

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie



Het voorkomen en bestrijden van oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen

Naam: Mark Rasenberg

Studentnummer: 373482

Begeleidend docent: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, oktober 2016

Inhoud

1	Inleiding	4
1.1	Introductie	4
1.2	Aanleiding en relevantie	4
1.3	Probleemstelling, toetsingskader en deelvragen	8
1.4	Opzet van het onderzoek	10
1.5	Afbakening van het onderzoek	11
2	Oneigenlijk gebruik	12
2.1	Inleiding	12
2.2	Het voorkomen van belastingheffing	12
2.2.1	Algemeen	12
2.2.2	Belastingontwijking en belastingontduiking	13
2.2.3	Maatschappelijke druk	15
2.3	Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen	17
2.3.1	Misbruik versus oneigenlijk gebruik	17
2.3.2	Misbruik van recht en jurisprudentie	21
2.3.3	Voorbeeldsituaties	24
2.4	Bestrijding van oneigenlijk verdragsgebruik	28
2.5	Conclusie	31
3	Antimisbruikmaatregelen	32
3.1	Inleiding	32
3.2	Specifieke maatregelen	33
3.2.1	Algemeen	33
3.2.2	Nationaal	34
3.2.3	Internationaal	38
3.3	Generieke maatregelen	44
3.3.1	Algemeen	44
3.3.2	Nationaal	47
3.3.3	Internationaal	54
3.4	SAAR versus GAAR	60
3.4.1	Algemeen	60
3.4.2	Doeltreffendheid	61
3.4.3	Doelmatigheid	61
		1

3.4.4 Rechtszekerheid	62
3.4.5 Eenvoud	63
3.4.6 Evenredigheid	64
3.5 Conclusie	64
4 Maatschappelijke ontwikkelingen	67
4.1 Inleiding	67
4.2 Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid	67
4.3 Beleid van de EU	70
4.3.1 Algemeen	70
4.3.2 Aanbeveling EC	72
4.4 OESO en BEPS	76
4.4.1 Algemeen	76
4.4.2 BEPS Action 6	77
4.4.3 Aanbeveling OESO	84
4.5 Conclusie	85
5 Optimale antimisbruikmaatregel	87
5.1 Inleiding	87
5.2 Nationale of bilaterale bestrijding	87
5.3 Overige maatregelen	91
5.3.1 Algemeen	91
5.3.2 Claw-back	92
5.3.3 Bovengrens voor verdragsvoordelen	94
5.3.4 Ontmoedigen van oneigenlijk gedrag	95
5.4 Optimale maatregel	97
5.4.1 Algemeen	97
5.4.2 Afweging toetsingscriteria en resultaat	98
5.5 Conclusie	102
6 Conclusie	103
6.1 Inleiding	103
6.2 Deelvragen	104
6.3 Slot en aanbeveling	110
Literatuurlijst	112

“The failure to coherently delineate between tax evasion and tax avoidance is not the product of legal impossibility but rather of governance failure. The answer to this governance failure is not to turn away from law by articulating a non-legal standard of behavior based in the language of morality, and then using this standard as a means to inflict legal sanctions. Instead, the answer is to demand more from the law, which means expecting more accountability in governance. This is not a revelation but a reminder of governance lessons already learned.”¹

¹ A. Christians, ‘Avoidance, Evasion, and Taxpayer Morality’, *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 44:39 (2014), p. 58.

1 Inleiding

1.1 Introductie

“The difference between tax avoidance and tax evasion is the thickness of a prison wall.”²

Denis Healey (1917-2015)

De bovenstaande quote wordt vaak genoemd wanneer men spreekt over het verschil (of de gelijkenis) tussen belastingontduiking en belastingontwijking. Hoewel belastingontduiking wettelijk strafbaar is en belastingontwijking daarentegen in principe legaal is, blijkt uit de recente ontwikkelingen op het gebied van (internationale) belastingheffing dat de maatschappelijk opvatting niet meer zo zwart-wit is. Belastingplichtigen hebben nog altijd de mogelijkheid om (legaal) belasting te ontwijken, maar de politieke en publieke opinie over deze bezigheid wordt steeds kritischer. De gedachte dat belastingplichtigen hun steentje bij moeten dragen aan de maatschappij neemt sterk toe en daarmee ontstaat een botsing met de winstmaximaliserende (en dus belastingminimaliserende) gedachte van veel belastingplichtigen. De oplossing voor dit probleem is naar mijn mening te vinden in het verbeteren van antimisbruikmaatregelen. Een optimale maatregel schetst voor alle belastingplichtigen in beginsel een rechtvaardige, duidelijke en effectieve grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde belastingontwijking. In deze scriptie wordt dit vraagstuk uitgewerkt, worden mogelijke oplossingen geanalyseerd en wordt tot een eindconclusie en een aanbeveling gekomen die zowel aan het opbrengstmaximaliserende beleid van overheden als aan de wens van belastingminimaliserende belastingplichtigen ten goede kan komen.

1.2 Aanleiding en relevantie

De internationale handel is de laatste eeuw stevig toegenomen³. Bedrijven en particulieren opereren, investeren en genieten steeds vaker grensoverschrijdend een inkomen. Om deze internationale handel te stimuleren is binnen Europa in 1957 de Europese Economische Gemeenschap (EEG) tot stand gekomen; inmiddels is deze uitgegroeid tot de Europese Unie (EU). Het doel van de EU betreft het bevorderen van de interne markt binnen Europa en daarmee de handel tussen de lidstaten. Naast de EU bestaan er diverse internationale samenwerkingsverbanden die de internationale handel trachten te stimuleren. Op het gebied van het internationaal belastingbeleid is de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO)⁴ een van de belangrijkste organen. Dit betreft een

² The Economist, Volume 354, Issue 8152-8163 (2000), p. 186.

³ A. Maddison, 'The World Economy: A Millennial Perspective', Development Centre Studies, OECD 2001.

⁴ Engels: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

samenwerking tussen 35 welvarende landen, waaronder Nederland, Duitsland, de Verenigde Staten en Japan. Hoewel de OESO, in tegenstelling tot de EU, geen bindende wetgeving kan opstellen, is een dergelijke samenwerking op het gebied van internationaal belastingbeleid een nuttig instrument om onder andere de gevolgen van dispariteiten tussen belastingstelsels te beperken.

Om de internationale handel zo goed mogelijk te stimuleren is een goed afgestemd internationaal netwerk van belastingsystemen nodig. Veel landen baseren hun belastingheffing namelijk op verschillende heffingsbeginselen. Wanneer een belastingplichtige bijvoorbeeld een grensoverschrijdend inkomen geniet, kan deze tegen het probleem aanlopen dat zowel het bronland, het woonland of zelfs het nationaliteitsland belasting heft over bepaalde inkomsten. Zonder voorkomingsmaatregelen ontstaat hier (juridisch) dubbele belasting, hetgeen betekent dat een belastingobject twee (of meer) keer wordt belast door verschillende autoriteiten. Om deze dubbele belasting te voorkomen worden door landen veelal bilaterale belastingverdragen gesloten. In deze belastingverdragen wordt kort gezegd bepaald welk land over een bepaald vermogens- of inkomensbestanddeel heffingsbevoegd is.

Vele belastingplichtigen die grensoverschrijdend actief zijn, beroepen zich op deze belastingverdragen om te voorkomen dat zij in twee landen belasting zijn verschuldigd over hetzelfde inkomen of vermogen. Belastingverdragen kunnen echter, veelal in combinatie met de nationale fiscale regelgeving, ook leiden tot het ontgaan van belastingheffing. Met name door bepaalde internationale structuren op te zetten, kan een belastingplichtige zijn belastingdruk verlagen door de dispariteiten tussen nationale fiscale regelgeving en de werking van belastingverdragen te gebruiken. Deze vorm van onbedoeld gebruik van belastingverdragen is een veel besproken onderwerp in de huidige discussie omtrent internationale belastingontwijking. Het OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project behandelt dit onderwerp uitvoerig⁵. Het BEPS-project bestaat uit 15 actiepunten, waarbij Action 6 ingaat op de bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen. De OESO tracht door middel van een aantal aanbevelingen deze ongewenste praktijk te voorkomen. De visie van de OESO en de bijbehorende aanbevelingen worden in deze scriptie uitvoerig geanalyseerd en besproken.

⁵ Het BEPS-project is een inspanning van de OESO/G20-landen om internationale belastingontwijking te bestrijden door gezamenlijke afspraken te maken over nationale belastingsystemen en belastingverdragen. Zie omtrent het besproken onderwerp BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances (2015 Final Report, 5 oktober 2015), dit onderdeel van het BEPS-project wordt in hoofdstuk 4 behandeld.

Belastingverdragen worden tussen landen gesloten om (juridisch) dubbele belasting te voorkomen, zodat hiermee een betere handelsrelatie tot stand kan komen. Het doel van een dergelijk belastingverdrag is uiteraard niet om non-belasting te bewerkstelligen. Non-belasting houdt in dat een vermogens- of inkomensbestanddeel door beide landen in kwestie niet wordt belast. Een dergelijke situatie is vanuit een overheidsoogpunt en vanuit een rechtvaardige belastingheffing uiteraard niet optimaal, aangezien in zulke gevallen geen enkele autoriteit inkomsten ontvangt. Een belangrijk punt wordt in dit verband gemaakt door de BIAC in een reactie op de OESO Discussion Draft van BEPS Action 6⁶. In dit stuk wordt aanbevolen dat hoewel oneigenlijk gebruik wel degelijk voorkomen dient te worden, dit niet het primaire doel van de belastingverdragen moet zijn. Een belastingverdrag heeft als primaire doel om fiscale obstakels – dubbele belasting - bij internationale handel te minimaliseren, zodat internationale handel niet wordt belemmerd door dispariteiten tussen verschillende nationale stelsels. Indien belastingontwijking mogelijk zou zijn door gebruik te maken van dispariteiten tussen nationale stelsels, dient dit niet (primair) opgelost te worden door een belastingverdrag, aangezien dit de werking en het doel van het belastingverdrag kan tegenwerken. Hierbij geldt uiteraard wel dat een belastingverdrag niet zou moeten leiden tot non-belasting. Non-belasting als gevolg van het oneigenlijk gebruik van verdragen dient dus (ondanks dat dit niet het primaire doel van het belastingverdrag betreft) voorkomen te worden. In deze scriptie wordt dit onderwerp behandeld en wordt de vraag onderzocht of, en zo ja op welke wijze, belastingontwijking door middel van oneigenlijk gebruik van een verdrag tegengegaan dient te worden door nationale bepalingen, verdragsbepalingen of een combinatie.

De discussie omtrent internationale belastingontwijking heeft de laatste jaren sterk aan invloed gewonnen. Het betalen van een zogenoemde 'fair share' is hoog in het vaandel komen te staan. Het beruchte gesprek van Margaret Hodge met executives van Starbucks, Google en Amazon naar aanleiding van een uitvoerig onderzoek naar belastingontwijking is hier een goed voorbeeld van⁷. In het kader van belastingontwijking door deze drie giganten, meldde Hodge: "we are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral". Dit standpunt is terug te zien in de recente ontwikkelingen op het gebied van internationaal belastingbeleid. Het BEPS-project probeert een morele vorm van belastingafdracht te bewerkstelligen; ieder moet zijn of haar fair share betalen. Hoewel Hodge in deze discussie een (moreel) standpunt verwoordt, zijn de praktijken van deze belastingplichtigen wel te begrijpen. Zij maximaliseren immers hun winst, hetgeen elk for-profit bedrijf

⁶ Brief W. Morris (BIAC) op 9 april 2014 betreffende de OECD Discussion Draft of Action 6, p. 2.

⁷ Nineteenth Report of Session 2012-13, HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12, House of Commons, Committee of Public Accountants, 3 december 2012.

beoogt te doen, binnen de grenzen van het door de overheden opgestelde netwerk van (belasting)regels. Daarnaast is het argument van Hodge allerm minst per definitie juist. Hoewel bedrijven belasting betalen, dragen zij geen belasting. De uiteindelijke belastingdruk ligt altijd bij natuurlijke personen. Indien bedrijven dus meer belasting afdragen, betekent dit niet per definitie dat de belastingdruk van natuurlijke personen daalt. Indien winst wordt verschoven naar een andere jurisdictie betekent dit echter wel dat het land waar de winsten oorspronkelijk zijn gegenereerd minder opbrengst realiseert, mochten de aandeelhouders van het betreffende bedrijf niet in dat land belastingplichtig zijn. Engelen merkt terecht op dat het morele argument dat ‘the man in the street’ de lasten draagt, wanneer multinationals hun fair share niet betalen, als erg sterk wordt ervaren door mensen met een “beperkt inzicht” in het (internationale) belastingrecht⁸. Door de complexiteit van het belastingrecht is het verwerpen tegen een dergelijke beschuldiging van immoreel gedrag nagenoeg onmogelijk. Daarnaast is het opmerkelijk dat multinationals een dermate hoge politieke druk uitgeoefend krijgen op hun belastingconstructies, terwijl een gedeelte van deze constructies wordt gefaciliteerd door overheden om bedrijvigheid naar hun land te trekken. Vanuit dat oogpunt kan zelfs worden betoogd dat overheden medeplichtig zijn aan deze belastingontwijkingspraktijken.

Naar mijn mening is het verbeteren en verduidelijken van de internationale regels, en daarmee vooral de antimisbruikmaatregelen, dan ook de beste manier om een eerlijker systeem van internationale belastingheffing te creëren. Indien een antimisbruikbepaling namelijk een effectieve, duidelijke en consistente lijn schetst tussen eigenlijk en oneigenlijk gebruik, komt de moraliteit van de gebruiker van een dergelijk belastingverdrag niet aan de orde. Op deze wijze zal het morele, sociale standpunt van overheden minder botsen met de veelal winstmaximaliserende opvattingen van belastingplichtigen.

Om oneigenlijk gebruik te voorkomen hebben landen diverse instrumenten tot hun beschikking. Het implementeren van verschillende antimisbruikbepalingen in ofwel de nationale wet, dan wel in belastingverdragen zorgt voor zowel een zuiver nationaal als internationaal belastingsysteem waar oneigenlijk gebruik geminimaliseerd kan worden. Antimisbruikbepalingen kunnen op verschillende manieren worden vormgegeven. Men spreekt meestal over ofwel een algemene, generieke antimisbruikbepaling (general anti-avoidance rule, GAAR) of over een specifieke antimisbruikbepaling (specific anti-avoidance rule, SAAR). Een GAAR wordt gebruikt als een algemene bescherming tegen misbruik. Deze bepalingen hanteren vaak een subjectieve beoordelingstoets, waardoor dergelijke bepalingen een groot bereik hebben maar over het algemeen (bewust) minder duidelijk zijn verwoord. Een SAAR is daarentegen gericht op specifieke situaties of een specifieke manier van misbruik. Dit uit

⁸ F.A. Engelen, ‘De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google’, *NtFR 2013/158*, p. 2.

zich vaak in een objectieve beoordelingstoets en is voor belastingplichtigen veelal een duidelijke, maar complexe regel vergeleken met een GAAR.

De vraag of misbruik moet worden voorkomen door een GAAR, een SAAR of wellicht door een samenwerkende combinatie van beide bepalingen is een zeer actueel thema⁹. Onlangs publiceerde de Europese Commissie (EC) in haar 'Anti Tax Avoidance Package' een aanbeveling, waarin het de lidstaten aanbeveelt om een GAAR in de vorm van een Principal Purpose Test (PPT) op te nemen in hun belastingverdragen om op deze manier oneigenlijk gebruik te voorkomen¹⁰. De keuze tussen een GAAR of een SAAR is een afweging tussen een generieke, veel omvattende, maar onzekere bepaling enerzijds en een effectieve, duidelijke, maar complexe bepaling anderzijds. In deze scriptie wordt deze afweging uitvoerig geanalyseerd.

In deze scriptie wordt tevens onderzocht of andere maatregelen effectief kunnen zijn om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen. Hierbij dient bijvoorbeeld gedacht te worden aan een zogenoemde algemene 'subject-to-tax' bepaling in belastingverdragen. Een dergelijke bepaling is in de vorm van een clawback-bepaling, waar een land dat naar nationaal recht een bepaald vermogens- of inkomensbestanddeel in de heffing betreft maar op grond van een belastingverdrag niet heffingsbevoegd is over dat belastingobject, toch belasting mag heffen wanneer het andere land het object (effectief) niet belast. Een dergelijke bepaling zou non-belasting als gevolg van het oneigenlijk gebruikmaken van belastingverdragen wellicht geheel kunnen voorkomen. Dit zou als een verkapte antimisbruikbepaling kunnen functioneren.

1.3 Probleemstelling, toetsingskader en deelvragen

Door de steeds grotere nadruk op het morele aspect van belastingafdracht en de (botsende) winstmaximaliserende filosofie van belastingplichtigen is een adequate verandering in het huidige internationale belastingstelsel nodig. Door duidelijke, uitvoerbare en effectieve antimisbruikbepalingen te hanteren, zou in theorie een zuiver internationaal belastingstelsel kunnen ontstaan, waar oneigenlijk gebruik van belastingverdragen wordt voorkomen en belastingplichtige hun fair share betalen.

⁹ Zie onder andere OECD BEPS Action Plan 6 en Kamerstukken I, 2013/14, 33402, nr. M en Handelingen I, nr. 16, item 4, p. 29 en Kamerbrief 'Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat', IZV/2015/657 M, p. 14-15.

¹⁰ Onderdeel 2 van de EC-Aanbeveling van 28 januari 2016, C(2016) 271.

Het voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

“Op welke wijze kan oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen het meest optimaal worden bestreden?”

Om de meest optimale wijze zo objectief mogelijk te kunnen bepalen, worden de verschillende antimisbruikmaatregelen getoetst aan de volgende criteria:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid;
- Rechtszekerheid;
- Eenvoud; en
- Evenredigheid.

De verschillende wijzen van het bestrijden van oneigenlijk gebruik worden ten eerste getoetst op de doeltreffendheid (effectiviteit) en doelmatigheid (efficiëntie) van de desbetreffende maatregel. De doeltreffendheid wordt vastgesteld op basis van de (potentiële) effectiviteit van een bepaalde antimisbruikmaatregel; het bereik van de bepaling en de (on)mogelijkheid voor belastingplichtigen om onder de bepaling uit te komen zijn hier onderdelen van. Het toetsen van de doelmatigheid wordt gedaan door te kijken naar de verhouding tussen de uitvoeringskosten (de benodigde inspanning voor controle) en de voordelen van de maatregel. Bij een optimale maatregel wegen de voordelen op tegen de uitvoeringskosten.

Tevens wordt getoetst op rechtszekerheid. Belastingplichtigen dienen zich met een bepaalde vorm van zekerheid te kunnen beroepen op de bepalingen van een belastingverdrag.

Hiernaast wordt getoetst op eenvoud. Een bepaling dient zo eenvoudig en duidelijk mogelijk te zijn voor ieder die te maken heeft met het desbetreffende belastingverdrag, zodat ieder weet wat wordt bedoeld door de verdragsluitende staten.

Het laatste criterium betreft de evenredigheid van de bepaling; de werking van de bepaling mag zowel het doel van de bepaling zelf niet voorbijgaan als het doel van het belastingverdrag niet tegenwerken. Hiermee wordt bedoeld dat een antimisbruikbepaling niet zou moeten zorgen voor uitsluitel van verdragsvoordelen in gevallen waar geen sprake is van oneigenlijk gebruik van het verdrag.

De probleemstelling wordt aan de hand van de volgende deelvragen uitgewerkt:

1. Wanneer is sprake van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag en waarom dient dit voorkomen te worden (hoofdstuk 2)?
2. Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in de nationale wetten en in hoeverre werken deze bepalingen door naar belastingverdragen (hoofdstuk 3)?
3. Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in bilaterale belastingverdragen (hoofdstuk 3)?
4. Wat is de aanbeveling van de OESO in BEPS Action 6 en wat is de aanbeveling van de Europese Commissie met betrekking tot het bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen (hoofdstuk 4)?
5. Dient oneigenlijk gebruik van belastingverdragen voorkomen te worden door nationale bepalingen, bilaterale bepalingen of een combinatie (hoofdstuk 5)?
6. Bestaan er andere maatregelen om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen (hoofdstuk 5)?
7. Welke soort antimisbruikbepaling is het meest geschikt voor de hedendaagse bilaterale belastingverdragen (hoofdstuk 5)?

1.4 Opzet van het onderzoek

De bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen staat in deze scriptie centraal. Om een goede theoretisch basis voor het onderzoek te vormen, wordt in hoofdstuk 2 allereerst onderzocht wanneer sprake is van het genoemde oneigenlijke gebruik van belastingverdragen en waarom dit voorkomen dient te worden. Hierbij wordt ingegaan op het doel van belastingverdragen en het nut van antimisbruikbepalingen in deze verdragen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de huidige regelgeving onderzocht; de verschillende vormen van antimisbruikbepalingen in de nationale wetten en de belastingverdragen worden in dit hoofdstuk behandeld en geanalyseerd. In hoofdstuk 4 wordt Action 6 van het BEPS-project uitgewerkt en worden zowel de aanbevelingen van de OESO als de aanbevelingen van de Europese Commissie met betrekking tot de antimisbruikbepalingen in belastingverdragen onderzocht. Na het behandelen van de huidige nationale en internationale regelgeving en beleidsopvattingen omtrent de bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen in de eerdergenoemde hoofdstukken, wordt in hoofdstuk 5 onderzocht wat op basis van de geformuleerde toetsingscriteria de meest optimale wijze is om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen. Tot slot bevat hoofdstuk 6 een samenvatting, een conclusie en aanbevelingen.

1.5 Afbakening van het onderzoek

Het onderzoek in deze scriptie richt zich enkel op het bepalen van de meest optimale manier van het bestrijden van oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen. Er wordt in de scriptie dus niet verder ingaan op het tegengaan van misbruik van andere wetten, verdragen of EU-recht. Deze onderdelen worden alleen geanalyseerd en behandeld indien deze een toevoeging kunnen betekenen bij het beantwoorden van de probleemstelling. Hiernaast wordt, hoewel de opinie van de Europese Commissie uitvoerig wordt besproken, het EU-recht in minimale vorm behandeld in dit onderzoek.

Aangezien het niet mogelijk is om tot een volkomen 'optimale' wijze van bestrijding van oneigenlijk verdragsgebruik voor alle partijen in de internationale belastingwereld te komen, wordt op basis van het geformuleerde toetsingskader een (zo objectief mogelijke) beoordeling gegeven die mijns inziens alle kanten van het spectrum (overheid, politiek, belastingplichtigen en publieke opinie) ten goede kan komen.

2 Oneigenlijk gebruik

2.1 Inleiding

Belastingverdragen trachten de internationale handel te stimuleren door (juridisch) dubbele belasting te voorkomen bij grensoverschrijdende activiteiten. In belastingverdragen wordt door de verdragsluitende landen onder andere afgesproken welk land heffingsbevoegd is over (grensoverschrijdende) inkomsten uit onroerend goed, dividenduitkeringen of arbeidsinkomsten, zodat niet beide landen (volledig) heffen over deze inkomsten of vermogensbestanddelen. Hiernaast wordt vaak een gereduceerd bronbelastingpercentage afgesproken voor dividend, royalty's en/of interest. In internationale verhoudingen zijn deze belastingverdragen essentieel om economische activiteiten uit te voeren zonder dat belasting een aanzienlijke belemmering vormt. De eerdergenoemde voordelen die worden geboden door de verschillende bepalingen van belastingverdragen kunnen uiteraard ook zeer interessant zijn voor belastingminimaliserende belastingplichtigen. Een verlaagd percentage van bronbelasting of een situatie waarin het heffingsrecht wordt toegekend aan een land die de desbetreffende inkomsten naar nationaal recht niet belast, kan tot een aanzienlijk belastingvoordeel leiden voor belastingplichtigen. Vele belastingplichtigen maken dan ook gebruik van deze belastingverdragen om de genoemde voordelen te benutten. Dit gebruik wordt soms echter geassocieerd met het ongeoorloofd ontwijken van belastingheffing en heeft in de laatste jaren een erg negatieve klank gekregen. Het bestrijden van dit oneigenlijk gebruik van belastingverdragen is een belangrijk punt op de politieke agenda. In dit hoofdstuk wordt de definitie van dit oneigenlijke gebruik uitgewerkt en wordt toegelicht waarom dit oneigenlijke gebruik voorkomen dient te worden. In de deelconclusie wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag:

- “Wanneer is sprake van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag en waarom dient dit voorkomen te worden?”

2.2 Het voorkomen van belastingheffing

2.2.1 Algemeen

Het voorkomen van belastingheffing door belastingplichtigen heeft de laatste jaren veel (internationale) aandacht gekregen in de politiek, de literatuur en de publieke opinie. De gevolgen van deze, nog altijd vergrotende, focus op het aanpakken van ongeoorloofde belastingbesparing is

concreet terug te vinden in onder meer de afgeronde BEPS-rapporten¹¹, de per 21 juni 2016 aangenomen EU-Antibelastingontwikkingsrichtlijn¹² en het groeiende belang van transparantie en (automatische) informatie-uitwisseling in de internationale belastingwereld¹³.

Zoals in de introductie in het vorige hoofdstuk is gemeld, is de scheidslijn tussen geoorloofd en ongeoorloofd ontgaan van belastingheffing met de recente discussie niet duidelijker geworden. In principe is een duidelijke regel van toepassing; zolang belastingen binnen de opgestelde regels van de wet worden 'ontweken', is geen sprake van ongeoorloofde belastingbesparing. Het staat een belastingplichtige in beginsel namelijk vrij om fiscaal de meest gunstige weg te kiezen¹⁴. Het ontwijken van een nog niet bestaande belastingclaim wordt dan ook niet als kwaadaardig aangemerkt. Alledaagse voorbeelden van belastingontwijking zijn het stoppen met roken om tabaksaccijnzen niet te betalen, een koopwoning met een hypotheek aan te schaffen om gebruik te kunnen maken van de hypotheekrenteaftrek en het kiezen van een bedrijfsauto met een laag bijtellingspercentage. Belastingontduiking, ook wel belastingfraude genoemd, is daarentegen niet geoorloofd en tevens wettelijk strafbaar. Er is sprake van belastingontduiking indien reeds sprake is van een belastingclaim en een belastingplichtige onder deze claim uit probeert te komen. Voorbeelden van belastingontduiking variëren van het verzwijgen van inkomen of vermogen en het bewust opgeven van onjuiste informatie tot het smokkelen van goederen over landsgrenzen om accijnzen of invoerheffingen te voorkomen.

2.2.2 Belastingontwijking en belastingontduiking

In werkelijkheid is de grens tussen de twee hierboven genoemde vormen van belastingbesparing lastiger te bepalen dan het lijkt. Om een simplistische casus te schetsen, kom ik terug op het voorbeeld van de bedrijfsauto. Indien A kiest voor een hybride wagen die (afzonderlijk) op elektriciteit en op brandstof kan rijden, wordt op dit moment een bijtellingspercentage van 14% van de cataloguswaarde bijgeteld bij het belastbaar loon. Dit verlaagde tarief wordt toegekend, omdat elektrisch rijden minder schadelijk blijkt te zijn voor het milieu¹⁵. Deze vorm van belastingontwijking is wettelijk toegestaan en valt daarmee niet onder de term belastingontduiking. Indien A echter nooit gebruik maakt van de

¹¹ OESO, 'Base Erosion & Profit Shifting'-project, 2015 Final Reports, Action 1-15, zie www.oecd.org/ctp/beps.

¹² Zie 'Voorstel tot een EU-Antibelastingontwikkingsrichtlijn', COM(2016)26 final, 28 januari 2016 voor de in januari voorgestelde versie. De geaccepteerde versie verschilt in meerde opzichte van het oorspronkelijke voorstel, in verband met de relevantie voor deze scriptie wordt hier echter niet verder op ingegaan.

¹³ Voorbeelden hiervan zijn onder meer de Amerikaanse FATCA-wetgeving, het multilaterale Verdrag inzake Wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB), de Multilateral Competent Authority Agreement (MCAA) en de vernieuwde EU-Bijstandsrichtlijn inzake heffing en invordering (Richtlijn 2014/107/EU).

¹⁴ Zie HR 6 september 1995, nr. 27927, *BNB 1996/4*, r.o. 4.3.

¹⁵ Kamerstukken II, 2007/08, 31 205, nr. 3, p. 13 (MvT).

mogelijkheid om zijn wagen elektrisch aan te sturen, en zich dus enkel door middel van brandstof vervoert, neigt deze vorm van belastingbesparing meer naar belastingontduiking. A heeft hiermee onterecht (lees: tegen doel en strekking van de regeling in) een fiscale faciliteit toegekend gekregen, terwijl dit volgens de letter van de wet niet verboden is; de regeling bepaalt immers niet dat daadwerkelijk elektrisch gereden dient te worden. Idealiter zou in dit verband een antimisbruikmaatregel op zijn plaats zijn om deze vorm van oneigenlijk gebruik van de faciliteit te voorkomen. Uiteraard is in dit voorbeeld de (onmogelijkheid van) controle echter een problematische factor. Om het geschetste probleem te voorkomen, heeft de staatssecretaris aangegeven dat vanaf 2017 enkel volelektrische wagens fiscaal worden gefaciliteerd¹⁶. De (voorlopige) hybride-regeling wordt niet gebruikt waar deze voor bedoeld was. In een ideale wereld zou door middel van antimisbruikmaatregelen en controle de hybride variant (in mindere mate dan volelektrische wagens) alsnog fiscaal gestimuleerd kunnen worden en zal zowel de belastingplichtige als de overheid beter af zijn dan bij volledige afschaffing van de faciliteit.

Hoewel het bovenstaande zeer specifieke voorbeeld wellicht geen groot (globaal) maatschappelijk probleem betreft, kan deze problematiek mijns inziens tevens in andere gebieden van de fiscaliteit worden gevonden. Dit probleem inzake de scheidslijn tussen belastingontwijking en –ontduiking wordt hier immers opgelost door volledige afschaffing van de faciliteit, omdat de faciliteit op een oneigenlijk wijze wordt gebruikt. Belastingfaciliteiten in internationaal verband, zoals onder meer de faciliteiten uit de Fusierichtlijn of bilaterale belastingverdragen, bevatten (gelukkig) vaak een antimisbruikmaatregel om de scheidslijn duidelijk aan te geven en te voorkomen dat oneigenlijk gebruik van een faciliteit leidt tot de volledige afschaffing voor alle gebruikers. Een effectieve en rechtvaardige antimisbruikmaatregel is dan ook essentieel bij het formuleren van belastingfaciliteiten waar oneigenlijk gebruik mogelijk is en zelfs kan leiden tot een tegenstrijdige werking van de faciliteit.

Sommige auteurs proberen het ontgaan van belastingheffing in een derde categorie te plaatsen: belastingplanning. Merks maakt dit onderscheid door belastingontwijking en belastingplanning van elkaar te onderscheiden¹⁷. Hierbij zou belastingplanning een volkomen legale manier zijn om belasting te besparen, waarbij de term belastingontwijking, hoewel volgens de letter van de wet legaal, als tegenstrijdig met het doel en de strekking van de wet wordt opgevat. Ik deel deze indeling van het ontgaan van belastingheffing niet. Het lijkt mij beter om bij het juridische onderscheid te blijven en legale belastingbesparing onder de noemer van belastingontwijking te blijven scharen. Om de legale

¹⁶ Zie Autobrief II, 19 juni 2015, IZV/2015/504 M.

¹⁷ P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning', *MBB 2006/9 en 2006/10*.

belastingbesparingen onder de noemer van belastingplanning te plaatsen is wellicht een goed alternatief om de negatieve klank van belastingontwijking teniet te doen, maar de inhoud blijft mijns inziens hetzelfde. Dat belastingontwijking echter meer varianten kent, ontken ik niet. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar de benaming ‘agressieve belastingontwijking’, aangezien dit de nadruk legt op het feit dat hoewel het (legale) belastingontwijking betreft, de handeling zich op de rand van belastingontwijking en -ontduiking bevindt. Dat belastingontwijking op meer manieren geïnterpreteerd kan worden is vooral terug te zien in de hedendaagse maatschappelijke discussie op het gebied van belastingheffing, hier wordt in de volgende subparagraaf verder op ingegaan.

2.2.3 Maatschappelijke druk

De publieke opinie en de maatschappelijke discussie spelen de laatste jaren een belangrijke rol in de voortgang van de internationale regelgeving omtrent belastingheffing. De discussie is de laatste jaren vooral gericht op de belastingafdracht van multinationale ondernemingen, waarbij de nadruk wordt gelegd op het feit dat winsten moeten worden belast in het land waar deze worden gegenereerd. Dit publieke debat lijkt gevoed te worden door budgettaire tekorten als gevolg van de nog altijd merkbare economische crisis, verontwaardiging van politici en burgers en beschuldigende artikelen in de pers¹⁸. Met deze maatschappelijke druk op belastingafdracht is een nieuwe complicatie opgetreden inzake de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde belastingontwijking; het is niet langer enkel de letter van de wet die dit onderscheid lijkt te maken, aan de publieke en politieke uitingen wordt eveneens veel betekenis toegekend. Hoewel er vanuit een juridisch oogpunt nog altijd weinig is op te merken aan de belastingminimaliserende bezigheden van belastingplichtigen, blijkt uit onder andere het in paragraaf 1.2 genoemde gesprek van Margaret Hodge met de executives van Google, Amazon en Starbucks dat het simpelweg binnen de wet opereren niet altijd wordt geoorloofd (door de publieke en politieke opinie). Het betalen van een fair share door iedere multinational enterprise (MNE) is hierbij het meest genoemde begrip en doet een beroep op de moraliteit van MNE's om belasting af te dragen tot een niveau waarvan dat maatschappelijk 'juist' zou zijn. De morele toets van belastingafdracht verdringt op deze manier echter het duidelijke juridische onderscheid dat belastingontwijking en belastingontduiking in de regel van elkaar scheidt.

Deze zienswijze is niet algeheel nieuw. Iedere belastingplichtige wordt namelijk verwacht belasting te betalen. De focus op de belastingafdracht van MNE's is echter heviger dan ooit. Hoewel ik van mening ben dat de verantwoordelijkheid van belastingafdracht zowel bij de staat (in de vorm van afdwingende

¹⁸ O.C.R. Marres, 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR 2013/1799*, p. 1.

regelgeving) als bij de individuele belastingplichtigen (in de vorm van het leveren van een maatschappelijke bijdrage) ligt, kunnen belastingplichtigen naar mijn mening niet worden afgerekend op het feit dat zij geen of weinig belasting betalen indien dit wettelijk wordt toegestaan. Alle belastingplichtigen, en met name (internationaal) concurrerende MNE's, zullen altijd hun belasting blijven minimaliseren. Alhoewel de publieke opinie op dit moment erg kritisch lijkt tegenover belastingminimaliserende MNE's, worden dergelijke belastingbesparende praktijken pas ongunstig voor deze bedrijven indien de gevolgen van deze opinie terug te zien zijn in de omzetresultaten (door bijvoorbeeld een lagere merkperceptie).

Belastingwetten omtrent inkomen zijn vooral gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en het draagkrachtbeginsel¹⁹. Het draagkrachtbeginsel stelt kortgezegd dat degene die meer belastingdruk kan dragen na het voorzien van zichzelf met het noodzakelijke levensonderhoud, meer belasting zou moeten afdragen dan iemand die een minder grote belastingdruk zou kunnen dragen. Het gelijkheidsbeginsel stelt dat iedere belastingplichtige gelijk moet worden behandeld in gelijke situaties. Het probleem in de publieke discussie is mijns inziens echter dat velen hun mening omtrent de belastingafdracht van MNE's baseren op zowel dit draagkrachtbeginsel ('bedrijven moeten hun steentje bijdragen aan de maatschappij') als het gelijkheidsbeginsel ('internationale bedrijven kunnen makkelijker belasting ontwijken dan het MKB en particulieren'). Zoals eerder is opgemerkt, dragen bedrijven echter geen belastingdruk en speelt het draagkrachtbeginsel dan per definitie ook geen rol bij deze groep belastingplichtigen. Het eisen van de afdracht van een fair share op basis van het draagkrachtbeginsel is daarmee dan ook geen standhoudend argument. Tevens doet het afdragen van een fair share niet per definitie recht aan het gelijkheidsbeginsel. Een 'fair share' is namelijk een zeer subjectief begrip dat door iedere individu anders wordt ingevuld. Het is mijns inziens dan ook erg belangrijk om duidelijke grenzen te formuleren, in tegenstelling tot belastingplichtigen op hun morele verplichting te wijzen, om dit beginsel zo veel mogelijk tot zijn recht te laten komen. Indien belastingafdracht namelijk gebaseerd zou zijn op het morele kompas van belastingplichtigen, dan zou naar mijn mening het gelijkheidsbeginsel in principe niet gerechtvaardigd worden. De hoogte van de te betalen fair share kan namelijk erg variëren. Niet elke belastingplichtige heeft hetzelfde morele kompas of (politieke) opvatting over de herverdeling van vermogen, de hoogte van de af te dragen belasting of de plicht om een steentje bij te dragen aan de maatschappij in de vorm van (winst)belasting. Zelfs in theorie zou het afdragen van een fair share niet tot een optimale oplossing

¹⁹ M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 0.0.1.

leiden, aangezien er door de hoge mate van subjectiviteit geen objectieve manier bestaat om de hoogte van een dergelijke fair share voor iedere belastingplichtige te bepalen.

2.3 Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen

2.3.1 Misbruik versus oneigenlijk gebruik

In de voorgaande paragraaf is gebleken dat oneigenlijk gebruik van belastingfaciliteiten negatieve gevolgen kan hebben voor alle gebruikers van die faciliteit. Voordat het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen aan de orde kan komen, dient het onderscheid tussen *misbruik* en *oneigenlijk gebruik* van belastingverdragen duidelijk te worden gemaakt. Alhoewel de term *verdragsmisbruik* (Engels: ‘treaty abuse’) in de literatuur vaak lijkt te worden gebruikt als een synoniem voor oneigenlijk gebruik van belastingverdragen (Engels: ‘improper use of tax treaties’), is mijns inziens een belangrijk onderscheid te maken tussen deze twee termen.

Verdragsmisbruik wordt erg wisselvallig ingevuld, de Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters van de Verenigde Naties formuleerde verdragsmisbruik in 1987 als volgt:

“The term ‘abuse of tax treaties’ may be defined loosely as the use of tax treaties by persons the treaties were not designed to benefit, in order to derive benefits the treaties were not designed to give them.”²⁰

Deze invulling van de term verdragsmisbruik lijkt echter alleen gericht te zijn op het zogenoemde ‘treaty shopping’; het bewust gebruikmaken van een (rechts)persoon om de voordelen van een belastingverdrag te verkrijgen, terwijl deze voordelen anders niet of niet direct verkrijgbaar zijn²¹. Zoals Van Weeghel opmerkt kan oneigenlijk gebruik van belastingverdragen echter onder meer tevens plaatsvinden in de situatie waarin een persoon reeds toegang tot het verdrag heeft. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan dus op een andere manier worden uitgelegd dan de bovenstaande quote van de Ad Hoc Group. Het grootste verschil in de benaming tussen verdragsmisbruik en oneigenlijk gebruik ligt mijns inziens echter in de lading van de woorden. Er zou pas sprake kunnen zijn van verdragsmisbruik indien de daadwerkelijke artikelen van het verdrag worden geschonden. Misbruik in de juridische vorm duidt dan ook op een (opzettelijke) illegale handeling. De term ‘oneigenlijk gebruik van belastingverdragen’ verdient hierbij dus de voorkeur, aangezien dit de nadruk

²⁰ Vierde bijeenkomst, Genève, 30 november – 11 december 1987, ‘Prevention of abuse of tax treaties’, United Nations Secretariat, New York, 1987, p. 3.

²¹ S. van Weeghel, ‘The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States’, Series on International Taxation: 19, Kluwer Law International: London, 1998, p. 96. Zie tevens paragraaf 2.3.2 voor een uitwerking van deze vorm van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen.

legt op het feit dat de desbetreffende handeling de bepalingen uit het verdrag zelf niet schendt, maar dat de handeling in strijd is met het doel en de strekking van het belastingverdrag. Om vervolgens te bepalen wanneer sprake is van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag dient het doel en de strekking van het belastingverdrag te worden geraadpleegd. Een handeling kan immers enkel oneigenlijk zijn, indien deze wordt verricht in strijd met de bedoeling van de verdragsluitende staten. Deze toets naar oneigenlijk gedrag dient dus zowel de intenties van de belastingplichtige als de intenties en het beleid van beide verdragsluitende staten in ogenschouw te nemen. Dit houdt in dat 'oneigenlijk gedrag' met betrekking tot belastingverdragen geen vaste definitie betreft, aangezien de intenties van verdragsluitende staten per bilateraal belastingverdrag kunnen verschillen. Om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen of te kunnen bestrijden, dienen de intenties van de verdragsluitende staten uit het desbetreffende verdrag of de daarbij gegeven toelichtingen te moeten blijken.

Om het doel van een belastingverdrag te achterhalen is het commentaar op het OESO-Modelverdrag een goed startpunt. De meeste belastingverdragen zijn immers gebaseerd op dit modelverdrag en sluiten aan bij de visie die in het commentaar bij het modelverdrag is opgenomen. Van 1977 tot 2003 was in het commentaar op artikel 1 van het OESO-modelverdrag het volgende opgenomen:

“The purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchange of goods and services, and the movement of capital and persons; they should not, however, help tax avoidance or evasion.”²²

Het doel van het verdrag is hier duidelijk weergegeven: het bevorderen van internationale handel door dubbele belastingheffing te voorkomen. Hier wordt voor het eerst in het commentaar echter tevens vermeld dat belastingverdragen echter niet mogen leiden tot belastingontwijking of –ontduiking. De toegenomen nadruk op het voorkomen van internationale belastingontwijking blijkt uit de inmiddels per 2003 aangepaste tekst van het commentaar op artikel 1:

“The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.”²³

Het voorkomen van belastingontwijking en –ontduiking is in deze vernieuwde tekst dus geformuleerd als een secundair doel van de belastingverdragen. De OESO lijkt daarmee terug te komen op zowel hun

²² Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag 1977, paragraaf 7 (onderstreping M.C. Rasenberg).

