

The Multilateral Convention.

Hybride Mismatches & Verdragsmisbruik in Belastingverdragen: zet het
Multilateraal Instrument de wereld voorgoed op zijn kop?

*Een onderzoek naar het oplossend karakter van het door de OESO geïntroduceerde
multilateraal instrument vanuit Internationaal en Nederlands fiscaal perspectief in het
kader van hybride mismatches en antimisbruikbepalingen.*

Abstract

In dit masteronderzoek heeft de schrijver onderzoek gedaan naar en in welke mate het door de OESO voorgestelde BEPS Actiepunt 15, het ‘Multilateraal Instrument’, de oplossing is voor agressieve belastingplanning gezien vanuit hybride mismatches en verdragsmisbruik. Aan de hand van rechtszekerheids-, doeltreffendheid- en doelmatigheidsgronden wordt het instrument getoetst vanuit (inter)nationaal fiscaal perspectief. Hieruit blijkt dat het ambitieniveau vanuit de OESO lidstaten hoog ligt, maar dat critici nog grote vraagtekens zetten bij de uiteindelijke impact op de internationale fiscaliteit en het verdragennetwerk.

Naam student:	Steven S. Plat
Studentnummer:	457487
Begeleider:	mr. D.E. van Sprundel
Tweede beoordelaar:	Prof.dr. P. Kavelaars
Datum definitieve versie:	23-02-2018

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	6
1.1.	Inleiding tot onderzoeksvraag	6
1.2.	Centrale onderzoeksvragen en deelvragen.....	9
1.3.	Methodologie.....	9
1.4.	Verantwoording van de opzet.....	11
1.5.	Afbakening.....	13
2.	OESO's BEPS-project.....	14
2.1.	Inleiding.....	14
2.2.	Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)	16
2.2.1.	Globalisering.....	16
2.2.2.	De basis van winstverschuivingen en grondslaguithollingen.....	19
2.2.3.	OESO BEPS Action Plan.....	23
2.3.	Actiepunt 15: Ontwikkeling van een Multilateraal Instrument.....	27
2.3.1.	Doelstelling	27
2.3.2.	Algemeen	29
2.3.3.	Vormgeving.....	30
2.3.4.	Verhouding met het bilaterale belastingverdrag	31
2.3.4.1.	Matching	32
2.3.4.2.	Keuzemogelijkheden inzake bepalingen.....	33
2.3.4.3.	Explanatory Statement	35
2.3.5.	De kernelementen.....	35
2.4.	Tussenconclusie.....	38
3.	Hybride mismatches.....	40
3.1.	Inleiding.....	40
3.2.	Dual residents.....	42
3.2.1.	Het inwonerschap-probleem	42
3.2.2.	De voorgestelde maatregel – art.4 MLI.....	46
3.2.3.	Toetsing.....	48
3.2.3.1.	Doelmatigheid.....	49
3.2.3.2.	Doeltreffendheid	49
3.2.3.3.	Rechtszekerheid	51
3.2.4.	Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen	53
3.2.5.	Tussenconclusie	56
3.3.	Transparante entiteiten.....	58
3.3.1.	Het probleem met hybride mismatches	58

3.3.1.1.	Inleiding.....	58
3.3.1.2.	Vormen van hybride mismatches.....	59
3.3.1.2.1.	Hybride financieringen.....	60
3.3.1.2.2.	Hybride entiteiten.....	61
3.3.1.2.3.	Omgekeerde hybride en geïmporteerde mismatches.....	63
3.3.2.	De voorgestelde maatregel – art.3 MLI.....	64
3.3.3.	Toetsing.....	67
3.3.3.1.	Doelmatigheid.....	67
3.3.3.2.	Doeltreffendheid	67
3.3.3.3.	Rechtszekerheid	68
3.3.4.	Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen	69
3.3.4.1.	NFV 2011	69
3.3.4.2.	Bestaande maatregelen.....	70
3.3.4.3.	Eenzijdige besluiten	72
3.3.5.	Tussenconclusie	74
3.4.	Toepassing voorkomingsregels.....	76
3.4.1.	Inleiding	76
3.4.2.	De voorgestelde maatregel - artikel 5 MLI	78
3.4.2.1.	Optie A.....	78
3.4.2.2.	Optie B.....	79
3.4.2.3.	Optie C.....	80
3.4.3.	Analyse.....	80
3.4.3.1.	Kapitaalimportneutraliteit	81
3.4.3.2.	Kapitaalexportneutraliteit	82
3.4.3.3.	Afweging neutraliteit	82
3.4.3.4.	Relatie tot het MLI.....	84
3.4.4.	Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen	85
3.4.5.	Tussenconclusie	87
4.	Oneigenlijk gebruik van verdragen	90
4.1.	Inleiding.....	90
4.2.	Verdragsmisbruik.....	92
4.2.1.	Nadere definitie verdragsmisbruik	92
4.2.1.1.	Fiscaal vluchtgedrag	93
4.2.1.2.	Shopping	93
4.2.1.3.	Treaty shopping	94
4.2.1.4.	Vaste inrichtingen	96
4.2.2.	Bestaande bestrijdingsmaatregelen	97
4.2.2.1.	(Nationaal)-Rechtelijke leerstukken	97

