, ‘Tour d’Horizon of the Term “Beneficial Owner”’, *Tax Analyst*, 15 juni 2009
- R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijke gerechtigde!’, *FED* 2002/65
- R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Al dan niet (uiteindelijk) gerechtigde tot het dividend: het besluit over Forward Purchase Agreement en Second Trading Line’, *WFR* 2008/938
- D.M. Broekhuijsen, ‘A Modern Understanding of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention (1969): A New Haunt for the Commentaries to the OECD Model?’, *Bulletin for International Taxation* Vol. 69 no. 9, 5 augustus 2013
- C. Brown, ‘Symposium: Beneficial Ownership and the Income Tax Act’, *Canadian Tax Journal* 2003 vol. 51 nr. 1
- P. Cannon, ‘HMRC guidance – what’s its legal status?’, *Tax Adviser* mei 2007
- S.C.W. Douma, ‘Questions, questions’, *WFR* 2013/842
- B. Gilbert en Y. Ouamrane, ‘Beneficial Ownership – A French Perspective’, *European Taxation* 2008 no. 1
- J. Gooijer, ‘Beneficial ownership: eindelijk duidelijkheid?’, *MBB* 2013/5
- H. de Gunst en J.K. Weststrate, ‘Het nieuwe wetsvoorstel dividendstripping in internationaal verband’, *WFR* 2001/1814
- E.P. Hageman, ‘Nieuwe anti-dividendstripping wetgeving: het einde van Treaty Shopping en Holland Routing?’, *Forfaitair* december 2001
- D.A. Hofland en F.P.G. Pötgens, ‘Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan’, *WFR* 2011/3
- A.R.T. van IJzinga Veenstra en Q.M.A. Eenhorst, ‘Dividendstripping in 2001’, *WFR* 2000/6375
- A.R.T. van IJzinga Veenstra en Q.M.A. Eenhorst, ‘Dividendstripping na 27 april 2001’, *WFR* 2003/449
- A.M. Jiménez, ‘Beneficial Ownership: Current Trends’, *World Tax Journal* 2010, no. 2

- P. Moreau, S. Yazdian en K. Vlietinck, 'Beneficial Ownership: OESO stelt revised discussion draft voor', Internationale fiscale actualiteit nr. 2 jaargang 14, februari 2013
- W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?' WFR 2008/1343
- W.R. Munting, 'Beneficial Ownership: handle with care', WFR 2012/1064
- W.R. Munting en R. Huisman, 'Beneficial Ownership: handle with care. Update naar aanleiding van het gewijzigde OESO-voorstel', WFR 2013/219
- H. Pijl, 'De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in de verdragen', WFR 2003/621
- J.W. Rompen, 'Indofood, de uiteindelijk gerechtigde en art. 8c Wet VPB 1969', WFR 2009/274
- M. Sanders en J. Grabarz, 'Wat is een bbv eigenlijk?', NTFR 2013/4
- G.P. Schutz, 'Het aanmerkelijkbelangregime in de vennootschapsbelasting en het Nederlandse vestigingsklimaat voor hoofdkantoren', WFR 2013/80
- D.E. van Sprundel & J. van Strien, 'Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?', WFR 2010/1323
- L.A. Verdoner, R. Offermanns en S. Huibregtse, 'A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 1', European Taxation 09/2010
- L.A. Verdoner, R. Offermanns en S. Huibregtse, 'A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership – Part 2', European Taxation 10/2010
- E.J. van der Vijver, 'Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Japan', MBB 2010/12
- G. Watson en S. Baum, 'Beneficial ownership as a treaty anti-avoidance tool?', Canadian Tax Journal 2012 vol. 60 nr. 1

Kamerstukken

- Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. 3
- Kamerstukken II 2000/01, 27 896, B
- Kamerstukken II 2001/02, 27 896, nrs. 3, 5 en 117b
- Kamerstukken II 2001/02, 28 246, nrs. 117b en 117d
- Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nrs. 7 e.v.