²³ Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag 2014, paragraaf 7 (onderstreping M.C. Rasenberg).

eerdere standpunt uit 1977 omtrent de exploitatie van belastingverdragen als op het standpunt dat belastingverdragen tevens zijn bedoeld om belastingontwijking en belastingontduiking te voorkomen:

“(…) True, taxpayers have the possibility, irrespective of double taxation conventions, to exploit differences in tax levels between States and the tax advantages provided by various countries’ taxation laws, but it is for the States concerned to adopt provisions in their domestic laws to counter such manoeuvres.”²⁴

De nieuwe formulering van het doel van belastingverdragen is mijns inziens een belangrijke toevoeging aan het commentaar op het modelverdrag, aangezien op deze manier nadrukkelijk wordt aangegeven dat belastingontwijking en belastingontduiking door middel van het gebruik van het verdrag als oneigenlijk gebruik wordt aangemerkt. Het is opvallend dat een belastingverdrag op basis van een letterlijke interpretatie van de nieuwe tekst moet zorgen voor een vermindering van (legale) belastingontwijking, in zoverre dit mogelijk is. De verdragsluitende staten kunnen hierbij uiteraard zelf invullen wat zij onder deze belastingontwijking verstaan en hier hun verdrag op aan laten sluiten. Deze toevoeging van dit secundaire doel van belastingverdragen om belastingontwijking te bestrijden is overigens pas per 2003 toegevoegd. Indien een statische interpretatie van het commentaar wordt gevolgd, zullen verdragen gesloten vóór deze toevoeging dus niet per definitie ditzelfde doel hebben en zal dus een onderscheid moeten worden gemaakt bij de bepaling of sprake is van oneigenlijk gedrag van het desbetreffende belastingverdrag. Indien echter een dynamische interpretatie van het commentaar wordt gevolgd, dan is het destijds geldende commentaar ten tijde van de verdragstoepassing leidend. Een dergelijke dynamische interpretatie wordt aangeraden door de OESO²⁵. Onder het Nederlandse verdragsbeleid wordt deze zienswijze gevolgd²⁶. De Hoge Raad heeft zich tot op heden nog niet uitgelaten over de statische dan wel dynamische interpretatie van het OESO-commentaar²⁷.

Staten die onderling een belastingverdrag sluiten op basis van het OESO-Modelverdrag zullen dus zoeken naar een weg om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan. Impliciet meldt dit uiteraard dat indien het belastingverdrag gebruikt wordt om belasting te ontwijken of te ontduiken,

²⁴ Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag 1977, paragraaf 7.

²⁵ Zie paragraaf 33 van de Introductie op het Commentaar van het OESO-Modelverdrag 2014.

²⁶ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011; Kamerstukken II, 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 24.

²⁷ In HR 9 december 1998, nr. 32.709, BNB 1999/267 en HR 21 februari 2003, nr. 31011, BNB 2003/177 & 178c* verwijst de Hoge Raad wel naar een meer recentelijk OESO-rapport respectievelijk OESO-commentaar, maar in beide gevallen was de inhoud gelijk aan de oudere versie van de desbetreffende stukken. Uit deze arresten kan mijns inziens dus niet worden afgeleid dat de Hoge Raad per definitie achter een dynamische interpretatie van het commentaar staat.

dit zal worden aangemerkt als oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag; er wordt immers tegen het doel en de strekking van het verdrag gehandeld. De volgende vraag is echter wanneer dan sprake is van (ongeoorloofde) belastingontwijking in de zin van het desbetreffende verdrag.

In het commentaar op het VN-Modelverdrag²⁸ wordt met betrekking tot oneigenlijk gebruik van belastingverdragen verwezen naar een uitspraak in het commentaar op het OESO-Modelverdrag waar de invulling van een oneigenlijke handeling met betrekking tot het verdrag (kort) wordt behandeld:

“A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.”²⁹

Volgens deze bewoording dient op basis van een tweetraps-toets beoordeeld te worden of sprake is van oneigenlijk gebruik van het desbetreffende verdrag. Hierbij dient: (i) het verzekeren van een gunstigere fiscale positie een van de hoofddoelen te zijn, en (ii) het verkrijgen van een gunstigere behandeling in strijd te zijn met het doel en de strekking van de relevante artikelen. Het eerste criterium is enigszins opmerkelijk, aangezien het gebruik van een belastingverdrag ten alle tijden dient om een gunstigere fiscale positie voor een belastingplichtige te bewerkstelligen. Het doel van het verdrag is immers om een (economisch ongewenste) nadelige situatie, waarin dubbele belasting is verschuldigd, te voorkomen. De belastingplichtige komt hiermee uiteraard in een gunstigere positie dan waarin hij zich voor verdragstoepassing in bevond. Praktisch gezien is het toetsen aan het eerste criterium dan ook zeer moeilijk en is daarmee mijns inziens het tweede criterium leidend. Het tweede criterium is overigens duidelijk een verlengstuk van de goede verdragstrouw, welke is opgenomen in artikel 31, eerste lid, van het Verdrag van Wenen uit 1980:

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

De gebruikte begrippen in de bovengenoemde tweetraps-toets laten echter nog veel vragen open, zoals: wanneer is een belastingvoordeel een hoofddoel en wanneer is de specifieke behandeling in strijd met het doel en de strekking van het belastingverdrag? Het is namelijk niet zo dat verdragsluitende staten gemakkelijk kunnen ontkomen aan hun in het verdrag aangegane verplichtingen door een bepaalde rechtshandeling of serie van rechtshandelingen te kwalificeren als

²⁸ Commentaar op artikel 1 van het VN-Modelverdrag 2011, paragraaf 23.

²⁹ Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag 2014, paragraaf 9.5.

oneigenlijk, zodat de voordelen niet verleend hoeven te worden. Het hierboven genoemde 'guiding principle' heeft veel weg van de zogenoemde *main purpose-toets*, een generieke antimisbruikbepaling die veel gebruikt wordt in zowel nationale wetten als internationale verdragen. De hiervoor genoemde open gelaten vragen worden bij de uitwerking van deze (generieke) vorm van antimisbruikbepaling in het volgende hoofdstuk behandeld en worden hier niet verder uitgewerkt.

Terugkomend op de vraag wat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen inhoudt, kan tot zo ver worden geconcludeerd dat het gebruik van een belastingverdrag, in iedere vorm mogelijk, waarbij dat gebruik in strijd is met het doel en de strekking van het belastingverdrag, kan worden aangemerkt als oneigenlijk gebruik van dat verdrag. Om deze relatief onduidelijke definitie beter vorm te geven wordt in paragraaf 2.3.3 een aantal concrete voorbeelden gegeven van mogelijke situaties die kunnen worden geassocieerd met het oneigenlijk gebruikmaken van belastingverdragen.

2.3.2 Misbruik van recht en jurisprudentie

In de bovenstaande paragraaf is betoogd dat de term *oneigenlijk gebruik* (van belastingverdragen) de voorkeur verdient boven de term (verdrags)*misbruik*, omdat misbruik zou duiden op een illegale handeling. Een juridisch begrip dat mijns inziens tussen deze twee termen in staat is het 'misbruik van recht'. Van Weeghel maakt in zijn onderzoek een vergelijking tussen het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en het (niet-fiscale) principe van misbruik van recht, waarbij opzettelijk handelen van een belanghebbende schade veroorzaakt bij een andere partij³⁰. In fiscale zaken zou deze overweging zijns inziens echter niet passen, aangezien het minimaliseren van belastingheffing door een belastingplichtige altijd resulteert in een nadeel voor de fiscus (de andere partij) in de vorm van minder belastinginkomsten. Een afweging van belangen kan in een dergelijke situatie dan ook niet worden gemaakt. Hoewel ik de bovenstaande mening van Van Weeghel deel, is het begrip misbruik van recht tegenwoordig tevens in fiscale zin gebruikt in meerdere arresten van het Hof van Justitie.

Het eerste arrest waarin werd bevestigd dat het misbruik van recht-leerstuk tevens in het EU-(belasting)recht kan voorkomen is het arrest Emsland-Stärke³¹. Ten tijde van dit arrest was op basis van verordening (EEG) nr. 2730/79 onder voorwaarden sprake van een exportsubsidie voor exporteurs van landbouwproducten vanuit de EU naar een derde land. In de onderhavige casus werden deze producten geëxporteerd vanuit Duitsland naar Zwitserland, waarna de transporteurs (zonder de producten uit te laden) omkeerden en de producten in onveranderde staat vervolgens weer

³⁰ S. van Weeghel, 'The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States', Series on International Taxation: 19, Kluwer Law International: London, 1998, p. 98-99.

³¹ HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke).

importeerden naar Duitsland. Op deze manier werd de subsidie ontvangen, maar bleven de producten niet in Zwitserland. Het Hof van Justitie heeft in dit arrest geoordeeld dat hier sprake is van misbruik van recht en gaf hierbij ook een toetsingskader voor dit rechtsmisbruik. De situatie dient getoetst te worden op basis van (i) objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat geen recht wordt gedaan aan het beoogde doel van het EU-recht (objectieve toets), én (ii) de intentie van de belastingplichtige om een belastingvoordeel te verkrijgen door het creëren van een kunstmatige constructie (subjectieve toets)³². Op basis van het rechtzekerheidsbeginsel zou kunnen worden betoogd dat de subjectieve toets niet bijdraagt aan de betrouwbaarheid van de wetgeving. Zonder de subjectieve toets zou echter enkel kunnen worden getoetst naar het doel van de wet, en dus niet tevens naar de strekking van de wet. Dit is een belangrijk probleem, hetgeen tevens naar voren komt bij het bepalen van de optimale antimisbruikbepaling in de volgende hoofdstukken.

Na het bovenstaande arrest was in de literatuur niet duidelijk of het misbruik van recht-leerstuk tevens kan spelen in een (objectieve) belasting, zoals de omzetbelasting³³. Dit is inmiddels meerdere malen bevestigend beantwoord door het Hof van Justitie in onder andere de zaken Halifax³⁴, Part Service³⁵ en Weald Leasing³⁶. In deze arresten komt telkens naar voren dat sprake is van misbruik van recht indien een bepaald samenstel van handelingen kunstmatig is en wanneer deze handelingen geen enkele vorm van economische realiteit omvatten. Indien de belastingplichtige een handeling of samenstel van handelingen verricht waarbij hij een belastingvoordeel realiseert, terwijl hij deze handeling in de normale uitoefening van zijn onderneming niet zou verrichten, is sprake van kunstmatigheid en dus van misbruik van recht.

In Nederland is een soortgelijk leerstuk van kracht als dat van het Europese misbruik van recht; *fraus legis*. Deze ongeschreven antimisbruikmaatregel tracht een samenstel van handelingen waarbij (i) belastingbesparing het overwegende motief van de belastingplichtige betreft (motiefvereiste), en (ii) de handeling in strijd met het doel en de strekking van de wet is (normvereiste), te bestrijden. Uit jurisprudentie is af te leiden dat volgens de Hoge Raad in ieder geval sprake is van een handeling waarvan het overwegende motief belastingbesparing is, indien de transactie buiten het daarmee fiscaal beoogde voordeel geen reële praktische betekenis heeft³⁷. Het Nederlandse leerstuk lijkt hiermee een soortgelijke kunstmatigheidstoets te bevatten. Net als het eerder behandelde, door het

³² HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke), r.o. 39.

³³ Van Kesteren, 'Misbruik van recht in de omzetbelasting (oratie Tilburg)', Deventer: Kluwer, 2004, p. 18.

³⁴ HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax).

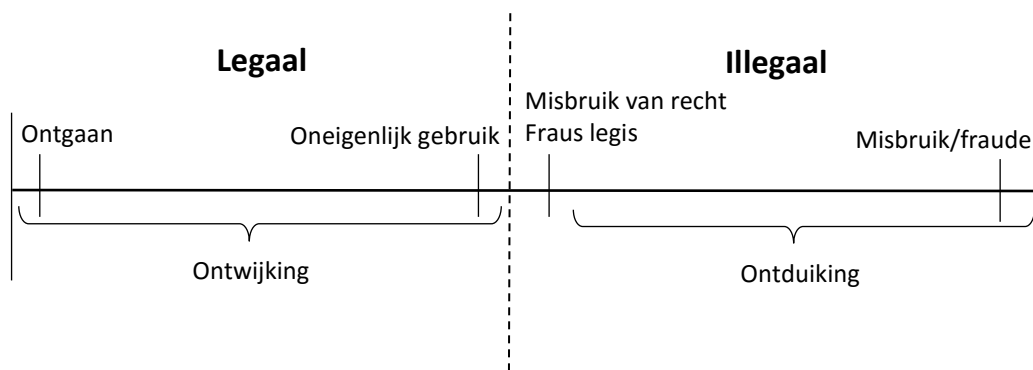
³⁵ HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06 (Part Service).

³⁶ HvJ EU 22 december 2010, nr. C-103/09 (Weald Leasing).

³⁷ HR 21 november 1984, nr. 22092, *BNB 1985/32*.

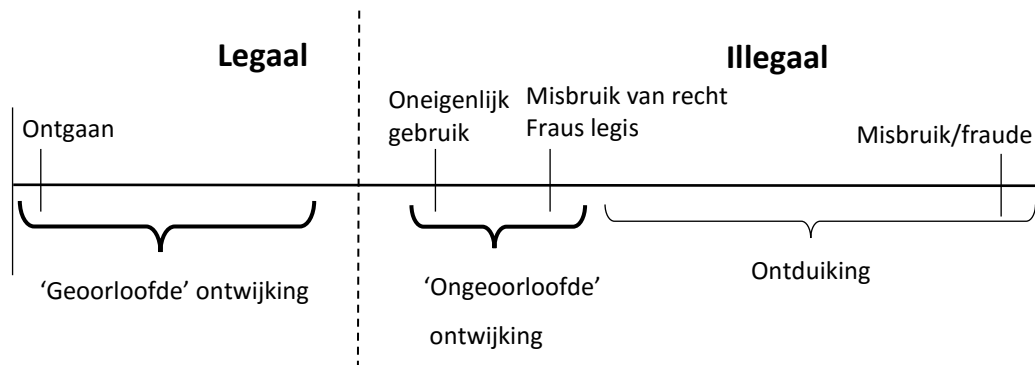
Hof van Justitie uitgezette, misbruik van recht-leerstuk is *fraus legis* een middel om een samenstel van handelingen, die volgens de letter van de wet niet is op te merken als illegaal, alsnog te kunnen bestrijden. De nadruk ligt bij beide leerstukken op de economische inhoud van de transacties en het naleven van het doel en de strekking van de wet, welke verder gaan dan enkel de letterlijke interpretatie van de wet. Oneigenlijk gebruik kan op die manier worden voorkomen, ondanks het feit dat de wet geen concrete antimisbruikmaatregelen voor deze transacties bevat. Het *fraus legis*-leerstuk wordt in het volgende hoofdstuk uitvoerig besproken.

In subparagraaf 2.2.2 is het verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking behandeld. Nu de bovenstaande begrippen oneigenlijk gebruik, misbruik, misbruik van recht en *fraus legis* zijn geïntroduceerd, is een visualisatie van deze begrippen naar mijn mening een goede manier om de grijze lijn tussen deze begrippen (ietwat) te verduidelijken.



In de figuur is duidelijk te zien dat belastingontwijking kan variëren tussen het klaarblijkelijk legaal ontgaan van belastingheffing en variaties die zich op de grens van legaal en illegaal bevinden, waar het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen een voorbeeld van is. Ik hanteer hier echter de traditionele zienswijze van belastingontwijking, aangezien ik van mening ben dat deze het meest heldere en rechtvaardige totaalbeeld verschaft. Hoewel misbruik van recht- en *fraus legis*-situaties, zodra een rechter het als zodanig heeft aangemerkt, beide als illegaal kunnen worden aangemerkt, betreffen deze naar mijn mening noch (legale) belastingontwijking noch belastingontduiking. Beide vormen zijn immers geen legale vorm van belastingbesparing, maar zijn tevens volgens de letter van de wet niet op te merken als illegale handelingen en zijn hiernaast niet strafbaar indien de handelingen worden onderbouwd met een pleitbaar standpunt. Een correcte zienswijze zou naar mijn mening zijn dat deze categorie wordt bestempeld als 'belastingontwijking die in strijd met doel en strekking van de wet is'. Indien wordt gekeken naar de huidige publieke discussie en de internationale ontwikkelingen op het gebied van de bestrijding van belastingontwijking lijkt tegenwoordig door velen een andere zienswijze gehanteerd te worden. Indien naar de BEPS-rapporten en het publieke debat wordt gekeken, blijkt immers dat de definitie van belastingontwijking tegenwoordig steeds breder wordt ingevuld en dat

belastingplichtigen die hun belastingdruk (in beginsel legaal) willen verlagen hier vaker op worden afgerekend. Het lijkt dan ook dat vanuit dat oogpunt de volgende visualisatie wordt aangehouden:



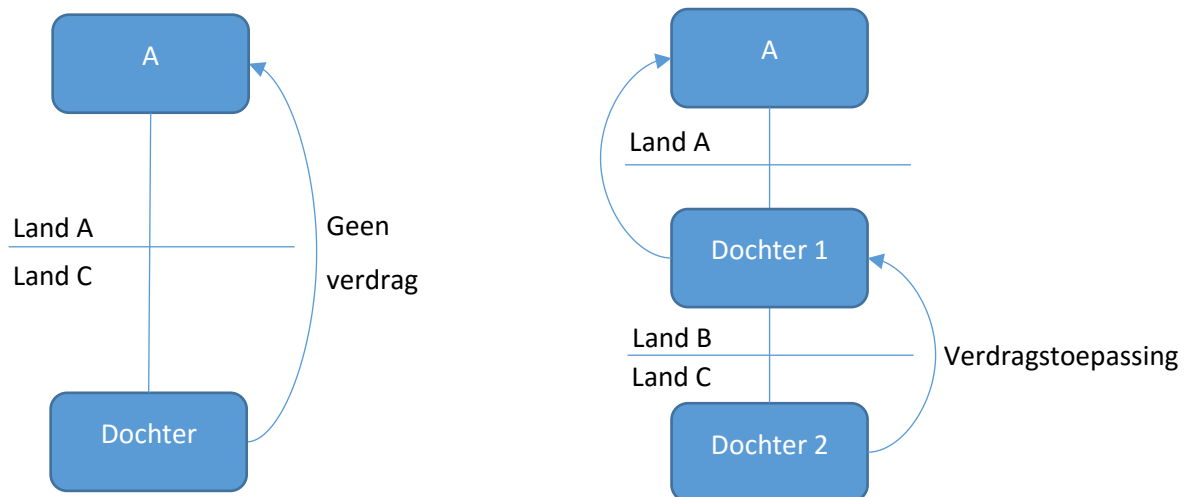
Ik deel deze mening echter niet en ben dus van mening dat de verdeling in de eerste figuur dient te worden aangehouden. Ik ben wel van mening dat bepaalde ontgaansmogelijkheden niet zijn gewenst, maar deze moeten dan vervolgens worden gedicht door middel van wetsmatige maatregelen (waarna deze vorm van belastingontwijking niet meer onder de legale noemer van belastingontwijking zal worden geschaard). Een (samenstel van) rechtshandeling(en) die op basis van het verdrag niet als illegaal is aan te merken, wordt in deze scriptie dan ook aangemerkt als legale belastingontwijking. In de volgende hoofdstukken wordt vooral de term oneigenlijk gebruik van belastingverdragen besproken, zoals dat in deze paragraaf is omschreven en zoals dat in de bovenstaande visualisatie is weergegeven. Dit betreft dus (legale) handelingen van belastingplichtigen om hun belastingdruk te minimaliseren door middel van een (of meerdere) belastingverdrag(en), welke in strijd zijn met het doel of de strekking van het desbetreffende belastingverdrag.

2.3.3 Voorbeeldsituaties

Treaty Shopping³⁸ is wellicht het meest bekende voorbeeld van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen. Hierbij wordt door een (rechts)persoon die niet gerechtigd is tot de voordelen van een verdrag gebruik gemaakt van een ander (rechts)persoon om indirect alsnog het beoogde voordeel te verkrijgen. Een (versimpeld) voorbeeld van het bovenstaande luidt als volgt: A is inwoner van Land A en verkrijgt inkomen uit Land C, terwijl tussen Land A en Land C geen belastingverdrag is gesloten. Land B en Land C hebben echter wel een belastingverdrag gesloten, waarbij een gunstige bepaling voor het inkomen dat persoon A ontvangt is opgenomen. Om dit voordeel te verkrijgen richt persoon A een rechtspersoon op in Land B (dit is vaak een lege entiteit zonder enige activiteiten, ook wel *doorstroomvennootschap* genoemd) en zorgt daarbij dat het inkomen vanuit Land C wordt ontvangen

³⁸ *Treaty shopping* en het gebruik van doorstroomvennootschappen worden besproken in paragraaf 47-57 van het Commentaar op artikel 1 van het VN-Modelverdrag 2011.

door deze entiteit in Land B om de voordelen van dat verdrag te benutten. Een dergelijke constructie wordt vaak zo opgezet dat het geld dat zich nu in Land B bevindt, zonder of met minimale belastingheffing naar persoon A kan worden betaald. Het geschetste voorbeeld kan als volgt visueel worden vormgegeven:

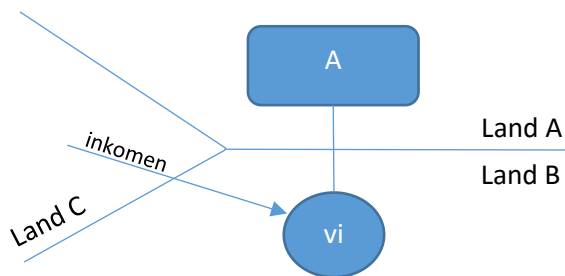


Treaty shopping zorgt dus voor een indirecte bevoordeling van een (rechts)persoon, die niet gerechtigd is tot het verdrag. In de figuur is Dochter 1 een inwoner van Land B en is daarmee in beginsel gerechtigd om beroep te doen op het verdrag tussen Land B en Land C. Deze structuur is echter opgezet om de voordelen van dat verdrag door persoon A te verkrijgen en kan daarmee wellicht niet in lijn met het doel en de strekking van verdrag B-C zijn. In een dergelijke *treaty shopping*-situatie blijkt dat de intenties van verdragsluitende staten belangrijk zijn bij het bepalen of sprake is van oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag. Land B zou namelijk een beleid kunnen voeren, waarin het oprichten van doorstroomvennootschappen wordt aangemoedigd om foreign direct investment (FDI) als gevolg van *treaty shopping* te verwelkomen. Indien dit het geval is, is het nog maar de vraag of *treaty shopping* in deze situatie als oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag B-C kan worden aangemerkt. Indien geen van beide landen een dergelijk beleid voert, wordt *treaty shopping* in de meeste gevallen aangemerkt als oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag.

Driehoeksituaties bij vaste inrichtingen³⁹ (Engels: *PE triangular cases*) zijn situaties waarin drie landen voorkomen. De meest bekende vorm van een dergelijke situatie luidt als volgt: (passief) inkomen wordt verkregen vanuit Land C door een inwoner van Land A en dit inkomen kan worden

³⁹ Zie paragraaf 58-61 van het Commentaar op het VN-Modelverdrag 2011, paragraaf 71 van het Commentaar op het OESO-Modelverdrag 2014 en OESO, "Triangular Cases," Model Tax Convention: Four Related Studies, Parijs, 1992.

toegerekend aan een vaste inrichting in Land B. De vaste inrichting is hierbij vaak gelegen in een laagbelastend land. Alle drie de landen zijn in deze situatie volgens hun nationale wetten heffingsbevoegd over het inkomen. Het bronland (Land C) belast het inkomen op basis van het bronlandbeginsel, het land met de vaste inrichting (Land B) belast het inkomen omdat in dat land de daadwerkelijke activiteiten plaatsvinden en het land van het hoofdhuis belast het inkomen op basis van het woonlandbeginsel. Het bovenstaande kan als volgt worden geschetst:



Aangezien belastingverdragen bilateraal zijn gesloten, kunnen multilaterale situaties problemen opleveren. Deze problemen kunnen in dergelijke multilaterale situaties leiden tot dubbele belastingheffing, maar ook tot mogelijkheden voor belastingontwijking, zoals hieronder wordt aangetoond.

In een situatie zoals de bovenstaande zijn er twee belastingverdragen van toepassing:

- Het belastingverdrag tussen Land A en Land C (het "verdrag A-C"); en
- Het belastingverdrag tussen Land A en Land B (het "verdrag A-B").⁴⁰

Het resterende mogelijke verdrag dat van toepassing zou kunnen zijn, verdrag B-C, is hier niet van toepassing aangezien een vaste inrichting niet wordt aangemerkt als inwoner van een land en dus geen beroep kan doen op de belastingverdragen van het land waarin het actief is. Op basis van artikel 7 (ondernemingswinsten) wordt in de geschetste situatie het inkomen veelal toegewezen aan Land B op basis van het verdrag A-B, aangezien dat de plaats van de vaste inrichting betreft. Hiernaast wordt, in een geval waar het desbetreffende inkomen is vrijgesteld in Land A, hooguit een bronheffing in het bronland C geheven op basis van het verdrag A-C. Zoals eerder vermeld, worden deze constructies vaak opgezet met de vaste inrichting in een laagbelastend land. Het eindresultaat is vervolgens een beperkte heffing (of in extreme gevallen helemaal geen heffing) op het inkomen als gevolg van de problematiek van bilaterale belastingverdragen in multilaterale situaties. Om deze vorm van

⁴⁰ E.E. Fett, 'Triangular Cases: The Application of Bilateral Tax Treaties in Multilateral Situations', IBFD Doctoral Series Volume 29, juni 2014, p. 5.

oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen zijn zeer zorgvuldige maatregelen nodig. Een maatregel dient legitieme situaties namelijk niet te benadelen, hetgeen echter zeer lastig blijkt te zijn⁴¹.

Kunstmatig inspelen op drempels wordt tevens vaak gezien als oneigenlijk gebruik van belastingverdragen. Een aantal bepalingen in belastingverdragen gebruikt drempels om de heffingsbevoegdheid van de verdragsluitende staten te bepalen. Belastingplichtigen kunnen hun zaken op een bepaalde manier vormgeven, zodat een gunstigere behandeling door het verdrag wordt verkregen. Voorbeelden hiervan zijn het manipuleren van de tijd dat een vaste inrichting actief is⁴² of het volstorten van een entiteit om te voorkomen dat deze als een onroerend goed-lichaam wordt aangemerkt in de zin van het verdrag⁴³. Wellicht het meest bekende voorbeeld is echter de bronheffing die opgenomen is in onderdeel a van het tweede lid van artikel 10, het dividendartikel, van het OESO-Modelverdrag. Op basis van het modelverdrag is de bronstaat bevoegd om maximaal 5% van het uitgekeerde dividend te belasten, indien de uiteindelijk gerechtigde een rechtspersoon betreft en deze een minimumbelang van 25% bezit in de uitkerende vennootschap. In alle andere gevallen (dividenden uit portfolio-investeringen) is de bronstaat bevoegd om maximaal 15% van het uit te keren dividend te belasten. Deze percentages in het OESO-Modelverdrag zijn overigens indicatief en verdragsluitende staten kunnen hier van afwijken naar aanleiding van de onderlinge onderhandelingen; in bepaalde verdragen kan de bronheffing zelfs tot nihil worden verlaagd indien aan een aantal vereisten wordt voldaan⁴⁴. Het kan voor belastingplichtigen dus zeer lucratief zijn om boven de genoemde drempel uit te komen om zodoende een lagere bronbelasting verschuldigd te zijn. Dit zou kunnen worden bereikt door een serie van rechtshandelingen te verrichten om (tijdelijk) boven de drempel uit te komen om bronheffing te voorkomen. Deze bezigheid kan worden aangemerkt als zijnde niet in lijn met het doel en de strekking van het verdrag en dus als oneigenlijk gebruik van het desbetreffende verdrag.

⁴¹ Dit blijkt uit de onderhandelingen tussen Nederland en de Verenigde Staten uit 1994; de focus van de VS lag destijds vooral op het bestrijden van belastingontwijking door middel van triangular cases en was bereid om inkomen dat is toe te rekenen aan vaste inrichtingen in derde landen geheel van de voordelen van het verdrag uit te sluiten om oneigenlijk gebruik van deze situatie te voorkomen. Zie Kamerstukken I, 1993/94, 23 496, nrs. 130 en I, p. 3.

⁴² Zie de twaalfmaands limiet in artikel 5, derde lid van het OESO-Modelverdrag 2014.

⁴³ Zie artikel 13, vierde lid van het OESO-Modelverdrag 2014; vervreemding van aandelen in een vennootschap waarvan het vermogen uit meer dan 50% bestaat uit onroerend goed dat gelegen is in een verdragsluitende staat mogen worden belast door die staat en niet (zoals bij een normale vervreemding van aandelen) door de staat waar de vervreemder is gevestigd.

⁴⁴ Zie voor Nederlandse voorbeelden onder meer de verdragen Nederland-Barbados (2006), Nederland-Denemarken (1998), Nederland-Ierland (1969) en Nederland-Verenigde Staten (protocol 2005).

2.4 Bestrijding van oneigenlijk verdragsgebruik

Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat de weerstand tegen belastingontwijking op internationale schaal door de politieke en publieke druk de laatste jaren aanzienlijk is toegenomen. Recente empirische economische papers lijken echter er op te wijzen dat deze weerstand tegen internationale belastingontwijking niet volledig terecht is en dat deze praktijken de wereldeconomie wellicht zelfs ten goede kunnen komen⁴⁵. Deze opvatting wordt echter niet gevolgd door de huidige overheden, hetgeen overduidelijk is af te leiden uit de grootschalige inspanningen tegen (ongeoorloofde) belastingontwijking. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen wordt gezien als een van de belangrijkste middelen om belastingontwijking te verwezenlijken. Het is echter nog maar de vraag of de huidige mate van kritiek op de belastingontwijkingspraktijken wel de correcte basis kent. De meningen verschillen uiteraard over dit onderwerp en het is dus lastig om te bepalen op welke basis de huidige visie is gebaseerd. Zoals bekend is, is het politieke spectrum erg divers en is de bestrijding van oneigenlijk gedrag uiteindelijk een resultaat van de visie van de politiek op dat moment. Om het spectrum van visies te verduidelijken, verdeel ik de opvattingen in drie categorieën, te weten de juridische, de economische en de ethische visie.

De **juridische visie** volgt de traditionele wijze bij de beoordeling van oneigenlijke gedragingen; de letter van de wet (of: het verdrag) is leidend. Hierbij wordt tevens de oorspronkelijke regel omtrent het ontgaan van belastingen gevolgd en wordt elke wijze van belastingontwijking op zich dus niet gezien als een illegale of ongeoorloofde handeling. Zolang de bepalingen van de op dat moment geldende nationale fiscale wetten (of het desbetreffende verdrag) niet worden overtreden, zal geen sprake zijn van ongeoorloofd ontgaan van belastingen en zal dus geen actie ondernomen hoeven te worden. Om eventuele excessieve of oneigenlijke gedragingen te voorkomen, dient op een adequate en concrete manier te worden geregeld wat wordt verstaan onder ongeoorloofd ontgaan van belastingheffing in ofwel het verdrag dan wel de nationale wetten. Een voorbeeld van de juridische visie is terug te vinden in de Engelse zaak *MacNiven v Westmoreland Investments Ltd*:

“The fact that steps taken for the avoidance of tax are acceptable or unacceptable is the conclusion at which one arrives by applying the statutory language to the facts of the case. It is not a test for deciding whether it applies or not. ... It is not that the statute has a penumbral

⁴⁵ Zie onder meer Dharmapala, ‘What problems and opportunities are created by tax havens?’, Oxford Review of Economic Policy, Volume 24, No. 4, p. 673 en Hong & Smart, ‘In praise of Tax Havens: International tax planning and foreign direct investment’, European Economic Review 54, p. 82-95.

spirit which strikes down devices or stratagems designed to avoid its terms or exploit its loopholes.”⁴⁶

De **economische visie** heeft een andere kijk op de situatie dan dat bij de juridische visie het geval is. Deze visie legt de focus op hetgeen economisch daadwerkelijk afspeelt, zogenoemde ‘*substance over form*’, en bepaalt hierbij dat de substance niet in strijd met het doel en de strekking van de wet of het verdrag dient te zijn. Het Amerikaanse arrest *Gregory v. Helvering* wordt gezien als de basis van deze visie:

“The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted. (...) But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended.”⁴⁷

De economische visie volgt dus de realiteit boven de gevormde juridische stukken wanneer oneigenlijk gebruik geconstateerd dient te worden. Deze visie volgt met betrekking tot het beschermen van de fiscale grondslag tevens de economische gevolgen van belastingontwijking. Hier wordt onder andere mee bedoeld dat indien een onderneming is gevestigd in een land om winstbelasting te minimaliseren, dit vaak positieve gevolgen kan hebben voor de nationale economie als geheel. Hoewel deze onderneming wellicht minder winstbelasting betaalt, draagt deze onderneming bij in de vorm van een hogere werkgelegenheid bij zowel haar eigen onderneming als die van toeleveranciers en afnemers en zorgt deze tevens voor een hogere opbrengst van de BTW en loonheffingen⁴⁸. Bepaalde gedragingen dienen naar deze visie enkel te worden bestreden of te worden voorkomen, indien deze gedragingen een negatief effect hebben op de economie als geheel. Albregtse meldt in het verlengde van het bovenstaande: “(...) de moderne welvaartseconomie [staat] vrij sceptisch tegenover instrumenteel gebruik van belastingheffing. Slechts ingeval van marktfalen en ter correctie van verstoringen als gevolg van eigen overheidsbeleid is fiscaal instrumentalisme gerechtvaardigd”⁴⁹.

De **ethische visie** is in dit hoofdstuk al kort behandeld; het betreft het idee van het afdragen van een ‘fair share’. Deze visie komt uitdrukkelijk naar voren in het maatschappelijke debat. Volgens deze visie dient iedere belastingplichtige zijn of haar steentje bij te dragen aan de economie, hierbij wordt veelal een beroep gedaan op de zogenaamde moraliteit van belastingplichtigen om in sommige gevallen zelfs

⁴⁶ Lord Hoffmann in *MacNiven v Westmoreland Investments Ltd*, 1 AC311 [2003], 335-336.

⁴⁷ United States Supreme Court, *Gregory v. Helvering*, nr. 127, 7 januari 1935, 293 U.S. punt 468-470.

⁴⁸ O. Marres, ‘Eerlijk delen in de fiscale jungle’, Oratie 439, Universiteit van Amsterdam: Amsterdam, 2012, p.7.

⁴⁹ D.A. Albregtse, ‘Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering’, FEI-Bundel; ‘Ongewenste Belastingontwijking?’ De jacht naar een fair share, 2013, p. 12.

meer belasting te betalen dan juridisch noodzakelijk is. Het gebrek aan juridische of economische basis en de hoge mate van subjectiviteit van deze visie maken het mijns inziens echter een zeer instabiele basis om de bestrijding van oneigenlijke gedragingen op te baseren.

Zoals hierboven is weergegeven, is het spectrum inzake de bestrijding van oneigenlijke gedragingen erg breed. De drie benoemde visies zijn uiteraard extremen en meningen kunnen gebaseerd zijn op diverse aspecten van de verschillende visies. Zelf ben ik van mening dat een economische visie gehanteerd dient te worden, maar dat de duidelijkheid omtrent de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde belastingbesparing van de juridische visie door middel van antimisbruikbepalingen tevens naar voren dient te komen. In een dergelijke uitwerking wordt immers naar de realiteit gekeken bij het bepalen van excessieve of oneigenlijke gedragingen, maar geven antimisbruikbepalingen tevens de grens aan tussen (legale) belastingontwijking en (illegale) belastingontduiking.

Het bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen is noodzakelijk om de gelijkheid in de markt te waarborgen. Mobiele ondernemingen kunnen hun belastingdruk relatief eenvoudig verlagen door de meest gunstige constructie en locatie te kiezen, terwijl de minder mobiele (*de sitting ducks*) de rekening voor de gemiste belastinginkomsten zullen ontvangen⁵⁰. De mogelijkheid tot internationale belastingontwijking door grote internationale bedrijven verstoort tevens de concurrentieverhouding tussen MNE's en lokale ondernemingen, welke deze mogelijkheid niet hebben. Tevens is mijns inziens adequate bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen op zijn plaats om de essentie van het verdrag en de intenties van de verdragsluitende staten te waarborgen en eerlijke gebruikers te beschermen van de gevolgen die zouden kunnen optreden als gevolg van excessieve gedragingen van anderen, zoals de algehele afschaffing van een faciliteit. Zoals eerder betoogd ben ik van oordeel dat belastingplichtigen niet kunnen worden afgerekend op het feit dat zij de fiscaal meest gunstige weg kiezen en daarmee hun belastingdruk minimaliseren. Fiscale concurrentie tussen landen zorgt voor aantrekkelijke fiscale faciliteiten en het gebruik van deze faciliteiten wordt naar mijn mening dan ook aangemoedigd door de concurrerende overheden. Het gebruik van deze faciliteiten is daarmee allerminst op te merken als immoreel of ongeoorloofd (zoals de meningen in het publieke debat doen lijken). Indien dit gebruik in strijd met het doel en de strekking van de desbetreffende faciliteit zou zijn, is het aan de overheden om daar adequate antimisbruikmaatregelen tegen treffen in ofwel hun nationale wetten dan wel hun belastingverdragen.

⁵⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, 'Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen', *MBB 2013/1*, p. 28.

2.5 Conclusie

Belastingontwijking en belastingontduiking hebben de afgelopen jaren veel (negatieve) aandacht verkregen. Diverse grootschalige projecten, waaronder het BEPS-project van de OESO en de Anti-belastingontwijkingsrichtlijn van de EU, trachten deze praktijken te voorkomen en te bestrijden. De focus ligt tegenwoordig vooral op grote multinationale bedrijven, die relatief gemakkelijk kunnen inspelen op de verschillen tussen fiscale stelsels en hun locatie zo gunstig mogelijk kunnen kiezen om zodoende hun belastingdruk te verlagen. De grens tussen legale belastingontwijking en illegale belastingontduiking is met deze strijd tegen ongeoorloofde belastingbesparingen erg onduidelijk geworden. Juridisch is nog altijd niets op te merken tegen belastingontwijkende bezigheden, maar de maatschappelijke druk omtrent dit onderwerp zorgt voor een gespannen belastingpraktijk waarin het opzoeken van de grenzen niet langer vanzelfsprekend is. In het publieke debat wordt, ondanks de hoge subjectiviteit, verlangd naar de afdracht van een 'fair share' en ieder (vooral MNE's) die hier niet aan voldoet wordt in een kwaad daglicht gesteld. Deze publieke opinie lijkt belastingplicht meer te baseren op morele, in plaats van juridische, verplichtingen. De belastingplichtigen kunnen echter niet afgerekend worden op hun legale belastingminimaliserende praktijken; zeker niet wanneer deze praktijken veelal worden gesteund door faciliteiten die worden geboden als gevolg van fiscale concurrentie. Misbruik van recht en *fraus legis* zijn leerstukken die een samenstel van handelingen trachten te bestrijden indien deze als kunstmatig, zonder economische inhoud, zijn en als deze handelingen in strijd met het doel en de strekking van de wet zijn. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen wordt gezien als een van de meest voorkomende middelen om belastingontwijking te verwezenlijken. Enkele voorbeelden hiervan zijn *treaty shopping*, *PE triangular cases* en het kunstmatig inspelen op in het verdrag bepaalde drempels. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen dient voorkomen en bestreden te worden om de (directe) overheidsinkomsten te verzekeren en de intenties van de verdragsluitende staten te respecteren. Indien dit niet gebeurt, kan dit negatieve gevolgen hebben voor alle gebruikers van het verdrag en kan dit tot uitsluiting van rechtmatige situaties te leiden of zelfs tot de afschaffing van de gehele regel.

3 Antimisbruikmaatregelen

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is naar voren gekomen dat belastingfaciliteiten door belastingplichtigen kunnen worden gebruikt op manieren en in situaties waarin dit gebruik in strijd is met het doel en de strekking van die faciliteit. Om dit oneigenlijke gebruik van belastingfaciliteiten te voorkomen en het doel en de strekking van de faciliteit te waarborgen, kan de wetgever (of kunnen verdragsluitende staten) antimisbruikmaatregelen treffen in de nationale wetten of in belastingverdragen. Dergelijke maatregelen beogen het gebruik van een faciliteit te beperken tot de beoogde groep belastingplichtigen. Deze maatregelen zijn ofwel generiek dan wel specifiek van aard. Zowel in de nationale belastingwetten als in belastingverdragen is geen sprake van een eenduidige oplossing om oneigenlijk gebruik van belastingfaciliteiten te voorkomen. Verschillende faciliteiten vergen namelijk een verschillende aanpak die elk afgestemd dient te zijn op de mogelijkheden van oneigenlijk gebruik van die specifieke faciliteit. Om in hoofdstuk vijf te kunnen bepalen welke maatregel het meest optimaal is om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te bestrijden en te voorkomen, wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de strekking van de verschillende soorten antimisbruikmaatregelen⁵¹. In de deelconclusie wordt antwoord gegeven op de volgende twee deelvragen:

- “Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in de nationale wetten en in hoeverre werken deze bepalingen door naar belastingverdragen?”
- “Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in bilaterale belastingverdragen?”