4.2.2.2.	Beneficial Ownership	99
4.2.2.3.	Limitations on Benefits-bepaling.....	100
4.2.2.4.	Main Purpose-toets	101
4.2.3.	BEPS Actieplan 6.....	102
4.3.	Antimisbruikmaatregel in het Multilateraal Instrument	104
4.3.1.	Inleiding	104
4.3.2.	Voorkoming van verdragsmisbruik.....	105
4.3.2.1.	Principle Purpose Test	106
4.3.2.2.	Limitations on Benefits.....	109
4.3.2.3.	Gedetailleerde LOB plus antidoorstroombepaling.....	114
4.3.3.	Analyse	115
4.3.3.1.	Doeltreffendheid	116
4.3.3.2.	Doelmatigheid.....	117
4.3.3.3.	Rechtszekerheid	117
4.4.	Nederlands Verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen	118
4.4.1.	NFV 2011.....	118
4.4.2.	Keuze MLI	119
4.4.3.	Gevolgen	122
4.5.	Tussenconclusie.....	125
5.	Slotsom en aanbevelingen.....	128
	Literatuurlijst.....	135
6.	Appendix.....	141
6.1.	Appendix 1 : Multilateral Convention.....	141
6.2.	Appendix 2: Seminar ‘Impact of BEPS on Tax Treaties’	143
6.3.	Appendix 3: Document Gevolgen Multilateraal Instrument voor Nederlandse belastingverdragen.....	145

Lijst van gebruikte afkortingen

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled Foreign Company
DRE	Dual Resident Entities
EC	Europese Commissie
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal Tijdschrift FED
FDI	Foreign Direct Investments
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IP	Intellectual Property
LOB	Limitation on Benefits
MAC	Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters
MAP	Mutual Agreement Procedure
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MLI	Multilateraal Instrument
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NFV 2011	Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011
NOB	de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
OESO	Organisation of Economic Cooperation and Development
PPT	Principle Purpose Test
Raad	de Raad van de Europese Unie
SOMO	Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
TP Guidelines	Transfer Pricing Guidelines
UK	United Kingdom
US	United States
V-N	Vakstudie-Nieuws
VI	Vaste Inrichting
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WP	Working Party

1. Inleiding

1.1. Inleiding tot onderzoeksvraag

Op 5 november 2017 zijn er 13,4 miljoen documenten vrijgegeven waaruit blijkt dat bekende wereldburgers, Koninklijke families en grote multinationals via fiscale constructies in de Bermuda, Kaaimaneilanden en Malta belasting ontwijken: ook wel de Paradise Papers genoemd. In 2013 publiceerde de internationale pers al de Offshore Leaks. Kort daarop volgde het schandaal met de Zwitserse bank gegevens onder de naam SwissLeaks, de albekende LuxLeaks, Panama Papers in 2016 en de BahamaLeaks eind van vorig kalenderjaar waren daar al vooraf gegaan.¹ Er kan niet meer ontkend worden dat belastingontwijking een kernelement in de financiële nieuwsgeving is. Ook kan niet meer ontkend worden dat belastingontwijking als ongunstig voor de wereldeconomie gezien wordt. Voor het bepalen van de *bigger picture* en haar relevantie in de hedendaagse maatschappij, zijn deze onderwerpen interessant om nader te onderzoeken. Echter is elk nieuwsbericht fiscaal ingestoken, maar behelst niet altijd dezelfde inhoudelijke kern. De rode lijn ziet op het minder belasting betalen, maar de weg die naar toe leidt is voor elke casus weer anders. Maar om grensoverschrijdend belasting te kunnen besparen, is het slim gebruik van belastingverdragen essentieel. Daarom zal er in deze thesis gekeken worden naar die wegen die tot minder belasting leiden door belastingverdragen. De overige onderwerpen zoals Transfer Pricing beleid, bankgeheimen, trustmaatschappijen zullen onbehandeld blijven.