Beleid Nederland

- Besluit van 9 mei 1989, nr. DB89/2250
- Besluit van 15 januari 2011, nr. DBG 2010/8223M
- Besluit van 21 november 2011, nr. DGB 2011/6870M

Beleid internationaal

- Department of the Treasury, 'Technical Explanation of the Convention of the 2003 Tax Treaty between the USA and Japan'
- Director General of Taxation of Indonesia, 'Regarding implementing criteria of beneficial ownership as stated in the avoidance of Double Tax Treaty Agreement between Indonesia and other Countries', 7 juli 2005
- HMRC, 'Double Taxation applications and claims: HMRC reaction to Indofood case', INTM332050
- HMRC, 'Double Taxation applications and claims: Indofood: Impact on particular cases', INTM332060
- HMRC, 'Double Taxation treaties: Beneficial ownership: What does it mean?', INTM504030

Jurisprudentie Nederland

- HR 27 december 1967, nr. 15 772, BNB 1968/80
- HR 28 juni 1989, nr. 25 451, BNB 1990/45
- HR 2 september 1992, nr. 26 059, BNB 1992/379
- HR 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217
- HR 18 mei 1994, nr. 28 293, BNB 1994/252
- HR 18 mei 1994, nr. 28 296, BNB 1994/253
- HR 21 februari 2001, nr. 35 415, BNB 2001/196
- HR 5 september 2003, nr. 37 651, BNB 2003/379
- HR 18 juni 2004, nr. 39 385, BNB 2004/314
- HR 1 december 2006, nr. 38 850, BNB 2007/75
- HR 23 september 2011, nr. 10/03724, BNB 2012/12
- Rechtbank Amsterdam, 18 januari 2013, zaaknr. 532030

Jurisprudentie internationaal

- Finanzgericht Köln (Duitsland), Case 2 K 3358/93, 24 oktober 1996
- Conseil d'Etat (Frankrijk), 191191, 13 oktober 1999
- Tribunal Económico-Administrativo Central (Spanje), RG 6294/1996, 22 september 2000
- Commission Federale de Recours en Matiere de Contributions (Zwitserland), Case VPB 65.86, 28 februari 2001
- Finanzgericht Köln (Duitsland), Case 2 K 2100/03, 16 februari 2006
- Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk), Case A3/2005/2497, 2 maart 2006
- Audiencia Nacional (Spanje), Case 1110/2003, 18 juli 2006
- Hof van Justitie van de Europese Unie (EU), zaak C-196/04, 12 september 2006
- Conseil d'Etat (Frankrijk), Case 283314, 29 december 2006
- Federal Court of Appeal (Canada), A-252-08, 26 februari 2009
- National Tax Tribunal (Denemarken), SKM 2011.57, 22 december 2010
- National Tax Tribunal (Denemarken), SKM 2011.485, 25 mei 2011
- National Tax Tribunal (Denemarken), SKM 2012.26, 16 december 2011
- Eastern Division of the High Court (Denemarken), SKM 2012.121, 20 december 2011
- The Supreme Court (India), No. 733/2012, 20 januari 2012
- Tax Court of Canada (Canada), 2012 TCC 57, 24 februari 2012
- Bundesverwaltungsgericht (Zwitserland), Case A-6537/2010, 7 maart 2012
- Bundesverwaltungsgericht (Zwitserland), Case A-1246/2011, 23 juli 2012

Overige bronnen

- P. Aristotelous, 'Comments on the Clarification of the Meaning of 'Beneficial Owner' found in the Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 26 juli 2011
- P. Baker, 'Beneficial ownership: after Indofood', GITC Review Vol. VI No. 1, februari 2007
- P. Baker, 'The meaning of "Beneficial Ownership" as Applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention'
- R.P.C.W.M.Brandsma, 'Inhouding van dividendbelasting', PWC Spotlight jaargang 20 2013
- Centraal Planbureau, 'Nederland belastingparadijs? Nederland doorsluisland!', CPB Policy Brief, 2013/07

- R. Collier, ‘Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention – discussion draft’, 15 juli 2011
- R. Collier, Brief commentaar op de revised discussion draft getiteld ‘OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12’
- R.J. Danon, ‘2011 OECD Discussion draft on the meaning of beneficial owner’, 15 juli 2011
- IBFD, ‘Response from IBFD Research Staff’, 14 juli 2011
- R. Likert, ‘A Technique for the Measurement of Attitudes’, Archives of Psychology, 1932
- R. Middleton, ‘AFME initial comments on the OECD’s discussion draft – clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention’, 15 juli 2011
- R. Middleton, ‘AFME comments on the revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention’, 14 december 2012
- Ministerie van Financiën, ‘Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011’, 11 februari 2011
- W.R. Munting, ‘Comment on the revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in the articles 10, 11, 12 of the OECD Model Tax Convention: Revised public discussion draft’, 26 november 2012
- NOB Commissie Wetsvoorstellen, ‘Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel ter goedkeuring van het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Japan en Nederland (nr. 32 776)’, 24 juni 2011
- NOB Commissie Wetsvoorstellen, ‘Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011’, 16 maart 2011
- OESO, <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/list-oecd-member-countries.htm>
- OESO, <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>
- OESO, ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, Issues in International Taxation No. 1: International Tax Avoidance and Evasion’, Parijs 1987