In dit hoofdstuk wordt ten eerste aandacht besteed aan specifieke antimisbruikmaatregelen en wordt vervolgens ingegaan op generieke maatregelen. De analyse van beide soorten maatregelen wordt gesplitst in nationale situaties en internationale situaties. Nadat de inhoudelijke analyse van de beide hoofdsoorten van antimisbruikmaatregelen zijn behandeld, wordt ingegaan op het verschil tussen beide maatregelen en worden de voor- en nadelen tegen elkaar afgewogen door beide maatregelen globaal te toetsen aan de in hoofdstuk 1 geformuleerde toetsingscriteria. Tot slot volgt een conclusie.

⁵¹ In het vorige hoofdstuk is uitvoerig besproken waarom de term ‘misbruik’ mijns inziens niet de juiste benaming is in verdragssituaties; er moet gesproken worden van oneigenlijk gebruik. De term antimisbruikmaatregel kan hierdoor enigszins vreemd aanklinken. Door het feit dat in de literatuur in deze situaties enkel over antimisbruikmaatregelen en –bepalingen wordt gesproken volg ik deze benaming. Strikt gezien zou naar mijn mening de correcte benaming hier echter ‘antiontgaansmaatregel’ of ‘antiontgaansbepaling’ zijn.

3.2 Specifieke maatregelen

3.2.1 Algemeen

De mogelijkheid om belasting te ontwijken door middel van ingewikkelde transacties en constructies heeft ertoe geleid dat in de wet veelal specifieke maatregelen zijn getroffen. Deze specifieke antimisbruikbepalingen, of specific anti-avoidance rules (hierna: SAARs), richten zich op specifieke te bestrijden situaties. De specifieke aard van deze antimisbruikbepalingen zorgt ervoor dat deze bepalingen zich accuraat kunnen richten tegen een bepaald soort ontwijkingsgedrag. Het is daarmee te vergelijken met een “precisieaanval”, in tegenstelling tot de gebruikte term “Weapon of Mass Destruction” voor de Engelse (generieke) *Ramsay-doctrine* door A. Halkyard⁵². Een SAAR is veelal gebaseerd op objectieve criteria en vergt daarmee geen subjectieve invulling van de belastingautoriteit of de rechterlijke macht. Dit zou in principe moet leiden tot een hogere mate van rechtszekerheid, hetgeen in dit hoofdstuk wordt getoetst.

De specifieke aard van een SAAR kan naast eventuele positieve effecten tevens nadelige effecten met zich brengen. Indien namelijk zorgvuldig gedefinieerde eisen worden gesteld om gebruik te kunnen maken van een bepaalde faciliteit, kan dit leiden tot mazen in de bepaling. Een belastingplichtige kan bijvoorbeeld relatief gemakkelijk zijn situatie anders vormgeven, zodat de SAAR niet langer van toepassing is op die (nieuwe) situatie, terwijl economisch niets is veranderd voor de belastingplichtige. Dit nadeel is naar mijn mening een belangrijk nadeel van een SAAR; de “precisieaanval” kan, indien de bepaling niet compleet en volledig is opgesteld, relatief gemakkelijk worden omzeild door de situatie anders vorm te geven, zodat de effectiviteit van de bepaling teniet gaat. Dit fenomeen wordt in de literatuur ook wel *creative compliance* genoemd⁵³. Om dit te voorkomen is het noodzakelijk dat een SAAR een zeer gedetailleerde bepaling betreft, waarin eventuele mogelijkheden tot het vermijden van de werking van die bepaling worden uitgesloten. Een risico van het uitbreiden van een SAAR om ontgaansmogelijkheden te vermijden, is dat als vervolgens aan een van de voorwaarden niet wordt voldaan de gehele SAAR niet van toepassing is. Om dit te voorkomen kunnen niet-cumulatieve voorwaarden worden gesteld, zodat het niet voldoen aan een enkele voorwaarde de effectiviteit van de andere voorwaarden niet teniet doet. Daarnaast dient een specifieke bepaling zo duidelijk mogelijk te worden geformuleerd om de objectiviteit van de bepaling te waarborgen. Deze gedetailleerde

⁵² A. Halkyard, ‘Not a Weapon of Mass Destruction: Can the Ramsay Approach Apply to the Inland Revenue Ordinance in Hong Kong?’, *Asia-Pacific Journal of Taxation*, Vol. 9 No. 3 (2005), p. 56-72. De Ramsay-doctrine betreft een soortgelijke, maar minder uitgewerkte en minder vergaande, (generieke) maatregel als het Nederlandse begrip ‘*fraus legis*’.

⁵³ Zie L.M. Salinger, ‘*Encyclopedia of White-Collar and Corporate Crime, Volume 1*’, Sage: Arkansas, 2013, p. 238 en E. Kirchler, ‘*The Economic Psychology of Tax Behaviour*’, Cambridge: Wenen, 2007, p. 22.

uitwerking van een SAAR wordt tevens door het International Chamber of Commerce voorgeschreven om deze redenen⁵⁴. Het bijkomende nadelige gevolg hiervan is dat een SAAR vaak zeer complex is opgesteld. Deze complexiteit draagt niet bij aan de begrijpelijkheid van de wet. Complexe wetgeving is niet wenselijk; complexiteitsreductie binnen de fiscale wetten is volgens de bewoording van de staatssecretaris uit 2014 zelfs “geen keuze, maar noodzaak”⁵⁵. SAARs dragen door hun complexiteit over het algemeen niet bij aan deze doelstelling van een vereenvoudiging van het stelsel. In de volgende paragrafen wordt ingegaan op verschillende specifieke antimisbruikbepaling in zowel een nationale als een internationale context.

3.2.2 Nationaal

Specifieke antimisbruikbepalingen worden in nationaal verband door de wetgever gebruikt om ongewenste belastingontwijkingsmogelijkheden te voorkomen. Indien een dergelijke mogelijkheid tot het ontwijken van belasting wordt opgemerkt, welke in de visie van de wetgever niet gewenst wordt geacht, kan een nieuwe bepaling worden geïntroduceerd om deze mogelijkheid te bestrijden. Voorbeelden van nationale SAARs betreffen onder meer *CFC-wetgeving*, *anti-dividendstripping* bepalingen (artikel 4, lid 7-8 Wet DB 1965), specifieke renteaftrekbepalingen (artikel 10a, 13l en 15ad Wet Vpb 1969), bepalingen omtrent de handel in verlieslichamen (artikel 20a Wet Vpb 1969) en bepalingen omtrent de verrekening in plaats van een vrijstelling voor deelnemingsdividenden (artikel 13, lid 9-15 Wet Vpb 1969). Aangezien het de omvang van deze scriptie te buiten gaat om aan alle nationale SAARs aandacht te besteden, wordt hieronder een aantal naar mijn mening belangrijke en kenmerkende specifieke bepalingen toegelicht, zodat de strekking, de positieve en de negatieve effecten van een SAAR duidelijk worden. Een uitgebreidere en globale analyse van een SAAR op basis van de in hoofdstuk 1 geformuleerde toetsingscriteria volgt aan het eind van dit hoofdstuk.

Een bekend voorbeeld van een nationale SAAR betreft de hierboven genoemde zogenaamde anti-dividendstrippingbepalingen. Kort gezegd wordt onder dividendstripping verstaan; het omzetten van belaste dividenden in on- (of laag)belaste vermogenswinsten⁵⁶. Brandsma geeft een simplistisch voorbeeld van een (cum/ex-)dividendstrippingtransactie:

“[Een] binnenlandse, particuliere belegger 1 verkoopt zijn aandelen (cum dividend) voor 128 pal voor de datum waarop het dividend van 28 wordt vastgesteld en koopt ze snel daarna weer

⁵⁴ ICC Policy Statement, Application of Anti-Avoidance Rules in the field of taxation, januari 2012, No. 180/519.

⁵⁵ Brief van de staatssecretaris van 16 september 2014, ‘Keuzes voor een beter belastingstelsel’, AFP/2014/780.

⁵⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De belegger “stripped bare” door de wetgever?: dividendstripping in de 21^e eeuw’, *WFR 2000/313*, p. 1.

(terug) voor 100 (ex dividend). Door de dividenduitkering is de prijs van het aandeel gezakt. De belegger heeft als onderdeel van de verkoopprijs materieel het dividend kunnen incasseren. Hij wordt voor deze verkoopwinst niet belast. Binnenlandse, particuliere belegger 2 verkoopt zijn aandelen niet en ontvangt het dividend van 28 waarvoor hij ex art. 24 Wet IB 1964 wordt belast.”⁵⁷

In de Nederlandse nationale fiscale wet worden dergelijke transacties voorkomen door middel van artikel 4, lid 4 juncto artikel 4, lid 7 en 8 DB 1965. In deze leden wordt door een specifieke regeling het hierboven geschetste oneigenlijke gedrag voorkomen door te stellen dat een belastingplichtige geen gunstige behandeling wordt verleend, indien deze belastingplichtige niet de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is. Om rechtsonzekerheid te voorkomen dienen brede begrippen geformuleerd te worden in een SAAR. De wetgever heeft dit in zoverre gedaan door in de eerdergenoemde leden 7 en 8 van artikel 4 Wet DB 1965 een invulling te geven aan het begrip ‘niet uiteindelijk gerechtigde’. De wetgever heeft hier bewust gekozen voor een negatieve formulering, zodat ruimte open wordt gelaten voor een nadere invulling door jurisprudentie en om eventuele flexibiliteit te behouden met betrekking tot de invulling van het begrip ‘uiteindelijk gerechtigde’ dat tevens in veel belastingverdragen wordt gebruikt⁵⁸. Een uitgeschreven definitie van ‘uiteindelijk gerechtigde’ had meer recht gedaan aan de rechtszekerheid van de antimisbruikbepaling. Door deze negatieve formulering kiest de wetgever om de grens aan te geven van hetgeen in ieder geval niet als ‘uiteindelijk gerechtigde’ wordt gezien in de nationale wetgeving. Een dergelijke minimumgrens is mijns inziens in beginsel een goed initiatief, maar de wetgever heeft hier echter bewust en nadrukkelijk gekozen voor een definitie waarvan de daadwerkelijke invulling door middel van rechtspraak zal moeten blijken. Hoewel de flexibiliteit van een dergelijke aanpak wellicht uit een handhavingsoogpunt zeer positief kan uitpakken, brengt dit grotere onzekerheid voor belastingplichtigen met zich en is dit mijns inziens geen optimale basis voor een SAAR.

Wellicht de meest bekende en besproken nationale SAARs betreffen de renteaftrekbeperkingen. In de Nederlandse fiscale wet zijn velen artikelen gewijd aan het beperken van verschillende specifieke manieren van renteaftrek. Specifieke renteaftrekbeperkingen zijn onder andere te vinden in artikel 8c (doorstroomleningen), artikel 10, lid 1, onderdeel b (fiscale herkwalificatie van vreemd vermogen), artikel 10a (winstdrainage), artikel 10b (laagrentende, langlopende leningen), artikel 13l (bovenmatige deelnemingsrente) en artikel 15ad (overnameholdingrente) Wet Vpb 1969. Het gaat de omvang van

⁵⁷ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De belegger “stripped bare” door de wetgever?: dividendstripping in de 21^e eeuw’, *WFR* 2000/313, paragraaf 2.

⁵⁸ Zie Kamerstukken II, 2000/01, 27 896, nr. B, p. 3-4.

dit hoofdstuk te buiten om al deze bepalingen individueel te behandelen. De renteaftrekbeperkingen zijn echter een perfect voorbeeld om de voor- en nadelen van een SAAR te analyseren. Alle genoemde bepalingen zijn tot op zekere hoogte effectief tegen het desbetreffende ontwijkingsgedrag en bezorgen belastingplichtigen in beginsel een relatief grote mate van rechtszekerheid omtrent renteaftrek in de vennootschapsbelasting. De complexiteit van de wetgeving is door deze grote hoeveelheid specifieke bepalingen echter aanzienlijk toegenomen. Het praktische belang bij de afweging tussen de in de vorige paragraaf genoemde rechtszekerheid en de complexiteit van een SAAR is goed terug te vinden in de recente discussie omtrent de aanpassing van artikel 10a. Het Ministerie van Financiën heeft recentelijk namelijk de praktijk gevraagd om reactie te geven op bepaalde ontwerp-wetwijzigingen⁵⁹. Een onderdeel van de ontwerp-wijzigingen is de introductie van een nieuwe definitie van een verbonden lichaam, waarbij de term ‘samenwerkende groep’ zou worden geïntroduceerd. Vanuit de praktijk is door meerdere partijen aangegeven dat een dergelijk ongedefinieerd begrip de rechtszekerheid van de bepaling ernstig zou kunnen aantasten. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs meldt:

“Ten aanzien van de wijziging van artikel 10a Wet Vpb 1969 maakt de Orde zich ernstig zorgen over de rechtsbescherming als de bepaling in de voorgestelde vorm in de wet wordt opgenomen. (...) Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat is gebaat bij duidelijkheid en zekerheid over de aftrekbaarheid van rente.”⁶⁰

Het Register Belastingadviseurs meldt:

“Het RB benadrukt dat thans onduidelijk is wat de reikwijdte van het begrip samenwerkende groep is. (...) Naar de mening van het RB is deze omschrijving onvoldoende duidelijk. (...) Een niet duidelijk gedefinieerd begrip zorgt ervoor dat de rechtszekerheid van belastingplichtigen in het gedrang komt.”⁶¹

Ik sluit mij aan bij de meningen van de NOB en de RB. Het ogenschijnlijk vereenvoudigen van een SAAR door middel van een nieuwe definitie is niet wenselijk, indien dergelijke bepalingen niet volledig zijn gedefinieerd. Een dergelijke aanpak zal leiden tot grotere rechtsonzekerheid, hetgeen voor de praktijk

⁵⁹ Zie Internetconsultatie ‘Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969’ (onderdeel van pakket BP2017) van 20 juni 2016.

⁶⁰ Zie brief van de NOB, ‘Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Ontwerp-wijzigingen van enkele specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 (onderdeel van pakket BP2017)’, 18 juli 2016, onderdeel 1.

⁶¹ Zie brief RB, ‘Reactie internetconsultatie van enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969’, 15 juli 2016, p. 2-3.

zeer nadelig is. Dit voorbeeld benadrukt de belangrijkheid van zorgvuldig gedefinieerde begrippen in een specifieke maatregel.

Een in de literatuur en politiek veel besproken en zeer relevante nationale SAAR betreft de zogenaamde Controlled Foreign Company (CFC)-wetgeving. Deze antimisbruikmaatregel tracht het verschuiven van winsten naar laagbelastende landen door multinationale ondernemingen te voorkomen door winsten die opkomen bij dochtervennootschappen onder voorwaarden te belasten bij de moedermaatschappij, ongeacht of deze winsten worden uitgekeerd als dividend. Deze vorm van het bestrijden van winstverschuiving wordt niet door elk land gehanteerd en is eerder ter discussie gesteld bij het Hof van Justitie betreffende haar strijdigheid met het EU-recht en het EER-verdrag⁶². Het is opvallend dat, na de uitspraken door het Hof van Justitie en ondanks de meerderheid van de EU-lidstaten op dit moment geen volledige CFC-regelgeving kent, de eerdergenoemde Antibelastingontwijkings op basis van artikel 7 en 8 per 1 januari 2019 de aanwezigheid van dergelijke regelgeving vereist. Deze specifieke antimisbruikmaatregel zal over enkele jaren (in de EU) dus een grote rol gaan spelen. Nederland kent een aantal beperkte CFC-maatregelen in de vennootschapsbelasting, deze zijn echter niet streng genoeg volgens de voorgeschreven bepaling in de aangenomen richtlijn. Nederland zal deze bepalingen dus moeten aanpassen vóór de genoemde datum⁶³. Vanuit de praktijk is kritiek ontstaan tegen deze strengere Europese CFC-wetgeving, aangezien de huidige Nederlandse bepalingen in goede orde lijken te werken, misbruik van de bepalingen niet is opgemerkt en dat dergelijke regelgeving op gespannen voet staat met het internationaal aanvaarde principe dat winstbelasting geheven dient te worden belast daar waar de activiteiten plaatsvinden⁶⁴. Een dergelijke aanscherping van de nationale SAAR zou dan ook een *overkill* tot gevolg kunnen hebben in de Nederlandse wet. Deze mogelijke *overkill* is een belangrijk potentieel nadeel van een SAAR; indien de specifiek bepaalde eisen in de bepaling te streng zijn geformuleerd, kan de bepaling een groter nadelig effect hebben dan nodig zou zijn om het probleem op te lossen. Hier is echter geen sprake van indien de wetgeving op een perfecte manier en op de juiste gronden

⁶² Zie HvJ 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes) en EVA-Hof 9 juli 2014, nr. E-3/13 en E-20/13 (Olsen). In beide zaken is geoordeeld dat CFC-regelgeving in strijd is met de vrijheid van vestiging en kapitaal, behalve wanneer deze regelgeving zich enkel richt op volstrekt kunstmatige constructies.

⁶³ De wenselijkheid van (uitgebreide) CFC-regelgeving voor Nederland kan mijns inziens overigens worden betwist. Nederland gaat namelijk uit van een zogenaamde kapitaal- en arbeidimportneutraliteit en hanteert daarbij een (ruim genoeg) territorialiteitsbeginsel. Kapitaal- en arbeidsexportneutraliteit is enkel optimaal voor grotere landen met veel internationale zeggenschap en met een grote binnenlandse afzetmarkt, zoals Frankrijk of de Verenigde Staten. Nederland zal de bepalingen van de Europese richtlijn echter moeten opnemen in haar nationale wet, ondanks eventuele strijdigheid met het bovengenoemde beginsel.

⁶⁴ Zie paragraaf 2.4 van het NBO Commentaar (Commissie Wetsvoorstellen) op het Voorstel van de Europese Commissie inzake de anti-belastingontwijkingsrichtlijn, 16 februari 2016.

zou zijn geïmplementeerd. De geformuleerde reikwijdte van een SAAR is daarmee dan ook van uiterst belang.

3.2.3 Internationaal

Specifieke antimisbruikbepalingen worden naast nationale wetten tevens gebruikt in een internationale context. Deze internationale context speelt zich grotendeels af op het gebied van bilaterale belastingverdragen, maar kan zich daarnaast bijvoorbeeld tevens afspelen in Europeesrechtelijke richtlijnen en het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. In deze scriptie wordt, zoals in de afbakening in hoofdstuk 1 is vermeld, echter enkel ingegaan op de bilaterale verdragen. Om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen, kunnen verdragsluitende staten specifieke maatregelen treffen in de door hen gesloten belastingverdragen. Dergelijke maatregelen bepalen in deze gevallen de grens tussen eigenlijk en oneigenlijk gebruik van het desbetreffende belastingverdrag. Een voorbeeld van deze maatregelen betreft de zogenaamde *beneficial ownership*-toets voor dividend, rente en royalty's⁶⁵. Deze specifieke maatregel is in zekere zin vergelijkbaar met de in de vorige paragraaf beschreven nationale antimisbruikbepaling omtrent dividendstripping. De bepaling stelt dat het verlaagde bronbelasting tarief enkel genoten kan worden indien de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend een inwoner is van de andere verdragsluitende staat. Deze bepaling tracht oneigenlijk gebruik door middel van bepaalde transacties te voorkomen, zodat het verlaagde tarief enkel wordt verleend aan belastingplichtigen waar het verdrag dit heeft bedoeld. In tegenstelling tot de nationale bepaling wordt in deze bepaling geen negatieve formulering gebruikt, waardoor de rechtszekerheid van de bepaling in zekere mate wordt gewaarborgd. Door de verschillen in de formulering van de nationale bepaling en de verdragsbepaling kan de vraag worden gesteld of het door de OESO geformuleerde begrip *beneficial ownership* en het nationale begrip 'uiteindelijk gerechtigde' dezelfde of een andere betekenis toekomt en mocht dit een andere betekenis betreffen, of de nationale invulling van toepassing is op verdragsituaties. In de literatuur is dit een veel besproken onderwerp en enige historische achtergrond is vereist om dit vraagstuk toe te lichten. In 1977 introduceerde de OESO het begrip *beneficial ownership* in het OESO-modelverdrag zonder dit begrip verder te definiëren of een duidelijke toelichting hierop te geven. In Nederland is vervolgens in 1994 een arrest gewezen waarin werd geoordeeld dat het begrip *beneficial ownership* eng moet worden uitgelegd⁶⁶. Na eveneens een arrest waarin een poging om dividendstripping te bestrijden, dit keer door middel van *fraus legis*, voor de belastinginspecteur faalde⁶⁷, is door de

⁶⁵ Zie onder meer artikel 10 van het Verdrag Nederland-Japan (2012).

⁶⁶ HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB 1994/217c*.

⁶⁷ HR 21 februari 2001, nr. 35415, *BNB 2001/196*.

wetgever in 2002 het nationale begrip 'uiteindelijke gerechtigde' met de bekende negatieve formulering in een aantal wetten toegevoegd⁶⁸. De staatssecretaris was destijds van mening dat omdat het begrip *beneficial owner* niet wordt gegeven in het belastingverdrag er op basis van artikel 3, tweede lid moet worden gekeken naar de nationale invulling van het begrip⁶⁹. Door dit feit ontstond de vraag of er wel een verschil tussen de twee bepalingen bestaat. Kort daarna, in 2003, werd de invulling van het begrip in het OESO-modelverdrag overigens enigszins aangepast door het *beneficial ownership*-vereiste onder andere toe te passen op *treaty shopping*-situaties met doorstroomvennootschappen⁷⁰. De nieuwe toepassing van en toelichting op de term bracht veel onduidelijkheid omtrent deze bepaling met zich. In 2014 is door de OESO opnieuw een nieuwe toelichting van het begrip gepubliceerd die deze onduidelijkheden en het vraagstuk omtrent de nationale invulling van het begrip wegnam. In paragraaf 12.1 van het Commentaar op artikel 10 wordt namelijk het volgende gemeld:

“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 (...) The term “beneficial owner” is therefore not used in a narrow technical sense (...), 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.”

De invulling van de term moet dus niet worden gebaseerd op het begrip van de nationale wet, maar breed, in haar context, worden uitgelegd op basis van het verdrag. Deze toevoeging is zeer welkom, aangezien het veel onduidelijkheid met betrekking tot de al dan niet verschillende invulling van het nationale begrip wegneemt. De verdragsterm '*beneficial owner*' is dus een opzichzelfstaand verdragsbegrip en een eventueel verschillende invulling van het nationale begrip ten opzichte van het verdragsbegrip is daarmee niet langer van belang in verdragsituaties. Eventueel zou nog kunnen worden betoogd dat, als een statische verdragsinterpretatie wordt aangehouden, de bovenstaande visie enkel geldt voor belastingverdragen gesloten na de datum van het 2014 OESO-Commentaar en dat de term in verdragen van vóór deze datum nog op basis van artikel 3, tweede lid, op basis van de

⁶⁸ Zie artikel 4, derde lid (per 2007 vernummerd naar het zevende lid) Wet DB 1965, art. 9.2, tweede lid Wet IB 2001, art. 25, tweede lid Wet VPB 1969 en artikel 16 BvdB 2001.

⁶⁹ Kamerstukken I 2001/02, 27896, 117b, p. 4 t/m 7.

⁷⁰ Zie paragraaf 12 van het OESO Commentaar op artikel 10, 2003.

nationale invulling moet worden uitgelegd. Naar mijn mening is dat in Nederland echter niet erg relevant, aangezien ten eerste de dynamische verdragsinterpretatie het uitgangspunt betreft en daarnaast de nationale bepaling (ondanks de negatieve formulering) dermate grote gelijkens vertoont met het verdragsbegrip dat de invulling van deze twee begrippen aan elkaar gelijk kunnen worden gesteld.

De meest relevante en omvangrijke SAAR met betrekking tot belastingverdragen is de beperking van voordelen-bepaling, beter bekend als de *limitation on benefits* (LOB)-bepaling. In tegenstelling tot de beneficial ownership-toets, is een LOB-bepaling vaak opgenomen in een apart artikel. Een belastingverdrag met een LOB-bepaling heeft een ander uitgangspunt dan een belastingverdrag zonder een dergelijke bepaling. Het normale uitgangspunt is immers dat ieder die inwoner is van een verdragsland toegang heeft tot de verdragsvoordelen, tenzij misbruik zoals het in dat verdrag is gedefinieerd wordt geconstateerd. Een belastingverdrag met een LOB-bepaling heeft een omgekeerde werking; niemand is gerechtigd tot de verdragsvoordelen, tenzij wordt voldaan aan een van de criteria in de LOB-bepaling. De LOB-bepaling tracht verdragsvoordelen enkel te verlenen aan belastingplichtigen die voldoen aan de in de bepaling geformuleerde vereisten; indien niet wordt voldaan aan de vereisten kan een LOB-bepaling de voordelen van het gehele verdrag of van specifieke artikelen aan een belastingplichtige ontzeggen. Een LOB-bepaling betreft daarmee een *person- of entity-based*-benadering, aangezien het de belastingplichtige bepaalde eisen oplegt⁷¹. De eerste bepaling die de aanleiding zou geven tot de implementatie van een LOB-bepaling zoals deze tegenwoordig bekend is, was opgenomen in het Verdrag tussen de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk van 1945⁷². In deze bepaling werd destijds enkel een verlaagd bronbelasting tarief van 5% verleend voor dividenden, indien een moedervenootschap ten minste 95% van de stemrechten bezat en het bruto inkomen van de dochtervenootschap niet meer dan 25% bestond uit passief inkomen. Hiernaast was een subjectieve toets opgenomen, waarin werd gesteld dat het verlaagde tarief enkel werd verleend indien de relatie tussen de moeder en de dochter primair gericht was op het behalen van het verlaagde tarief. Bij constatering dat de relatie tussen de partijen wel primair gericht waren op het behalen van het verlaagde tarief dan zou enkel het oorspronkelijk tarief van 15% van toepassing zijn⁷³. De bepaling had twee grote nadelen. Ten eerste maakte de subjectiviteit van de bepaling de uitkomst erg onzeker, vooral door het feit dat er geen enkele vorm van interpretatierichtlijnen waren

⁷¹ I.J.J. Burgers & P.M. de Haan in 'Wegwijs in het internationaal en Europees Belastingrecht' (2015), Sdu Uitgevers: Den Haag, p. 462.

⁷² Zie artikel VI(1) van het Verdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van 1945.

⁷³ Zie IRS, Revenue Ruling 79-65, 1979-1 C.B. 458.

gegeven. Het tweede en meest belangrijke nadeel betrof het feit dat indien een belastingplichtige zeer duidelijk een constructie was aangegaan om het verlaagde tarief te behalen, alsnog de op basis van het verdrag vastgestelde bronbelasting van 15% werd toegekend (in plaats van de destijds Amerikaanse nationale heffing van 30%)⁷⁴. Deze twee nadelen van de antimisbruikbepaling in het dividendartikel van het verdrag US-UK 1945 zijn in de huidige LOB-bepalingen niet meer te vinden. Op basis van de LOB-bepaling wordt namelijk enkel het verdragsvoordeel toegekend indien wordt voldaan aan de gestelde criteria, daarnaast is er geen sprake meer van een subjectieve toetsing. Door de objectieve criteria is een LOB-bepaling echter vaak aanzienlijk uitgebreider en daarmee tevens aanzienlijk toegenomen in complexiteit ten opzichte van de eerdere antimisbruikmaatregel. Een voorbeeld hiervan is artikel 26 van het Verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten van 1992 (met protocol uit 2004). Aangezien het verdrag NL-VS het meest belangrijke Nederlandse verdrag met een LOB-bepaling betreft en LOB-bepalingen in andere verdragen niet wezenlijk verschillen ten opzichte van artikel 26 van dit verdrag, neem ik deze bepaling als voorbeeld voor mijn analyse. Door de gelijkens met de LOB-bepalingen in andere verdragen geldt de analyse in beginsel tevens voor die bepalingen. Volgens het eerste lid van artikel 26 is het uitgangspunt van dit verdrag dat een belastingplichtige enkel recht heeft op de voordelen van het verdrag, indien de belastingplichtige een voldoende band heeft met een van de verdragsluitende staten (ook wel een *qualified person* genoemd)⁷⁵. In tegenstelling tot vele andere verdragen is enkel inwonerschap dus niet voldoende om in beginsel een beroep te kunnen doen op de verdragsvoordelen. De hierboven genoemde ‘voldoende band’ wordt objectief getoetst op basis van de in het artikel opgenomen criteria. De belastingplichtige dient aan een van deze criteria te voldoen om gerechtigd te zijn tot de verdragsvoordelen. Een simplistische weergave van de opgenomen toetsen luidt als volgt:

- Directe beurstoets (*public company-test*): de voornaamste soort aandelen is genoteerd aan en wordt voornamelijk verhandeld op een erkende effectenbeurs in de EU/EER respectievelijk de NAFTA⁷⁶, en de plaats van leiding en het bestuur is gelegen in het land waar de vennootschap inwoner is;

⁷⁴ H.J. Levine & M.J. Miller, ‘U.S. Income Tax Treaties — The Limitation on Benefits Article’ (Portfolio 936), Premier International Tax Library, Bloomberg BNA: 2016, hoofdstuk V, paragraaf A.

⁷⁵ Zie I.K. Sugarman, ‘The U.S.-Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers’ (1993), Fordham International Law Journal, Vol. 17: Issue 3, article 9, p. 778.

⁷⁶ North American Free Trade Agreement: dit is een vrijhandelsovereenkomst tussen de Verenigde Staten, Mexico en Canada.

- Indirecte beurstoets (*indirect public company-test*): meer dan 50% van de aandelen wordt onmiddellijk of middellijk met een maximum van vijf tussenschakels, die allen gelegen zijn in Nederland of de Verenigde Staten, gehouden door een beursgenoteerde vennootschap;
- Aandeelhouderstoets (*derivative benefits; ownership and base erosion-test*): 95% van het totale stemrecht en de totale waarde van de belastingplichtige wordt direct of indirect gehouden door zeven of minder personen die inwoner zijn van een land in de EU/EER of de NAFTA en tevens kwalificeren voor verdragsvoordelen, en minder dan 50% van het jaarlijkse bruto inkomen van de belastingplichtige wordt direct of indirect betaald aan niet kwalificerende personen;
- Activiteitentoets (*active trade or business-test*): de belastingplichtige is actief betrokken bij het uitvoeren van bedrijfsmatige activiteiten;
- Hoofdkantoortoets (*headquarters-test*): de belastingplichtige kwalificeert als hoofdkantoor van een multinationale groep;
- Scheep- en luchtvaarttoets (*shipping and air transport-test*): indien inkomen in de zin van artikel 8 (Scheeps- en luchttransport) van het verdrag wordt verkregen en meer dan 50% van het belang in de belastingplichtige wordt gehouden door gekwalificeerde personen, of als de belastingplichtige verhandeld wordt op een erkende effectenbeurs in een derde staat.

Zoals eerder in dit hoofdstuk is omschreven, is bij een SAAR de duidelijke omschrijving van begrippen een essentieel onderdeel van de bepaling. De geformuleerde definities worden in de LOB-bepaling van het verdrag uitgebreid uitgewerkt in de desbetreffende leden. Zelfs de hoofdkantoortoets bevat een uitgebreide omschrijving van hetgeen wordt verstaan onder internationaal hoofdkantoor. Om verdere onduidelijkheid zo veel mogelijk te voorkomen en om maximaal recht te doen aan de rechtszekerheid van de bepaling, wordt in lid 8 van de bepaling dan ook aan veel van de in de verschillende toetsen genoemde termen, waarbij onzekerheid zou kunnen ontstaan, een specifieke invulling gegeven. Zo wordt in dit lid onder meer een invulling gegeven aan hetgeen wordt verstaan onder 'erkende effectenbeurs' en 'voornaamste aandelen'. Naast de genoemde toetsen bevat de LOB-bepaling in lid 7 een zogenoemde vangnetbepaling, waarin verdragstoepassing alsnog kan worden toegekend indien niet aan de andere toetsen wordt voldaan. Deze vangnetbepaling is gebaseerd op een generieke toets en wordt in deze paragraaf dus niet uitgebreid behandeld. De bepaling stelt kort gezegd dat, indien het verkrijgen van de voordelen van het verdrag niet het voornaamste doel van de belastingplichtige is, een van de verdragsluitende staten alsnog de voordelen van het verdrag kan toekennen.

Het uitgangspunt van het belastingverdrag met de Verenigde Staten waarin een LOB-bepaling is opgenomen, zorgt er mijns inziens voor dat een hoge mate van doeltreffendheid kan worden bereikt.

Een persoon die niet voldoet aan een van de criteria van de LOB-bepaling, en hierdoor wordt geacht een onvoldoende band te hebben met een van de verdragslanden, is immers niet gerechtigd tot de verdragsvoordelen. In tegenstelling tot andere belastingverdragen waarin verdragsvoordelen worden geweigerd indien sprake is van oneigenlijk gebruik, kan door beide verdragspartners met behulp van een LOB-bepaling specifiek worden gekozen welke personen gerechtigd zijn tot de verdragsvoordelen. Naast de hoge mate van doeltreffendheid is bij een dergelijke bepaling sprake van een hoge mate van rechtszekerheid. Een LOB-bepaling is immers zeer object, gedetailleerd en zorgvuldig geformuleerd; begrippen die zonder toelichting enige onduidelijkheid met zich zouden brengen zijn (al dan niet cijfermatig) toegelicht. Hiernaast is in een LOB, op een eventuele vangnetbepaling na, geen sprake van subjectieve toetsing, waardoor alle partijen in principe op hetzelfde niveau zitten bij de interpretatie van de bepaling. De LOB-bepaling scoort mijns inziens tevens goed op het punt van evenredigheid. Het risico tot *overkill* of *underkill* is uiteraard aanwezig indien de bepalingen te streng respectievelijk te zwak worden afgesteld, maar in beginsel kunnen de verdragspartners exact samenstellen wat zij gezamenlijk als (on)eigenlijk gebruik achten en de bepaling hierop afstemmen. Een goede afstemming leidt op deze manier tot een duidelijke grens waar sprake zal zijn van een hoge mate van evenredigheid. Deze goede afstemming is uiterst belangrijk, aangezien de uitwerking van de bepaling niet ten koste mag gaan van eigenlijke gebruikers van het belastingverdrag. Om dit risico grotendeels te elimineren is er echter gekozen voor een vangnetbepaling waarin belastingplichtigen alsnog in aanmerking kunnen komen voor de verdragsvoordelen indien oneigenlijk gebruik niet aan de orde is. Deze vangnetbepaling is mijn mening een zeer goede aanvulling en elimineert een eventuele *overkill* in de bepaling. De LOB-bepaling scoort in tegenstelling tot de bovengenoemde punten echter minder goed op het eenvoudscriterium. Een LOB-bepaling is vaak zeer uitgebreid om de rechtszekerheid ten goede te komen, hetgeen nadelig werkt op de eenvoud van de bepaling. Door deze complexiteit is de bepaling lastig te lezen, te begrijpen en te handhaven. Dit resulteert mijns inziens in het feit dat de bepaling tevens slecht scoort op het doelmatigheids criterium. Vanuit het oogpunt van de belastingplichtige is de complexiteit een drempel om het verdrag op een juiste manier toe te passen, dit kan leiden tot hogere kosten. Vanuit het oogpunt van de belastingautoriteit en de overheid is tevens een grotere mate van (belastingtechnische) kennis nodig om tot de juiste formulering van de bepalingen te komen bij de verdragsonderhandelingen en om deze daarna zo goed mogelijk te kunnen handhaven. Door de objectieve criteria die in de bepaling worden gesteld, zoals bijvoorbeeld het gehouden percentage door een aandeelhouder of het bepalen van de oorsprong van een bepaald inkomen, zorgt een LOB-bepaling voor een aanzienlijke administratieve last bij de belastingautoriteit.

Naast het verdrag met de Verenigde Staten is het verdrag tussen Nederland en Japan het belangrijkste verdrag dat een LOB-bepaling bevat. In tegenstelling tot de hierboven behandelde bepaling heeft de bepaling in het verdrag met Japan enkel repercussies voor het dividend-, interest-, royalty's-, vervreemdingswinsten- en het overige inkomstenartikel. Op dit feit na heeft de bepaling echter een soortgelijke opbouw als de bepaling in het verdrag met de Verenigde Staten; het bezit eveneens specifieke regels omtrent *qualified persons* en heeft daarbij een beurstoets, aandeelhouderstoets, activiteitentoets, hoofdkantoorstoets en een vangnetbepaling. De invulling van de specifieke termen verschilt echter ten opzichte van de bepaling met de Verenigde Staten; hetgeen immers te verwachten is met een dergelijke bepaling. De verdragsluitende staten kunnen hun grenzen zo duidelijk bepalen.

3.3 Generieke maatregelen

3.3.1 Algemeen

Naast de in de vorige paragraaf behandelde specifieke antimisbruikmaatregelen bestaan voor de wetgever tevens maatregelen van een meer generieke of algemene aard. In deze generieke antimisbruikbepalingen, of *general anti-avoidance rules* (hierna: GAARs), wordt in tegenstelling tot de specifieke variant bewust gekozen voor een minder concrete formulering van de grens tussen eigenlijk en oneigenlijk gedrag. Door deze brede formulering is een generieke maatregel niet gebonden aan de letterlijke tekst of objectieve toetsing van een specifieke maatregel. Hierdoor is het mogelijk om met een generieke maatregel constructies of transacties te bestrijden die in beginsel volgens de letter van de wet als legaal zouden moeten worden aangemerkt. Een ander positief aspect van een generieke maatregel is het feit dat deze subjectieve toets niet concreet hoeft te worden uitgewerkt en daarmee de complexiteit van de belastingwet aanzienlijk verlaagt ten opzichte van een specifieke maatregel.

In de literatuur en de praktijk wordt een *general anti-abuse rule* soms tevens aangeduid als een GAAR. Deze term kent mijns inziens in principe echter een verschillende invulling dan een *general anti-avoidance rule*. Hoewel het verschil klein lijkt, kan een *general anti-abuse rule* (hierna: GAA(b)R) worden gezien als een minder vergaande variant van de GAAR en zal deze dus een minder breed spectrum van situaties omvatten. Als de letterlijke vertaling wordt gevolgd dan zou een GAA(b)R zich enkel verzetten tegen misbruik, waarbij een GAAR hiernaast tevens (ongewenste) belastingontwijking zal bestrijden. Dit verschil tussen misbruik en ongewenste belastingontwijking is, zoals in het vorige hoofdstuk uitvoerig is besproken, echter zeer lastig te bepalen. De formulering van een GAAR en een GAA(b)R kan daarmee dus in theorie aan elkaar gelijk zijn, maar de (bedoelde) invulling van de maatregel van de belastingautoriteit kan tussen deze twee verschillen. In essentie zal een GAA(b)R echter enkel op zeer agressieve transacties of constructies gedoeld zijn en wordt een GAAR op een

breder gebied gebruikt. Een voorbeeld hiervan is de in 2013 geïntroduceerde en per januari 2015 in werking getreden generieke maatregel in het Verenigd Koninkrijk⁷⁷. Deze maatregel wordt in officiële documenten een *general anti-abuse rule* genoemd, hetgeen meer zekerheid zou moeten geven aan belastingplichtigen dat ‘gebruikelijke’ transacties en belastingontwijking niet onder het bereik van deze nieuwe regelgeving zouden moeten vallen. De vraag of dit effectief ook het geval is of dat deze woordspeling enkel is bedoeld om de belastingplichtigen schijnzekerheid te geven, is niet geheel duidelijk en zal moeten blijken uit toekomstige (Engelse) jurisprudentie.

Uit het feit dat een verschil bestaat tussen de toepassing van een GAA(b)R en een GAAR is impliciet zowel een voordeel als een nadeel af te leiden. Een oorspronkelijk bedoelde GAA(b)R, welke enkel is bedoeld om extreme situaties te bestrijden, kan over de tijd meebewegen met de politieke opvattingen van die tijd. Dit brengt een mate van flexibiliteit van de bepaling met zich die in specifieke antimisbruikmaatregelen niet is te vinden, deze dienen immers bij iedere verandering van de invulling van de term ‘ongewenste belastingontwijking’ door middel van een wetswijziging te worden vernieuwd. Een generieke maatregel kan daarentegen iedere onwettelijke transactie of constructie bestrijden die in het verleden heeft plaatsgevonden, zolang deze uiteraard niet zijn verricht vóór de invoering van de generieke maatregel. Deze mate van flexibiliteit is naar mijn mening echter tevens een groot nadeel van een generieke maatregel. Een belastingautoriteit kan deze flexibiliteit namelijk in haar voordeel gebruiken en de regels strenger gebruiken in situaties waar dit haar uitkomt dan in eerste instantie is bedoeld met de maatregel. Dit brengt grote rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen met zich. Deze rechtsonzekerheid is zeer nadelig voor het vestigingsklimaat van een land en kan daarmee zowel een negatief effect hebben op belastingplichtigen als de inkomsten van overheden; rechtszekerheid en rechtsbescherming is dan ook een zeer belangrijk aspect van een goed (belasting)wetsysteem⁷⁸.

Een voorbeeld van de hierboven genoemde flexibiliteit van een GAAR is te vinden in de geschiedenis van de Australische GAAR. Ten tijde van haar introductie werd de Australische generieke maatregel enkel gebruikt om “blatant, artificial or contrived” transacties te bestrijden. Tegenwoordig wordt de maatregel echter in een aanzienlijk breder spectrum van situaties gebruikt⁷⁹. Door de groeiende

⁷⁷ Zie United Kingdom - Finance Bill 2013, part 5.

⁷⁸ Voor een uitgebreider stuk omtrent dit onderwerp verwijs ik naar G.J.M. Corstens, ‘Rechtszekerheid en rechtsbescherming’, *WFR 2016/141*. Ondanks het feit dat Nederland de 5^e plek houdt op de ranglijst van het World Justice Project (zie ‘WJP Open Government Index, 2015 Report’) voor rechtszekerheid per land, pleit Corstens in dit artikel voor meer rechtszekerheid en een betere rechtsbescherming in de Nederlandse fiscale wetten.