De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: “OESO”)² heeft eind 2015 het gefinaliseerde BEPS-pakket gepubliceerd. Dit pakket is gericht op het tegengaan van ‘Base Erosion and Profit Shifting’³, BEPS, en bestaat uit 15 Actiepunten ter nastreving van een eerlijkere standaard voor wereldwijde belastingheffing. Als de media, literatuur of nieuws erop na geslagen wordt, heeft dit voorgestelde maatregelenpakket de fiscale nieuwsberichtgeving gedomineerd. Echter, de meeste lidstaten zijn nog helemaal niet voorbereid op deze snelle

¹ Het Financieele Dagblad, *Wat zijn de Paradise Papers*, 6 november 2017.

² Er is gekozen voor de benaming OESO in deze scriptie. De Engelstalige, en tevens originele naam, van de organisatie is de OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development.

³ Belastinggrondslaguitholling en winstverschuiving.

mondiale ontwikkelingen, zo ook niet onze Nederlandse belastingdienst.⁴ Daarboven waren de 15 Actiepunten van de OESO eind 2015 in zijn algemeenheid niet concreet genoeg voor directe implementatie in de nationale wetgevingen. Tevens zijn de belastingverdragen niet consistent met de nieuwe fiscale standaard.⁵ Daar waar het belastingverdrag ooit gold voor de voorkoming van dubbele belasting, is het nu een instrument voor de multinational om zichzelf op een oneigenlijke wijze toegang te verlenen tot fiscale voordelen en daarmee de fiscale weerstand te minimaliseren. Hierop zal adequaat gehandeld moeten worden.

Inmiddels heeft de OESO actie ondernomen om – bijvoorbeeld door middel van Actieplan 15 – zaken in strijd met de belastingontwijking concreter te maken. Een van de actiepunten van het BEPS-project van de OESO bevat een bepaling om de verouderde bilaterale belastingverdragen in één keer op het gewenste standaard te krijgen door middel van het aanpassen van het OESO-modelverdrag. Wereldwijd zijn er ongeveer 3000 belastingverdragen gesloten.⁶ Indien al deze verdragen los van elkaar aangepast dienen te worden, zou dit vele jaren in beslag nemen en zullen eventueel afwijkend zijn van de gewenste aanpassingen. De OESO acht dit onwenselijk. In Actieplan 15 is onderzocht of het mogelijk is alle bestaande bilaterale verdragen aan te doen passen door middel van een nieuw instrument. Maar wat is de noodzaak achter dit Actieplan 15? En slaat de OESO hier wel de juiste weg in?

In een brief aan de Tweede Kamer, heeft de toenmalig Staatsecretaris van Financiën, de heer Eric Wiebes, de Kamerleden geïnformeerd over de stand van zaken omtrent dit voorgestelde BEPS-Actieplan 15 ‘het Multilateraal Instrument’. Hij legt in deze brief uit dat het MLI de snelle implementatie van maatregelen tegen belastingontwijking in belastingverdragen kan bieden. De flexibiliteit die het MLI biedt is vormgegeven in *minimum standards* en optionele bepalingen. Op basis van een informele ambtelijk verzoek vanuit de OESO, is er een eerste Nederlandse beschouwing naar buiten gekomen omtrent deze keuzes uit het MLI. Binnen het Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid uit 2011, zijn bepaalde Nederlandse standpunten

⁴ De Witt Wijne, P. (2017), *Veel twijfel of de belastingdienst al die plannen wel kan uitvoeren*, NRC 11-10-17.

⁵ De Wilde, M.F. (2016), *Het OESO BEPS-project in vogelvlucht*, MBB 2016/11.

⁶ Staatssecretaris van Financiën, Multilateraal instrument BEPS, brief van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694, V-N 2016/57.5.

al conform het Multilateraal Instrument geformuleerd. Vanwege Nederland haar actieve participatie binnen OESO, zal de verwachting zijn dat Nederland tracht het voorstel zo volledig mogelijk na te leven. Dit resulteert eerst in de keuze van de Staatssecretaris om zoveel mogelijk verdragen mee te nemen in de notificatieprocedure behorend bij de implementatie van het MLI.