- OESO, 'Issues in International Taxation: 2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention', no. 8
- OESO, 'Clarification of the meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention', 29 april 2011
- OESO, 'Revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 19 oktober 2012
- OESO, 'Addressing Base Erosion and Profit Shifting', OECD Publishing 2013
- OESO Fiscaal Comité, 'Observations of Member Countries on difficulties raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital', TFD/FC/216
- A.J. Postma, 'Ernst & Young's comments to the Proposed Changes to the Commentary on articles 10,11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 14 juli 2011
- A.J. Postma, 'Comments submitted by Ernst & Young on the Revised Proposals concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention', 14 december 2012
- K. van Raad, 'Report on Beneficial ownership under the OECD Model Convention and Commentaries', 27 september 2011
- Richtlijn 90/435/EEG van 23 juli 1990
- Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003
- Studiegroep Vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, 'Verbreding en verlichting', 11 juni 2001
- S. Towers, 'Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention', 13 juli 2011
- S. Towers, 'Comments on Revised Public Discussion Draft: Revised Proposals Concerning the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention', 12 december 2012
- Vakstudie Dividendbelasting, Aantekening 8.5
- Vakstudie Internationaal Belastingrecht, aantekening 4.1.1
- Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 4 Wet DB 1965, Aantekening 8.7.1 & 8.7.2
- Verdrag van Wenen betreffende het recht van verdragen, 23 mei 1969
- Working Party No. 1 van het OESO Fiscaal Comité, 'Draft Report on Tax Avoidance through the Improper Use and Abuse of Tax Conventions', CFA/WP1(75)3, 21 mei 1975

- Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, 'Preliminary Report on Suggested Amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention', FC/WP27(68)1, 30 december 1968
- Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, 'Note on the Discussion of the First report', DAF/FC/69.10, 1 juli 1969
- Working Party No. 27 van het OESO Fiscaal Comité, 'Report on suggested amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention', FC/WP27(70)1, 16 februari 1970

Appendices

Appendix I – OESO-Commentaar 2010

COMMENTARY ON ARTICLE 10 CONCERNING THE TAXATION OF DIVIDENDS

12. The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. The term “beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.

12.1 Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”¹ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.

12.2 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.

Appendix II – Discussion draft april 2011

PROPOSED CHANGES TO THE COMMENTARY ON ARTICLES 10, 11 AND 12

[Additions to the existing text of the Commentary appear in ***bold italics*** whilst deletions appear in ~~strikethrough~~]

Commentary on Article 10 (Dividends)

12. The requirement of beneficial owner was introduced in paragraph 1 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was ~~immediately received by~~ ***paid direct to*** a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. [*the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.1*]

12.1 Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ...a resident” in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term “beneficial owner” is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries¹), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words “paid ... to a resident”, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.

[Footnote to paragraph 12.1]

1. *For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity*

as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 notwithstanding that the relevant trust law might distinguish between legal and beneficial ownership.

12.42 Where an item of income is received by **paid to** a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the ~~immediate~~ **direct** recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The ~~immediate~~ **direct** recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. [the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.3]

12.3 It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”¹ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.

[Footnote to paragraph 12.3]

1. Reproduced at page R(6)-1 of Volume II of the **full-length** loose-leaf version of the OECD Model Tax Convention.

12.4 *In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is*

the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid.

12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on “Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of “beneficial owner” deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases.