⁷⁹ EY, ‘GAAR rising: Mapping tax enforcement’s evolution’, februari 2013, p. 15.

negatieve opvatting tegenover (internationale) belastingontwijking, lijkt deze ontwikkeling van een GAA(b)R in een GAAR steeds vaker voor te komen. Hoewel dit voor belastingautoriteiten de mogelijkheid biedt om gemakkelijker ongewenst gedrag te bestrijden, brengt dit grote rechtsonzekerheid met zich voor belastingplichtigen. Een manier om deze rechtsonzekerheid (deels) te voorkomen wordt gegeven in de Policy Statement van het International Chamber of Commerce⁸⁰. In het Policy Statement wordt aan belastingautoriteiten aanbevolen om zekerheid vooraf in de vorm van een *advanced tax ruling* (ATR) te verstrekken, indien in de wet van het desbetreffende land een generieke maatregel is opgenomen. Ik sluit mij aan bij deze zienswijze, maar benadruk dat de mogelijkheid om een ATR te sluiten met de belastingautoriteit geen excuus is om vele generieke maatregelen in de wet (of een verdrag) op te nemen. Het sluiten van een ATR kost immers tijd, moeite en daarmee geld voor belastingplichtigen en zal de rechtsonzekerheid van de bepaling niet volledig oplossen; dit alles gaat ten koste van de bedrijvigheid in dat land.

Door het feit dat meerdere interpretaties van een generieke maatregel mogelijk zijn, rijst de vraag bij wie de bewijslast ligt op het moment dat een bepaalde transactie of constructie door de inspecteur wordt aangemerkt als onwettig. In een onderzoek van EY uit 2013 bleek dat in zeven van de 24 onderzochte landen de bewijslast is verdeeld tussen de belastingautoriteit en de belastingplichtige. Hiermee wordt bedoeld dat zowel de belastingautoriteit oneigenlijk gedrag dient aan te tonen als dat het aan de belastingplichtige is om deze beschuldiging te ontkrachten⁸¹. Uit het onderzoek bleek daarnaast dat zelfs in negen van de onderzochte landen de bewijslast volledig bij de belastingplichtige ligt. In de overige landen van het onderzoek, waaronder Nederland, ligt de (initiële) bewijslast bij de belastingautoriteit⁸². Mijns inziens is de laatste uitwerking de juiste, de bewijslast dient bij een generieke maatregel bij de inspecteur te liggen. Een generieke maatregel is immers reeds een hulpmiddel om onwettige transacties en constructies te bestrijden en indien hier door de belastingautoriteit een beroep op wordt gedaan, dient deze te bewijzen dat, en op welke grond, deze transacties of constructie inderdaad als onwettig dient te worden aangemerkt. Indien de bewijsplicht volledig bij een belastingplichtige zou liggen, zou dit mijns inziens in strijd zijn met het

⁸⁰ ICC Policy Statement, Application of Anti-Avoidance Rules in the field of taxation, januari 2012, No. 180/519.

⁸¹ EY, 'GAAR rising: Mapping tax enforcement's evolution', februari 2013, p. 13.

⁸² In Nederland geldt wat betreft de bewijslast in het fiscale procesrecht als uitgangspunt de vrije bewijsleer. Dit houdt in dat de rechter vrij is in de keuze van de bewijsmiddelen en in de waardering van de bewijsmiddelen en de daaruit voortvloeiende bewijsgronden (zie P. Meyjes et al., Fiscaal Procesrecht, vierde druk, Kluwer, Deventer, 1997, p. 105-108). In geval de inspecteur het leerstuk van *fraus legis* wenst toe te passen, is het op basis van BNB 1984/12 aan hem om aannemelijk te maken dat door belastingplichtige is voldaan aan het motiefvereiste. Het is daarna pas aan de belastingplichtige om aan te tonen dat (tevens) een niet-fiscaal oogmerk van meer dan bijkomstige betekenis aanwezig was. Naar mate de transactie ongebruikelijker is, verschuift de bewijslast naar de belastingplichtige om zijn onschuld aannemelijk te maken. De (on)gebruikelijkheid hangt af van de feiten.

beginsel van de onschuldpresumptie; ieder is onschuldig totdat het tegendeel is bewezen. Uiteraard is het maar de vraag of alle landen in het door EY uitgevoerde onderzoek dit beginsel tevens kennen.

Een GAAR kan, net als een SAAR, worden toegepast in zowel een nationaal als internationaal verband. Zo kan een GAAR worden opgenomen in de nationale fiscale wetten, tot stand komen door uitspraken in de jurisprudentie of kan een GAAR worden opgenomen in een bilateraal of multilateraal belastingverdrag. In de volgende twee subparagrafen wordt ingegaan op verschillende GAARs in zowel nationaal respectievelijk internationaal verband.

3.3.2 Nationaal

Om de in paragraaf 3.2 genoemde gebreken van een specifieke antimisbruikmaatregel te voorkomen, kan een wetgever een GAAR opnemen in de wet. In de Nederlandse fiscale wetgeving is dit bijvoorbeeld sinds 29 april 1925 gedaan door opname van het leerstuk van de richtige heffing in artikel 31 AWR⁸³. Deze bepaling houdt in dat de desbetreffende rechtshandeling achterwegen blijft bij het bepalen van de verschuldigde belasting waar de ontduiking op is gericht. Het artikel is enkel gericht op de directe belastingen. De aanleiding van de invoering van een dergelijke generieke maatregel in de nationale wet was de veel voorkomende belastingontwijking met behulp van NV's in de jaren twintig⁸⁴. Destijds waren NV's namelijk niet onderworpen aan winstbelasting en werden zij slechtst belast door dividend- en tantiëmebelasting. Door middel van het oprichten van een NV en het inbrengen van de onderneming of het vermogen en vervolgens weinig tot geen dividend uit te keren, kon men de heffing van inkomstenbelasting ontwijken. Door toepassing van het leerstuk van de richtige heffing kon deze praktijk worden voorkomen door het oprichten van de NV te negeren bij de vaststelling van het belastbaar bedrag, waardoor resultaten van de NV alsnog direct bij de aandeelhouder belast konden worden. In BNB 1968/80 heeft de Hoge Raad drie criteria geformuleerd welke vanaf dat moment het uitgangspunt voor het leerstuk van de richtige heffing betreffen: (i) de vrijdeling van de belastingheffing is de doorslaggevende beweegreden van de belastingplichtige, (ii) de belastingplichtige heeft in strijd met de strekking van de fiscale wetgeving gehandeld, en (iii) de belastingplichtige heeft niet op normale wijze gebruik gemaakt van toelaatbare middelen om belasting te ontgaan⁸⁵. Ondanks het feit dat artikel 31 AWR nog altijd in de fiscale wet is opgenomen, wordt het leerstuk van de richtige heffing niet meer gebruikt. De reden hiervan volgt in deze paragraaf.

⁸³ Zie Wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belasting van 29 april 1925 (Wet RH 1925).

⁸⁴ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 7.4.1.

⁸⁵ HR 27 december 1967, nr. 15 772, BNB 1968/80.

Een andere mogelijkheid van de totstandkoming van een GAAR is door middel van rechterlijke uitspraken, zoals in Nederland het geval is geweest bij het leerstuk van *fraus legis*. In het zogenaamde driedagenarrest uit 1926 is de grondslag van dit leerstuk neergelegd door de Hoge Raad⁸⁶. In dit arrest was sprake van een constructie waarbij een heffing op basis van het toenmalige artikel 11 Successiewet 1859 werd voorkomen. In dit artikel was een fictie opgenomen dat indien een schenker een ander bevoordeelde op voorwaarde dat diegene een periodieke uitkering zou verstrekken aan die schenker tot het moment van overleiden van die schenker, de bevoordeling werd geacht te zijn verkregen uit de boedel van de schenker. De belastingplichtige ontving in deze casus echter geld om een periodieke uitkering te verstrekken aan de schenker tot het moment drie dagen vóór het overleiden van de schenker. De Hoge Raad oordeelde:

“dat art. 11 der Successiewet bevoordeelingen als de onderwerpelijke schenking belast, indien de schenker tot zijn dood recht had op de Seriodieke uitkeering, die hij ter gelegenheid er bevoordeeling voor zich heeft bedongen; dat geacht mag worden vast te staan, dat bij het maken van het beding krachtens hetwelk de periodieke uitkering niet bij het overlijden maar drie dagen vóór het overlijden van den schenker zou ophouden, geen ander belang heeft bestaan en geene andere bedoeling heeft voorgezeten dan om de werking van genoemd wetsvoorschrift te verijdelen;

dat hier eene periodieke uitkering is tot stand gekomen, die practisch op ééne lijn is te stellen met eene die tot aan het overlijden van den gerechtigde voortduurt, en dan ook de door partijen geschapen rechtstoestand zóózeer aan den door de wet aan belasting onderworpen toestand nabijkomt, dat doel en strekking der wet zouden worden miskend, indien de in fraudem legis gepleegde handeling der partijen niet evenzeer als de in de wet voorziene verrichting door de belasting werd getroffen.”⁸⁷

De Hoge Raad stelde hier een drietal voorwaarden voor de toepassing van *fraus legis*:

1. Geen ander belang en geen andere bedoeling dan het verijdelen van een wetsvoorschrift;
2. De transactie of constructie is op één lijn te stellen met de situatie waar het wetsvoorschrift voor is bedoeld;
3. Het doel en de strekking van de wet wordt miskend, indien de transactie of constructie niet evenzeer als de in de wet voorziene verrichting door de belasting werd getroffen.

⁸⁶ HR 26 mei 1926, *NJ 1926*, 723.

⁸⁷ HR 26 mei 1926, *NJ 1926*, 723 (onderstreping M.C. Rasenberg).

In dit arrest wordt het oneigenlijke gedrag van belastingplichtige bestreden door middel van een niet in de wet opgenomen antimisbruikmaatregel. De situatie wordt door de Hoge Raad in dit arrest vergeleken met een situatie waarop het wetsartikel ziet en indien deze (onder meer) “praktisch op één lijn zijn te stellen” wordt de situatie waar het wetsartikel gebruikt om de belastingheffing te bepalen. Deze wijze van het corrigeren van oneigenlijk gedrag op basis van het doel en de strekking van een bepaald wetsartikel wordt ook wel de *substitutiemethode* genoemd.

Dit leerstuk van *fraus legis* werd na het driedagenarrest echter weinig toegepast, aangezien de wet voorzag in het eerdergenoemde rechtsmiddel van de richtige heffing en in de rechtspraak vooral een beroep op dit wetsmatige middel werd gedaan⁸⁸. *Fraus legis* bestond destijds op de achtergrond als een ongeschreven leerstuk, maar is sinds het arrest van 21 november 1984 gegroeid tot een belangrijk rechtsmiddel voor de belastingdienst om oneigenlijk gedrag te bestrijden⁸⁹. In dit arrest werd na bijna zestig jaar het leerstuk van *fraus legis* bevestigd en gaf de Hoge Raad een nieuwe (bredere) invulling van het begrip. Het formuleerde hierbij drie hoofdcriteria:

“(…) dat de onderwerpelijke transacties voor belanghebbende buiten het daarmee beoogde fiscale voordeel geen reële, praktische, betekenis hadden.

(…) dat voor belanghebbende het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief is geweest voor het sluiten van de onderwerpelijke transacties.

(…) (dat) doel en strekking van artikel 35 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zouden worden miskend.”⁹⁰

Niessen merkt op dat de toepassing van *fraus legis* met de bovenstaande criteria vrijwel gelijk is geworden aan de toepassing van het rechtsmiddel van de richtige heffing en dat enkel formele verschillen zich voordoen⁹¹. Om deze reden wordt de richtige heffing niet langer toegepast en wordt voor dergelijke situaties enkel beroep gedaan op het leerstuk van *fraus legis*. Ten opzichte van de in het driedagenarrest geformuleerde criteria wordt in de bovenstaande criteria gesproken van een ‘volstrekt overwegend motief’ in tegenstelling tot het ‘geen ander belang en geen andere bedoeling dan (...)’. Deze aanpassing en de toevoeging van de ‘reële, praktische betekenis’-toets hebben de toepassing van *fraus legis* aanzienlijk verbreed.

⁸⁸ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 7.4.2.

⁸⁹ HR 21 november 1984, nr. 22 092, *BNB 1985/32*.

⁹⁰ HR 21 november 1984, nr. 22 092, *BNB 1985/32*, r.o. 4.1.

⁹¹ R.E.C.M. Niessen, ‘Richtige heffing en *fraus legis*’, *WFR 1984/1661*, p. 2.

Afleidend uit het bovenstaande arrest wordt een (serie van) transactie(s) aangemerkt als *fraus legis*, indien aan zowel het *motiefvereiste* (ook wel *verijdelingsvereiste* genoemd) als het *normvereiste* (ook wel *doel- en strekkingsvereiste* genoemd) wordt voldaan. Aan het motiefvereiste wordt voldaan als het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing het volstrekt overwegende motief van de transactie(s) is geweest. Dit is een zeer subjectief criterium, aangezien het motief van de belastingplichtige wordt getoetst. Het is daarbij immers lastig aan te tonen wat het motief van de belastingplichtige zou zijn geweest en daarbij dat het vrijdelen van de belastingheffing het volstrekt overwegende motief is geweest. Indien de inspecteur heeft aangetoond dat het vrijdelen van de belastingheffing daadwerkelijk een (overwegend) motief is geweest van de desbetreffende rechtshandeling, is het aan de belastingplichtige om aan te tonen dat andere dan fiscale overwegingen een meer dan bijkomstige rol hebben gespeeld om onder de toepassing van *fraus legis* uit te komen⁹². Zie hieromtrent de eerder besproken vrije bewijsleer.

Aan het normvereiste wordt voldaan, indien in strijd met het doel en de strekking van de wet wordt gehandeld. Wanneer precies in strijd met de wet wordt gehandeld is niet geheel duidelijk. Een handeling lijkt echter in ieder geval niet in strijd met de wet te zijn, indien bijvoorbeeld zonder omwegen wordt gekozen voor een bepaalde rechtsvorm of wanneer de belastingplichtige de belastingdruk verplaatst naar een andere binnenlandse grondslag⁹³. Het is tevens niet in strijd met de wet om een bepaalde (fiscaal gunstige) financiering te kiezen; een belastingplichtige heeft de vrijheid om de financiering van zijn vennootschap of van zijn deelneming zelf vorm te geven⁹⁴. Een bepaalde ongebruikelijke of fiscaal optimale financiering kan dus niet enkel leiden tot een succesvol beroep op *fraus legis*.

Indien een transactie of serie van transacties wordt aangemerkt als *fraus legis* kunnen twee uitkomsten worden gehanteerd⁹⁵. De eerste betreft de eerdergenoemde substitutiemethode, waarbij de situatie wordt afgehandeld alsof de (serie van) transactie(s) een situatie betreft die in de wet wordt beschreven en die op één lijn kan worden gesteld met de (serie van) transactie(s). Deze methode wordt onder andere gebruikt in de kasgeldjurisprudentie⁹⁶ en de jurisprudentie omtrent belastingbesparende constructies met lijfrenten en levensverzekeringen vóór emigratie⁹⁷. De andere methode betreft de

⁹² Zie HR 21 september 1983, nr. 22 060, *BNB 1983/316* inzake het motiefvereiste van de richtige heffing.

⁹³ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 7.5.3.B.f.

⁹⁴ Zie onder meer HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB 2014/79* en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, *BNB 2014/80*, waarin nadrukkelijk is geoordeeld dat op basis van de keuzevrijheid een bepaalde wijze van financiering niet in strijd is met het doel en de strekking van de wet en dus niet kan leiden tot *fraus legis*.

⁹⁵ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 7.5.5.A.

⁹⁶ HR 11 juli 1990, nr. 25 579, *BNB 1990/290*.

⁹⁷ HR 13 maart 1974, nr. 17 214, *BNB 1976/197*.

eliminatiemethode. Bij deze methode wordt de situatie afgehandeld alsof (een deel van) de desbetreffende *fraus legis*-handeling niet heeft plaatsgevonden. Deze methode wordt onder andere gebruikt in de winstdrainage-arresten⁹⁸. Recentelijk is een conclusie van A-G IJzerman gepubliceerd waarin zelfs wordt gepleit om het gehele samenstel van rechtshandelingen volledig te negeren (eliminieren) bij de toepassing van *fraus legis* op deze casus⁹⁹. De eliminatiemethode is tevens terug te vinden in de geschiedenis van het Engelse belastingrecht in de zogenaamde Ramsay-doctrine¹⁰⁰. Lord Hoffman meldt in een belastingzaak uit 2001 het volgende:

“The transactions were not a pretence. But they had no commercial purpose. They were purely for the purpose of avoiding tax and therefore fell within the Ramsay principle. Under that principle, they should be disregarded. Whatever might be their legal effect as between the parties, the absence of a commercial purpose meant that they did not count as payments.”¹⁰¹

Fraus legis voorziet in tegenstelling tot het leerstuk van de richtige heffing dus niet enkel in eliminatie om de situatie recht te zetten, maar tevens in de substitutiemethode. Wanneer substitutie dan wel eliminatie de meest correcte wijze is om de situatie zo goed mogelijk in lijn met het doel en de strekking van de wet te brengen hangt, zoals blijkt uit de verschillende arresten, af van de specifieke feiten en omstandigheden. Uit de jurisprudentie waarin een succesvol beroep op *fraus legis* is gedaan, lijkt in de meeste gevallen de voorkeur te gaan naar de substitutiemethode. Op deze manier kan immers in vele gevallen de meest correcte situatie worden vastgesteld en kan het belastbaar bedrag op een correcte wijze worden berekend. De eliminatiemethode wordt onder het leerstuk van *fraus legis* enkel gebruikt indien aan de rechtshandeling absoluut geen betekenis toekomt (afgezien van het fiscale motief)¹⁰². Een dergelijke behandeling werd in het eerdergenoemde kernarrest BNB 1985/32 toegepast. Dit kan daarnaast bijvoorbeeld worden toegepast met betrekking tot concernfinancieringen. Door het (fiscaal) elimineren van de concernleningen kan de rente vervolgens niet worden afgetrokken en kan het correcte belastbaar bedrag worden berekend¹⁰³. Tevens krijgt een dergelijke eliminatie de voorkeur in een situatie waar door het elimineren van de eerste rechtshandeling in een reeks van rechtshandelingen het belastbaar bedrag op een correcte wijze kan worden berekend. Deze methode

⁹⁸ Zie onder meer HR 26 april 1989, nr. 24 446, *BNB 1989/217* en HR 7 juni 1989, nr. 24 239, *BNB 1990/72* en HR 10 maart 1993, nr. 27 992, *BNB 1993/195*.

⁹⁹ Zie Conclusie A-G IJzerman in de zaak nr. 15/04988, 2 september 2016, punt 7.42. Zie V-N 2015/59.1.2 voor de hofuitspraak inzake deze casus; het hof had de toepassing van *fraus legis* reeds bevestigd, onder aanbrenging van een beperking in de toepassing van *fraus legis*.

¹⁰⁰ Zie *Ramsay v. IRC*, [1982] A.C. 300 en *IRC v. Burmah Oil Co. Ltd.*, [1982] S.T.C. 30, H.L.(Sc.).

¹⁰¹ Lord Hoffmann in *MacNiven v Westmoreland Investments Ltd*, UKHL 6 [2001], 27.

¹⁰² R.E.C.M. Niessen, ‘Richtige heffing en *fraus legis*’, *WFR 1984/1661*, paragraaf ‘*fraus legis*’.

¹⁰³ Zie onder andere HR 26 april 1989, nr. 24 446, *BNB 1989/217* en HR 7 juni 1989, nr. 24 239, *BNB 1990/72*.

is onder meer gehanteerd in BNB 1997/369. In dit arrest was sprake van belanghebbende en zijn broer, welke beide aandeelhouder waren van twee vennootschappen met hoge winstreserves, E BV en F BV. E BV plaatste vervolgens aandelen in F BV, wat tot agio bij E BV leidde. Kort hierna reikte E BV bonusaandelen uit aan beide aandeelhouders ten laste van de agioreserve en aan F BV ten laste van de winstreserve. Toepassing van *fraus legis* werd door het Hof gehonoreerd. De Hoge Raad formuleerde:

“Toepassing van dit leerstuk leidt in het onderhavige geval ertoe dat, nu de plaatsing van de (...) aandelen bij F BV geen reële praktische betekenis had, daarmee voor de heffing van de inkomstenbelasting geen rekening wordt gehouden. Dit brengt mee dat ook geen rekening wordt gehouden met enig door deze emissie bij E BV ontstaan agio. Met het nominaal gestort kapitaal waarin door de uitreiking van bonusaandelen aan belanghebbende en zijn broer het gecreëerde agio is omgezet, wordt dan evenmin rekening gehouden. Aangezien door die uitreiking van bonusaandelen ook geen winstreserves zijn omgezet in nominaal gestort kapitaal moet op die aandelen geacht worden niets te zijn gestort.”¹⁰⁴

De vraag of *fraus legis* naast specifieke antimisbruikbepalingen kan worden toegepast, dient bevestigend te worden beantwoord. In het arrest van 11 juli 2008 is door de Hoge Raad geoordeeld dat *fraus legis* tevens kan worden toegepast op een 10a-casus, hetgeen een specifieke antimisbruikmaatregel tegen renteaftrek betreft¹⁰⁵. Dit is tevens in de recente zaak van 8 juli 2016 opnieuw bevestigd door de Hoge Raad, ook dit betrof een 10a-casus¹⁰⁶. *Fraus legis* kan daarnaast tevens worden toegepast in geval de wetgever op de hoogte was van het soort ontwijkingsgedrag, maar dit (nog) niet in de wet heeft gerepareerd¹⁰⁷. Dit is naar mijn mening een merkwaardig punt. Indien bijvoorbeeld uit de parlementaire toelichting van de invoering van een wet blijkt dat de wetgever op de hoogte zou zijn van een bepaald soort ontgaansmogelijkheid en hij deze (bewust) niet door middel van een bepaling voorkomt, is het mijns inziens vanuit een rechtszekerheidsoogpunt zeer onwenselijk om deze ontgaansmogelijkheid alsnog te kunnen bestrijden met het leerstuk van *fraus legis*. Ik ben dan ook van mening dat indien in die toelichting niet expliciet wordt vermeld dat de desbetreffende ontgaansmogelijkheid in de toekomst zal worden bestreden door de invoering van een specifieke maatregel of expliciet wordt vermeld dat hetgeen in strijd met het doel en de strekking van

¹⁰⁴ HR 22 juli 1997, nr. 31260, *BNB 1997/369*, r.o. 3.7.

¹⁰⁵ HR 11 juli 2008, nr. 43 476, *BNB 2008/266*.

¹⁰⁶ HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, r.o. 2.5.

¹⁰⁷ Zie met name HR 15 maart 2013, nr. 11/05609, *BNB 2013/151* en tevens HR 10 juli 2009, nr. 43 363, *BNB 2009/237*.

de wet is, het leerstuk van *fraus legis* geen toepassing zou moeten vinden¹⁰⁸. In BNB 2009/237 en BNB 2013/151 heeft dit echter wel plaatsgevonden, hetgeen naar mijn mening de rechtszekerheid van nieuwe (of vernieuwde) bepalingen niet ten goede komt. Indien het echter zeer duidelijk is dat de wetgever het soort ontwijkingsgedrag gewenst heeft geacht door hier geen antimisbruikmaatregel voor in de wet op te nemen (een verkapte faciliteit), zal geen sprake zijn van strijdigheid met de strekking van de wet en zal *fraus legis* dus geen toepassing vinden:

“Een aandeelhouder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid handelt niet in strijd met doel en strekking van artikel 4, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet indien hij aandelen in een onroerend-goedlichaam niet zelf verkrijgt maar door de besloten vennootschap doet verkrijgen, ook niet indien hij zelf reeds aandelen in het onroerend-goedlichaam hield. Aangenomen moet worden dat als de wetgever deze voor de hand liggende ontgaansmogelijkheid had willen uitsluiten, hij daarvoor een regeling zou hebben getroffen.”¹⁰⁹

Een soortgelijke opvatting werd gegeven in een drietal arresten uit 1988 omtrent de ‘verwatering’ van *ab-pakketten*: het feit dat belastingverijdeling wellicht de doorslaggevende beweegreden was om de rechtshandelingen te verrichten, leidde er in deze situaties niet toe dat gesproken kon worden van rechtshandelingen welke in strijd met het doel en de strekking van de wet kwamen¹¹⁰. Dit lijkt echter een uitzondering op de regel en de auteurs van de *Cursus Formeel Belastingrecht* zijn dan ook van mening dat dit zich aldus niet snel zal voordoen¹¹¹. Waar echter de grens ligt tussen een verkapt gefaciliteerde ontgaansmogelijkheid die niet bestreden kan worden met *fraus legis* en een bekende ontgaansmogelijkheid waar geen maatregelen tegen zijn getroffen, maar die wel in strijd met doel en strekking met de wet zou zijn, is niet geheel duidelijk en zorgt opnieuw voor minder duidelijkheid en daarmee een mindere mate van rechtszekerheid.

Naast het op jurisprudentie gebaseerde *fraus legis* bestaan in de Nederlandse fiscale wetten tevens verschillende generieke antimisbruikmaatregelen. Een recent ingevoerde en relevant voorbeeld hiervan is de nieuwe bewoording van artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet Vpb 1969. Deze generieke maatregel is opgenomen naar aanleiding van de aanpassing in de Europese Moeder-dochterrichtlijn¹¹².

¹⁰⁸ Zie voor een soortgelijke opvatting omtrent dit onderwerp onder meer de dissertatie van R.L.H. IJzerman, ‘Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht’, Deventer: Kluwer, Amsterdam 1990, p. 128.

¹⁰⁹ HR 18 juli 1992, nr. 28 211, *BNB 1992/308*, r.o. 3.4.

¹¹⁰ HR 11 mei 1988, nr. 24 918, *BNB 1988/289* en HR 11 mei 1988, nr. 25 006, *BNB 1988/290* en HR 11 mei 1988, nr. 25 231, *BNB 1988/291*.

¹¹¹ M.M. de Werd, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 7.5.7.

¹¹² Zie ‘Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015’, Prinsjesdag 2015, Artikel I.

Hierbij is sprake van een zogenaamd buitenlands aanmerkelijk belang (en dus sprake van belastingplicht) voor de Vennootschapsbelasting, indien een belang wordt gehouden met als hoofddoel of een der hoofddoelen het ontgaan van de inkomsten- dan wel dividendbelasting is en er sprake is van een kunstmatige constructie of reeks van constructies. Bij deze GAAR wordt opnieuw de nadruk gelegd op de economische realiteit van de constructie(s).

3.3.3 Internationaal

Generieke maatregelen worden net als in nationale situaties tevens in internationale situaties gebruikt om oneigenlijk gedrag te bestrijden. Het in paragraaf 2.3.2 behandelde misbruik van recht-leerstuk is een voorbeeld van een (door jurisprudentie ontstane) generieke maatregel in internationaal verband. Generieke maatregelen kunnen echter ook expliciet worden vormgegeven. De flexibiliteit en de brede werking van een GAAR kan in een bilateraal of multilateraal belastingverdrag namelijk worden gebruikt om het doel en de strekking van de verdragsartikelen te waarborgen. De meest bekende en meest relevante variant van een dergelijke GAAR in een belastingverdrag neemt de vorm aan van een zogenoemde *Main Purpose- of Principal Purpose*-toets (hierna: MPT, letterlijk vertaald: voornaamste doel-toets). Hoewel bediscussieerd kan worden dat deze twee begrippen ('main' en 'principal') een andere inhoudelijk betekenis omvatten, ga ik in deze scriptie uit van het feit dat dit niet het geval is. In actiepunt 6 van het BEPS-project is vanaf 16 september 2014 overgestapt van de bewoording van een 'main purpose test' naar een 'principal purpose test', hier is echter geen inhoudelijk wijziging beoogd¹¹³. In de literatuur worden beide begrippen inmiddels tevens als synoniemen gebruikt.

Een MPT is in tegenstelling tot de (entity-based) LOB-bepaling een *transaction-based* (generieke) antimisbruikmaatregel. Dit houdt in dat de toets is gericht op bepaalde transacties of constructies en niet is gericht op de entiteit die deze handelingen verricht. Elke handeling waar een beroep wordt gedaan op de voordelen van een bepaald verdragsartikel en waar een MPT op van toepassing is, dient in principe dus te worden getoetst. Nederland heeft een MPT opgenomen in haar verdragen met Egypte, Jordanië, Malta, Qatar, Tunesië, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Arabische Emiraten en Zwitserland. Een dergelijke bepaling kan als volgt worden geformuleerd:

“Op grond van dit artikel is geen tegemoetkoming beschikbaar indien het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van een persoon betrokken bij de toewijzing van de dividenden, of bij het creëren of toewijzen van de aandelen of andere rechten ter zake

¹¹³ OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2014 Deliverable', 14 september 2014, p. 68 ev.

waarvan het dividend wordt betaald, of bij het oprichten, verwerven of in stand houden van het lichaam dat de uiteindelijke gerechtigde tot de dividenden is en de uitvoering van zijn werkzaamheden, is van de voordelen van dit artikel te profiteren."¹¹⁴

Het dividendartikel waarin deze bepaling is opgenomen, faciliteert een gereduceerd tarief aan bronbelasting op uitgaande dividenden om zodoende bij te dragen aan het doel van het verdrag: het voorkomen van fiscale obstakels bij internationale handel. Om oneigenlijk gebruik van deze bepaling te voorkomen is de bovengenoemde MPT opgenomen om dit doel en de strekking van de bepaling te waarborgen. Een dergelijke toets wordt specifiek in het belastingverdrag opgenomen als antidoorstroommaatregel, zodat dividend niet door middel van een tussenhouder onbelast kan stromen naar een niet-verdragsland of naar een ander land waar een minder gunstig verdrag mee is gesloten¹¹⁵. Een dergelijke bepaling wordt door Nederland opgenomen in belastingverdragen met landen die geen bronbelasting op dividend kennen en de ontvangen Nederlandse dividenden niet belasten¹¹⁶. In die zin is de bedoeling van deze bepaling te vergelijken met de eerder behandelde *beneficial ownership*-toets. Een MPT gaat echter verder dan enkel deze invulling. Door een brede formulering te hanteren ("voornaamste doel of een van de voornaamste doelen is het profiteren van de voordelen van dit artikel"), is de bepaling effectief in een breder spectrum van situaties. Het begrip 'voornaamste doel of een van de voornaamste doelen' brengt uiteraard vragen met zich; wanneer is een bepaald motief een (van de) voornaamst(e) doel(en) en hoe kan dit worden aangetoond? Indien het enige motief om een bepaalde handeling te verrichten enkel het behalen van het gereduceerde bronbelastingstarief betreft, lijkt duidelijk dat deze handeling wordt bestreden door middel van deze bepaling. Een enkel motief is immers per definitie het voornaamste doel. Indien meer motieven voor de desbetreffende handeling aanwezig zijn, is de uitkomst van deze toets echter minder duidelijk. In dergelijke gevallen dienen de motieven van de belastingplichtigen afgewogen te worden en dient het voornaamste doel bepaald te worden.

Een andere wijze om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te bestrijden op een generieke manier is door toepassing van het leerstuk van *fraus conventionis* (ook wel *fraus tractatus* genoemd). Dit leerstuk is evenals het leerstuk van *fraus legis* een buitenwettelijke antimisbruikmaatregel. Aangezien

¹¹⁴ Het betreft hier lid 3 van het dividendartikel (artikel 10) van het Verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk 2008 (onderstreping M.C. Rasenberg).

¹¹⁵ Zie E.J. Van Vught, 'De 'main purpose test' in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse', *WFR 2011/801*, p. 1 onder verwijzing naar de Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid (1987), Kamerstukken II 1987/ 88, 20 365, nr. 2 en de Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)- beleid (1996), Kamerstukken II 1996/97, 25 087 en de meest recente Notitie Fiscaal Verdragsbeleid (2011), p. 46.

¹¹⁶ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 43.

fraus conventionis een nationaal leerstuk is, dient met de verdragspartner te worden overlegd of een dergelijke doorwerking van een nationaal leerstuk van toepassing is op het verdrag. Nederland kent immers een zogenaamd monistisch stelsel, waarbij op basis van artikel 93 en 94 Grondwet bepalingen uit een belastingverdrag van een hoger orde dan de nationale bepalingen zijn. Deze vorm van ‘treaty override’ zou kunnen resulteren in een nadelige uitkomst voor de verdragspartner als gevolg van deze vorm van ‘treaty override’. *Treaty override* betreft het eenzijdig terzijde zetten van verdragsbepalingen door middel van nationale bepalingen die strijdig zijn met die verdragsbepalingen¹¹⁷. *Treaty override* is in strijd met het *pacta sunt servanda*¹¹⁸-beginsel en kan een negatieve werking hebben op de band tussen twee verdragspartners, aangezien een dergelijke exercitie het vertrouwen in de afgesproken verdragsbepalingen kan schenden. Niet alle landen hanteren het hierboven genoemde monistische stelsel. Een zogenoemd dualistisch stelsel stelt verdragsbepalingen op dezelfde lijn als het nationale recht, een bekend voorbeeld van een land met een dualistisch stelsel is de Verenigde Staten van Amerika. Indien een land met een dualistisch stelsel een verdrag sluit met een land waar een monistisch stelsel wordt gehanteerd, kan door deze discrepantie *treaty override* ontstaan wanneer het eerste land haar wetgeving eenzijdig toepast op het verdrag. Bij het opstellen van een adequate antimisbruikmaatregel dient deze gedachte dus te worden meegenomen. Het principiële vraagstuk of een dergelijke doorwerking van een nationaal antimisbruikleerstuk naar een bilateraal belastingverdrag optimaal is, wordt in deze paragraaf niet behandeld. Hier wordt in hoofdstuk vijf verder op ingegaan. In deze paragraaf komen enkel de strekking, de werking en de toepasbaarheid van het leerstuk van *fraus conventionis* aan bod.

Fraus conventionis toont grote gelijkenis met het leerstuk van *fraus legis*. In de literatuur geeft Kemmeren de volgende invulling aan het begrip *fraus conventionis*:

“In het algemeen worden twee vereisten voor toepassing van *fraus legis* onderscheiden:

1. het motiefvereiste: het volstrekt overwegende motief voor het samenstel van de transacties is belastingbesparing, het samenstel heeft overigens geen reële praktische betekenis;
2. het normvereiste: doel en strekking van de belastingwet of een bepaling daarvan zouden worden miskend indien bij het door de belastingplichtige beoogde resultaat zou worden aangesloten.

¹¹⁷ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016, paragraaf 3.1.3.

¹¹⁸ Latijn, letterlijk: ‘onderlinge afspraken moeten worden beschermd’, ofwel: afspraken mogen niet worden verbroken. Zie tevens artikel 26 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

Deze vereisten liggen, mijns inziens, mutatis mutandis ook ten grondslag aan *fraus conventionis*, zij het dat het dan in het kader van het normvereiste gaat om een belastingverdrag of een bepaling daarvan.”¹¹⁹

In de jurisprudentie wordt, onder verwijzing naar het bovengenoemde artikel van Kemmeren, door A-G Van Ballegooijen een soortgelijke invulling gegeven:

“Er is sprake van handelen in *fraudem conventionis* in het belastingrecht, indien een belanghebbende zich bedient van een uitsluitend, althans volstrekt overwegend, met het oog op de gewenste fiscale gevolgen gekozen zodanige vormgeving, dat de door belanghebbende gewenste fiscale gevolgen op grond van het geïnterpreteerde belastingverdrag moeten intreden, terwijl die vormgeving in strijd is met doel en strekking van het verdrag. Onder "vormgeving" worden zowel rechtshandelingen als feitelijke handelingen verstaan.”¹²⁰

Ook de staatssecretaris is van mening dat dit leerstuk grote gelijkheid met het leerstuk van *fraus legis* vertoont en dat het enkel dient te worden onderscheiden van *fraus legis* in die zin dat bij *fraus conventionis* wordt getoetst naar strijdigheid met het doel en de strekking van een belastingverdrag en bij *fraus legis* naar de strijdigheid met het doel en de strekking van de nationale wetgeving¹²¹. In die zin bestaat er dus een (subtiel) verschil tussen de twee leerstukken. Voor de gevolgen van dit verschil wordt verwezen naar de analyse in paragraaf 5.2. De cumulatieve vereisten van het leerstuk van *fraus conventionis* betreffen hiermee: i) het gebruik van het belastingverdrag heeft uitsluitend, althans volstrekt overwegend, tot doel om de belastingheffing van één van beide staten te verijdelen, waarbij de desbetreffende transactie(s) geen reële betekenis bevat(ten), en ii) het gebruik is in strijd met het doel en de strekking van het belastingverdrag. Het eerste vereiste betreft hier het ontgaansmotief (in *fraus legis*; motiefvereiste) en het tweede vereiste betreft net als bij *fraus legis* het objectieve normvereiste. Aan de vereisten dient cumulatief te worden voldaan om sprake te zijn van *fraus conventionis*, aangezien een fiscaal gemotiveerde transactie niet per definitie in strijd is met het doel en de strekking van een belastingverdrag¹²². Een belastingverdrag wordt immers mede tot stand gebracht om bepaalde fiscale faciliteiten te verwezenlijken en belastingplichtigen kunnen bepaalde transacties dan ook verrichten met het oog om expliciet deze faciliteiten te benutten. Een voorbeeld van een dergelijke handeling die zou kunnen worden aangemerkt als *fraus conventionis* betreft het

¹¹⁹ E.C.C.M. Kemmeren, ‘Dividendbelasting en *fraus legis*: huidige stand van zaken’, *WFR* 2003/133, paragraaf 2.

¹²⁰ Zie conclusie A-G Van Ballegooijen bij HR 12 mei 2006, nrs. 40 452 en 40 453, *V-N* 2005/3.5.

¹²¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 259, nr. 10, p. 8-9.

¹²² M. Tydeman-Yousef, ‘*Fraus conventionis, quae est?*’, *WFR* 2014/3, p. 4.

verplaatsen van de feitelijke leiding van een naar Nederlands recht opgerichte BV naar een verdragsland, waarbij direct na de verplaatsing van de leiding een dividenduitkering wordt gedaan¹²³.

De meningen omtrent de toepasbaarheid van *fraus conventionis* zijn in de literatuur verdeeld. Tot op heden is door de Hoge Raad namelijk nog geen arrest gewezen waarin de toepasbaarheid van dit leerstuk wordt bevestigd¹²⁴. Aan de andere kant heeft de Hoge Raad dit leerstuk eveneens niet per definitie afgewezen in de zaken waarin dit is voorgelegd en lijkt de toepasbaarheid van dit leerstuk dus mogelijk. Een belangrijk arrest omtrent het leerstuk van *fraus conventionis* is het arrest van 15 december 1993¹²⁵. Dit arrest betreft een primeur in die zin dat in dit arrest voor de eerste keer een beroep werd gedaan op dit nationale antimisbruikleerstuk¹²⁶. De Hoge Raad meldt het volgende:

“Noch uit de tekst van het Verdrag, noch uit de toelichtingen van de verdragsluitende partijen blijkt dat zij de gemeenschappelijke bedoeling hebben gehad voor de toepassing van evenbedoeld artikel VII, lid I, (...) Voor de door de Staatssecretaris in cassatie naar voren gebrachte opvatting dat in geval van onbelastbaarheid in Nederland van het onderhavige voordeel, doel en strekking van het Verdrag zouden worden miskend, is geen steun te vinden in de tekst van het Verdrag, noch in de toelichtingen van de verdragsluitende partijen.”¹²⁷

Strijdigheid met het doel en de strekking van een belastingverdrag dient dus te worden getoetst op basis van de tekst van het verdrag en de toelichtingen bij dit verdrag van beide landen¹²⁸. Hiermee wordt op concrete wijze aansluiting gezocht bij de intenties van de verdragsluitende staten om het doel en de strekking van het verdrag te achterhalen¹²⁹. Van Weeghel meldt in zijn noot bij BNB 2007/42 echter:

¹²³ M. Tydeman-Yousef, ‘*Fraus conventionis, quae est?*’, *WFR* 2014/3, p. 4 onder verwijzing naar S. van Weeghel, ‘*Fraus legis in internationaal verband*’, *TFB* 2002, nr. 11/12, p. 26.

¹²⁴ In HR 1989, nr. 25 2451, *BNB* 1990/45 en 18 mei 1994, nr. 28 293, *BNB* 1994/252 lijkt *fraus conventionis* te zijn toegepast. In deze arresten betrof het echter de doorwerking van *fraus legis* op het gebied van de Belastingregeling van het Koninkrijk, hetgeen technisch geen belastingverdrag, maar een (nationale) rijkswet betreft. De uitkomst van dit arrest kan dan ook niet worden doorgetrokken naar overige bilaterale belastingverdragen. Zie omtrent dit onderwerp de conclusie van A-G Van Ballegooijen bij HR 12 mei 2006, nr. 40 452 en 40 453, *V-N* 2005/3.5 en de aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws in deze uitgave.

¹²⁵ HR 15 december 1993, nr. 29 296, *BNB* 1994/259.

¹²⁶ G.C. Van De Wetering, ‘Een internationale kasgeldconstructie; verdragsinterpretatie en *fraus tractatus*’, *WFR* 1994/492, p. 1.

¹²⁷ HR 15 december 1993, nr. 29 296, *BNB* 1994/259, r.o. 3.4-3.5 (onderstreping M.C. Rasenberg).

¹²⁸ Zie voor een gelijke opvatting HR 29 juni 1994, nr. 28 734, *BNB* 1994/294, r.o. 3.3-3.4 en HR 15 maart 1995, nr. 29 531, *BNB* 1995/150, r.o. 3.4 en HR 6 december 2002, nr. 36 773, *BNB* 2003/285, r.o. 3.4 en Conclusie A-G Groeneveld bij HR 14 november 2003, nr. 37 503, *BNB* 2004/161, punt 6.15 en Conclusie A-G Van Ballegooijen bij HR 12 mei 2006, nr. 39 223, *BNB* 2007/36, punt 4.5.2.