Kennelijk is de bestrijding van verdragsmisbruik van dergelijk belangrijke mate voor het Nederlandse beleid dat in paragraaf 2.2.3 van de voornoemde brief de Staatssecretaris een noemenswaardig deel wijdt aan de voorgestelde maatregel inzake verdragsmisbruik. Zijn ernst rondom verdragsmisbruik wordt versterkt door de publicatie van een rapport uit 1976 waarin gesteld is dat verdragsmisbruik als een, dan wel de, fundamenteel considerans van het BEPS-probleem beschouwd kan worden.⁷ Verder is niet alleen de OESO actief om deze fundamentele oorzaak voor eens en altijd uit te sluiten, de Europese Commissie (hierna: “EC”) wenst de misbruikbepaling GAAR om te vormen naar een Principal Purpose Test (hierna: “PPT”).⁸ Een van de keuzes binnen het Multilateraal Instrument is de invoering van een – dan wel gecombineerde – PPT. Vanuit het perspectief van de Staatssecretaris, heerst de intentie om deze PPT in te voeren. De minimum standard bepaling van het MLI geeft de mogelijkheid tot de PPT, alsmede de LOB of een combinatie van deze twee maatregelen in te voeren.

Vanuit dit, door de Staatssecretaris gemaakte onderscheid, zal deze thesis het Multilateraal Instrument analyseren.

⁷ Van den Tempel 1976, *Relief of Double Taxation, a Comparison of the work of the League of Nations and the Organization for Economic Cooperation and Development*, p.28.

⁸ EC-Aanbeveling 28-1-2016, onderdeel 2, C(2016) 271.

1.2. Centrale onderzoeksvragen en deelvragen

Het uitgangspunt voor mijn onderzoek is de volgende vraagstelling:

In welke mate is het Multilateraal Instrument een oplossing om agressieve belastingontwijking aan te pakken?

Vorenstaande vraagstelling zal beantwoord worden aan de hand van de volgende drie deelvragen:

1. *Wat zijn de aanbevelingen en voorgestelde regeling van de OESO ten aanzien van BEPS-actieplan en daarbij in het bijzonder actiepunt 15?*
2. *Op welke wijze vormt het MLI een uitwerking van de OESO Actieplan 2? Wat zijn, indien aanwezig, daarbij de internationale en Nederlandse fiscale implicaties?*
 - a. *Is de vervanging van de corporatie tie-breaker in het verdrag door een MAP fiscaalrechtelijk verantwoord?*
 - b. *Geeft de uitbreiding naar transparante entiteiten tot toegang tot het verdrag de gewenste uitkomst met betrekking tot het tegengaan van verdragsmisbruik?*
 - c. *Is de transitie van kapitaalimportneutraliteit naar kapitaalexportneutraliteit in de verdragsvoorkomingsbepalingen – art.23A/B – voordelig voor het internationaal- en Nederlandse fiscale systeem?*
3. *In hoeverre is de MLI de oplossing voor het hedendaagse treaty shopping probleem en wat is daarbij de verhouding met andere treaty shopping bepalingen? Hoe wordt dit vanuit Nederlands oogpunt beoordeeld?*

1.3. Methodologie

In deze scriptie wordt een wetenschappelijke benadering van het internationale recht omschreven: een systematische beschrijving en ordening van beginselen, regels en begrippen. In juridische termen wordt deze vorm van onderzoeken juridische dogmatiek genoemd. Het beoogde doel van deze doctrinaire benadering is een bepaald rechtsgebied objectief te definiëren om vervolgens een bepaalde problematiek te toetsen aan voorgestelde oplossingen en daarbij mogelijk een

conclusie te kunnen trekken.⁹ Dit gaat eerst aan de hand van een definiërend onderzoek. Vervolgens wordt een conceptuele analyse van de internationale verdragsproblematiek en de daarvoor voorgestelde oplossingen in staat gesteld door middel van een toetsend onderzoek. Dit gebeurt aan de hand van het hieronder beschreven theoretische en, door bestaande jurisprudentie, empirisch toetsingskader.

Ter omkadering van de verantwoording van de opzet van dit onderzoek, worden de materieelrechtelijke artikelen – een *opt-in*, een *opt-out* en een *minimum standard* bepaling – uit het Multilateraal Instrument getoetst aan doelmatigheid, doeltreffendheid en rechtszekerheid.