12.6 The above explanations concerning the meaning of “beneficial owner” make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments¹ that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of “beneficial owner” cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. Since, in the context of Article 10, the term beneficial owner is intended to address difficulties arising from the use of the word “paid” in relation to dividends, it would be inappropriate to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.²

[Footnotes to paragraph 12.6]

1. *See, for example, the Glossary to the Financial Action Task Force's Forty Recommendations*

(http://www.fatfgafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_1_1,00.html#34276864) which sets forth in detail the international anti-money laundering standard and which includes the following definition of beneficial owner: "the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement." Similarly, the 2001 report of the OECD Steering Group on Corporate Governance, "Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes", <http://publications.oecd.org/acrobatebook/2101131E.PDF>, at page 14, defines beneficial owner as follows:

In this Report, "beneficial owner" refers to ultimate beneficial owner or interest by a natural person. In some situations, uncovering the beneficial owner may involve piercing through various intermediary entities and/or individuals until the true owner who is a natural person is found. With respect to corporations, ownership is held by shareholders or members. In partnerships, interests are held by general and limited partners. In trusts and foundations, beneficial owner refers to beneficiaries, which may also include the settlor or founder.

2. *Glossary to the Financial Action Task Force's Forty Recommendations*

(http://www.fatfgafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_1_1,00.html#34276864).

12.72 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.

Appendix III – Revised discussion draft oktober 2012

REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF BENEFICIAL OWNER IN ARTICLE 10 OF THE OECD MODEL TAX CONVENTION

[Additions to the existing text of the Commentary appear in ***bold italics*** whilst deletions appear in ~~strike through~~; changes made to the proposals included in the April 2011 discussion draft are underlined]

Article 10

Replace the first part of paragraph 2 of Article 10 of the OECD Model Tax Convention by the following:

2. However, ~~such~~ dividends ***paid by a company which is a resident of a Contracting State*** may also be taxed in ***that State*** ~~the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident~~ and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

...

Commentary on Article 10 (Dividends)

Replace paragraphs 12 to 12.2 of the Commentary on Article 10 by the following:

12. The requirement of beneficial owner was introduced in paragraph 1 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was ~~immediately received by~~ ***paid direct to*** a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. [*the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.1*]

12.1 Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ...a resident” in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term “beneficial owner” is ***therefore*** not used in a narrow technical sense (***such as the meaning***

that it has under the trust law of many common law countries¹), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words “paid ... to a resident”, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary.

[Footnote to paragraph 12.1]

1. *For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 even if they are not the beneficial owners under the relevant trust law notwithstanding that the relevant trust law might distinguish between legal and beneficial ownership.*

12.42 Where an item of income is received by *paid to* a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the ~~immediate~~ *direct* recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The ~~immediate~~ *direct* recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. [the rest of the paragraph has been moved to new paragraph 12.3]

12.3 It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”¹ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or

administrator acting on account of the interested parties.

[Footnote to paragraph 12.3]

1. Reproduced at page R(6)-1 of Volume II of the *full-length* loose-leaf version of the OECD Model Tax Convention.

12.4 In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation must be related to the payment received; it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations. Examples of such unrelated obligations are those unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the “beneficial owner” of that dividend. It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases. ; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment of the shares on which the dividend is paid.

12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on “Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific ~~treaty~~ anti-abuse provisions in treaties, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of “beneficial owner” deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases.

12.6 The above explanations concerning the meaning of “beneficial owner” make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments¹ that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of “beneficial owner” cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. ~~Since, i~~In the context of Article 10, the term “beneficial owner” is intended to address difficulties arising from the use of the words “paid to” in relation to dividends, rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.²

[Footnote to paragraph 12.6]

1. See, for example, Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012), the Glossary to the Financial Action Task Force’s Forty Recommendations (http://www.fatfgafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_

~~[1_1_1,00.html#34276864](#)~~ which sets forth in detail the international anti-money laundering standard and which includes the following definition of beneficial owner (at page 109): “the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.” Similarly, the 2001 report of the OECD Steering Group on Corporate Governance, “Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes” (OECD, Paris, 2001), ~~<http://publications.oecd.org/acrobatebook/2101131E.PDF>~~, at page 14, defines beneficial ownership as follows (at page 14):

In this Report, “beneficial ownership” refers to ultimate beneficial ownership or interest by a natural person. In some situations, uncovering the beneficial owner may involve piercing through various intermediary entities and/or individuals until the true owner who is a natural person is found. With respect to corporations, ownership is held by shareholders or members. In partnerships, interests are held by general and limited partners. In trusts and foundations, beneficial ownership refers to beneficiaries, which may also include the settlor or founder.

2. See the Financial Action Task Force’s definition quoted in the previous note.

~~***Glossary to the Financial Action Task Force’s Forty Recommendations***~~

~~***(http://www.fatfgafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236930_35433764_1_1_1,00.html#34276864)***~~

12.72 Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 *and in [year of next update]* to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries). ~~States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.~~