¹²⁹ Zie vergelijkbaar paragraaf 2.3.1 van deze scriptie.

“Het kan toch niet zo zijn dat voor *fraus tractatus* slechts plaats is indien de verdragsluitende partijen ten aanzien van een bepaalde toepassing van het verdrag in hun toelichtingen hebben aangegeven dat deze in strijd met doel en strekking van het verdrag zou zijn, zodanig dat *fraus conventionis* kan worden toegepast?”¹³⁰

Kemmeren lijkt deze mening ook te delen en suggereert dat jurisprudentie uit de andere verdragsluitende staat en de toepassing van een soortgelijk leerstuk van *fraus legis* in de andere staat relevant zijn bij de beoordeling van het misbruikbegrip in de belastingverdragen¹³¹. Deze mening van Van Weeghel en Kemmeren deel ik niet. Indien het niet duidelijk is wat de intenties van de verdragsluitende staten zijn met betrekking tot het bestrijden van oneigenlijk gebruik, kan niet worden aangenomen dat een bepaalde vorm van oneigenlijk gebruik dan maar vanuit nationaal recht mag worden bestreden. Ik ben het met Van Weeghel eens dat indien een verdrag nadrukkelijk gebaseerd is op het OESO-Modelverdrag, het commentaar bij het OESO-Modelverdrag eveneens in de toetsing dient te worden meegenomen¹³². Indien het commentaar na de datum van het sluiten van het verdrag verandert, dient het nieuwe commentaar te worden gevolgd, hetgeen volgt uit de dynamische verdragsinterpretatie¹³³.

Zoals Tydeman-Yousef in haar artikel meldt, lopen de standpunten in de literatuur omtrent de toepasbaarheid van *fraus conventionis* erg uiteen¹³⁴. Belangrijke tegenargumenten betreffen bijvoorbeeld de afhankelijkheid van buitenlands recht en het feit dat veel (ontwikkelde) landen hun eigen misbruikbegrip kennen¹³⁵. Dit laatste punt kan tot uitholling van de verdragsafspraken leiden, doordat een vorm van *treaty override* wordt gehanteerd op het gebied van het misbruikbegrip¹³⁶. Om *treaty override* te voorkomen, dienen de verdragspartners als zij dit wensen in ieder geval samen af te spreken dat nationale antimisbruikleerstukken door kunnen werken naar het verdrag. Om een eventuele (onverwachte) nadelige werking als het gevolg van de toepassing van een dergelijke nationaal leerstuk voor de andere staat te voorkomen, kan een bepaling worden opgenomen dat voordat een beroep wordt gedaan op dit leerstuk eerst met de andere staat zal worden overlegd (of

¹³⁰ Van Weeghel in zijn noot bij HR 14 juli 2006, nr. 42 522, *BNB 2007/42*, punt 8.

¹³¹ E.C.C.M. van Kemmeren, ‘Dividendbelasting en *fraus legis*: huidige stand van zaken’, *WFR 2003/133*.

¹³² Van Weeghel in zijn noot bij HR 14 juli 2006, nr. 42 522, *BNB 2007/42*, punt 7.

¹³³ Zie vergelijkbaar paragraaf 2.3.1 van deze scriptie.

¹³⁴ M. Tydeman-Yousef, ‘*Fraus conventionis, quae est?*’, *WFR 2014/3*, onderdeel 5.

¹³⁵ Zie S. van Weeghel, ‘Enkele aspecten van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen’, *FED 1996/417*, onderdeel 4 en R.L.H. IJzerman, ‘Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht’, dissertatie, Deventer: Kluwer 1991, p. 160-165.

¹³⁶ G.C. van de Wetering, ‘Een internationale kasgeldconstructie. Verdragsinterpretatie en *fraus tractatus*’, *WFR 1994/492*, onderdeel 4.1.

ten minste de andere staat op de hoogte zal worden gesteld). Argumenten voor de toepassing van *fraus conventionis* zien vooral op de mogelijkheid om klaarblijkelijk oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te kunnen bestrijden. Hierbij wordt veelal beargumenteerd dat de intenties van verdragsluitende landen niet expliciet hoeft te blijken uit de verdragstekst of de toelichting, maar dat de geïmpliceerde bedoelingen tevens mee kunnen spelen¹³⁷. Dit argument is naar mijn mening niet erg sterk, aangezien deze intenties, als deze niet blijken uit de verdragstekst of de toelichting op het verdrag, ver gezocht zullen zijn en wellicht niet door een rechter kunnen worden getoetst. Dit brengt een grote mate van subjectiviteit met zich en daarmee een verhoogde rechtsonzekerheid. Daarnaast is, zoals bleek uit BNB 1994/294, BNB 1995/150 en BNB 2003/285, de Hoge Raad geen voorstander van deze visie; de intenties moeten expliciet blijken uit de verdragstekst of de toelichting op het verdrag. Indien een verdrag een specifieke antimisbruikmaatregel kent, komt *fraus conventionis* niet meer aan de orde tegen het misbruik waar die bepaling voor is bedoeld¹³⁸. Vanuit een rechtszekerheidsstandpunt is dit een essentieel punt.

3.4 SAAR versus GAAR

3.4.1 Algemeen

In de vorige paragraaf is de werking van de twee hoofdvarianten van antimisbruikmaatregelen in zowel een nationaal als internationaal verband uitgebreid behandeld. De vraag wat het verschil in uitwerking tussen deze twee varianten betreft, resteert echter nog. Aan dit verschil wordt in deze paragraaf aandacht besteed. Op basis van de toetsingscriteria die in het eerste hoofdstuk zijn geformuleerd, worden de twee varianten naast elkaar gezet om de voor- en nadelen van beide varianten in kaart te brengen. Concrete bepalingen worden in deze paragraaf echter niet behandeld; enkel het uiteindelijke effect en de strekking van de maatregelen worden vergeleken. Voor een afweging tussen concreet geformuleerde antimisbruikbepalingen wordt verwezen naar het vijfde hoofdstuk. Tevens wordt naar dat hoofdstuk verwezen voor de analyse of de gezamenlijke toepassing van beide soorten antimisbruikmaatregelen optimaal kan zijn om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te bestrijden en te voorkomen.

¹³⁷ Zie C.B. Bavinck, 'Fraus legis in verdragsverhoudingen, een verkenning', Van Brunschot-bundel: De grote lijn, Deventer: Kluwer 2006, p. 11-12.

¹³⁸ Zie Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 5, p. 15 en Handelingen I 1985/86, vergadernr. 8, p. 224 en de meer recente Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, onderdeel 2.20.1 en 2.20.2 (p. 69-71) van de bijlage bij de brief van de staatssecretaris van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

3.4.2 Doeltreffendheid

De doeltreffendheid van een antimisbruikmaatregel is een zeer belangrijk punt van de maatregel. De maatregel dient immers het gewenste effect te kunnen hebben; het bestrijden of voorkomen van het desbetreffende oneigenlijke gedrag. Een GAAR is op dit punt een zeer goede regel. Ten eerste zorgt de brede werking van de regel voor een potentieel effectief rechtsmiddel tegen oneigenlijk gedrag of misbruik. Ten tweede brengen de open, subjectieve normen en de flexibiliteit van de regel met zich dat het voor belastingplichtigen relatief lastig is om daar onder uit te komen. In vergelijking met een GAAR is een SAAR echter beperkt effectief. Een SAAR dient allen om een specifieke vorm van ongewenste belastingontwijking te voorkomen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de effectiviteit van een SAAR zeer effectief kan zijn tegen de specifiek geformuleerde vorm van belastingverrijdeling. Deze specifieke formulering heeft, in tegenstelling tot de GAAR, als voordeel dat met de bepaling nauwkeurig een scheidslijn tussen gewenst en ongewenst gedrag kan worden aangegeven en dat het ongewenste gedrag adequaat en precies wordt voorkomen. Deze specifieke formulering heeft echter ten opzichte van de GAAR als gevolg dat belastingplichtigen relatief gemakkelijk de bepaling kunnen omzeilen door hun situatie anders in te richten, het eerdergenoemde *creative compliance*¹³⁹. Een ander nadeel van deze uitgeschreven regels betreft het feit dat als deze regels niet volledig zijn het risico bestaat op *underkill*. Dit wil zeggen dat de bepaling niet de gewenste doeltreffendheid bereikt, doordat de formulering van bepaalde begrippen bijvoorbeeld niet streng genoeg is.

3.4.3 Doelmatigheid

De doelmatigheid wordt, zoals in het eerste hoofdstuk werd aangegeven, getoetst op basis van de uitvoeringskosten van de maatregel en de voordelen van de maatregel. De doelmatigheid van een GAAR en van een SAAR verschillen in die zin dat zowel de uitvoeringskosten voor de belastingautoriteit als de kosten voor belastingplichtigen van elkaar verschillen. De invulling van een GAAR is door haar niet geformuleerde normen erg subjectief. De bewijslast bij een GAAR is daarmee zwaarder dan bij een SAAR, waar uit de duidelijke bewoording van de maatregel direct zou moeten blijken of al dan niet sprake is van eigenlijk gedrag. Deze relatief zware bewijslast, als deze inderdaad bij de belastingautoriteit ligt, zal de uitvoeringskosten van een dergelijke maatregel verhogen. De hoge mate van subjectiviteit van een GAAR zal tevens resulteren in relatief veel meningsverschillen tussen

¹³⁹ Vergelijk paragraaf 3.2.1 van deze scriptie onder verwijzing naar L.M. Salinger, 'Encyclopedia of White-Collar and Corporate Crime, Volume 1', Sage: Arkansas, 2013, p. 238 en E. Kirchler, "The Economic Psychology of Tax Behaviour", Cambridge: Wenen, 2007, p. 22.

belastingautoriteit en belastingplichtige. Dit zal voor beide partijen tot hogere kosten leiden, indien deze verschillen tot een rechtsprocedure leiden. Enige onzekerheid van de bepaling vanuit het oog van belastingplichtigen zou kunnen worden verholpen door middel van het verlenen van zekerheid vooraf. Ook dit zal de uitvoeringskosten voor de belastingautoriteit echter verhogen. Bij een SAAR zullen de bovenstaande problemen zich relatief minder voordoen. De complexiteit van een SAAR zorgt echter voor een mindere mate van eenvoud (zie hieronder), waardoor de maatregel vaak lastig is te interpreteren. Dit heeft als gevolg dat de kosten voor belastingplichtigen met betrekking tot een SAAR hoog kunnen zijn. Uiteraard zijn voor belastingplichtigen tevens kosten aanwezig wanneer een GAAR wordt gehanteerd, vooral indien de subjectiviteit van de GAAR leidt tot een rechtszaak of langdurig contact/afstemming met de belastingautoriteit.

3.4.4 Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van een antimisbruikmaatregel is belangrijk om belastingplichtigen vertrouwen te geven in het rechtsstelsel waarin zij hun onderneming drijven. Een lage mate van rechtszekerheid leidt dan ook tot een minder positief vestigingsklimaat. Een GAAR biedt door haar grote subjectiviteit en, wellicht belangrijker, haar grote flexibiliteit een lage mate van rechtszekerheid. Aangezien de invulling van de open normen met de tijd kan veranderen zonder dat dit is op te merken uit de desbetreffende bepaling, of in het geval van een buitenwettelijke GAAR enkel is op te merken uit nieuwe arresten, kunnen belastingplichtigen geen volledige zekerheid hebben over de invulling van een GAAR. Zoals in de vorige subparagraaf al kort aan bod kwam, bestaat de mogelijkheid om deze onzekerheid (deels) te verhelpen door zekerheid vooraf te verlenen door de belastingautoriteit aan belastingplichtigen. Dit bevordert de zekerheid over de invulling van de open normen, maar dit is daarmee een remedie die enkel noodzakelijk is door de onzekere aard van een GAAR. Een SAAR is daarentegen duidelijk en objectief geformuleerd, waardoor die invulling zeer vanzelfsprekend is. Deze duidelijkheid zorgt voor een hoge mate van rechtszekerheid en draagt dus bij aan een hoog vertrouwen van belastingplichtigen in de invulling van de antimisbruikmaatregel. Deze zekerheid is vooral in bilaterale belastingverdragen zeer wenselijk, aangezien het vestigingsklimaat van een land hierdoor wordt bevorderd en dit mede bijdraagt aan het doel van het belastingverdrag; het stimuleren van internationale handel door het voorkomen van (belasting)obstakels. Indien een belastingverdrag zorgt voor een grote mate van rechtsonzekerheid kan dit een dermate groot obstakel zijn voor belastingplichtigen dat wordt voorbij gegaan aan het doel van een belastingverdrag. Een andere mogelijkheid om de rechtszekerheid van een GAAR te bevorderen is door een uitgebreide toelichting op de GAAR te geven, zoals het geval is bij

de Engelse nationale general anti-abuse rule¹⁴⁰. De vraag of de energie die in het opstellen van deze handleiding is gestoken wellicht beter gestoken had kunnen worden in het opstellen of het verbeteren van specifieke maatregelen laat ik terzijde. Een dergelijk uitgebreide handleiding draagt echter niet bij aan de eenvoud van de maatregel.

3.4.5 Eenvoud

Het juridische *nemo censetur ignorare legem*-beginsel stelt dat ieder de regels van de wet dient te kennen. Complexiteit is daarmee in een rechtsmiddel, en dus tevens in een antimisbruikbepaling, per definitie niet gewenst. Om de effectiviteit en reikwijdte van een maatregel echter aan te laten sluiten bij de bedoeling van de wetgever of de verdragsluitende landen is deze complexiteit niet altijd vermijdbaar. Een SAAR is door haar duidelijke formulering om de effectiviteit van de bepaling hoog te houden en *creative compliance* tegen te gaan vaak zeer complex. Een veel genoemd nadeel van het hanteren van verschillende SAARs in tegenstelling tot een enkele generieke maatregel om oneigenlijk gedrag te voorkomen, is dat dan vele zeer complexe en specifieke maatregelen nodig zullen zijn. Hierdoor neemt de wet (of een belastingverdrag) als geheel in complexiteit toe, of met andere woorden; neemt de eenvoud af¹⁴¹. Een GAAR wordt daarentegen veelal gezien als een minder complexe oplossing, aangezien een enkele GAAR vele (complexe) SAARs kan vervangen:

“Providing sufficiently detailed legislation to catch all possible tax avoidance schemes would greatly add to the length and complexity of the law. Very complex laws can lead to one outcome for taxpayers with access to detailed tax advice and another outcome for taxpayers with little or no such access. The general anti-avoidance regime in Australia seeks to address these concerns by acting as a provision of last resort.”¹⁴²

Uit de bovenstaande woorden kan tevens worden afgeleid waarom complexiteit in (belasting)wetgeving tot ongelijkheid kan leiden. Een GAAR zou op basis van de bovenstaande visie deze ongelijkheid kunnen voorkomen door voor minder complexiteit in de wet te zorgen. Een GAAR op zich is naar mijn mening echter verre van eenvoudig door de wisselende invulling hiervan en de

¹⁴⁰ Zie de meer dan 175 pagina's lange publicaties; HM Revenue & Customs, 'GAAR guidance with effect from 30 January 2015, part A, B, C, D and E' op www.gov.uk/government/publications/tax-avoidance-general-anti-abuse-rules.

¹⁴¹ Zie onder meer in Nederlandse context 'Verslag Commissie voor de Financien en de Begroting', 21 juni 2013, Kamer Doc. 53, nr. 2853/014, p. 6-7 en in Engelse context G. Aaronson, 'GAAR Study: a study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system', november 2011, United Kingdom HM Treasury, onderdeel 3.15 (p. 18).

¹⁴² C. Barron, 'Anti-avoidance rules in taxation: striking a balance', Asian Tax Authorities Symposium (ATAS), 4-5 september 2012, Kuala Lumpur, p. 4.

onuitgewerkte termen hierin. Een GAAR kan wellicht leiden tot een eenvoudiger te lezen wetboek of belastingverdrag, maar zal mijns inziens effectief een mate van complexiteit met zich brengen die vergelijkbaar is met die van (een aantal) SAARs. Om terug te komen op het *nemo censetur ignorare legem*-beginsel; als de invulling van een bepaling niet duidelijk is, hoe kan dan worden verwacht dat de belastingplichtige de wet volledig kent? Onduidelijkheid lijkt mij in die zin een vorm van complexiteit te worden.

3.4.6 Evenredigheid

Een antimisbruikmaatregel dient misbruik te voorkomen, maar dient hierbij niet verder te gaan dan waarvoor de maatregel is bedoeld. Indien een dergelijke maatregel leidt tot onbedoelde zware gevolgen dan wordt gesproken van onevenredigheid of *overkill*. Het risico op deze onevenredigheid is zowel bij een GAAR als bij een SAAR aanwezig. Ondanks de duidelijke formulering van een SAAR, kan een specifieke bepaling zo worden vormgegeven dat de maatregel een groter bereik of een strengere werking heeft dan in eerste instantie is bedoeld. Een dergelijke onevenredigheid is naar mijn mening echter een tekortkoming door de wetgever (of verdragsluitende landen) en zou in principe bij een perfecte wetspassage of verdragsbepaling niet aan de orde komen bij een specifieke antimisbruikmaatregel. In het geval van een GAAR kan mijns inziens echter vaker sprake zijn van deze *overkill*. Van Weeghel merkt omtrent de doorwerking van een nationale GAAR naar een belastingverdrag bijvoorbeeld het volgende op:

“Eén belangrijke reden om terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van bijzondere rechtsmiddelen in internationale situaties is de onmogelijkheid om niet bedoelde inconsistenties in de heffing en mogelijk onevenredig zware gevolgen daarvan te voorkomen danwel te mitigeren.”¹⁴³

Dit risico op een onevenredige uitwerking van een GAAR is mijns inziens een groot nadeel van deze antimisbruikmaatregel ten opzichte van een SAAR en draagt op zich weer bij aan de hoge mate van onzekerheid die een dergelijke maatregel met zich brengt.

3.5 Conclusie

Antimisbruikmaatregelen worden gebruikt om oneigenlijk gedrag te voorkomen of te bestrijden. Deze maatregelen kunnen in een wet of een belastingverdrag worden vormgegeven of kunnen (buitenwettelijk) tot stand komen door middel van uitspraken in de jurisprudentie.

¹⁴³ S. Van Weeghel, ‘Enkele aspecten van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen’, *WFR* 1996/417, conclusie.

Antimisbruikmaatregelen zijn specifiek dan wel generiek van aard. Specifieke maatregelen zijn expliciet gericht op een bepaald soort oneigenlijk gedrag. Door de concrete en objectieve formulering van een specifieke maatregel heeft een dergelijke maatregel het grote voordeel van een hoge precisie. Voorbeelden van deze specifieke maatregelen betreffen (nationale) CFC-regels, anti-dividendstripping bepalingen, renteaftrekbeperkingen en (internationale) *beneficial ownership*-toetsen en *limitation on benefits*-bepalingen. Deze laatstgenoemde LOB-bepalingen zijn in belastingverdragen de meest omvangrijke, maar tevens de meest belangrijke, specifieke maatregelen. Door middel van een serie van *entity-based*-toetsen beoogt een dergelijke bepaling te regelen of een bepaalde belastingplichtige gerechtigd is tot de voordelen van het desbetreffende belastingverdrag. Indien aan geen enkel criterium wordt voldaan, zal toegang tot de voordelen van het verdrag niet worden verleend.

Een generieke maatregel is in tegenstelling tot een specifieke maatregel door haar ruim geformuleerde tekst subjectief van aard. Deze subjectiviteit brengt een hoge mate van flexibiliteit met zich, waardoor het bereik van de maatregel aanzienlijk groter is dan het bereik van een specifieke maatregel. Een voorbeeld van een (buitenwettelijke) generieke maatregelen betreft het leerstuk van *fraus legis*. Dit leerstuk tracht (series van) transacties te bestrijden, waarbij cumulatief aan een motiefvereiste en een normvereiste wordt voldaan. Indien aan deze beide vereisten wordt voldaan, volgt ofwel een eliminatie van de frauduleuze transacties of een substitutie van de transacties naar een situatie die op een lijn kan worden gezet met een situatie waarin de wet het oneigenlijk gedrag ervan beoogt te voorkomen. Naast de buitenwettelijke maatregel zijn in de nationale wet tevens generieke toetsen opgenomen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in artikel 17, derde lid, onderdeel b Wet Vpb 1969, waarbij een aandeelhouder als binnenlands belastingplichtige kan worden aangemerkt indien hij een aanmerkelijk belang houdt met als hoofdoel of een van de hoofdoelen om de heffing van Nederlandse inkomstenbelasting of dividendbelasting (bij een ander) te ontgaan¹⁴⁴. Het subjectieve karakter van de bepaling is te vinden in het feit dat het voornaamste doel een lastig te kwantificeren begrip is en gebaseerd dient te worden op de unieke feiten en omstandigheden. Een soortgelijke toets wordt tevens gebruikt in belastingverdragen; de zogenaamde *Main Purpose*-toets. Deze *transaction based*-toets beoogt kunstmatige transacties of constructies die enkel worden uitgevoerd met het oog op het profiteren van de voordelen van het verdrag en commercieel niets toevoegen aan de onderneming te bestrijden. Ondanks de uiteenlopende meningen over de toepasbaarheid van de maatregel, is het leerstuk van *fraus conventionis* op basis van de arresten van de Hoge Raad mogelijk indien uit de verdragstekst of de toelichtende stukken omtrent het verdrag deze toepasbaarheid

¹⁴⁴ Dit is een implementatie in de Nederlandse fiscale wet van de nieuwe EU-GAAR die in 2015 is opgenomen in de Moeder-Dochterrichtlijn.

nadrukkelijk vermelden. Deze (nationale) maatregel tracht transacties te bestrijden waarbij het doel en de strekking van een belastingverdrag worden miskend. Dit leerstuk is soortgelijk aan *fraus legis* gebaseerd op een (cumulatief) motief- en normvereiste. Op basis van de huidige jurisprudentie lijkt *fraus conventionis* echter niet mogelijk als de toepasbaarheid niet direct blijkt uit de verdragstekst of de toelichting op het verdrag. Mocht dit namelijk wel het geval zijn, dan zou sprake kunnen zijn van *treaty override*, het eenzijdig hanteren van nationale regels, en zou het vertrouwen tussen verdragspartners worden geschonden.

4 Maatschappelijke ontwikkelingen

4.1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk is onder andere de groeiende maatschappelijke en politieke druk op (internationale) belastingontwijking naar voren gekomen. Deze maatschappelijke ontwikkeling heeft zich in de laatste jaren op verschillende manieren concreet geuit. Voorbeelden hiervan zijn de grote internationale inspanningen vanuit de OESO en de EU in de laatste jaren. Voor de OESO betreft dit het eerdergenoemde BEPS-project met als eindresultaat de in 2015 gepubliceerde 'Final Reports' van elk van de 15 actiepunten¹⁴⁵ en voor de Europese Unie betreft dit een aantal officiële aanbevelingen en een (rechtsgeldige) richtlijn¹⁴⁶. In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal:

- “Wat is de aanbeveling van de OESO in BEPS Action 6 en wat is de aanbeveling van de Europese Commissie met betrekking tot het bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen?”

In de volgende paragraaf wordt ten eerste het Nederlands fiscaal verdragsbeleid met betrekking tot het voorkomen van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen behandeld. Het huidige verdragsbeleid is in 2011 gecodificeerd en dateert daarmee van vóór de grote internationale ontwikkelingen omtrent de strijd tegen internationale belastingontwijking. Door het Nederlandse beleid te analyseren, kan deze worden vergeleken met de (meer recent) gepubliceerde opinie in het BEPS-project en in de officiële documenten van de Europese Commissie. Na de behandeling van het Nederlands fiscaal verdragsbeleid wordt de rol van de Europese Commissie omtrent antimisbruikmaatregelen en de aanbevelingen die zij heeft gedaan behandeld. Tevens wordt kort aandacht besteed aan de Antibelastingontwikkingsrichtlijn. Vervolgens wordt Action 6 (*“Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances”*) van het BEPS-project behandeld, waarin het voorkomen van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen centraal staat en wordt de aanbeveling van de OESO geanalyseerd. Tot slot volgt een conclusie van de belangrijkste bevindingen.

4.2 Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid

Nederland heeft een zeer uitgebreid verdragennetwerk. Om samenhang tussen deze verdragen te waarborgen is het sluiten van een nieuw belastingverdrag of het aanpassen van een reeds gesloten belastingverdrag gebaseerd op een bepaald beleid. Dit beleid is voor het eerst concreet gepubliceerd

¹⁴⁵ OESO, 'Base Erosion & Profit Shifting'-project, 2015 Final Reports, Action 1-15, zie www.oecd.org/ctp/beps.

¹⁴⁶ Zie Europese Commissie, 'Commissie-aanbeveling omtrent agressieve tax planning', C(2012)8806 final, 6 december 2012 en 'Voorstel tot een EU-Anti Tax Avoidance richtlijn', COM(2016)26 final, 28 januari 2016.

in 1987 in de notitie Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid¹⁴⁷. In dit document werden het belang van belastingverdragen en de uitgangspunten van Nederland bij verdragsonderhandelingen toegelicht. Tevens is hier voor het eerst het Nederlands Standaardverdrag (NSV) in opgenomen¹⁴⁸, hetgeen echter door nauwe aansluiting bij het OESO-modelverdrag niet meer van toepassing is¹⁴⁹. In tegenstelling tot de eerdere notities wordt in de notitie van 15 april 1998 het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen voor het eerst diverse keren expliciet genoemd en worden concrete wijzen om dit te bestrijden in zekere mate behandeld. De staatssecretaris meldt namelijk het volgende:

“De verdragsvoordelen worden toegekend aan degene die zich op het verdrag beroept, tenzij blijkt dat ten onrechte een beroep op verdragstoepassing wordt gedaan. Hierbij speelt een leerstuk als *fraus legis/fraus conventionis* een belangrijke rol. De situatie kan zich uiteraard voordoen dat de verdragspartner ten aanzien van het inwonerschap en verdragsgerechtigdheid een andere mening is toegedaan dan de hiervoor vermelde Nederlandse benadering. Een dergelijke situatie heeft zich bij voorbeeld voorgedaan bij de verdragsonderhandelingen met de Verenigde Staten van Amerika. (...) Een en ander heeft uiteindelijk geleid tot opname in het belastingverdrag met de Verenigde Staten van Amerika van een zeer specifieke bepaling, de «*limitation-on-benefits*» bepaling (artikel 26), om misbruik of ongewenst gebruik te bestrijden, maar tegelijkertijd rechtszekerheid te bieden voor reële situaties.”¹⁵⁰

Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren is gekomen is de stelling van de staatssecretaris dat het leerstuk van *fraus legis/fraus conventionis* een belangrijke rol speelt bij het voorkomen van oneigenlijke verdragstoepassing hier niet geheel juist is. De arresten BNB 1994/259 en BNB 1995/150 waren immers ten tijde van de publicatie van deze notitie reeds geweest; zoals in paragraaf 3.3.3 is gemeld, volgt uit deze arresten dat *fraus conventionis* enkel kan worden toegepast indien uit de tekst van het verdrag of de toelichtingen van de verdragsluitende staten de gemeenschappelijke bedoeling voor deze toepassing blijkt.

De meest recente en tevens meest uitgebreide notitie omtrent het Nederlandse verdragsbeleid betreft de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna: NFV) van 11 februari 2011¹⁵¹. In paragraaf 1.3.4 van de NFV wordt het voorkomen van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kort behandeld. De

¹⁴⁷ Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nrs. 1-2.

¹⁴⁸ Zie bijlage B bij Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nrs. 1-2, p. 28-46.

¹⁴⁹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 10.

¹⁵⁰ Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 23.

¹⁵¹ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011; bijlage bij Kamerstukken II, 2010/11, 25 087, nr. 7.

staatssecretaris meldt dat het uitgangspunt van Nederland is om bereid te zijn bepalingen op te nemen die dit oneigenlijke gebruik voorkomen, mits deze maatregelen voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit: de maatregel mag niet ten kosten gaan van het goedwillende bedrijfsleven¹⁵². De concrete instrumenten om het oneigenlijke gebruik te voorkomen wordt in paragraaf 2.20 van de notitie behandeld. De staatssecretaris begint het stuk met de melding dat Nederland geen modelbepaling tegen oneigenlijk gebruik van belastingverdragen heeft, omdat de aanpak tegen deze bezigheid sterk kan afhangen van de vorm die het mogelijke oneigenlijke gebruik aanneemt en tevens van de economische relatie met de verdragspartner¹⁵³. De desbetreffende antimisbruikmaatregel zal in elk afzonderlijk geval apart worden bepaald. Dit is mijns inziens door de mogelijke dynamische toepassing een correct uitgangspunt; belastingverdragen met een bijzonder hoog risico op oneigenlijk gebruik dienen (op het gebied van de bestrijding tegen dit gebruik) bijvoorbeeld anders te worden ingericht dan een belastingverdrag waar dit risico lager is. Daarnaast is het uiteraard het geval dat niet elke verdragspartner dezelfde meningen heeft over de definitie van oneigenlijk gebruik van het desbetreffende verdrag en de bestrijding daarvan. Met dit flexibele uitgangspunt kan op een goede wijze tegemoet worden gekomen bij de wil van de verdragspartner.

In de notitie wordt een onderscheid gemaakt tussen nationale leerstukken en verdragsbepalingen als voorkomingsmaatregel tegen oneigenlijk gebruik van belastingverdragen. De staatssecretaris meldt dat het niet in alle jurisdicties vereist is dat het doorwerken van een nationaal leerstuk expliciet wordt vermeld in een belastingverdrag. Nederland beoogt op basis van de woorden van de staatssecretaris echter vanuit transparantie om, indien voor deze weg wordt gekozen, in elk geval een dergelijke codificatie van de nationale leerstukken of een verwijzing ernaar op te nemen in het desbetreffende verdrag. Uiteraard betreft het niet enkel het bereiken van een hogere mate van transparantie, maar tevens de toepasbaarheid van een dergelijke leerstuk vanuit Nederlands perspectief; zonder de verwijzing of codificatie is op basis van de arresten van de Hoge Raad immers geen doorwerking mogelijk. Om de mogelijke nadelen van uit elkaar groeiende nationale leerstukken door het feit dat beide landen andere rechterlijke uitspraken kennen te voorkomen, streeft Nederland naar het overeenkomen van een onderlinge overlegmogelijkheid in die gevallen dat een beroep wordt gedaan op een nationaal leerstuk om de rechtszekerheid te vergroten¹⁵⁴. Zoals hierboven is opgemerkt, hebben niet alle landen eenzelfde aanpak wat betreft de doorwerking van nationale leerstukken. Om deze reden worden volgens de staatssecretaris in steeds meer belastingverdragen bepalingen

¹⁵² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 26.

¹⁵³ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 69.

¹⁵⁴ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 69.

opgenomen op grond waarvan één of meer verdragsvoordelen kunnen worden geweigerd¹⁵⁵. De staatssecretaris maakt met betrekking tot deze verdragsvoordeelbeperkende bepalingen een onderscheid tussen de in het vorige hoofdstuk genoemde *entity based*- en *transaction based*-benadering, waarbij de LOB-bepaling veelal de eerste categorie omvat en de tweede categorie veelal de vorm van een *main purpose*-toets aanneemt. Hoewel de staatssecretaris in de notitie de voor- en nadelen van beide benaderingen opsomt, worden door hem geen situaties geschetst waar een bepaalde benadering de voorkeur geniet. Het uitgangspunt van Nederland in de verdragsonderhandelingen blijft daarbij dus dat zij openstaat voor zowel het doorwerken van nationale leerstukken, mits een codificatie of verwijzing is opgenomen in het verdrag, als het opnemen van een concrete verdragsbepaling tegen oneigenlijk gebruik van het verdrag (LOB dan wel MPT). Uit de bewoording van de staatssecretaris in paragraaf 2.20.2 van de notitie leid ik echter af dat de staatssecretaris ten tijde van het schrijven van de notitie van mening was dat een verdragsbepaling de voorkeur geniet boven het doorwerken van een nationaal leerstuk naar het verdrag. Het is interessant om te zien dat deze notitie is afgerond in 2011, kort voor de sterk toegenomen wereldwijde focus op internationale belastingontwijking. Dit kan de vraag doen rijzen of het huidige verdragsbeleid in de laatste jaren is veranderd ten opzichte van de notitie uit 2011. Door het feit dat tot op heden nog geen nieuwe notitie is uitgebracht, of is toegezegd, is deze vraag mijns inziens negatief te beantwoorden¹⁵⁶. Gezien de recente globale ontwikkelingen sinds de publicatie van het NFV 2011 is het overigens opmerkelijk dat een nieuwe publicatie nog niet is verschenen of is toegezegd. Mijns inziens zou dit de rechtszekerheid en daarmee het Nederlandse vestigingsklimaat kunnen bevorderen en is een nieuwe publicatie van het huidige beleid zeer gewenst.

4.3 Beleid van de EU

4.3.1 Algemeen

De Europese Commissie (hierna: EC), het uitvoerende orgaan van de Europese Unie, is binnen de EU onder meer verantwoordelijk voor het beheren van de Europese begroting en de uitvoering van het gevoerde (belasting)beleid. De EC kan haar taak op een aantal manieren vervullen, waaronder door

¹⁵⁵ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 70. Naast deze genoemde reden lijkt mij dat de verschillende invulling van nationale leerstukken door verschillende landen, de gevolgen die deze leerstukken met zich brengen (eliminatie dan wel substitutie), het mogelijke risico op *treaty override* en de mogelijkheid om specifieke maatregelen te treffen tevens goede redenen betreffen om een concrete verdragsbepaling te gebruiken om oneigenlijk gebruik te voorkomen. In het volgende hoofdstuk wordt hier verder op ingegaan.

¹⁵⁶ Zie tevens de brief van de staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013 over belastingheffing internationale ondernemingen, Kamerstukken I 2012/2013, 33 402, nr. M en het debat inzake de behandeling van het Fiscaal Verdragsbeleid 2011 op 21 januari 2014, Handelingen 2013/14, nr. 16, item 2, waarin geen aanzienlijke verschillen ten opzichte van de NFV 2011 worden aangegeven.

middel van de vormgeving van bepaalde (bindende) supranationale wet- en regelgeving, zoals de verordeningen en de richtlijnen. De verordeningen en de richtlijnen zijn harmoniserende rechtsmiddelen, die beogen het (belasting)beleid van de verschillende lidstaten op een lijn te zetten om op deze manier de gelijkheid binnen de EU te waarborgen en hiermee de interne markt te bevorderen. Naast deze bindende rechtsmiddelen, kan de EC onder meer zogenoemde mededelingen, adviezen en aanbevelingen publiceren. Deze op de lidstaten van de EU gerichte middelen zijn echter niet bindend, maar moeten het beleid binnen de EU duidelijk maken. Met name de mededelingen en de aanbevelingen zijn rondom antimisbruikbepalingen in verdragen van betekenis.

Het beleid omtrent (internationale) belastingontwijking is binnen de EU net als in de rest van de wereld sinds 2012 aanzienlijk aangescherpt. Navolgend op een eerdere mededeling uit 2012 waarin de ernst en de omvang van belastingfraude en belastingontwijking werd geschetst¹⁵⁷, is op 6 december 2012 door de EC een mededeling gepubliceerd waarin een actieplan tegen belastingfraude en belastingontwijking werd gepresenteerd¹⁵⁸. Een aantal onderdelen van dit Europese actieplan tegen belastingfraude en -ontwijking is inmiddels doorgevoerd. Zo is bijvoorbeeld, om de administratieve samenwerking tussen de lidstaten en daarmee de strijd tegen belastingontwijking te bevorderen, de bijstandsrichtlijn aangepast met als gevolg dat elke vorm van een afspraak tussen een belastingautoriteit en een belastingplichtige (zoals een *advance tax ruling* of een *advance pricing agreement*) in beginsel vanaf 1 januari 2017 automatisch moet worden uitgewisseld binnen de EU¹⁵⁹. In de mededeling van december 2012 wordt in punt 8 tevens aangegeven dat zogenoemde agressieve fiscale planning moet worden tegengegaan door het oneigenlijke gebruik van belastingverdragen te voorkomen:

“In het bijzonder dringt de Commissie er bij de lidstaten op aan om in dubbelbelastingverdragen met andere EU-lidstaten en met derde landen een bepaling op te nemen die specifiek een eind moet maken aan dubbele niet-heffing.”

Hiernaast wordt het gebruik van een gemeenschappelijke algemene antimisbruikbepaling aanbevolen in de mededeling. In een op dezelfde datum apart gepubliceerde aanbeveling wordt door de EC verder

¹⁵⁷ Europese Commissie, ‘Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: over concrete manieren om de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking, ook in relatie tot derde landen, te versterken’, COM(2012) 351 final, 27 juni 2012.

¹⁵⁸ Europese Commissie, ‘Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking’, COM(2012) 722 final, 6 december 2012.

¹⁵⁹ Zie artikel 8 van de per 2016 herziene EU-bijstandsrichtlijn, Richtlijn 2011/16/EU.

ingegaan op de aanbevolen antimisbruikbepalingen¹⁶⁰. Vervolgens is op 28 januari 2016 een nieuwe aanbeveling gepubliceerd waarin de implementatie van een GAAR in de vorm van een MPT in belastingverdragen wordt aanbevolen¹⁶¹. Hoewel, zoals hierboven is vermeld, een aanbeveling geen bindende werking heeft, is een dergelijke uitlating van de EC een duidelijk bericht van het beleid dat het wilt voeren binnen de EU. Mochten lidstaten geen gehoor geven aan de aanbeveling, dan kan de EC druk op deze lidstaten uitoefenen om de aanbevolen maatregelen alsnog te hanteren. Kavelaars meldt hieromtrent: “Hoewel Aanbevelingen geen formele status hebben leidt het geen twijfel dat de EC deze Aanbevelingen met kracht zal uitventen en proberen af te dwingen”¹⁶². Het afdwingen van de aanbevelingen kan door de EC theoretisch worden gedaan door boetes op te leggen of door het korten op de regionale fondsen van lidstaten, dit is met betrekking tot de hierboven genoemde aanbevelingen echter (nog) niet gebeurd.

4.3.2 Aanbeveling EC

De visie van de EC met betrekking tot antimisbruikmaatregelen in belastingverdragen is grotendeels opgenomen in de aanbeveling van 6 december 2012¹⁶³. In deze aanbeveling wordt door de EC ten eerste aanbevolen dat lidstaten inkomsten enkel vrijstellen op basis van een belastingverdrag, indien die inkomsten onderworpen zijn aan belasting in het andere land. Dit zou volgens de aanbeveling van de EC als volgt kunnen worden geformuleerd in een specifieke clausule:

“Indien dit verdrag erin voorziet dat een inkomensbestanddeel slechts in één van de overeenkomstsluitende staten belastbaar is of dat het in één van de overeenkomstsluitende staten mag worden belast, wordt een dergelijk bestanddeel alleen dan van de heffing in de andere overeenkomstsluitende staat uitgesloten als het aan belasting is onderworpen in de eerste overeenkomstsluitende staat.”¹⁶⁴

Een dergelijke bepaling wordt in de literatuur een *claw-backbepaling* genoemd¹⁶⁵, dit omdat de heffingsbevoegdheid die in eerste instantie op basis van het verdrag zou moeten worden opgegeven

¹⁶⁰ Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie: over agressieve fiscale planning’, C(2012) 8806 final (2012/772/EU), 6 december 2012.

¹⁶¹ Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie: over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan’, C(2016) 271 final, 28 januari 2016.

¹⁶² P. Kavelaars, ‘De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I, NTFR-B 2013/19, paragraaf 2.1.2.

¹⁶³ Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie: over agressieve fiscale planning’, C(2012) 8806 final (2012/772/EU), 6 december 2012.

¹⁶⁴ Europese Commissie, ‘Aanbeveling van de Commissie: over agressieve fiscale planning’, C(2012) 8806 final (2012/772/EU), 6 december 2012, onderdeel 3.2.

¹⁶⁵ Zie onder meer P. Kavelaars, ‘De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I, NTFR-B 2013/19, paragraaf 2.1.1 (b).

door de verdragsluitende staat alsnog geëffectueerd wordt in het geval de andere verdragsluitende staat geen gebruik maakt van zijn heffingsrecht. Een dergelijke bepaling is een vergaande maatregel om ervoor te zorgen dat non-belasting, die ontstaat door middel van een belastingverdrag, wordt vermeden. Het is echter maar de vraag of een dergelijke bepaling niet in strijd is met de soevereiniteit van lidstaten om hun eigen belastingwetten in te vullen. Het niet effectueren van een heffingsrecht kan immers door een land worden gebruikt om het vestigingsklimaat te stimuleren, hetgeen door middel van een dergelijke bepaling geen effect zal hebben door het feit dat de belasting vervolgens alsnog door belastingplichtigen is verschuldigd. Naast het opnemen van een *claw-backbepaling* in belastingverdragen wordt in onderdeel 3.3 van de aanbeveling overigens tevens aanbevolen om een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting in de nationale wet enkel te verlenen indien de inkomsten zijn onderwerpen aan belasting in het andere land. Een dergelijke niet-vrijstelling aan de bron kan echter mogelijk leiden tot (economisch) dubbele belasting, bijvoorbeeld wanneer de bronstaat een aftrek van een betaling weigert door het ontbreken van een compenserende heffing in de andere staat en hiernaast tevens een bronbelasting op de betaling toepast¹⁶⁶. Ondanks de potentiële hoge mate van effectiviteit van de bepaling blijkt deze dus ook negatieve punten met zich te brengen en is het van belang om andere manieren tegen non-belasting met de bovenstaande bepaling te vergelijken. Deze vergelijking wordt in het volgende hoofdstuk, na het verder uitwerken van de *claw-backbepaling*, uitgebreid behandeld.