- Doelmatigheid ziet op de efficiency: het afzetten van de kosten om een beoogd doel te bereiken tegen het resultaat van het plan. Het is van belang dit toetsingsvlak mee te nemen in de beoordeling van de beoogde wetgeving door de OESO, omdat er wordt onderzocht of het MLI een verbetering zal zijn op het huidige internationale fiscale (verdragen)recht. Daarin dient de efficiency te worden meegewogen.
- Doeltreffendheid is de mate waarin de beoogde doelstellingen worden gerealiseerd. Het uiteindelijke doel van het Multilateraal Instrument is om de huidige verdragsproblematiek op te lossen door in één keer de meeste misbruikmogelijkheden uit bilaterale belastingverdragen te elimineren. Ter toetsing van dit doel, wordt er aan doeltreffendheid getoetst door middel van het schetsen van het probleem en hierop de nieuwe verdragsbepalingen op toe te passen.
- Rechtszekerheid is een belangrijk juridisch begrip. Dit beginsel houdt in dat de belastingplichtige op de wet kan bouwen en dat deze wet niet zomaar ten nadele van de belastingplichtige kan worden aangepast. Aangezien het Multilateraal Instrument meerdere veranderingen in de wet zal aanbrengen, acht dit onderzoek het belangrijk deze aanpassingen niet in strijd zullen zijn met het rechtszekerheid beginsel. In meerdere deelvragen wordt getoetst of de beoogde veranderingen ten goede komen aan de rechtszekerheid.

De uitkomsten uit de hierboven beschreven toetsingselementen, worden aan het einde van elk desbetreffende hoofdstuk samengevat in een 5-punts Likert schaal.¹⁰

⁹ Smits (2016), *Wat is juridische dogmatiek? Over doel en methode van de doctrinaire benadering*, p.30.

¹⁰ De likertschaal is een uitvinding van de onderzoeker Rensis Likert die in zijn psychologische onderzoeken vanaf 1932 dit soort schaaltechnieken gebruikten.

Hierdoor zal de vergelijking van de voorgestelde maatregelen kwantificeerbaar worden. De 5 puntsvariatie van ‘totaal niet’ tot het andere uiterste ‘totaal wel’ zal leiden tot een duidelijk en gemakkelijk interpreteerbaar resultaat omdat er verwacht wordt dat de voorgestelde regeling te allen tijde een effect zal hebben op de algemene fiscaliteit en het Nederlands verdragsklimaat. Een 5-punts Likert schaal laat een verfijndere uitkomst zien en verplicht niet tot een positief of negatief overwegende uitkomst. Hieronder is het concept van de Likert-schaal in tabelvorm weergegeven. De grijze vlakken staan voor de toetsing in de algemeenheid van de regel en de oranje gearceerde vlakken staan voor de impact op het Nederlandse verdragsbeleid.

[Onderwerp]					
	<i>Totaal niet</i>				<i>Totaal wel</i>
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Tabel 1.1: 5-punts Likert schaal uitleg.

1.4. Verantwoording van de opzet

Vanzelfsprekend moet bij het beantwoorden van de vraag in welke mate het Multilateraal Instrument een oplossing vormt op de bestaande bilateraal belastingverdragsproblematiek de vraag vooraf worden gesteld *wat* deze problematiek exact inhoudt. Dit wordt in hoofdstuk 2 uiteengezet. Daarbij wordt eerst ingegaan op de algemene internationale fiscale ontwikkeling, om aansluitend de voorgestelde OESO BEPS-oplossingen te definiëren. Daaropvolgend wordt er getracht OESO BEPS-actieplan 15 uit te leggen in het licht van de verdragsproblematiek waarbij het verband met belastingontwijking wordt onderzocht. Verder staat dit hoofdstuk uitgebreid stil bij de elementen en gevolgde procedure van de uitwerking van het Actiepunt 15: het Multilateraal Instrument.

Deze masterthesis benadert het Multilateraal Instrument via een eigenzinnige weg. De doelstelling van deze thesis is een onderzoek te doen naar het oplossende karakter van de regeling. Omdat deze regeling uit meer dan 30 artikelen bestaat, verdeeld in vijf thema's, is een individuele aanpak vereist. In de hierna volgende hoofdstukken is gekozen twee hoofdelementen nader te onderzoeken. De twee hoofdelementen omvatten de drie cruciale basiscomponenten van het MLI: een minimale

standaardbepaling, een *opt-in* en een *opt-out* bepaling. Vervolgens is er gekeken naar de impact voor het Nederlandse fiscale landschap en is gebleken dat de te behandelen onderwerpen, onderverdeeld in deze drie basiscomponenten, alle drie een andere zienswijze en benadering vanuit de Staatssecretaris kennen. Aangezien door middel van deze aanpak op de meest efficiënte en effectieve wijze het karakter van het Multilateraal Instrument beschouwd kan worden, hanteert deze thesis de hier onderstaande thema's.¹¹