In onderdeel 4 van de aanbeveling van 6 december 2012 wordt ingegaan op de aanbeveling omtrent een generieke antimisbruikmaatregel in de nationale wetgeving van de lidstaten om internationale ongewenste belastingontwijking te bestrijden. Deze maatregel zou oneigenlijk gedrag, voor zover dit gedrag buiten het toepassingsgebied van de specifieke maatregelen valt, moeten bestrijden¹⁶⁷. De aanvulling dat de generieke maatregel enkel van toepassing dient te zijn buiten het toepassingsgebied van specifieke maatregelen is mijns inziens zeer gewenst en doet daarbij recht aan het *lex specialis derogat legi generali*-beginsel; specifieke wetgeving prevaleert boven algemene wetgeving. De maatregel dient daarnaast van toepassing te zijn op binnenlandse situaties, maar tevens vooral op grensoverschrijdende situaties binnen de EU en situaties waarbij derde landen betrokken zijn. De EC moedigt lidstaten aan om een clause in de nationale wetgeving met de volgende tekst op te nemen:

¹⁶⁶ R.A. de Boer & M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR* 2013/34, p. 2.

¹⁶⁷ Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie: over agressieve fiscale planning', C(2012) 8806 final (2012/772/EU), 6 december 2012, onderdeel 4.1.

“Een kunstmatige regeling of een kunstmatige reeks van regelingen die in wezen bedoeld is om belastingen te ontwijken en die een belastingvoordeel oplevert, wordt genegeerd. De nationale autoriteiten behandelen deze regelingen voor belastingdoeleinden op basis van de economische realiteit ervan.”

In de voorgestelde generieke maatregel zou dus de eliminatiemethode worden gebruikt om tot het belastbaar bedrag te komen wanneer sprake is van een kunstmatige regeling of een kunstmatige reeks van regelingen¹⁶⁸. Het Nederlandse leerstuk van *fraus legis* voorziet in deze methode, alhoewel over het algemeen de substitutiemethode onder dit leerstuk wordt toegepast. Na de aanbeveling in 2012 is op 28 januari 2016 een voorstel door de EC gepubliceerd voor een antibelastingontwijkingsrichtlijn, waarin in artikel 6 tevens het opnemen van een algemene antimisbruikmaatregel wordt voorgeschreven. Dit voorstel is op 20 juni 2016 aangenomen door de lidstaten van de EU. Een richtlijn heeft zoals eerder vermeld, in tegenstelling tot een aanbeveling, wel degelijk rechtskracht. De lidstaten worden hierdoor verplicht om dergelijke regels in hun nationale wet op te nemen. De bepaling in de richtlijn luidt:

“Voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting laten de lidstaten een constructie of een reeks van constructies buiten beschouwing die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is. Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.”¹⁶⁹

Deze bewoording lijkt aan te sluiten bij de andere generieke antimisbruikmaatregelen die gehanteerd worden in Europese richtlijnen; als het hoofddoel of een der hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel betreft en de constructie of reeks van constructies kunstmatig is, kan het voordeel worden geweigerd¹⁷⁰. Ondanks dat het Nederlandse leerstuk van *fraus legis* voorziet in de eliminatiemethode rijst de vraag of Nederland op dit moment voldoet aan de bovenstaande bepaling. Het leerstuk kent namelijk niet de expliciete voorwaarde dat een constructie kunstmatig dient te zijn. Het zesde artikel van de richtlijn meldt in het tweede lid echter dat een constructie kunstmatig is “voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit

¹⁶⁸ Zie voor een behandeling van de eliminatiemethode paragraaf 3.3.2 van deze scriptie.

¹⁶⁹ Artikel 6, eerste lid van de Antibelastingontwijkingsrichtlijn, Verklaring Raad van de Europese Unie, nr. 2016/0011 (CNS).

¹⁷⁰ Zie onder meer de bewoording van Richtlijn 2015/121 ter wijziging van Richtlijn 2011/96/EU (Moeder-Dochterrichtlijn) en artikel 15 van Richtlijn 2009/133/EG (Fusierichtlijn).

weerspiegelen". De toets voor het motiefvereiste van het fraus legis-leerstuk lijkt hierop aan te sluiten door de eis te stellen dat de constructie buiten het beoogde fiscale voordeel geen reële, praktische betekenis heeft voor de belastingplichtige. Op basis van het bovenstaande zou dus kunnen worden betoogd dat Nederland al voldoet aan de bepaling van de richtlijn¹⁷¹. Mocht Nederland niet voldoen aan de bepaling dan dient een expliciete bepaling te worden opgenomen in de Wet Vpb 1969. Tevens is het maar de vraag of een dergelijke (op grensoverschrijdende situaties gerichte) nationale bepaling effect zal hebben op internationale situaties waar een belastingverdrag van toepassing is. Op dit punt zal (in onder andere Nederland) namelijk het eerder besproken mogelijke risico van *treaty override* aanwezig zijn wanneer een bepaalde kunstmatige regeling op nationaal niveau wordt genegeerd en op basis hiervan de heffingsbevoegdheid eenzijdig wordt aangepast. Een dergelijk monistisch stelsel laat doorwerking van een in de richtlijn voorgeschreven generieke regel in principe namelijk niet toe. Dit is enkel anders indien de verdragsluitende staten dit gezamenlijk hebben bedoeld en expliciet hebben vastgelegd in het desbetreffende bedrag of in de toelichtingen daarop.

Naast het voorstel tot een Antibelastingontwijkingsrichtlijn is door de EC op 28 januari 2016 tevens een aanbeveling gepubliceerd waarin door de EC wordt ingegaan op de aanbevolen MPT in het OESO BEPS-project (zie volgende paragraaf)¹⁷². In de aanbeveling wordt door de EC aangegeven dat wanneer lidstaten kiezen om een MPT in hun (onderlinge of met derde landen gesloten) belastingverdragen op te nemen niet de letterlijke tekst die in finale BEPS-rapport wordt gegeven op te nemen, maar de volgende:

““Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that *it reflects a genuine economic activity or that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.*”

De schuingedrukte woorden dienen volgens de EC toegevoegd te worden aan de bepaling om strijdigheid met het EU-recht te voorkomen; enige argumentatie omtrent deze zienswijze ontbreekt in de aanbeveling. Ik neem aan dat dit ziet op de uitkomst van het Cadbury-Schweppes-arrest, waarin

¹⁷¹ Aantekening bij artikel 6, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', V-N 2016/37.3.

¹⁷² Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie: over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan', C(2016) 271 final, 28 januari 2016.

werd geoordeeld dat lidstaten enkel de vrijheid van vestiging mogen schenden door middel van een antimisbruikbepaling in geval sprake is van een kunstmatige constructie¹⁷³. Voor een uitgebreide analyse van de voorgestelde MPT wordt verwezen naar de volgende paragraaf. Zoals de redactie van Vakstudie-Nieuws meldt is het opvallend dat de EC in deze aanbeveling geen aandacht heeft geschonken aan de in het BEPS-rapport voorgestelde LOB-bepaling¹⁷⁴. Daarnaast is het tevens opmerkelijk dat de EC door middel van deze aanbeveling een andere bepaling van haar lidstaten verlangt dan de in het BEPS-project afgesproken bepaling. Uniformiteit van een bepaling is immers zeer belangrijk wanneer (wereldwijde) afspraken worden gemaakt bij de implementatie van een GAAR. De onzekere invulling van deze bepaling is op zich al een van de grootste nadelen van de bepaling, een andere bewoording van de bepaling door de EU-lidstaten zal de rechtsonzekerheid van de GAAR mijns inziens alleen maar vergroten. Het is naar mijn mening dan ook jammer dat als de EC daadwerkelijk denkt dat deze aanvulling nodig is om strijdigheid met het EU-recht te voorkomen, deze aanvulling niet reeds in het BEPS-rapport is opgenomen. Het lijkt mij namelijk dat geen enkel land bezwaar heeft tegen deze aanvulling inhoudende dat een verdragsvoordeel alsnog mag worden toegekend wanneer de constructie een reële economische activiteit betreft (“it is established that it reflects a genuine economic activity”).

4.4 OESO en BEPS

4.4.1 Algemeen

De OESO is op het gebied van de internationale belastingsystematiek een zeer belangrijk platform. Na de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap in 1957 in Rome werd een inspanning gestart om de voormalige Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES) te hernieuwen. Deze inspanning heeft in 1961 uiteindelijk geleid tot de oprichting van de OESO door vooral Europese landen in samenwerking met de Verenigde Staten en Canada. Op deze manier kon op economisch gebied tevens worden samengewerkt met niet-Europese landen, waardoor een meer mondiale aanpak mogelijk werd. Tegenwoordig kent de OESO 35 lidstaten, waaronder veel van de werelds grootste economieën. Op het gebied van internationale belastingheffing is een dergelijke globale samenwerking van groot belang. Zoals eerder is aangegeven, is de oorzaak van de grootschalige internationale belastingontwikkelingsproblematiek grotendeels te vinden in de verschillen die bestaan in belastingsystemen. Een dergelijke globale interactie waar kennis omtrent

¹⁷³ HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd).

¹⁷⁴ Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij “Aanbeveling Europese Commissie over implementatie maatregelen tegen misbruik belastingverdragen”, *V-N 2016/12.7*.

belastingheffing kan worden uitgewisseld, (belasting)beleid kan worden afgestemd en gecoördineerde afspraken kunnen worden gemaakt, is wellicht een van de meest effectieve manieren om deze verschillen in belastingssystemen te voorkomen of ten minste het gebruik van de verschillen te minimaliseren in situaties waar dat gewenst wordt geacht. Het eerder genoemde Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-project is een bijzonder goed voorbeeld van het bovenstaande en gaat zelfs verder dan simpelweg een samenwerking tussen de leden van de OESO. Door de grote internationale macht van de OESO kan namelijk druk worden gezet op derde landen om tevens aan de afgesproken maatregelen te voldoen. Tevens is het voor veel niet-leden tevens lucratief om aan de afspraken deel te nemen, aangezien dit hun belastingopbrengsten aanzienlijk kan verhogen door het minimaliseren van de discrepanties in hun belastingstelsel met andere landen. Anderzijds kunnen de nieuwe (veelal strengere) regelgeving tegen ongewenste internationale belastingontwijking uiteraard het vestigingsklimaat van een land verslechteren, waardoor het voor bedrijven minder aantrekkelijk kan zijn om in dat land te opereren. Door de verwachte voordelen zijn echter meer dan 100 landen inmiddels betrokken bij het BEPS-project¹⁷⁵. Naast de grote voordelen van internationale samenwerking bestaan er tevens nadelen bij een dergelijk mondiaal gecoördineerd project. Het meest belangrijke nadeel van de internationale organisatie betreft het feit dat de afspraken die worden gemaakt tussen de landen, in tegenstelling tot (supra)nationale wetten en belastingverdragen, geen rechtsgeldigheid bevatten. Iedere lidstaat van de OESO is in principe vrij om het afgesproken beleid niet of op een andere manier toe te passen. Ten aanzien van niet lid-staten heeft de OESO formeel zelfs geheel geen macht.

Het BEPS-project is ingedeeld in 15 categorieën, waaronder onder meer beleidsmatige afspraken op het gebied van het neutraliseren van hybride mismatches, het tot stand brengen van effectieve CFC-regelgeving, het verhogen van internationale transparantie en het verbeteren van de regelgeving omtrent *transfer pricing* zijn geformuleerd. Met betrekking tot het oneigenlijke gebruik van belastingverdragen wordt door de OESO in het BEPS-project ingegaan in Actiepunt 6. In deze paragraaf wordt het beleid van de OESO geanalyseerd en wordt de aanbeveling van de OESO met betrekking tot het voorkomen en bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen uitgewerkt.

4.4.2 BEPS Action 6

Actiepunt 6, "Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances", van het BEPS rapport bevat een aantal mogelijkheden om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen

¹⁷⁵ OESO 2016, zie <http://www.oecd.org/tax/beps/>.

en te bestrijden. Het op 5 oktober 2015 gepubliceerde document is het eindresultaat van een tweejarig onderzoek. Zoals in hoofdstuk 2 naar voren is gekomen, is het doel van een belastingverdragen op basis van het OESO-modelverdrag naast het vermijden van juridische dubbele belastingheffing tevens het voorkomen van ongewenste belastingontwijking. In dit rapport wordt op deze zienswijze meer nadruk gelegd door de titel van belastingverdragen als volgt aan te passen:

“Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance.”¹⁷⁶

De preambule van belastingverdragen wordt gelijkertijds als volgt aangepast:

“(State A) and (State B), Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co-operation in tax matters, intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States). Have agreed as follows:”¹⁷⁷

Om dit doel te bereiken wordt in het rapport een ‘minimumniveau van bescherming tegen *treaty shopping*’ in de vorm van drie mogelijke bepalingen voorgeschreven. Landen mogen onderling zelf afspreken welke van de drie aangeboden opties zij gebruiken, zolang aan dit minimumniveau wordt voldaan. De drie opties betreffen het implementeren in een belastingverdrag van: (i) een enkele LOB-bepaling waarin anti-doorstroom regels worden opgenomen, (ii) een enkele MPT, en (iii) een (gesimplificeerde) LOB-bepaling en een MPT tezamen¹⁷⁸.

Vervolgens wordt in het document ten eerste ingegaan op het feit dat in het OESO-modelverdrag een LOB-bepaling zal worden opgenomen¹⁷⁹. Bij de behandeling van deze bepaling wordt een conceptversie van de LOB-bepaling gegeven, welke als uitgangspunt heeft dat belastingplichtigen geen recht hebben op de voordelen van het verdrag, tenzij een voldoende band met het verdragsland aanwezig wordt geacht. De vereisten inzake een dergelijke band met het verdragsland wordt concreet ingevuld door de duidelijk geformuleerde toetsen in de bepaling. De (concept)bepaling is grotendeels gebaseerd op de LOB-bepaling die de Verenigde Staten veelal gebruikt en bevat daarmee onder andere een toets met betrekking tot *qualified persons* (inclusief een directe en indirecte beursoets), een

¹⁷⁶ BEPS Action 6, Final Report 2015, punt B.72, p. 91 (onderstreping M.C. Rasenberg).

¹⁷⁷ BEPS Action 6, Final Report 2015, punt B.72, p. 92 (onderstreping M.C. Rasenberg).

¹⁷⁸ BEPS Action 6, Final Report 2015, *executive summary*, p. 10.

¹⁷⁹ BEPS Action 6, Final Report 2015, p. 20-54.

(indirecte) aandeelhouderstoets, een activiteitentoets, een *derivative benefits*-toets en een vangnetbepaling gebaseerd op het (voornaamste) motief van de belastingplichtige om de desbetreffende handeling te verrichten (*discretionary relief*). Net als in de LOB-bepaling van het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten wordt naast de genoemde toetsen een lid opgenomen waarin de gebruikte termen nader worden toegelicht door een concrete invulling van de begrippen te formuleren. In het finale rapport van Actiepunt 6 wordt tevens gemeld dat vóór het toevoegen van een dergelijke bepaling in het OESO-modelverdrag gewacht zou worden op het finaliseren van het VS-modelverdrag. In dit hernieuwde modelverdrag van de Verenigde Staten bevindt zich namelijk een vernieuwde versie van de huidige LOB-bepaling¹⁸⁰. Dit modelverdrag is inmiddels op 17 februari 2016 gepubliceerd en kent in haar LOB-bepaling naast de bovenstaande toetsen tevens een hoofdkantoorstoets en een bepaling om de eerdergenoemde *PE triangular cases* te bestrijden¹⁸¹. Het is daarmee te verwachten dat deze toets tevens zal worden meegenomen in de bepaling van het OESO-modelverdrag. In het finale BEPS-rapport wordt overigens geen voorbeeldtekst gegeven voor (minimale) anti-doorstroom regelgeving (zie optie (i)). In onderdeel 19 van het toelichtende commentaar op de LOB-bepaling wordt wel een zestal voorbeelden geschetst, waarin wordt aangegeven hoe de regel op deze situaties van toepassing zouden zijn¹⁸². Zoals Bender en Engelen melden zijn deze voorbeelden grotendeels ontleend aan de briefwisseling van 19 juli 2002 tussen de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk over de toepassing van de anti-doorstroomregels in hun onderlinge verdrag¹⁸³. Dergelijke anti-doorstroombepalingen kent Nederland bijvoorbeeld in het Verdrag tussen Nederland en Egypte (artikel 10, vierde lid). Deze toets neemt de vorm aan die vergelijkbaar is met een *main purpose*-toets, waarbij de motieven van belastingplichtigen om de desbetreffende handeling te verrichten, worden getoetst.

Ten tweede wordt in het rapport de optie ten opzichte van de enkele opname van een MPT behandeld, waarmee handelingen kunnen worden bestreden waarbij een van de voornaamste doelen het verkrijgen van een verdragsvoordeel is. Deze GAAR wordt op basis van het rapport als volgt vormgegeven:

“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude,

¹⁸⁰ BEPS Action 6, Final Report 2015, punt A.25, p. 20.

¹⁸¹ Zie persbericht van 17 februari 2016 door The US Treasury inzake de publicatie van het hernieuwde ‘United States Model Income Tax Convention 2016’.

¹⁸² BEPS Action 6, Final Report 2015, punt B.26, p. 20.

¹⁸³ Zie voetnoot 20 bij Bender & Engelen, ‘BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans’, *WFR 2016/51*.

having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”¹⁸⁴

Het laatste deel van deze bepaling stelt dat handelingen waarbij een van de voornaamste doelen het verkrijgen van een verdragsvoordeel is niet wordt uitgesloten van dit voordeel, indien de handeling niet in strijd met het doel en de strekking van de relevante bepalingen van het verdrag is. Dit is mijns inziens een goede aanvulling, aangezien het gebruik willen maken van de faciliteit niet per definitie moet leiden tot uitsluiting van de voordelen. Het verdrag is immers tot stand gekomen om bepaalde faciliteiten te verlenen om internationale handel te bevorderen.

De toets van deze MPT is, net als bij elke GAAR, subjectief van aard. In de toelichting op de bepaling wordt echter vermeld dat deze toets van geval tot geval moet worden uitgevoerd en moet zijn gebaseerd op een objectieve analyse van alle feiten en omstandigheden omtrent de doelstelling van alle personen die betrokken zijn bij de desbetreffende handeling¹⁸⁵. Hier wordt aan toegevoegd dat daadwerkelijk bewijs niet hoeft te worden geleverd, maar dat redelijkerwijs moet kunnen worden geconcludeerd dat een van de voornaamste doelen van de handeling het verkrijgen van het verdragsvoordeel is geweest. Na de bovenstaande zin wordt in het commentaar een poging gedaan tot de invulling wanneer een handeling redelijkerwijs kan worden geacht te zijn verricht met als een van de voornaamste doelen het verkrijgen van een verdragsvoordeel. Dit wordt gedaan door te stellen dat het concluderen tot het bovenstaande niet te gemakkelijk mag worden bepaald, door bijvoorbeeld enkel naar de effecten van een bepaalde handeling te kijken. Deze bewoording van het commentaar geeft mijns inziens opnieuw het grote nadeel van de MPT aan: rechtszekerheid is hier niet te vinden. Het commentaar zou immers duidelijkheid moeten scheppen omtrent de desbetreffende bepaling, maar doet hier het tegenovergestelde. Een term als ‘redelijkerwijs’ (Engels: *reasonableness*) is immers zeer subjectief. Deze bewoording lijkt te komen uit historische Engelse rechtspraak, waarin de term vaker werd gebruikt¹⁸⁶. Wellicht dat er duidelijkheid kan worden gevonden omtrent de invulling van deze term in die Engelse rechtspraak. Er wordt in het commentaar echter niet verwezen naar deze rechtspraak, zodat mijns inziens de casuïstische invulling van het woord *reasonable* in de Engelse

¹⁸⁴ BEPS Action 6, Final Report 2015, punt B.26, p. 65-69.

¹⁸⁵ Zie onderdeel 10 van het OESO-Commentaar op de MPT: BEPS Action 6, Final Report 2015, punt B.26, p. 57-58.

¹⁸⁶ R.C. Cunha, ‘BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule’, 10th IFA Conference: Vol. 1, juni 2016, p. 188.

rechtspraak niet per definitie kan worden toegepast bij de invulling van de hier gegeven term met betrekking tot de MPT. Het gevolg deze term is echter dat het bewijs van het oneigenlijk gebruik voor de belastingautoriteiten betrekkelijk gemakkelijk is te leveren. Pinetz schrijft hierover het volgende:

“(A main purpose test seems to) allow the tax authority to lightly assume abuse already in all those cases where a benefit for the taxpayers is achieved, as it is reasonable to conclude that one of the motives behind the structure was a tax motive. In this regard, only if the taxpayer could prove that the tax motives behind the relevant arrangement were merely secondary purposes, the structure would not fall under the principal purpose test rule.”¹⁸⁷

Een dergelijke bewoording van de GAAR lijkt mij vanuit een rechtszekerheidsoogpunt, maar ook vanuit het oogpunt van de onschuldpresumptie, dan ook zeer ongewenst. Mijns inziens kan beter worden aangesloten bij de huidige visie, weergegeven in het Commentaar op artikel 1 van het OESO-modelverdrag:

“(…) there is agreement that member countries should carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties to relieve double taxation as long as there is no clear evidence that the treaties are being abused.”¹⁸⁸

De bewoording in het BEPS rapport lijkt de bewijslast voor inspecteurs aanzienlijk te verzachten ten opzichte van de huidige visie, zoals hierboven is weergegeven. Belastingplichtigen dienen echter niet bij elke handeling waar een verdragsvoordeel wordt verkregen er van te worden verdacht dat zij handelen in strijd met het doel en de strekking van het verdrag. Om dit laatste aannemelijk te maken, dient de belastinginspecteur naar mijn mening een goed onderbouwde argumentatie te geven en kan niet zomaar worden verondersteld dat aan een handeling bepaalde motieven ten grondslag hebben gelegen¹⁸⁹. Gebeurt dit wel, dan vindt door deze bewoording in feite een omkering van de bewijslast plaats. Deze bewoording van de GAAR is mogelijk tevens in strijd met het EU-recht. Op basis van het Itelcar-arrest dient een regel namelijk voldoende duidelijk, precies en voorstelbaar te zijn¹⁹⁰. Volgens Kemmeren wordt door het feit dat de voorgestelde MPT geen *conclusive proof of intent* vereist niet

¹⁸⁷ E. Pinetz, ‘Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse’ in Lang *et al*, ‘Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)’, Wenen: Linde Verlag, 2016, p. 286.

¹⁸⁸ Onderdeel 22.2 van het Commentaar op Artikel 1 van het OESO-modelverdrag (onderstreping M.C. Rasenberg).

¹⁸⁹ Zie hieromtrent M. Lang, ‘BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties’, *Tax Notes International*, Vol. 74, nr. 7, 19 mei 2014, p. 655-664 en de reactie van G. Pizzitola in OESO, ‘Comments received on Public Discussion Draft BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’, 11 april 2014, p. 173.

¹⁹⁰ HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-282/12 (Itelcar).

voldaan aan dit EU-rechtelijke vereiste en kan hierdoor strijdigheid met het EU-recht ontstaan¹⁹¹. Verder dan deze constatering van mogelijke strijdigheid met het EU-recht ga ik hier niet, aangezien het de omvang van deze scriptie te buiten gaat om dit uitgebreid te behandelen. Het benadrukt echter wel de mogelijke spanning tussen de geformuleerde visie van de OESO in het BEPS-project en de Europese visie op basis van het EU-recht.

Hiernaast is in de literatuur veel kritiek geuit op het feit dat in de bepaling wordt gesproken over 'een van de voornaamste doelen'. Zo zijn De Broe en Luts van mening dat deze bewoording onacceptabel is en dat enkel een handeling waarbij het volledige of nagenoeg volledige doel het verkrijgen van een verdragsvoordeel betreft¹⁹². Lang erkent dit probleem eveneens en ziet de gekozen bewoording als zeer ingrijpend voor de juridische behandeling van de bepaling¹⁹³. Gezien de aard van een belastingverdrag, het faciliteren van voorkoming van juridische dubbele belastingheffing, acht ik een dergelijke bewoording als in het finale BEPS rapport niet wenselijk. Het verkrijgen van een verdragsvoordeel zou immers niet moeten leiden tot uitsluiting van dat verdragsvoordeel, indien aan de handeling tevens commerciële redenen ten grondslag liggen. Dit dreigt met deze bewoording wel te kunnen gebeuren. Tevens dient opgemerkt te worden dat de reikwijdte van de voorgestelde MPT aanzienlijk ruimer is dan de gebruikte MPT in veel Nederlandse verdragen. Deze generieke toets wordt door Nederland namelijk vaak enkel gebruikt in de dividend-, rente- en royaltyartikelen, terwijl de voorgestelde MPT in Actiepunt 6 alle verdragsvoordelen beoogt te raken¹⁹⁴. Dit verhoogt de doelmatigheid van de bepaling ("*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*") en is daarmee mijns inziens een gewenste wijziging.

De derde variant betreft het opnemen van een gesimplificeerde LOB-bepaling in combinatie met een MPT in het belastingverdrag. Deze gesimplificeerde LOB-bepaling betreft een minder gedetailleerde bepaling, waardoor de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de bepaling toenemen. Dit brengt uiteraard met zich dat de bepaling in doelmatigheid afneemt. Dit wordt getracht opgevangen te worden door middel van de supplementaire MPT. De samenloop van deze MPT met de LOB-bepaling wordt in paragraaf 3 van het Commentaar op de MPT toegelicht:

¹⁹¹ M.P. Weterings & I.A.E.J. Hijkoop, 'Verslag van de 8^{ste} NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan', *WFR 2016/148*, onderdeel 2.3.

¹⁹² L. De Broe & J. Luts, 'Beps Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax*: Vol. 43 (2015), uitgave 2, p. 135.

¹⁹³ M. Lang, 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International*, Vol. 74, nr. 7, 19 mei 2014, p. 659.

¹⁹⁴ Zie onder meer de *main purpose*-toetsen in het verdrag met Letland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, waarin zij enkel zien op de artikelen omtrent de passieve inkomsten.

“Paragraph 7 supplements and does not restrict in any way the scope or application of the provisions of paragraphs 1 to 6 (the limitation-on-benefits rule): a benefit that is denied in accordance with these paragraphs is not a “benefit under the Convention” that paragraph 7 would also deny. Moreover, the guidance provided in the Commentary on paragraph 7 should not be used to interpret paragraphs 1 to 6 and vice-versa.”¹⁹⁵

Dit betekent dus dat de GAAR niet wordt toegepast wanneer een bepaald voordeel al wordt geweigerd door de LOB-bepaling. Hoewel een dubbele weigering van de verdragsvoordelen (op basis van zowel de LOB als de MPT) natuurlijk niet anders zou uitwerken dan een enkele weigering (op basis van de LOB), is de uitsluiting van de MPT na de toepassing van de LOB een logische uitwerking vanuit het eerdergenoemde *lex specialis derogat legi generali*-beginsel; specifieke regelgeving zet generieke regelgeving opzij. In paragraaf 4 van het Commentaar op de MPT wordt echter het volgende toegevoegd:

“Conversely, the fact that a person is entitled to benefits under paragraphs 1 to 6 does not mean that these benefits cannot be denied under paragraph 7. Paragraphs 1 to 6 are rules that focus primarily on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State. As illustrated by the example in the next paragraph, these rules do not imply that a transaction or arrangement entered into by such a resident cannot constitute an improper use of a treaty provision.”¹⁹⁶

Dit heeft dus als gevolg dat, indien wordt voldaan aan een van de criteria van de LOB-bepaling alsnog kan worden getoetst naar de bewoording van de MPT. Dit is naar mijn mening in strijd met het eerdergenoemde beginsel waar *lex specialis* prevaleert boven *lex generalis*. Daarnaast doet dit mijns inziens het grootste voordeel van de LOB-bepaling, de rechtszekerheid die het brengt, teniet. De Broe en Luts stellen dat de aanvullende MPT enkel zou moeten werken op een transactie die voldoet aan de LOB-toets, in zoverre deze transactie compleet buiten het bereik van de LOB-bepaling valt¹⁹⁷. Dit zou de MPT naar mijn mening een meer supplementaire rol geven, in plaats van simpelweg een tweede toets te zijn die het in de voorgestelde vorm aanneemt. Wellicht zou kunnen worden gesteld dat de (gesimplificeerde) LOB-bepaling een subtiele grens aangeeft van hetgeen is geoorloofd en ongeoorloofd onder het verdrag en dat dit alsnog een kleine mate van rechtszekerheid met zich brengt boven het gebruik van enkel een MPT in het belastingverdrag, maar ik zie dit argument als niet erg

¹⁹⁵ BEPS Action 6, Final Report 2015, p. 55.

¹⁹⁶ BEPS Action 6, Final Report 2015, p. 55-56

¹⁹⁷ L. De Broe & J. Luts, ‘Beps Action 6: Tax Treaty Abuse’, Intertax: Vol. 43 (2015), uitgave 2, p. 133.

sterk. Mijns inziens is deze derde optie in deze vorm dan ook niet gewenst. Als een transactie na het passeren van de LOB-bepaling alsnog wordt getoetst aan de MPT lijkt mij het enkel opnemen van een MPT dezelfde uitkomst te bieden, zonder de nadelen van het hebben van een (extra) LOB-bepaling in het verdrag.

4.4.3 Aanbeveling OESO

De OESO meldt in punt 19 in het finale BEPS rapport van Actiepunt 6 dat de aanpak tegen oneigenlijk gebruik van belastingverdragen door zowel OESO-, als niet-OESO-landen sterk van elkaar verschilt. Na een uitvoerig onderzoek naar de voor- en nadelen van deze verschillende maatregelen wordt de volgende drieledige aanpak aanbevolen¹⁹⁸:

1. Het duidelijk aangeven in een belastingverdrag dat het voorkomen van ongewenste belastingontwijking tevens een doel is van het gesloten verdrag.
2. Het opnemen van een specifieke antimisbruikbepaling in de vorm van een LOB-bepaling, inclusief de in het finale rapport omschreven toetsen.
3. Het opnemen van een generieke antimisbruikbepaling in de vorm van een *main purpose*-toets, waarmee situaties die niet onder de LOB-bepaling vallen, alsnog kunnen worden bestreden.

Deze totalitaire aanpak die verder gaat dan de 'minimumstandaard' lijkt mij te zijn aanbevolen om belastingautoriteiten een zo effectief mogelijk middel aan te bieden om internationale belastingontwijking te kunnen bestrijden. Dit is ook begrijpelijk gezien de maatschappelijke druk omtrent dit onderwerp. De opname van dergelijke antimisbruikmaatregelen in een belastingverdrag zal de complexiteit en de rechtsonzekerheid van het verdrag doen toenemen. Dit lijkt mij per definitie niet gewenst vanuit het (oorspronkelijk) primaire doel van een belastingverdrag; (internationaal) fiscale barrières verkleinen om internationale handel te stimuleren. Deze mate van complexiteit en rechtsonzekerheid zal voor het internationale bedrijfsleven geen gewenste ontwikkeling zijn. Hoe de aanbevolen antimisbruikmaatregelen op de in het eerste hoofdstuk geformuleerde toetsingscriteria scoren, wordt in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

Zoals eerder is aangegeven, heeft de OESO geen rechtsmacht en kunnen de geformuleerde afspraken dus niet rechtstreeks worden toegepast. De vraag rijst dan hoe deze aanbevolen bepalingen in belastingverdragen terecht moeten komen. Het apart heronderhandelen van elk belastingverdrag is een optie, maar deze werkwijze zou tientallen jaren in beslag nemen. In het finale rapport van Actiepunt 6 wordt op diverse punten aangegeven dat de OESO de aanbevolen bepalingen onderdeel

¹⁹⁸ BEPS Action 6, Final Report 2015, punt A.19, p 18-19

wil maken van het multilaterale verdrag van Actiepunt 15 en op deze wijze de aangegeven minimumstandaard in huidige belastingverdragen wil effectueren¹⁹⁹. Actiepunt 15 (“*A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*”) betreft de inspanning van de OESO om een globaal, multilateraal instrument te ontwikkelen om de implementatie van Actiepunten 2, 6, 7 en 14 te versnellen. Het doel van de OESO is om dit multilaterale instrument vóór 31 december 2016 af te ronden²⁰⁰. Het is echter nog maar de of dit geëffectueerd kan worden. Een dergelijk multilateraal verdrag kent immers gezamenlijke afspraken voor meer landen en het lijkt zeer lastig om het verdrag aan de wensen van elk land te laten voldoen. Dit is des te meer het geval wanneer, zoals bij Actiepunt 6 het geval is, de aanbevelingen uit het BEPS rapport leiden tot een keuzemogelijkheid voor landen²⁰¹. Broekhuijsen en Vording geven in het hiervoor genoemde artikel aan dat dit probleem zou kunnen worden opgelost door nadere bilaterale onderhandelingen. Dit lijkt mij echter alsnog tot het eerder genoemde probleem te leiden; deze procedure is zeer tijdrovend. Al met al lijkt dit echter wel de meest praktische oplossing. Bij nieuwe verdragsonderhandelingen kan de gestelde minimumstandaard uiteraard alvast worden meegenomen. Nederland heeft sinds de publicatie van de finale BEPS rapporten de genoemde minimumstandaard opgenomen in haar verdragsbeleid en loopt dus vooruit op een eventueel multilateraal verdrag²⁰².

4.5 Conclusie

Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan op een aantal manieren worden voorkomen en bestreden. Ondanks het feit dat het beleid omtrent de keuze tussen de manieren verschilt tussen landen, moeten beide partijen tot een adequate regeling komen. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is het Nederlandse beleid omtrent deze materie opgenomen. In deze notitie komt naar voren dat Nederland bereid is om een MPT dan wel een LOB-bepaling in het verdrag op te nemen en zelfs bereid is om nationale antimisbruikleerstukken door te laten werken naar het belastingverdrag. De voorkeur lijkt te gaan naar een expliciete verdragsbepaling, hetgeen op basis van het door Nederland gehanteerde monistische stelsel logisch lijkt. De keuze tussen een MPT of een LOB-bepaling wordt samen met de verdragspartner overeengekomen, waarbij veel waarde wordt gehecht aan de wens van

¹⁹⁹ Zie onder meer BEPS Action 6, Final Report 2015, *executive summary*, p. 11 en *introduction*, punt 8, p. 14/16 en punt A.23, p. 20 en punt A.25, p. 20 en punt A.52, p. 76.

²⁰⁰ Punt 19 in OESO, ‘OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 15: A Mandate For the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS’, 2015.

²⁰¹ Zie D.M. Broekhuijsen & H. Vording, ‘Multilaterale samenwerking ten aanzien van het BEPS-project: een prognose’, *WFR 2016/53*, onderdeel 5 en Bender & Engelen, ‘BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans’, *WFR 2016/51*, onderdeel 8.

²⁰² Kamerstukken II 2015/16, 25 087, nr. 112, onderdeel 2.1, p. 7.

de verdragspartner. Naast het nationale beleid is op Europees gebied tevens de visie van de EC van belang. De EC is een voorstander van het opnemen van een *claw-backbepaling* in belastingverdragen, waardoor non-belasting wordt voorkomen door een (verdrags)vrijstelling niet te verlenen indien het desbetreffende inkomen niet aan belasting is onderworpen in het andere verdragsluitende land. Naast de *claw-backbepaling* beveelt de EC een gezamenlijke generieke antimisbruikbepaling aan, hetgeen in de recent aangenomen Antibelastingontwijkingsrichtlijn in een concreet artikel is opgenomen. Door het opnemen van deze regel in de richtlijn zullen alle lidstaten de strekking van deze regel moeten opnemen in hun nationale wet voor zover zij een dergelijke regel nog niet kennen in hun belastingsysteem.

De grootste maatschappelijke ontwikkeling van de afgelopen jaren is het OESO BEPS-project geweest. Deze globale inzet tegen internationale belastingontwijking van meer dan honderd landen is vormgegeven in 15 actiepunten. Actiepunt 6 betreft het voorkomen en bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen. In het finale rapport uit 2015 van dit actiepunt wordt de aanbeveling gedaan om een minimumstandaard aan te houden, waarbij gekozen kan worden tussen drie mogelijkheden: het opnemen in het belastingverdrag van een (i) enkele LOB-bepaling, inclusief een anti-doorstroommaatregel, (ii) een enkele MPT, en (iii) een (gesimplificeerde) LOB-bepaling tezamen met een MPT. De meest optimale keuze is volgens dit rapport om zowel de preambule van het belastingverdrag te richten tegen belastingontwijking, als het opnemen van een LOB-bepaling én het opnemen van een generieke antimisbruikbepaling in de vorm van een MPT. Het heronderhandelen van alle bestaande bedragen om aan deze minimumstandaard te voldoen zou tientallen jaren in beslag nemen. Om dit te voorkomen is in actiepunt 15 aangegeven dat er gewerkt wordt aan een multilateraal instrument om op deze manier (onder andere) de aanbevolen antimisbruikbepalingen te effectueren in bestaande verdragen. Het is echter maar de vraag of alle landen dit multilaterale instrument zullen ondertekenen en mocht dit het geval zijn hoe zal worden gekozen tussen de drie mogelijke standaarden. Hier lijkt onderhandeling van elk specifiek verdrag alsnog onvermijdelijk. Naast het publiceren van de eerdergenoemde richtlijn is door de EC op dezelfde dag een aanbeveling gepubliceerd inzake de bewoording van de MPT in Actiepunt 6 van het BEPS-project. In deze aanbeveling wordt door de EC aanbevolen om een enkele zin toe te voegen, zodat deze bepaling niet in strijd is met het EU-recht. Het is echter opvallend dat deze opmerking niet eerder in het BEPS-project naar voren is gekomen, aangezien het onwaarschijnlijk lijkt dat deze toevoeging nadelig zou uitwerken voor niet-EU landen.

5 Optimale antimisbruikmaatregel

5.1 Inleiding

Nu in de voorgaande hoofdstukken is uitgewerkt wat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen inhoudt, welke (soort) antimisbruikmaatregelen hiertegen gebruikt kunnen worden en wat de recente maatschappelijke ontwikkelingen zijn geweest op het gebied van zowel nationaal als internationaal beleid om dit oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen en te bestrijden, resteert nog een aantal (deel)vragen:

- Dient oneigenlijk gebruik van belastingverdragen voorkomen te worden door nationale bepalingen, bilaterale bepalingen of een combinatie?
- Bestaan er andere maatregelen om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen?
- Welke soort antimisbruikbepaling is het meest geschikt voor de hedendaagse bilaterale belastingverdragen?

Eerder is de eventuele doorwerking van *fraus legis* naar belastingverdragen en de toepasbaarheid van *fraus conventionis* al kort besproken. Naast deze generieke maatregelen kunnen nationale specifieke maatregelen in beginsel ook worden gebruikt om oneigenlijk gedrag in verdragsituaties te voorkomen. In dit hoofdstuk wordt hier verder aandacht aan besteed om uiteindelijk een antwoord te formuleren op de vraag of oneigenlijk gebruik van belastingverdragen dient te worden voorkomen met behulp van nationale wetgeving, specifiek geformuleerde antimisbruikbepalingen in het desbetreffende verdrag of door een combinatie van deze twee. Hiernaast wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de vraag of andere mogelijkheden, die vooralsnog niet (uitgebreid) zijn behandeld, bestaan om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen of te bestrijden. Hierbij wordt onder andere ingegaan op de eerder genoemde *claw-backbepaling* en een maatregel waar toekenning van de verdragsvoordelen wordt gelimiteerd op basis van een bepaald (jaarlijks) inkomen. Het hoofdstuk wordt afgerond met een eindanalyse van de meest optimale methode om dit oneigenlijke gebruik te voorkomen en te bestrijden. Deze analyse is gebaseerd op de toetsingscriteria van hoofdstuk 1 en wordt op basis van deze punten uitgebreid uitgewerkt en schematisch weergegeven.

5.2 Nationale of bilaterale bestrijding

Het is duidelijk dat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen op meerdere manieren kan worden voorkomen en bestreden. Naast deze constatering is, het om een antwoord op de hoofdvraag van deze scriptie te formuleren, van belang om te analyseren of het oneigenlijke gebruik het best kan worden tegengaan door middel van nationale regelgeving, (bilaterale) bepalingen op verdragsniveau of door

een combinatie. Bij nationale regelgeving moet worden gedacht aan zowel specifieke als generieke antimisbruikmaatregelen die worden toegepast op verdragsituaties. Een verlaagd bronheffingstarief zou bijvoorbeeld kunnen worden geweigerd door de bronstaat op basis van een specifieke maatregel als niet wordt voldaan aan bepaalde gedefinieerde (substance)vereisten. Daarnaast zou diezelfde verlaging van het tarief ook kunnen worden geweigerd indien door de inspecteur een succesvol beroep wordt gedaan op een generiek nationaal leerstuk, zoals *fraus legis* of *fraus conventionis*. Bestrijding op verdragsniveau houdt daarentegen in dat het oneigenlijke gebruik wordt voorkomen en bestreden door een bepaling in het desbetreffende verdrag. Hier is bijvoorbeeld sprake van indien een MPT of een LOB-bepaling is opgenomen in het verdrag. Na de behandeling van deze twee mogelijkheden wordt in deze paragraaf tot slot een combinerende aanpak van zowel bestrijding op nationaal niveau als op verdragsniveau geanalyseerd.

Het bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen op nationaal niveau lijkt in beginsel een logische oplossing. Belastingverdragen zijn in essentie immers enkel bilaterale afspraken tussen twee landen waarin heffingsrechten worden verdeeld, zodat dubbele belastingheffing wordt voorkomen. Het oneigenlijke gebruik van deze verdragen heeft vanuit het oogpunt van een van de verdragsluitende partijen uiteindelijk enkel een nadelig gevolg indien dit oneigenlijke gebruik zorgt voor een vermindering van belastingheffing van die staat ten opzichte van de situatie waarin het verdrag op een eigenlijke manier zou worden gebruikt. Dit nadelige gevolg zou vervolgens door dat land kunnen worden voorkomen door nationale regelgeving toe te passen op de oneigenlijke situatie om de belastingheffing op deze wijze recht te zetten. Het land waarin de belastingheffing is vrijdeld kan op haar beurt de effecten van deze handelingen bestrijden door middel van specifieke dan wel generieke maatregelen. Een voorbeeld van een specifieke nationale maatregel betreft de eerdergenoemde 'uiteindelijke gerechtigde'-bepaling in artikel 4 van de Wet DB 1965. Een generieke maatregel betreft de toepassing of doorwerking van het leerstuk van *fraus legis* naar situaties waarin oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag resulteert in het miskennen van nationale bedoelingen. Een andere generieke mogelijkheid ter bestrijding en voorkoming van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen op nationaal niveau betreft het toepassing van het leerstuk van *fraus conventionis*, waarbij de gevolgen van een miskenning van de bepalingen van een verdrag worden rechtgezet. Een voordeel van het bestrijden van oneigenlijk gedrag door middel van (specifieke dan wel generieke) nationale bepalingen op een oneigenlijke situatie is dat vanuit een nationaal oogpunt de grens kan worden vastgesteld tussen hetgeen wordt geoorloofd en hetgeen als oneigenlijk gedrag wordt bestempeld. Tevens is bij de toepassing van nationale maatregelen op verdragsituaties een voordeel aanwezig met betrekking tot de ervaring van meerdere partijen met deze maatregel. De inspecteur,

belastingplichtigen en de rechterlijke macht hebben immers reeds ervaring met de maatregelen, hetgeen de zekerheid voor belastingplichtigen en de uitvoerbaarheid voor de belastingautoriteit enigszins ten goede komt. Bij de toepassing van generieke nationale bepalingen in (oneigenlijke) verdragsituaties ontstaat mijns inziens echter een ongewenst risico. Naast het eerder behandelde risico op *treaty override* en de daarbij komende mogelijke schending van het Weens Verdragenverdrag is de toepassing van een dergelijke toepassing van een nationale GAAR in internationale context niet per definitie optimaal. De substitutie (of eliminatie) van de rechtshandeling of reeks van rechtshandelingen leidt immers niet tot een herkwalificatie in het andere land. Dit kan tot mismatches leiden die wellicht alsnog dubbele belasting in het leven roepen; hetgeen het belastingverdrag juist (primair) tracht te voorkomen. Daarnaast bestaat er omtrent de doorwerking van nationale antimisbruikbepalingen geen samenhang tussen landen; in een deel van de landen is deze doorwerking vanzelfsprekend en bij een ander deel is de doorwerking nauwelijks mogelijk. Van Weeghel en Emmerink vermelden omtrent de toepassing van nationale bepalingen in grensoverschrijdende situaties het volgende:

“From a policy perspective, these developments are worrisome. Internationally, there is no level playing field and the increasing number of uncoordinated anti-abuse rules increases the potential for double taxation. There is no guarantee that the denial of interest deductions under anti-base erosion rules in one country will result in an exemption of that interest in the country of the recipient. On the contrary, there is rarely any international coordination. This, in and of itself, will result in additional and inefficient structuring, just to alleviate double taxation.”²⁰³

Dit nadelige punt kan deels worden voorkomen door uitvoerige onderlinge coördinatie tussen verdragspartners. Een voorbeeld van deze coördinatie zou een onderlinge overlegprocedure inhouden waarin het effect van de toepassing van een nationale GAAR op een verdragsituatie wordt afgestemd met het andere land om een mogelijke mismatch te voorkomen. Een bijkomend probleem bij de toepassing van nationale GAARs op verdragsituaties betreft overigens het feit dat het niet in alle gevallen duidelijk is welk leerstuk van toepassing is, omdat niet duidelijk is of bepalingen van de nationale wet of van het belastingverdrag worden miskend. Het gevolg van beide leerstukken is immers (subtiel) anders, zie mijn eerdere constatering van deze problematiek in paragraaf 3.3.3. Het gevolg van toepassing van *fraus legis* is immers dat rechtshandelingen of series van rechtshandelingen

²⁰³ S. van Weeghel & F. Emmerink, ‘Global Developments and Trends in International Anti-Avoidance’, *IBFD Bulletin for International Taxation*, Augustus 2013, p. 433.

worden gesubstitueerd dan wel geëlimineerd om de nationale heffing te corrigeren. Het gevolg van de toepassing van *fraus conventionis* is echter simpelweg dat de verdragsvoordelen niet zullen worden toegekend, hier wordt (naast het niet toekennen van de verdragsvoordelen) in beginsel dus verder niets gedaan met het rechtzetten van de nationale heffing. Het is daarnaast zelfs mogelijk dat beide worden miskend en dat beide leerstukken van toepassing kunnen zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval indien bronheffingen worden ontweken door zowel in strijd te handelen met het doel en de strekking van de nationale wet als van het belastingverdrag. Deze onduidelijkheden dragen niet bij aan de eenvoud en de rechtszekerheid van de maatregelen.

Om bij de aard van een belastingverdrag te blijven, het maken van bilaterale afspraken omtrent belastingheffing, en om de bovenstaande nadelen te voorkomen, is mijns inziens bestrijding van het oneigenlijke gebruik van dat verdrag ten minste nodig op verdragsniveau. Een opname van een bepaling of meerdere bepalingen in het desbetreffende verdrag om oneigenlijk gebruik te voorkomen zorgt immers voor een wederzijdse erkenning van hetgeen wordt verstaan onder oneigenlijk gebruik en hoe dit bestreden of voorkomen dient te worden. De soevereiniteit wordt hier naar mijn mening niet in aanzienlijke mate aangetast; landen zijn nog altijd zelf verantwoordelijk voor hun verdragsonderhandelingen en kunnen daarbij binnen bepaalde mate zelf grenzen stellen en hun wensen verwezenlijken. Door oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag te voorkomen met een bepaling in dat verdrag wordt het risico van *treaty override* verholpen en wordt een eenvoudigere uitkomst voorgeschreven indien wordt geconstateerd dat sprake is van oneigenlijk gebruik; de verdragsvoordelen worden, in tegenstelling tot een (eenzijdige) herkwalificatie, simpelweg niet verleend of (in het geval van een LOB-bepaling) enkel verleend indien wordt voldaan aan de door de verdragsluitende partijen gestelde vereisten. Een minder principiële, maar tevens meewegend argument voor het bestrijden en voorkomen van oneigenlijk gebruik door middel van bepalingen in het verdrag betreft het feit dat dit bijdraagt aan het (secundair) geformuleerde doel door het OESO-modelverdrag; belastingverdragen hebben als doel om ongewenste belastingontwijking tegen te gaan.

Een derde mogelijkheid betreft het bestrijden van oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag op verdragsniveau met de mogelijkheid om hiernaast tevens nationale bepalingen en leerstukken van toepassing te laten zijn. Dit is onder meer geregeld in het verdrag tussen Nederland en Duitsland (2012) en het verdrag tussen Nederland en China (2013)²⁰⁴. In het verdrag tussen Nederland en China is bijvoorbeeld zowel een MPT in artikel 10, 11 en 12 te vinden als een verwijzing naar de toepassing van nationale leerstukken in artikel 23 “voor zover zij geen aanleiding geven tot belastingheffing die in

²⁰⁴ Zie *Trb.* 2012/123 voor het verdrag NL-Duitsland en *Trb.* 2013/104 voor het verdrag NL-China.

strijd is met dit Verdrag". Die toevoeging is mijns inziens overigens opmerkelijk, aangezien een toepassing van het Nederlandse leerstuk van *fraus legis* (substitutie of eliminatie) in veel gevallen kan leiden tot heffingsrecht dat aan Nederland toekomt, waarbij dit oorspronkelijk niet mogelijk was op basis van het verdrag en dus in strijd lijkt te zijn met dat verdrag. De toepassing van zowel nationale als bilaterale maatregelen tegen oneigenlijk gebruik is vanzelfsprekend het meest doeltreffend; de aanwezigheid van meer mogelijkheden om oneigenlijk gedrag te bestrijden, leidt immers per definitie tot een effectievere bestrijding. Het is mijns inziens nog maar de vraag of deze gecombineerde aanpak ondanks dit voordeel wel gewenst is, vooral met het oog op de bovengenoemde punten dat de doorwerking van nationale leerstukken grote onduidelijkheden en onzekerheden met zich kunnen brengen. Mogelijke mismatches door een verschillende uitkomst in de rechtsspraak van beide verdragspartners in dezelfde situatie is naar mijn mening zeer ongewenst. Mijns inziens is een gecombineerde bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen op zowel nationaal niveau als verdragsniveau daarmee onevenredig in aanpak. Een goed opgesteld belastingverdrag waarin adequate antimisbruikmaatregelen zijn getroffen, heeft geen ondersteuning nodig van nationale bepalingen of leerstukken. De toepassing van nationale bepalingen lijkt meer problemen met zich te brengen dan dat het oplost. Enkel wanneer de nationale leerstukken van beide verdragspartners nagenoeg dezelfde werking hebben, zodat een soortgelijke toepassing plaatsvindt indien sprake is van oneigenlijk gedrag, is dit anders. Dit zal in de praktijk echter niet of nauwelijks voorkomen. Let wel dat nationale bepalingen kunnen 'doorwerken' of in belang kunnen zijn als een term in het verdrag niet is uitgewerkt. Op basis van artikel 3, tweede lid OESO-modelverdrag moet dan immers naar de nationale invulling van dat begrip worden gekeken voor de betekenis ervan onder de toepassing van het verdrag.

5.3 Overige maatregelen

5.3.1 Algemeen

Uit de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat naar mijn mening oneigenlijk gebruik van belastingverdragen bestreden en voorkomen dient te worden door bepalingen in het desbetreffende verdrag en niet door nationale regelgeving. Naast de in de vorige hoofdstukken uitgebreid behandelde antimisbruikbepalingen, zoals de MPT en de LOB-bepaling, bestaan er meerdere maatregelen die verdragsluitende staten kunnen treffen om oneigenlijk gebruik van hun verdrag te voorkomen en te bestrijden. In deze paragraaf wordt daarom aandacht besteed aan een aantal van deze overige maatregelen. Uiteraard zijn de in deze paragraaf behandelde overige maatregelen niet limitatief en worden alleen de naar mijn mening belangrijkste (actuele) maatregelen behandeld. Ten eerste zal de *claw-backbepaling* worden behandeld, vervolgens wordt een zeer recent soort bepaling behandeld die

verdragsvoordelen limiteert vanaf een bepaald bedrag aan inkomsten per jaar en tot slot wordt ingegaan op een maatregel die zich niet uit in een expliciete antimisbruikbepaling; het hard optreden tegen oneigenlijk gedrag. Door het risico van oneigenlijk gedrag te verhogen, denken sommige overheden belastingontwijking door middel van deze praktijk namelijk te kunnen verlagen. In paragraaf 5.3.4 wordt bij deze maatregel echter een aantal kanttekeningen geplaatst, waardoor deze aanpak minder effectief blijkt dan dat het op dit moment wordt gepresenteerd door deze overheden.

5.3.2 Claw-back

Een mogelijkheid om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen tegen te gaan betreft het opnemen van een *claw-backbepaling* (ook wel *subject-to-tax provision* genoemd). In een dergelijke bepaling wordt afgesproken dat indien het heffingsrecht over een bepaald inkomensbestanddeel op basis van het verdrag wordt toegekend aan een van de verdragsluitende staten, maar deze staat dit inkomensbestanddeel (effectief) niet of nauwelijks in de heffing betreft, de andere verdragsluitende staat alsnog het heffingsrecht toekomt. Op deze manier kan dus worden bewerkstelligd dat non-belasting wordt voorkomen; indien een belastingplichtige het verdrag (oneigenlijk) gebruikt om het heffingsrecht bewust te laten vallen in een land waar de heffing van dat inkomens- of vermogensbestanddeel nihil of zeer laag is, wordt deze heffing alsnog geëffectueerd door het andere land. Deze *claw-backbepalingen* kunnen worden ingedeeld in twee categorieën. De eerste betreft de soort waarbij de bepaling enkel is opgenomen in een specifiek artikel en dus gericht is op een enkel inkomensbestanddeel. Dit soort bepalingen wordt door Nederland reeds gebruikt in het pensioenartikel van belastingverdragen; een voorbeeld hiervan is artikel 18 van het verdrag tussen Nederland en België. De tweede soort betreft een algemene bepaling die opgenomen kan worden in artikel 1 van het verdrag of het voorkomingsartikel van het verdrag. Deze soort is van toepassing op ieder artikel van het verdrag en heeft dus een zeer brede werking. Het uitgangspunt bij beide soorten is dezelfde; een inkomensbestanddeel dient tenminste in een van de staten te worden belast om non-belasting te voorkomen.

Een *claw-backbepaling* is in beginsel zeer doeltreffend. Een probleemloze toepassing van deze bepaling zou betekenen dat non-belasting (dat ontstaat door oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag) compleet zou kunnen worden voorkomen. Op deze manier wordt het oneigenlijke gebruik dermate ontmoedigd dat dit in grote mate zal dalen. Zoals ik in de eerste zin van deze alinea meldde, is dit enkel in beginsel mogelijk. In eerste instantie is een *claw-backbepaling* enkel effectief indien een van beide staten op basis van haar nationale wetgeving het desbetreffende inkomen belast; wanneer beide staten deze heffing niet kennen, mist de bepaling zijn doel. Daarnaast brengt een *claw-*

backbepaling een aantal essentiële vraagstukken met zich die de opname of toepassing van een dergelijke bepaling in de weg kunnen staan. Voorbeelden van deze vraagstukken zijn: wanneer wordt een inkomensbestanddeel geacht niet te zijn belast in de andere staat, is dit wanneer belasting is verschuldigd of pas wanneer deze daadwerkelijk is betaald? En is nog steeds sprake van het effectueren van een heffingsrecht indien geen belasting wordt betaald als het gevolg van verliesverrekening? Hiernaast kan de vraag worden gesteld of de bepaling enkel geldt indien het inkomen volledig is vrijgesteld in de andere staat of dat deze eveneens van toepassing is als het inkomen 'niet voldoende' is onderworpen? Als laatst kan de naar mijn mening zeer belangrijke principiële vraag worden gesteld of het wel rechtvaardig is om een heffingsrecht toe te kennen aan een andere staat in het geval de oorspronkelijk heffingsgerechtigde staat om politieke redenen het inkomen bewust niet in de heffing betreft. Deze vraag wordt in vanuit het evenredigheidsoogpunt aan het einde van deze (sub)paragraaf behandeld. Op de laatste vraag na zouden voor de bovenstaande vraagstukken naar mijn mening een oplossing kunnen worden gevonden in de bewoording van de bepaling. In de bepaling kan worden genoemd wanneer inkomen wordt geacht niet te zijn belast in de andere staat, daarnaast kan de mate van onderworpenheid worden aangegeven om de bepaling in werking te laten treden (nihil dan wel een minimumpercentage). Een voorbeeld van het laatste is te zien in het modelverdrag van de Verenigde Staten uit 2016. Hierin wordt in de interest-, royalties- en other income-artikelen het heffingsrecht teruggenomen (*claw-back*) indien het inkomen in de andere staat is onderworpen aan een 'special tax regime'²⁰⁵. Hier is onder dit verdrag sprake van indien het belastingpercentage in de andere staat minder dan 15% betreft of 60% van het algemene statutaire tarief van die staat. Door specifiek invulling te geven aan de term, worden onduidelijkheden voorkomen en wordt de toepassing van een dergelijke bepaling vergemakkelijkt. Naast de potentiële hoge mate van doeltreffendheid, is bij de *claw-backbepaling* sprake van een mindere mate van doelmatigheid. Om de algemene *claw-back* als voorbeeld te nemen; bij ieder inkomensbestanddeel dient na te worden gegaan of dit al dan niet wordt belast in de andere staat en hier dient vervolgens adequate tegen worden opgetreden. Dit brengt hoge uitvoeringskosten met zich en werkt hiermee negatief op de doelmatigheid van de bepaling. De rechtszekerheid van de bepaling is echter wel voldoende; hierbij moet wel de kanttekening worden gezet dat de bepaling ofwel duidelijk is geformuleerd dan wel uitgebreid is toegelicht, zodat belastingplichtigen zonder twijfel het effect van de bepaling kunnen vaststellen. Naast een redelijke mate van rechtszekerheid is eveneens sprake van een eenvoudige bepaling. Het grootste nadeel van de *claw-backbepaling* rust mijns inziens echter in

²⁰⁵ Zie artikel 3, eerste lid, onderdeel I, artikel 11, artikel 12 en artikel 21 van het 2016 US Model Income Tax Treaty, 17 februari 2016, treasury.gov.

de evenredigheid van de bepaling. Vooral de algemene variant, waar alle inkomensbestanddelen die niet worden belast in de staat waar het heffingsrecht aan toekomt alsnog kunnen worden belast door de andere staat, vormt mijns inziens een risico op een mogelijke *overkill* van de bepaling en vormt daarnaast een grote inbreuk op de soevereiniteit van de verdragsluitende staten. Landen moeten immers zelf kunnen bepalen welk inkomen zij al dan niet in de heffing betrekken en kunnen deze keuze mede baseren op het vestigingsklimaat. Een (ontwikkelings)land dat bijvoorbeeld een aanzienlijk belastingvoordeel toekent aan bedrijven om de bedrijvigheid in dat land te bevorderen en daarmee de welvaart in zijn geheel te stimuleren zou door middel van een dergelijke bepaling immers het gewenste stimuleringsbeleid niet kunnen voeren. Ondanks de grote mate van effectiviteit van de algemene bepaling weegt deze inbreuk op de soevereiniteit van de lidstaten naar mijn mening op tegen het voordeel. Een dergelijke algemene *claw-backbepaling* is mijns inziens dan ook niet gewenst in bilaterale belastingverdragen. De specifieke *claw-backbepalingen* die enkel op een bepaald inkomensbestanddeel zijn gericht, brengen dezelfde onevenredigheden met zich, maar beperken deze nadelige werking tot het desbetreffende inkomensbestanddeel. Indien een bepaald belastingverdrag veelal (oneigenlijk) wordt gebruikt om bijvoorbeeld non-belasting op vermogensinkomsten te realiseren, kan door de verdragsluitende staten gezamenlijk worden gekozen om een *claw-backbepaling* op te nemen in het vermogenswinstartikel van het verdrag. Naar mijn mening is dit enkel gewenst indien andere antimisbruikbepalingen niet het gewenste doel bereiken en moet een dergelijke aanpak als een laatste redmiddel worden gezien.

5.3.3 Bovengrens voor verdragsvoordelen

Een andere mogelijkheid om (grootschalig) oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen is door verdragsvoordelen enkel te verlenen tot een bepaald bedrag per jaar. Deze methode wordt vooralsnog enkel sinds kort door Ecuador gehanteerd. Op 14 juni 2016 werd een besluit gepubliceerd waarin is opgenomen dat de verdragsvoordelen die voortvloeien uit een verdrag van Ecuador met een derde staat enkel zullen worden verleend tot een jaarlijks bedrag van 223.400USD. Iedere betaling, behalve dividenduitkeringen naar verdragslanden, die deze limiet overschrijdt is onderworpen aan het maximale bronbelastingstarief van 22%²⁰⁶. Als de betalende partij vervolgens niet het juiste bedrag aan bronbelasting inhoudt, kan deze een boete worden opgelegd ten hoogte van 100% van de te weinig betaalde belasting plus interest. De Ecuadoraanse overheid lijkt hiermee hard op te treden tegen grote multinationale onderneming die grootschalig (oneigenlijk, maar ook eigenlijk) gebruik van belastingverdragen maken, zonder dat het MKB hierdoor geraakt wordt. Deze aanpak is mijns inziens

²⁰⁶ Zie Official Gazette No. 775, Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000204, 14 juni 2016.

zeer opmerkelijk. Hoewel de doeltreffendheid wordt bereikt in de zin dat geen enkele verdragsvoordelen worden verkregen bij oneigenlijk gebruik en het feit dat de regel in beginsel eenvoudig is geformuleerd, zijn er belangrijke kanttekeningen te plaatsen bij een dergelijke regel. Ten eerste is de aanpak niet voldoende doelmatig door het feit dat deze regelgeving een grote administratieve last veroorzaakt en daarnaast veel controle van de belastingautoriteit vergt. Door de zeer scherp gestelde grens is de rechtszekerheid in principe voldoende, maar deze weegt mijns inziens niet op tegen de overgrote onevenredigheid die deze aanpak met zich brengt. Het invoeren van een dergelijke bovengrens voorkomt wellicht grootschalig oneigenlijk gebruik van de Ecuadoraanse belastingverdragen, maar treft tevens de eigenlijke gebruikers van het verdrag. Deze aanpak is naar mijn mening dan ook zeer ongewenst en lijkt in mijn ogen meer op een gemakzuchtige poging om grootschalige belastingontwijking tegen te gaan. Naast dit feit is het overigens maar de vraag hoe de verdragspartners van Ecuador op dit besluit zullen reageren. Indien in een verdrag bijvoorbeeld een bronbelasting van 10% op royalties is afgesproken (zoals in het verdrag met België) en Ecuador vervolgens van haar inwoners verlangt dat, na het overschrijden van de limiet, een percentage van 22% moet worden ingehouden, is namelijk sprake van *treaty override* en daarmee een schending van de goede verdragstrouw zoals opgenomen in het Weense Verdragenverdrag.

5.3.4 Ontmoedigen van oneigenlijk gedrag

Naast het voorkomen en bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen door middel van wettelijke of bilaterale rechtsmiddelen, kan door overheden tevens worden besloten om oneigenlijk gedrag dermate zwaar te straffen met de hoop dat hierdoor het ongewenste gedrag zich minder zal voordoen. Dit is de belastingvariant van het verzwaren van straffen tegen criminaliteit, zoals het verhogen van de bekeuring bij te snel rijden of het verzwaren van de celstraf na een overval. Voor een recent voorbeeld van deze ontmoediging van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan worden gekeken naar het land waar de sterk toegenomen globale focus op belastingontwijking in 2012 is begonnen: het Verenigd Koninkrijk. Het Verenigd Koninkrijk heeft sinds kort een nationale generieke antimisbruikmaatregel; de 'UK GAAR'. Deze UK GAAR is op basis van de handleiding die door de overheid is gepubliceerd in beginsel tevens van toepassing op constructies waarbij oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van een belastingverdrag:

“where there are abusive arrangements which try to exploit particular provisions in a double tax treaty, (...) then the GAAR can be applied to counteract the abusive arrangements.”²⁰⁷

²⁰⁷ UK GAAR *Guidance*, onderdeel B5.3.

Op 17 augustus 2016 is echter door de overheid een voorstel gepubliceerd om een nieuwe wet te introduceren die vergaande gevolgen kan hebben voor de belastingpraktijk in het Verenigd Koninkrijk²⁰⁸. Op basis van dit voorstel zouden “those who design, market or facilitate the use of tax-avoidance arrangements” kunnen worden beboet tot een bedrag ter hoogte van 100% van de ontweken belasting. Het is daarmee dan niet langer enkel de belastingplichtige, welke veelal uiteindelijk de eindbeslissing neemt, die kan opdraaien voor de nadelige gevolgen indien ongewenste belastingontduiking wordt geconstateerd, maar tevens zijn belastingadviseur. Hoewel kan worden beargumenteerd dat deze maatregel wellicht verder gaat dan nodig is, is een ander punt van het voorstel van groter belang. In punt 4.5 van het voorstel wordt namelijk gemeld dat de boete kan worden opgelegd bij de belastingplichtige dan wel de adviseur wanneer constructies worden aangemerkt als zijnde ongewenste belastingontwijking als het gevolg van een succesvol beroep op de UK GAAR. Een zorgelijk punt betreft het feit dat een pleitbaar standpunt hierbij niet voldoende is om onder de boete uit te komen en iedere constructie die door de UK GAAR wordt ‘verslagen’ de genoemde gevolgen met zich kan brengen. Hoewel dit belastingadviseurs en belastingplichtigen in principe zal ontmoedigen om ‘riskante’ constructies op te zetten die zich op de grens van legaal en illegaal begeven, is een dergelijke aanpak mijns inziens niet gewenst. De invulling van een GAAR is namelijk zeer subjectief en de uitkomst daarmee per definitie onzeker. Het lijkt mij zeer onrechtmatig en disproportioneel om belastingplichtigen en adviseurs te bestraffen voor constructies die in feite niet illegaal zijn, maar in strijd blijken te zijn met de wet door een verschil in interpretatie, vooral wanneer deze hun standpunt voldoende kunnen onderbouwen. Ondanks de duidelijke boodschap die met deze regelgeving zou worden afgegeven, weegt het voordeel niet op tegen de nadelen van grotere rechtsonzekerheid en hogere risico’s in de economie omtrent belastingconstructies. Hiernaast is een dergelijke aanpak zeer onevenredig van aard door het feit dat gewetenloze bedrijven de lasten mede zullen dragen, The Economist melde op 20 augustus hieromtrent het volgende:

“(…) unscrupulous firms are expected to suffer most. Tax advisers are required to hold professional indemnity insurance, to cover the cost of compensating clients for damage resulting from negligent services. Mr Murphy reckons that premiums will rocket for those suspected or found to be engaging in tax avoidance. The consultation suggests that before long, Britain will look like a very bad place to try your luck with the taxman.”

²⁰⁸ The Economist (United Kingdom, print edition), ‘You feeling lucky?’, 20 augustus 2016.

5.4 Optimale maatregel

5.4.1 Algemeen

Nu in de vorige hoofdstukken een adequate achtergrond is gegeven van de mogelijke wijzen om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen en te bestrijden, wordt in deze paragraaf tot slot ingegaan op de meest optimale maatregel op basis van de in hoofdstuk 1 geformuleerde toetsingscriteria. Ondanks het feit dat de hedendaagse publieke en politieke visie inzake de bestrijding van internationale belastingontwijking mijns inziens lichtelijk overdreven is, moet het duidelijk zijn dat oneigenlijk gebruik van belastingverdragen niet wenselijk is en moet worden voorkomen. Deze voorkoming en bestrijding van het oneigenlijke gebruik dient echter gebaseerd te zijn op een logische, juridische redenering en niet op sentimentele publieke of politieke visies. Overheden dienen maatregelen te treffen om dit oneigenlijke gebruik zo veel mogelijk te minimaliseren zonder dat deze aanpak resulteert in een verslechtering van de internationale handel. Hierbij moet mijns inziens de focus vooral liggen bij het (oorspronkelijk enige) primaire doel van een belastingverdrag; het stimuleren van de internationale handel door belastingobstakels in de vorm van dubbele belasting te voorkomen. Zoals in dit hoofdstuk naar voren is gekomen, dient deze bestrijding en voorkoming naar mijn mening te gebeuren op verdragsniveau en niet op nationaal niveau. Bestrijding op nationaal niveau heeft immers het risico dat mismatches ontstaan en er vervolgens voorbij wordt gegaan aan het bovenstaande primaire doel, doordat alsnog sprake van dubbele belasting zal zijn. De bestrijding en voorkoming van oneigenlijk gebruik op verdragsniveau dienen vervolgens in verdragsbepalingen geformuleerd te worden. Bij de formulering van deze bepalingen dient veelal een keuze te worden gemaakt tussen een hoge mate van rechtszekerheid en een hoge mate van doeltreffendheid. Deze keuze dient per verdragsonderhandeling heroverwogen te worden en kan daarmee in uitkomst verschillen. Een optimale maatregel is daarbij dan ook per definitie afhankelijk van de feiten en omstandigheden van beide verdragspartners. Mijns inziens dient de keuze daarnaast met name gebaseerd te worden op (het stimuleren van) de internationale handel; de maatregel dient oneigenlijk gebruik van het verdrag te voorkomen, maar de aanpak mag geen extra barrières opwerpen voor internationale ondernemingen of particulieren. Hieronder geef ik aan welke maatregel mij in beginsel het meest optimaal lijkt op basis van doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtszekerheid, eenvoud en evenredigheid. Vervolgens wordt aangegeven in welke situaties verdragspartners beter voor een andere bepaling kunnen kiezen dan voor deze (in beginsel optimale) maatregel.

5.4.2 Afweging toetsingscriteria en resultaat

Om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen en te bestrijden is een bepaling nodig die ofwel verdragsvoordelen uitsluit in geval sprake is van oneigenlijk gebruik dan wel verdragsvoordelen enkel verleent in geval geen sprake is van oneigenlijk gebruik. De keuze bestaat hierbij tussen een *main purpose*-toets respectievelijk een LOB-bepaling. Beide bepalingen worden hieronder op basis van de in hoofdstuk 1 geformuleerde toetsingscriteria tegen elkaar afgewogen. De uitkomst wordt daarna schematisch in een tabel weergegeven, waarbij per toetsingscriterium een objectieve beoordeling wordt gegeven (van negatief naar positief: --/-/0/+/>++).

In de vorige hoofdstukken is naar voren gekomen dat een MPT een *transaction-based*, generieke toets betreft waarbij verdragsvoordelen worden geweigerd indien een belastingplichtige bij een beoogde transactie als hoofddoel (of een der hoofddoelen) het bemachtigen van de verdragsvoordelen heeft. Deze toets heeft door haar subjectieve invulling een omvangrijke toepassing en dus een zeer goede doeltreffendheid. De doelmatigheid van de bepaling is mijns inziens niet erg hoog. Door het feit dat dit een *transaction-based* maatregel betreft, moet immers in beginsel per transactie uitspraak worden gedaan inzake de motieven van de belastingplichtige om te constateren dat deze gerechtigd is tot de verdragsvoordelen. Hiernaast is de doelmatigheid van de maatregel mede afhankelijk van de bewijslast. Indien deze bij de belastingautoriteit ligt, zal het handhaven van de maatregel immers relatief lastig zijn. In een dergelijke situatie stijgen de uitvoeringskosten en daalt de kans van slagen van de maatregel. Als de bewijslast wordt gedeeld of bij de belastingplichtige ligt, wordt een aanzienlijke last op de belastingplichtige gelegd. Dit laatste is erg ongewenst met het oog op het stimuleren van internationale handel door (belasting)obstakels te verwijderen; hierdoor wordt er immers een gecreëerd. Het grote belang van het leveren van bewijs (of beter gezegd; het aanzienlijk maken van (on)schuld) is mijns inziens een groot minpunt met betrekking tot de doelmatigheid van de bepaling. Door de subjectieve invulling van de bepaling is de maatregel onzeker in toepassing en scoort daarmee zeer slecht op rechtszekerheid. Deze rechtszekerheid kan deels worden voorkomen door aan belastingplichtigen zekerheid vooraf te geven met betrekking tot de toepassing van de MPT. Deze oplossing zorgt er echter voor dat de doelmatigheid aanzienlijk daalt, aangezien deze zekerheid vooraf de kosten voor zowel de belastingplichtigen als de belastingautoriteit doen stijgen. Hiernaast scoort de bepaling door haar simpele formulering relatief goed op het eenvoudscriterium. Door het maatwerk dat nodig is bij de MPT is de evenredigheid van de bepaling in beginsel voldoende. Ik voorzie echter een risico in de subjectieve invulling van de bepaling waarbij belastingautoriteiten de toepassing ervan geleidelijk naar hun (sentimentele) standpunt zullen toetrekken op basis van de huidige politieke en publieke opinie. Ik bedoel hiermee dat de toepassing van een dergelijke bepaling op dit moment

wellicht niet evenredig zal zijn, maar in de toekomst strenger zal worden toegepast dan het ten tijde van de invoering van de maatregel is bedoeld. Ik ben ervan bewust dat dit effect tevens het genoemde positieve effect inzake de doeltreffendheid van de bepaling betreft, maar ik ben van mening dat naarmate de sentimentele visie van de politiek en de publieke opinie sterker wordt, belastingautoriteiten deze invulling van ‘ongewenste belastingontwijking’ zullen volgen terwijl dit niet optimaal is vanuit een belastingtechnisch en juridisch oogpunt. Door dit risico scoort de MPT mijns inziens niet optimaal op evenredigheid.

Voor een uitgebreide analyse van de LOB wordt verwezen naar paragraaf 3.2.3. Hierin kwam naar voren dat het uitgangspunt van de LOB-bepaling, waarbij verdragsvoordelen enkel worden verleend indien wordt voldaan aan een van de criteria, zorgt voor een voldoende mate van doeltreffendheid. Hiernaast is door de duidelijk geformuleerde en objectieve criteria sprake van een zeer hoge mate van rechtszekerheid en kan door de verdragspartners een duidelijke grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd gebruik worden afgesproken. Hierdoor is in beginsel sprake van een redelijke mate van evenredigheid alhoewel het risico op *overkill* en *underkill* aanwezig blijft bij een specifieke maatregel. Deze *overkill* kan in de LOB-bepaling mijns inziens echter nagenoeg volledig worden verholpen door een vangnetbepaling op te nemen. De *underkill* acht ik van ondergeschikte waarde te zijn, doordat de meest belangrijke en omvangrijke ongewenste belastingontwijking op basis van een goede afstemming van de bepaling zal worden voorkomen. Dit alles zorgt voor een voldoende mate van evenredigheid van de bepaling. In tegenstelling tot de bovenstaande positieve punten scoort de LOB-bepaling door haar zeer complexe structuur zeer slecht op het eenvoudscriterium. Dit leidt tevens tot een lage score op het doelmatigheids criterium, doordat de complexe materie voor zowel de belastingplichtige als de belastingautoriteit meer kennis vereist en de objectieve criteria van de bepaling een grote administratieve last op de belastingautoriteit leggen om de bepaling correct te handhaven.

De bovenstaande afwegingen kunnen als volgt schematisch worden weergegeven:

	MPT	LOB
<i>Doeltreffendheid</i>	++	+
<i>Doelmatigheid</i>	0	-
<i>Rechtszekerheid</i>	--	++
<i>Eenvoud</i>	+	--
<i>Evenredigheid</i>	-	+

Op basis van het bovenstaande dient naar mijn mening gekozen te worden voor een LOB-bepaling. Op deze manier kan immers op een effectieve manier het oneigenlijk gebruik worden voorkomen en bestreden terwijl tegelijkertijd aan de rechtszekerheid eer wordt gedaan. Alhoewel een generieke bepaling, waarbij verdragsvoordelen kunnen worden geweigerd op basis van een subjectieve (motief)toets, zeer doeltreffendheid is en daarnaast op het gebied van eenvoud de LOB-bepaling overtreft, moet mijns inziens meer waarde worden gehecht aan de rechtszekerheid en evenredigheid van de LOB-bepaling. Deze rechtszekerheid is voor het bedrijfsleven zeer gewenst, of anders gezegd: rechtsonzekerheid is zeer ongewenst. Rechtsonzekerheid leidt immers tot risico's en kan daarmee een zeer negatief gevolg hebben voor het vestigingsklimaat van een land en daarmee de internationale handel. De LOB-bepaling dient mijns inziens ten minste een beurstoets, indirecte beurstoets, *derivative benefits*-toets, *ownership and base erosion*-toets, activiteitentoets (*active trade or business*-toets), een hoofdkantoortoets en een vangnetbepaling te bevatten. Aanvullende criteria kunnen door de verdragspartners vervolgens onderling worden overeengekomen. Aangezien uit het BEPS-rapport van Actiepunt 6 een hoofdkantoor in beginsel geen aanspraak kan maken op de *active trade or business*-toets, doordat deze worden geacht als activiteit het 'managen van investeringen' te hebben. Dit wordt als een passieve bezigheid gezien en zou dus niet onder een actieve onderneming vallen. Hier is in de literatuur veel discussie over ontstaan en ik deel de mening dat deze visie niet gewenst is. Een hoofdkantoor levert immers (actieve) strategische en operationele beslissingen aan haar deelnemingen en dient mijns inziens daarmee gerechtigd te zijn tot de verdragsvoordelen. De LOB-bepaling dient dan ook een breed begrip te hanteren met betrekking tot de activiteitentoets en om misverstanden te voorkomen dient naar mijn mening een specifieke hoofdkantoortoets te worden opgenomen voor hoofdkantoren die zich hoofdzakelijk bezighouden met beheer en controle van een internationale groep, zoals de VS dit reeds kent in een aantal van haar verdragen. Naast de opname van een dergelijke hoofdkantorentoets en het hanteren van een brede definitie voor de activiteitentoets dient naar mijn mening tevens de mogelijkheid te bestaan voor houdstermaatschappijen om aanspraak te maken op het verdrag, mits aan de juiste (substance)vereisten wordt voldaan. Het gevolg van een brede activiteitentoets, of desnoods een ruime interpretatie van de vangnetbepaling, kan hiervoor als oplossing worden gebruikt. Het is hierbij wel belangrijk dat aan deze houdstermaatschappijen enkel verdragsvoordelen worden toegekend indien zij daadwerkelijk aanwezig zijn in het land waar het een beroep op het desbetreffende verdrag doet en dat 'brievenbusmaatschappijen' dus niet worden gestimuleerd.

Om het toekennen van verdragsvoordelen in doorstromsituaties tegen te gaan, dient naar mijn mening naast het bovenstaande een specifieke antimisbruikmaatregel te worden opgenomen om

verlaging van het bronbelastingstarief enkel te verlenen wanneer de ontvanger daadwerkelijk gerechtigd is tot dat inkomen. De 'beneficial ownership'-bepaling zoals deze wordt gebruikt in de dividend-, interest- en royalties-artikelen acht ik hier geschikt voor. De aanvulling van het OESO-commentaar in 2014 heeft onduidelijkheden omtrent dit begrip veelal weggenomen, waardoor een duidelijke toepassing van dit begrip gehanteerd kan worden. Deze aanvulling brengt met zich dat de term *beneficial owner* een autonoom verdragsbegrip betreft dat breed moet worden geïnterpreteerd en niet moet worden ingevuld op basis van de nationale wet van de verdragspartners. Op deze wijze wordt een eenduidige invulling gehanteerd, waardoor mismatches worden voorkomen.

De LOB-bepaling kan zoals eerder in deze paragraaf is beschreven erg complex zijn. Deze complexiteit is te rechtvaardigen door de rechtszekerheid die het met zich brengt. De complexiteit brengt echter tevens met zich dat zowel vanuit het oogpunt van belastingplichtigen als dat van de belastingautoriteiten, een hogere mate van kennis is vereist om de bepaling (correct) toe te passen. Daarnaast zorgt de LOB-bepaling voor een relatief grote administratieve last voor de belastingautoriteit. Indien (ontwikkelde) landen met een geavanceerde belastingautoriteit onderling een belastingverdrag met elkaar sluiten is dit nadeel te overzien, maar wanneer (een van) de verdragspartners minder uitgebreide systemen of een gebrek aan technische kennis heeft, kan dit nadeel zeer groot zijn en wellicht zelfs de voordelen overtreffen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als een van de partijen een ontwikkelingsland betreft. In een dergelijk geval is het naar mijn mening optimaal om niet voor de economisch meest optimale maatregel te kiezen, maar voor een meer praktische maatregel; de MPT. Door het hanteren van een MPT daalt de rechtszekerheid van het verdrag, maar is de strijd tegen oneigenlijk gedrag makkelijker te handhaven. De bewijslast om aannemelijk te maken dat sprake is van oneigenlijk gebruik zou bij een dergelijke MPT mijns inziens bij de belastingautoriteit moeten liggen. Daarnaast zou gesproken moeten worden van 'the main purpose' in plaats van 'one of the main purposes' en dient tevens te worden gemeld dat toepassing enkel zal geschieden indien sprake is van een kunstmatige transactie. Zonder deze kunstmatigheidstoets is het mijns inziens mogelijk dat een (reële) constructie waarbij (deels) voor een bepaald land is gekozen op basis van belastingredenen van voordeel kan worden geweigerd op basis van de MPT. Dit is niet wenselijk, aangezien hier in beginsel sprake is van eigenlijk gebruik van dat verdrag (de situatie ontstaat door het inspelen van belastingplichtigen op de fiscale concurrentie van landen). Tevens dient een consultatie met de verdragspartner plaats te vinden indien toepassing van de MPT wordt gewenst. Dit alles zorgt ervoor dat toepassing van de MPT enkel plaatsvindt indien daadwerkelijk sprake is van oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag en draagt in die zin bij aan de evenredigheid van de bepaling.

5.5 Conclusie

Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan op diverse manieren en op verschillende niveaus worden bestreden. Nationale (generieke) antimisbruikleerstukken zouden kunnen worden gebruikt om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te bestrijden. Deze doorwerking van nationale leerstukken naar verdragssituaties leidt in vele gevallen echter tot aanzienlijke mismatches, welke kunnen leiden tot *treaty override* en eventueel zelfs kunnen leiden tot dubbele belastingheffing. Dit is grotendeels het gevolg van de dispariteiten tussen deze leerstukken in verschillende landen (eliminatie dan wel substitutie). Naast de doorwerking van nationale leerstukken naar belastingverdragen is het mogelijk om eigenlijk gedrag te ontmoedigen door zware straffen en een zwakke bewijslast in te voeren in geval oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag wordt vernomen. Deze agressieve aanpak is naar mijn mening echter zeer ongewenst en werkt averechts op het vestigingsklimaat van het land in kwestie. Het (zwaar) straffen van belastingplichtigen die op basis van de letter van de wet met een pleitbaar standpunt niet illegaal hebben gehandeld, is naar mijn mening onrechtvaardig en zorgt voor een rechtsonzeker belastingstelsel. De bestrijding van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen moet hierdoor mijns inziens plaatsvinden op verdragsniveau. Een bovengrens voor verdragsvoordelen raad ik sterk af op basis van de onevenredigheid in een dergelijke bepaling. Een algemene of specifieke *claw-back* kan oneigenlijk gebruik van belastingverdragen grotendeels voorkomen, aangezien het inkomen op deze manier in elk geval ergens wordt belast. Een algemene *claw-back* acht ik niet wenselijk op basis van het feit dat een belastingverdrag een afspraak is tussen twee (soevereine) landen en het simpelweg niet belasten van een inkomensbestanddeel een keuze moet zijn van elk land, ongeacht of het heffingsrecht al dan niet aan dat land wordt toegekend. Een specifieke *claw-back* kan worden gebruikt in individuele artikelen in geval belastingontwijking op geen andere manier kan worden voorkomen of beide staten het nodig achten het inkomensbestanddeel altijd in ten minste een land te belasten. Mijn voorkeur gaat echter uit naar het aanpassen van de (specifieke) bepaling voordat een *claw-back* wordt opgenomen. Als slotstuk dient een bepaling opgenomen om oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag zoveel mogelijk te voorkomen. Hier kan gekozen worden voor een MPT, een LOB-bepaling of een combinatie. Een combinatie acht ik niet wenselijk door het feit dat dit onnodige nadelige gevolgen met zich brengt, een enkele MPT werkt in alle opzichten beter uit dan de combinatie. Ondanks de grote doeltreffendheid van de MPT door haar subjectieve, flexibele invulling gaat mijn voorkeur uit naar een LOB-bepaling met een ruime hoofdkantoortoets en een vangnetbepaling aangevuld door een antidoorstroombegrip in de passieve inkomstenartikelen. Een (soepele) MPT kan echter door de hogere mate van doelmatigheid worden gekozen in geval een van de verdragspartners niet de benodigde kennis, capaciteit of techniek bezit.

6 Conclusie

6.1 Inleiding

De bestrijding van belastingontduiking en ongewenste belastingontwijking heeft de afgelopen jaren een hoofdrol gespeeld op de (internationale en nationale) politieke agenda. Deze hoofdrol heeft inmiddels geleid tot aanzienlijke wijzigingen in het internationale belastingstelsel. Een aantal noemenswaardige recente prestaties op dit gebied betreft de (automatische) uitwisseling van belastinggegevens binnen de EU, de Europese Anti-belastingontwijkingsrichtlijn en het afronden van het BEPS-project. Deze focus op het bestrijden van internationale belastingontwijking is in 2012 hevig versterkt mede door het feit dat in het Verenigd Koninkrijk bekend werd gemaakt dat een aantal grote multinationale ondernemingen relatief weinig vennootschapsbelasting hadden betaald in dat land, ondanks het feit dat deze bedrijven een zeer hoge omzet hadden gerealiseerd. In dit publieke debat wordt meermaals de eis gesteld dat alle bedrijven, en vooral multinationale onderneming die naar de mening van het publiek te weinig belasting betalen, hun zogenoemde 'fair share' moeten bijdragen. Dit subjectieve, onduidelijke begrip is echter geen (juridische) basis om een belastinggrondslag op te baseren. De te betalen belasting is bij wet geregeld en zou niet moeten worden gebaseerd op (subjectieve) politieke of publieke meningen. De beslissing dat bepaalde bedrijven al dan niet meer belasting moeten afdragen, zou moeten worden gebaseerd op juridische, logische en economische gronden en niet op een 'onderbuik gevoel' van de menigte. Als op deze gronden bedrijven meer belasting zouden moeten afdragen dan moet dit worden bewerkstelligd door het dichten van zogenoemde 'mazen' in het (internationale) fiscale systeem en niet door individuele belastingplichtigen af te rekenen op het feit dat zij de voor hen meest optimale fiscale (legale) weg hebben gekozen. Eén van de middelen die deze belastingminimaliserende multinationals gebruiken om hun belastingdruk zo laag mogelijk te houden, is het op een oneigenlijke wijze gebruiken van belastingverdragen. Het voorkomen en bestrijden van dit oneigenlijke gebruik van belastingverdragen staat in het onderzoek van deze scriptie centraal. Een aanbeveling inzake deze bestrijding en voorkoming wordt geformuleerd door antwoord te geven op de volgende hoofdvraag:

“Op welke wijze kan oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen het meest optimaal worden bestreden?”

In dit onderzoek zijn maatregelen vergeleken op basis van een aantal toetsingscriteria. Door maatregelen te toetsen naar hun doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtszekerheid, eenvoud en evenredigheid is een conclusie gevormd die van relatief objectieve aard is en wordt een onderbouwde aanbeveling gegeven.

6.2 Deelvragen

Om een zo goed mogelijk antwoord te kunnen formuleren op de hoofdvraag, is het onderzoek onderverdeeld in zeven deelvragen. De eerste deelvraag luidde:

“Wanneer is sprake van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag en waarom dient dit voorkomen te worden?”

Belastingontwijking en belastingontduiking zijn twee bekende begrippen waarbij de juridisch invulling ervan duidelijk is. Belastingontwijking betreft het (actief) vermijden van een belastingclaim met als gevolg dat minder belasting is verschuldigd. Belastingontduiking betreft het zich (illegaal) onttrekken aan een belastingverplichting. De grens tussen deze twee begrippen is door de ontwikkelingen in het maatschappelijke debat de laatste jaren echter minder duidelijk geworden dan de bovenstaande juridische benadering doet lijken. De maatschappelijke opinie is in deze jaren verschoven naar een visie waarin belastingplichtigen worden afgerekend op het feit dat zij weinig belasting betalen. In deze maatschappelijke visie lijkt een splitsing te worden gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde belastingontwijking, waarbij de laatste praktijk zou moeten worden bestreden en wellicht zelfs straffen zouden moeten worden opgelegd voor degene die hieraan deelnemen. Een veel besproken vorm van (internationale) belastingontwijking die zich op de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde belastingontwijking begeeft is het oneigenlijke gebruik van belastingverdragen. Belastingverdragen kunnen immers worden gebruikt om belastingdruk (al dan niet kunstmatig) te verlagen op een wijze waarvoor een verdrag niet is bedoeld. Oneigenlijk gebruik van deze verdragen houdt in dat het gebruik ervan niet in lijn met het doel en de strekking van het verdrag is. Om een bepaald gebruik van een belastingverdrag als oneigenlijk te bestempelen, zijn in beginsel de intenties van de verdragsluitende landen nodig. Op deze manier kan vervolgens worden beoordeeld of het gebruik in strijd met die intenties is (geweest). Indien sprake is van oneigenlijke gebruik van het belastingverdrag moet dit worden voorkomen of bestreden om de integriteit van dat verdrag te waarborgen. Het oneigenlijk handelen van een selectief aantal kan immers grote gevolgen hebben voor eigenlijke gebruikers van het verdrag. Voorbeelden van deze gevolgen variëren van grotere lasten en obstakels als gevolg van strengere antimisbruikmaatregelen tot het schrappen van de faciliteit voor alle gebruikers. Het hoofddoel van belastingverdragen, het stimuleren van de internationale handel (door dubbele belasting te voorkomen), dient mijns inziens te allen tijden te worden gerespecteerd. Het verhogen van lasten voor eigenlijke gebruikers of het algeheel afschaffen van een faciliteit draagt hier niet aan bij. Om dit te voorkomen dient oneigenlijk gebruik van belastingverdragen dan ook op een adequate manier te worden bestreden.

De tweede deelvraag luidde:

“Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in de nationale wetten en in hoeverre werken deze bepalingen door naar belastingverdragen?”

Om misbruik en oneigenlijk gedrag in het nationale belastingrecht te voorkomen en te bestrijden wordt gebruik gemaakt van specifieke en generieke antimaatregelen. Specifieke maatregelen zijn enkel gericht op een in de bepaling gespecificeerde ontgaansmogelijkheid. Het specifieke karakter van de maatregelen vergt veelal een duidelijk geformuleerde bepaling, waarin grenzen (cijfermatig) worden aangegeven. Door deze formulering is de toepassing van een specifieke maatregel gebaseerd op objectieve criteria, hetgeen bijdraagt aan de rechtszekerheid van de bepaling. Een nadeel van de objectieve formulering is dat de bepaling vaak complex is en dat om ontwijking zo goed mogelijk tegen te gaan vaak vele specifieke maatregelen in de wet moeten worden opgenomen. Een goed voorbeeld hiervan betreft de verschillende nationale renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969. Naast specifieke maatregelen wordt in de nationale wet gebruik gemaakt van generieke maatregelen. Deze maatregelen zijn in tegenstelling tot de specifieke maatregelen zeer ruim geformuleerd en daardoor subjectief van aard. Door deze subjectiviteit hebben generieke maatregelen het voordeel dat ze flexibel zijn in hun toepassing en dus op een breed spectrum van situaties kunnen worden toegepast. Generieke maatregelen kunnen in de wet worden opgenomen, dan wel buitenwettelijk tot stand komen door middel van de jurisprudentie. Nederland kent sinds 1925 een wettelijke generieke maatregel in de vorm van het leerstuk van de richtige heffing. Dit leerstuk is na de introductie en de uitbreiding van de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* echter niet meer gebruikt. *Fraus legis* is in de Nederlandse jurisprudentie tot stand gekomen als een generieke maatregel om een serie van rechtshandelingen die individueel volgens de letter van de wet niet illegaal zijn, maar wel in strijd met het doel en de strekking van de wet zijn, te kunnen bestrijden. Hierbij wordt getoetst naar een objectief normvereiste en een subjectief motiefvereiste. Indien aan beide vereisten wordt voldaan, zal substitutie of eliminatie van de rechtshandelingen leiden tot een correcte belastinggrondslag. Generieke maatregelen zijn door de subjectieve formulering naast hun flexibiliteit en hoge mate van doeltreffendheid niet rechtszeker. Interpretatieverschillen tussen belastingplichtigen en de belastinginspecteur kunnen namelijk leiden tot moeilijk in te schatten gevolgen van een bepaalde (serie van) rechtshandeling(en). Naast deze rechtsonzekerheid is een generieke maatregel in vergelijking met een specifieke maatregel als eenvoudig te bestempelen. De gebruikte ruime termen zijn immers breed toepasbaar en vergen hierdoor geen uitgebreid (specifiek) geformuleerde bepaling. Nationale generieke maatregelen werken niet van rechtswege door naar verdragssituaties. Op basis van Nederlandse jurisprudentie is dit voor Nederland enkel het geval indien de doorwerking van

dergelijke nationale regelgeving expliciet is vermeld in het verdrag of in de toelichting op het verdrag. Om mismatches als gevolg van de eenzijdige toepassing van een nationale maatregel, of *treaty override*, te voorkomen is dit een logische redenering.

De derde deelvraag luidde:

“Welke vormen van antimisbruikbepalingen worden momenteel gebruikt in bilaterale belastingverdragen?”

Evenals in nationale wetten wordt in belastingverdragen gebruik gemaakt van antimisbruikbepalingen om oneigenlijk gedrag te voorkomen en te bestrijden. De bepalingen kunnen eveneens worden ingedeeld in een specifieke en een generieke categorie. Specifieke antimisbruikbepalingen kunnen in belastingverdragen worden opgenomen om een bepaald soort oneigenlijk gebruik te bestrijden door bijvoorbeeld enkel verdragsvoordelen toe te kennen als een dividendontvanger de *beneficial owner* van dat dividend is. Naast deze soort specifieke bepalingen die enkel opgenomen zijn in een bepaald artikel en dus op een zeer specifieke situatie effect hebben, kan een meer omvangrijke specifieke antimisbruikbepaling worden opgenomen; de *limitation on benefits*-bepaling. Deze bepaling zorgt ervoor dat, in tegenstelling tot andere verdragen zonder een LOB-bepaling, verdragsvoordelen niet vanzelfsprekend zijn voor een inwoner van een land. In plaats daarvan is een belastingplichtige enkel gerechtigd tot de voordelen van dat verdrag als deze een voldoende band heeft met het land in kwestie. Deze band wordt objectief getoetst door middel van een aantal criteria. In het geval wordt voldaan aan een van deze criteria dan is de belastingplichtige in beginsel gerechtigd tot de voordelen van dat verdrag. Voorbeelden van dergelijke criteria zijn die welke zijn gebaseerd op een beurstoets, een aandeelhouderstoets en een activiteitentoets. De LOB-bepaling is zeer uitgebreid en objectief geformuleerd en draagt daardoor bij aan de rechtszekerheid van het verdrag. Deze uitgebreide formulering maakt de bepaling echter relatief complex. Een minder complexe antimisbruikbepaling die kan worden opgenomen in een belastingverdrag betreft de *main purpose*-toets. Deze generieke maatregel is subjectief van aard en stelt dat wanneer het behalen van de voordelen van het verdrag het voornaamste doel van de belastingplichtige is geweest de verdragsvoordelen niet hoeven worden toegekend. Een MPT kan in individuele artikelen worden opgenomen of kan verdragswijd worden toegepast, zodat bij elke handeling waar aanspraak wordt gemaakt op de verdragsvoordelen moet worden getoetst naar de motieven van de belastingplichtige. Deze bepaling is door haar subjectieve invulling zeer doeltreffend, maar brengt daarmee tevens rechtsonzekerheid met zich. De relatieve eenvoud van een dergelijke bepaling in vergelijking met een LOB-bepaling kan echter een doorslaggevende factor zijn voor verdragspartners om te kiezen voor de opname van een MPT.

De vierde deelvraag luidde:

“Wat is de aanbeveling van de OESO in BEPS Action 6 en wat is de aanbeveling van de Europese Commissie met betrekking tot het bestrijden van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen?”

De meningen omtrent de optimale wijze van het bestrijden en voorkomen van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen zijn in de literatuur, maar ook in de (internationale) politiek, verdeeld. In het grootschalige *Base Erosion and Profit Shifting*-project van de OESO is dit onderwerp in Actiepunt 6 behandeld. De landen van de OESO hebben in het finale rapport van dit actiepunt een overeenkomst gesloten om alleen een minimumstandaard in te voeren; daarnaast heeft de OESO in het rapport een aanbeveling gedaan voor de naar hun mening meest optimale maatregel om oneigenlijk gebruik te voorkomen en te bestrijden. De minimumstandaard bestaat uit drie mogelijkheden, waarvan verdragspartners bij de verdragsonderhandelingen onderling voor een van deze opties mogen kiezen. Het betreft de opname in het belastingverdrag van ofwel een (i) enkele LOB-bepaling, inclusief een anti-doorstroommaatregel, (ii) een enkele MPT, dan wel (iii) een (gesimplificeerde) LOB-bepaling tezamen met een MPT. De OESO beveelt vervolgens aan dat een gecombineerde aanpak door middel van een LOB-bepaling en een MPT de meest optimale keuze betreft. Hoewel deze combinatie de meest doeltreffende is om oneigenlijk gebruik te bestrijden, is deze naar mijn mening niet de meest optimale door het feit dat bij een combinatie belastingplichtigen te maken krijgen met de negatieve punten van beide maatregelen, waaronder een hoge mate van rechtsonzekerheid én complexiteit. Naast de globale inspanningen van het BEPS-project is binnen de EU een aanbeveling gepubliceerd door de EC omtrent het de voorgestelde MPT in Actiepunt 6 van het BEPS-project. Over de LOB is tot op heden door de EC nog geen woord gesproken, hetgeen met het oog op de mogelijke strijdigheid met het EU-recht zeer opvallend is. Daarnaast is het opmerkelijk dat de EC in een aparte aanbeveling de bewoording van de in Actiepunt 6 voorgestelde MPT voor haar lidstaten wenst te veranderen. Dit had immers beter direct kunnen geschieden in de besprekingen van het BEPS-project.

De vijfde deelvraag luidde:

“Dient oneigenlijk gebruik van belastingverdragen voorkomen te worden door nationale bepalingen, bilaterale bepalingen of een combinatie?”

De bestrijding en voorkoming van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan worden geregeld door middel van de doorwerking van nationale leerstukken naar een belastingverdrag, door opname van antimisbruikbepalingen in het desbetreffende verdrag en door een combinatie van beide varianten. Het enkel door laten werken van nationale leerstukken naar verdragssituaties zonder gebruik te maken van antimisbruikbepaling in het verdrag acht ik niet gewenst door het feit dat de

uitwerking van deze nationale leerstukken veelal van elkaar verschilt (eliminatie of substitutie) en deze uitwerking kan leiden tot mismatches en wellicht zelfs tot dubbele belastingheffing. Daarnaast dienen belastingplichtigen bij deze wijze van aanpak de leerstukken van beide staten te kennen en is het bij bepaalde soorten constructies niet altijd duidelijk of *fraus legis*, *fraus conventionis* of zelfs beide leerstukken van toepassing zouden zijn. In Nederland is de doorwerking van nationale leerstukken, zoals *fraus legis* in situaties waar in strijd met de wet wordt gehandeld en *fraus conventionis* waar in strijd met het verdrag wordt gehandeld, volgens de Hoge Raad overigens enkel mogelijk in verdragsituaties indien de doorwerking van deze leerstukken nadrukkelijk volgt uit het verdrag of uit de toelichting op dat verdrag. Een gecombineerde aanpak acht ik eveneens niet wenselijk, doordat het risico op mismatches en *treaty override* blijven bestaan indien aanspraak wordt gemaakt op nationale leerstukken. Deze nadelige gevolgen kunnen in beginsel worden voorkomen door te stellen dat vooraf aan de toepassing van een nationaal leerstuk op een verdrags situatie onderling overleg dient te worden gepleegd tussen de verdragspartners. Het is echter maar de vraag of een dergelijke inspanningsverplichting ook daadwerkelijk de genoemde nadelige punten kan voorkomen. Tevens is een gecombineerde aanpak minder eenvoudig en rechtszeker, doordat belastingplichtigen op de hoogte dienen te zijn van de nationale regelgeving van beide staten en naast de verdragsbepaling altijd te maken hebben met een generieke (subjectieve) maatregel. Een bestrijding en voorkoming van oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag acht ik dan ook het meest optimaal door middel van een bepaling op verdragsniveau. Op deze manier kan tijdens de verdragsonderhandelingen onderling tot een adequate bilaterale aanpak tegen oneigenlijk gebruik worden gekomen.

De zesde deelvraag luidde:

“Bestaan er andere maatregelen om oneigenlijk gebruik van belastingverdragen te voorkomen?”

Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan op vele wijzen worden bestreden en voorkomen. Naast de doorwerking van nationale bepalingen, het opnemen van specifieke antimisbruikbepalingen of een verdragswijde bepaling, zoals een LOB-bepaling of een MPT, kan bijvoorbeeld worden gekozen om een *claw back*-bepaling op te nemen in een belastingverdrag. Een dergelijke bepaling zorgt ervoor dat wanneer het heffingsrecht op basis van het verdrag toekomt aan een van de verdragsluitende staten, maar deze staat geen nationale heffing voor dit inkomensbestanddeel kent (of deze effectief niet benut), dat het heffingsrecht alsnog toekomt aan de andere verdragsluitende staat. Op deze manier kan non-belasting als gevolg van (oneigenlijk en eigenlijk) gebruik van belastingverdragen volledig worden voorkomen. Een dergelijke *claw back* kan op een specifiek inkomensbestanddeel zijn

gericht of kan verdragswijd worden toegepast. Een groot nadeel van deze aanpak is echter dat het een inbreuk maakt op de soevereiniteit van de verdragsluitende staten, doordat deze niet bewust kan kiezen om een bepaald inkomensbestanddeel niet (of nauwelijks) te belasten om bedrijvigheid naar zich toe te trekken. Ik acht deze aanpak in beginsel dan ook niet wenselijk, enkel wanneer beide verdragsluitende staten hiermee instemmen en dus bewust hun soevereiniteit op dat bepaalde gebied opgeven is dit anders. Dit moet dan worden gezien als een laatste redmiddel en dit zou enkel optimaal zijn indien geen enkele andere wijze om het oneigenlijke gedrag te bestrijden of te voorkomen zou werken. Naast de *claw back* kan worden gekozen om verdragsvoordelen algeheel te limiteren tot een bepaald (jaarlijks) bedrag aan inkomen. Dit acht ik ondanks de eenvoud van de maatregel uiterst onevenredig en daarmee niet wenselijk. Een ander recent gebruikte maatregel betreft het streng optreden tegen (ongewenste) belastingontwijking door zware straffen op te leggen tegen het implementeren of adviseren van constructies die (achteraf) worden geacht als ongeoorloofde belastingontwijking. Deze maatregel doet mijns inziens een grote inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel en is daarmee niet wenselijk. Straffen dienen enkel opgelegd te kunnen worden wanneer te kwader trouw is gehandeld en niet wanneer een belastingplichtige een pleitbaar standpunt heeft. De politieke keuze om streng op te treden tegen (ongeoorloofde) belastingontwijking moet niet zo ver gaan dat juridische beginselen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel, worden geschonden.

De zevende deelvraag luidde:

“Welke soort antimisbruikbepaling is het meest geschikt voor de hedendaagse bilaterale belastingverdragen?”

Uit het antwoord op de vorige deelvraag is duidelijk dat een antimisbruikmaatregel tegen oneigenlijk gebruik van belastingverdragen moet worden geregeld in de vorm van een of meer bepalingen op verdragsniveau. Bij het opstellen van een dergelijke bepaling dient een aantal punten te worden afgewogen. Doeltreffendheid, doelmatigheid, rechtszekerheid, eenvoud en evenredigheid spelen alle een rol bij de overweging van een bepaalde bepaling. Zowel specifieke bepalingen gericht op een enkel verdragsartikel als een verdragswijde bepaling, zoals een LOB-bepaling en een MPT, voldoen nimmer aan alle bovenstaande punten. Bij de keuze van de meest optimale maatregel dient dus een afweging te worden gemaakt tussen bepaalde plus- en minpunten van de maatregel. De maatregel dient allereerst uiteraard doeltreffend te zijn; een maatregel die slecht op dit criteria scoort, voegt onnodige complexiteit toe aan het verdrag. Ten tweede dient de maatregel niet onevenredig te zijn, zodat eigenlijk gebruik van het belastingverdrag wordt gewaarborgd en de maatregel geen negatieve invloed

heeft op de internationale handel. Rechtszekerheid is vanuit een investeringsperspectief eveneens een zeer belangrijk criterium omdat het belastingplichtigen het vertrouwen geven dat een bepaalde regel daadwerkelijk zal worden toegepast op de manier dat het beschreven staat; 'men weet waar hij aan toe is'. Eenvoud en doelmatigheid zijn naar mijn mening belangrijke criteria, maar onderschikt aan de bovengenoemde criteria. Vanuit deze optiek is een doeltreffende, evenredige, rechtszekere maatregel het meest optimaal, zolang een eventuele hoge mate van complexiteit en een lage mate van doelmatigheid van de maatregel de voordelen niet overtreffen.

6.3 Slot en aanbeveling

Belastingontwijking is een wereldwijd fenomeen waarbij belastingplichtigen op een legale manier onder hun belastingdruk uit proberen te komen of deze proberen te minimaliseren. Deze ontwijking kan voor overheden een aanzienlijk nadeel opleveren in de vorm van lagere belastinginkomsten. De mogelijkheid om de belastingdruk te verlagen kan echter tevens het vestigingsklimaat van een land verbeteren, waardoor op de lange termijn vaak meer werkgelegenheid en hogere belastinginkomsten worden gerealiseerd. Tussen deze twee extremen dient een balans te worden gevonden. Aangezien op basis van de internationale welvaartseconomie internationale handel leidt tot een verhoogde welvaart van iedere participant, zou het stimuleren van deze praktijk mijns inziens altijd het primaire doel moeten zijn bij (economische) bilaterale verdragen. Belastingontwijking als het gevolg van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen dient echter wel te worden bestreden, maar op een wijze waarbij de internationale handel hierdoor zo min mogelijk onder zal lijden. Uit de recente berichten en ontwikkelingen in de media, politiek en de publieke opinie is een duidelijke anti-belastingontwijkingsgedachte te bespeuren. Ik deel de vergaande meningen waarin multinationale ondernemingen worden bestempeld als kwaadaardige belastingontwijkende entiteiten die weigeren hun steentje bij te dragen aan de maatschappij niet. Belastingontwijking moet naar mijn mening worden tegengegaan in zoverre deze ontwijking het totale fiscaal-economische systeem schaadt. Hier wordt mee bedoeld dat de soevereiniteit van landen moet worden gerespecteerd en dat niet onevenredig moet worden opgetreden tegen belastingontwijking. Uit diverse recente empirische onderzoeken blijkt overigens dat de schade die internationale belastingontwijking met zich brengt aanzienlijk lager is dan men oorspronkelijk dacht²⁰⁹. Het is dus verdedigbaar om de toenemende focus tegen deze praktijken onevenredig te noemen. Desondanks vind ik dat belastingontwijking als gevolg

²⁰⁹ Zie onder meer de eerder verwezen artikelen van Dharmapala, 'What problems and opportunities are created by tax havens?', *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 24, No. 4, p. 673 en Hong & Smart, 'In praise of Tax Havens: International tax planning and foreign direct investment', *European Economic Review* 54, p. 82-95.

van oneigenlijk gedrag moet worden bestreden of voorkomen om de integriteit van de wet of een belastingverdrag te waarborgen en eigenlijke gebruikers geen nadeel te bezorgen. Maatregelen tegen deze belastingontwijking dienen naar mijn mening echter immer gebaseerd te zijn op logische, juridische begrippen en niet subjectief te worden ingevuld door de mening van het publiek. Hierbij dient, in tegenstelling tot het beschuldigen van individuele belastingplichtigen voor hun oneigenlijke gedrag, kritisch te worden gekeken naar de formulering van de wet (of verdrag), en dienen deze eventueel te worden aangepast. Ik verwijs hierbij naar de passende quote op bladzijde 3.

Met betrekking tot de bestrijding en de voorkoming van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen leidt de bovenstaande visie tot een aanbeveling waarin ik pleit voor een antimisbruikmaatregel die de internationale handel zo min mogelijk schaadt, maar geen ruimte overhoudt voor ongeoorloofde belastingontwijking. Op basis van de objectieve toetsingscriteria ben ik van mening dat dit het best kan worden gerealiseerd door middel van het opnemen van een verdragswijde LOB-bepaling en artikelspecifieke *beneficial owner*-begrippen in het belastingverdrag. Door een (indirecte) beurstoets *derivative benefits*-toets, *ownership and base erosion*-toets, brede activiteitentoets (*active trade or business*-toets), een hoofdkantoortoets en een vangnetbepaling in de LOB-bepaling op te nemen, zullen eigenlijke gebruikers van het verdrag geen problemen ondervinden door deze antimisbruikmaatregel bij hun internationale activiteiten. Verdragspartners kunnen vervolgens onderling de concrete invulling van de diverse toetsen in de LOB-bepaling bepalen, zodat op een soevereine manier tot een doeltreffende, rechtszekere en evenredige maatregel kan worden gekomen. De relatief lage doelmatigheid als het gevolg van de hoge administratieve lasten en hoge complexiteit van de bepaling kan echter eventueel een te hoge drempel voor onderontwikkelde landen vormen. Bij verdragsonderhandelingen tussen dergelijke landen, of tussen een ontwikkeld en een onderontwikkeld land, zou onderling kunnen worden gekozen voor de opname van een MPT in plaats van een LOB-bepaling. Op deze manier is de uitvoering van de maatregel gemakkelijker en zijn de administratieve last lager. Om de rechtszekerheid en evenredigheid van het verdrag bij een dergelijke opname van een MPT te waarborgen, dient de MPT enkel van toepassing te zijn als het behalen van de voordelen van het verdrag het voornaamste doel van de belastingplichtige is (geweest). Ondanks het feit dat dit de uitvoering van de maatregel (lichtelijk) zal verzwaren, is deze aanpassing met het oog op de in deze paragraaf weergegeven visie mijns inziens nodig.

Literatuurlijst

Artikelen

- Albregtse, D.A., 'Belastingontwijking en de bestrijding ervan: een economische benadering', FEI-Bundel; 'Ongewenste Belastingontwijking? De jacht naar een fair share', 2013
- Barron, C., 'Anti-avoidance rules in taxation: striking a balance', Asian Tax Authorities Symposium (ATAS), 4-5 september 2012, Kuala Lumpur
- Bender, T. & Engelen, F.A., 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', *WFR 2016/51*
- Boer, R.A. de & Nouwen, M.F., 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet scherp', *WFR 2013/34*
- Brandsma, R.P.C.W.M., 'De belegger "stripped bare" door de wetgever?: dividendstripping in de 21^e eeuw', *WFR 2000/313*
- Broe, L. de & Luts, J. 'Beps Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax: Vol. 43 (2015)*, uitgave 2
- Broekhuijsen, D.M. & Vording, H. 'Multilaterale samenwerking ten aanzien van het BEPS-project: een prognose', *WFR 2016/53*
- Christians, A., 'Avoidance, Evasion, and Taxpayer Morality', *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 44:39 (2014)
- Corstens, G.J.M., 'Rechtszekerheid en rechtsbescherming', *WFR 2016/141*
- Cunha, R.C., 'BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule', 10th IFA Conference: Vol. 1, juni 2016
- Dharmapala, D., 'What problems and opportunities are created by tax havens?', *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 24, No. 4
- Engelen, F.A., 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NtFR 2013/158*
- Fett, E.E. 'Triangular Cases: The Application of Bilateral Tax Treaties in Multilateral Situations', *IBFD Doctoral Series Volume 29*, juni 2014
- Graaf, A.C.G.A.C. de, 'Noodzaak van internationaal fiscaal beleid als tegenwicht voor excessieve gedragingen', *MBB 2013/1*
- Halkyard, A., 'Not a Weapon of Mass Destruction: Can the Ramsay Approach Apply to the Inland Revenue Ordinance in Hong Kong?', *Asia-Pacific Journal of Taxation*, Vol. 9 No. 3 (2005)
- Kavelaars, P., 'De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I', *NtFR-B 2013/19*
- Kemmeren, E.C.C.M., 'Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken', *WFR 2003/133*
- Kirchler, E., "The Economic Psychology of Tax Behaviour", Cambridge: Wenen, 2007
- Lang, M., 'BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties', *Tax Notes International*, Vol. 74, nr. 7, 19 mei 2014
- Levine, H.J. & Miller, M.J. 'U.S. Income Tax Treaties — The Limitation on Benefits Article' (Portfolio 936)', *Premier International Tax Library*, Bloomberg BNA: 2016
- Marres, O.C.R., 'De duurzaamheid van belastingplanning', *NtFR 2013/1799*

Merks, P.F.E.M., 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning', *MBB 2006/9 en 2006/10*

Niessen, R.E.C.M., 'Richtige heffing en fraus legis', *WFR 1984/1661*

Redactie Vakstudie-Nieuws, 'Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)', *V-N 2016/37.3*

Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij "Aanbeveling Europese Commissie over implementatie maatregelen tegen misbruik belastingverdragen", *V-N 2016/12.7*

Salinger, L.M., 'Encyclopedia of White-Collar and Corporate Crime, Volume 1', Sage: Arkansas, 2013

Sugarman, I.K., 'The U.S.-Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers' (1993), *Fordham International Law Journal*, Vol. 17: Issue 3, article 9

Tydeman-Yousef, M., 'Fraus conventionis, quae est?', *WFR 2014/3*

Vught, E.J. van, 'De 'main purpose test' in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse', *WFR 2011/801*

Weeghel, S. van, 'Enkele aspecten van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen', *FED 1996/417*

Weeghel, S. van, 'Fraus legis in internationaal verband', *TFB 2002*, nr. 11/12

Weeghel S. van & Emmerink, F., 'Global Developments and Trends in International Anti-Avoidance', *IBFD Bulletin for International Taxation*, Augustus 2013

Wetering, G.C. van de, 'Een internationale kasgeldconstructie; verdragsinterpretatie en fraus tractatus', *WFR 1994/492*

Weterings, M.P. & Hijkoop, I.A.E.J., 'Verslag van de 8^{ste} NOB Rondetafelbijeenkomst Europees Fiscaal Recht 'EU-Actieplan'', *WFR 2016/148*

Boeken

Burgers, I.J.J. & Haan, P.M. de, in 'Wegwijs in het internationaal en Europees Belastingrecht' (2015), Sdu Uitgevers: Den Haag

IJzerman. R.L.H., 'Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht', Deventer: Kluwer, Amsterdam 1990

Kempen, M.L.M. van, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Deventer: Kluwer 2016

Kesteren, H.W.M. van, 'Misbruik van recht in de omzetbelasting (oratie Tilburg)', Deventer: Kluwer, 2004

Marres, O., 'Eerlijk delen in de fiscale jungle', Oratie 439, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, 2012

Meyjes, P. et al., *Fiscaal Procesrecht*, vierde druk, Kluwer, Deventer, 1997

Pinetz, E., 'Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse' in Lang *et al*, 'Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)', Wenen: Linde Verlag, 2016

Raad, C. van, *Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016

Weeghel, S. van, 'The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States', Series on International Taxation: 19, Kluwer Law International: London, 1998

Werd, M.M. de, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2016

Bartel, J.C.K.W. et al., 'Van Brunschot-bundel: De grote lijn', Deventer: Kluwer 2006

Parlementaire stukken

Handelingen I 1985/86, vergadernr. 8

Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 1

Kamerstukken II 1987/ 88, 20 365, nr. 2 (Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid (1987))

Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 5

Kamerstukken I 1993/94, 23 496, nrs. 130 en I

Kamerstukken II 1996/97, 25 087 (Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)-beleid (1996))

Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4

Kamerstukken II 2000/01, 27 896, nr. B

Kamerstukken I 2001/02, 27896, 117b

Kamerstukken II 2002/03, 28 259, nr. 10

Kamerstukken II 2007/08, 31 205, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011)

Kamerstukken I 2012/2013, 33 402, nr. M

Kamerstukken I 2013/14, 33 402, nr. M

Handelingen 2013/14, nr. 16, item 2

Handelingen 2013/14, nr. 16, item 4

Kamerstukken II 2015/16, 25 087, nr. 112

Verslag Commissie voor de Financiën en de Begroting, Kamer Doc. 53, nr. 2853/014, 21 juni 2013

Brief staatssecretaris, 'Keuzes voor een beter belastingstelsel', AFP/2014/780, 16 september 2014

Autobrief II, IZV/2015/504 M, 19 juni 2015

Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015, Prinsjesdag 2015, 15 september 2015

Kamerbrief, 'Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat', IZV/2015/657 M, 5 oktober 2015

Besluiten, mededelingen, aanbevelingen en richtlijnen

Antibelastingontwijkingsrichtlijn, Verklaring Raad van de Europese Unie, nr. 2016/0011 (CNS)

Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: over concrete manieren om de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking, ook in relatie tot derde landen, te versterken', COM(2012) 351 final, 27 juni 2012

Europese Commissie, 'Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad: Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking', COM(2012) 722 final, 6 december 2012

Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie: over agressieve fiscale planning', C(2012) 8806 final (2012/772/EU), 6 december 2012

Europese Commissie, 'Commissie-aanbeveling omtrent agressieve tax planning', C(2012)8806 final, 6 december 2012

Europese Commissie, 'Voorstel tot een EU-Antibelastingontwijkingsrichtlijn', COM(2016)26 final, 28 januari 2016

Europese Commissie, 'Aanbeveling van de Commissie: over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan', C(2016) 271 final, 28 januari 2016

Richtlijn 2009/133/EG (Fusierichtlijn)

Richtlijn 2011/16/EU (EU-bijstandsrichtlijn)

Richtlijn 2011/96/EU (Moeder-Dochterrichtlijn)

Jurisprudentie

Nederlands

HR 26 mei 1926		<i>NJ 1926, 723</i>
HR 27 december 1967	nr. 15 772	<i>BNB 1968/80</i>
HR 13 maart 1974	nr. 17 214	<i>BNB 1976/197</i>
HR 21 september 1983	nr. 22 060	<i>BNB 1983/316</i>
HR 21 november 1984	nr. 22092	<i>BNB 1985/32</i>
HR 11 mei 1988	nr. 24 918	<i>BNB 1988/289</i>
HR 11 mei 1988	nr. 25 006	<i>BNB 1988/290</i>
HR 11 mei 1988	nr. 25 231	<i>BNB 1988/291</i>
HR 26 april 1989	nr. 24 446	<i>BNB 1989/217</i>
HR 7 juni 1989	nr. 24 239	<i>BNB 1990/72</i>
HR 26 juni 1989	nr. 25 2451	<i>BNB 1990/45</i>
HR 11 juli 1990	nr. 25 579	<i>BNB 1990/290</i>
HR 18 juli 1992	nr. 28 211	<i>BNB 1992/308</i>
HR 10 maart 1993	nr. 27 992	<i>BNB 1993/195</i>
HR 15 december 1993	nr. 29 296	<i>BNB 1994/259</i>
HR 6 april 1994	nr. 28 638	<i>BNB 1994/217c</i>
HR 18 mei 1994	nr. 28 293	<i>BNB 1994/252</i>
HR 29 juni 1994	nr 28 734	<i>BNB 1994/294</i>
HR 15 maart 1995	nr. 29 531	<i>BNB 1995/150</i>
HR 6 september 1995	nr. 27927	<i>BNB 1996/4</i>
HR 22 juli 1997	nr. 31260	<i>BNB 1997/369</i>
HR 9 december 1998	nr. 32.709	<i>BNB 1999/267</i>
HR 21 februari 2001	nr. 35415	<i>BNB 2001/196</i>

HR 21 februari 2003	nr. 31011	<i>BNB 2003/177 & 178c*</i>
HR 6 december 2002	nr. 36 773	<i>BNB 2003/285</i>
HR 14 juli 2006	nr. 42 522	<i>BNB 2007/42</i>
HR 11 juli 2008	nr. 43 476	<i>BNB 2008/266</i>
HR 10 juli 2009	nr. 43 363	<i>BNB 2009/237</i>
HR 15 maart 2013	nr. 11/05609	<i>BNB 2013/151</i>
HR 7 februari 2014	nr. 12/03540	<i>BNB 2014/79</i>
HR 7 februari 2014	nr. 12/04640	<i>BNB 2014/80</i>
HR 8 juli 2016	nr. 15/00194	<i>NTFR 2016/1857</i>

Conclusie A-G Groeneveld, HR 14 november 2003, nr. 37 503, *BNB 2004/161*

Conclusie A-G van Ballegooijen, HR 12 mei 2006, nr. 39 223, *BNB 2007/36*

Conclusie A-G van Ballegooijen, HR 12 mei 2006, nrs. 40 452/40 453, *BNB 2007/39*

Conclusie A-G IJzerman, zaak nr. 15/04988, 2 september 2016

Europees

HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke)

HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax)

HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes)

HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06 (Part Service)

HvJ EU 22 december 2010, nr. C-103/09 (Weald Leasing)

HvJ EU 3 oktober 2013, nr. C-282/12 (Itelcar)

EVA-Hof 9 juli 2014, nr. E-3/13 en E-20/13 (Olsen)

Engels

United States Supreme Court, *Gregory v. Helvering*, nr. 127, 7 januari 1935, 293 U.S.

Ramsay v. IRC, [1982] A.C. 300 en *IRC v. Burmah Oil Co. Ltd.*, [1982] S.T.C. 30, H.L.(Sc.)

MacNiven v Westmoreland Investments Ltd, UKHL 6 [2001]

MacNiven v Westmoreland Investments Ltd, 1 AC311 [2003]

Verdragen

Verenigd Koninkrijk-Verenigde Staten (1945)

Nederland-Ierland (1969)

OESO-Modelverdrag (1977)

Nederland-Denemarken (1998)

Nederland-Verenigde Staten (protocol 2005)

Nederland-Barbados (2006)
Nederland-Verenigd Koninkrijk (2008)
VN-Modelverdrag (2011)
Verdrag Nederland-Japan (2012)
Nederland-Letland (1994)
Nederland-Zwitserland (2010)
Nederland-Duitsland (2012)
Nederland-China (2013)
OESO-Modelverdrag (2014)
Ecuador-België (1996)
VS-Modelverdrag (2016)

Overige stukken

Nationaal

Internetconsultatie 'Enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969' (onderdeel van pakket BP2017), 20 juni 2016

NOB, 'Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Ontwerp wijzigingen van enkele specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969 (onderdeel van pakket BP2017)', 18 juli 2016

NOB, 'Commentaar (Commissie Wetsvoorstellen) op het Voorstel van de Europese Commissie inzake de anti-belastingontwijkingsrichtlijn', 16 februari 2016

Register Belastingadviseurs, 'Reactie internetconsultatie van enkele wijzigingen van specifieke renteaftrekbeperkingen in de Wet Vpb 1969', 15 juli 2016

Internationaal

Aaronson, G., 'GAAR Study: a study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system', november 2011, United Kingdom HM Treasury

Ecuador, 'Official Gazette No. 775, Resolución No. NAC-DGERCGC16-00000204', 14 juni 2016

EY, 'GAAR rising: Mapping tax enforcement's evolution', februari 2013

HM Revenue & Customs, 'GAAR guidance with effect from 30 January 2015, part A, B, C, D and E', www.gov.uk/government/publications/tax-avoidance-general-anti-abuse-rules

Hong & Smart, 'In praise of Tax Havens: International tax planning and foreign direct investment', European Economic Review 54

ICC Policy Statement, Application of Anti-Avoidance Rules in the field of taxation, januari 2012, No. 180/519

IRS, Revenue Ruling 79-65, 1979-1 C.B. 458

Maddison, A., 'The World Economy: A Millennial Perspective', Development Centre Studies, OECD 2001

Morris, W. (BIAC) brief inzake de OECD Discussion Draft of Action 6, 9 april 2014

Nineteenth Report of Session 2012-13, HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011-12, House of Commons, Committee of Public Accountants, 3 december 2012

OESO, 'Triangular Cases, Model Tax Convention: Four Related Studies', Parijs, 1992

OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2014 Deliverable', 14 september 2014

OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 'BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 2015 Final Report' 5 oktober 2015

Pizzitola, G., in OESO, 'Comments received on Public Discussion Draft BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances', 11 april 201

The Economist, Volume 354, Uitgaven 8152-8163 (2000)

The Economist (United Kingdom, print edition), uitgave van 20 augustus 2016

United Kingdom - Finance Bill 2013, part 5

US Treasury, persbericht inzake de publicatie van het hernieuwde 'United States Model Income Tax Convention 2016', 17 februari 2016

Vierde bijeenkomst, Genève, 30 november – 11 december 1987, 'Prevention of abuse of tax treaties', United Nations Secretariat, New York, 1987

World Justice Project, Open Government Index, 2015 Report, <http://worldjusticeproject.org/>