De materieelrechtelijke bepalingen van het Multilateraal Instrument komen in de nakomende hoofdstukken aan bod. Hoofdstuk 3 vangt aan met het Actiepunt 2 en de problematiek en doelstellingen daaromtrent. Voor een goed begrip van de inhoudelijke bepaling, betreffende de hybride mismatches, worden de desbetreffende artikelen uit het Multilateraal Instrument geanalyseerd en dient er beoordeeld te worden hoe dit vanuit Nederlands perspectief zich verhoudt ten opzichte van de hybride mismatches. Dit hoofdstuk kent drie sub-deelvragen die behoren bij de drie artikelen vallend onder de algemene noemer van de hybride mismatches van Actiepunt 2. Ten eerste wordt artikel vier, een *opt-in* bepaling, die ziet op de corporate tie-breaker nader beschouwd in het licht van doeltreffend-, doelmatig- en rechtszekerheid. Vanuit een Nederlands oogpunt kan deze bepaling vergeleken worden met een al bestaande verdragsbepaling. Vervolgens wordt een *opt-out* bepaling blootgelegd die het onderwerp hybride entiteiten omvat. Deze twee onderwerpen delen hetzelfde kenmerk dat de Staatssecretaris voornemens is deze artikelen te notificeren voor het MLI. Tot slot, tevens behorend tot Actiepunt 2, wordt een artikel over de voorkomingsmethodiek besproken waaruit zal blijken dat dit geen uitkomst kan gaan bieden voor het Nederlandse Verdragsbeleid.

Aansluitend zal in hoofdstuk vier worden ingegaan op hoe treaty shopping opspeelt in de praktijk. In essentie richt dit onderdeel zich op het Multilateraal Instrument, maar in dit hoofdstuk wordt eerst stilgestaan bij de bestaande treaty shopping mogelijkheden en de visie van de OESO op treaty shopping gebied, vastgelegd in Actiepunt zes. Nadien zal er getracht worden de bepalingen ter tegengaan van verdragsmisbruik uit te leggen. Hierbij wordt getoetst aan andere antimisbruikbepalingen om de efficiëntie van het Multilateraal Instrument vast te kunnen stellen. Daarna wordt het van belang geacht te onderzoeken in hoeverre deze opgenomen regeling voldoen aan de Europese vrijheden. Echter, het is van betekenis

¹¹ Vanuit een persoonlijke noot, blijf ik door deze aanpak dicht bij mijn eigen interesse.

voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag om vanuit Nederlands oogpunt de doelmatigheid van verdragsmisbruikartikelen te bespreken.

Ter afsluiting wordt er naar aanleiding van de tussenconclusies de slotsom opgemaakt en enkele aanbevelingen gedaan.

1.5. Afbakening

In deze scriptie staat de toetsing en beoordeling van de materieelrechtelijke artikelen van het Multilateraal Instrument centraal. Dit wordt aan de hand van de doelmatigheid, doeltreffendheid en rechtszekerheid criteria getoetst. Voor dit toetsingskader is gekozen omdat via deze criteria het meest efficiënt kan worden weergegeven in welke mate een maatregel haar beoogde doel zal bereiken of heeft bereikt. Rechtszekerheid is een algemeen belangrijk, dan wel het belangrijkste, beginsel bij een wetgevingsproces. Het voornaamste doel van nieuwe wetgeving, dan wel maatregelen, is dat de wet moet werken.¹² Vandaar dat het doeltreffend en doelmatigheidscriterium worden meegenomen in dit onderzoek. Omwille de relevantie gaat deze analyse niet in op subsidiariteit en evenredigheid, noch de uitvoerbaar- en handhaafbaarheid. Tevens zal er niet worden ingegaan op de formeel- en civielrechtelijke behandeling van het voorgestelde Multilaterale Instrument en focust het onderzoek zich voornamelijk op het materiële recht. Binnen het materiële recht is de keuze uitgegaan naar thema 1 en thema 2 van het MLI, respectievelijk hybride mismatches en de aanpak van verdragsmisbruik. Bewust zijn de overige thema's van het MLI, waaronder vaste inrichtingsproblematiek en geschillenbeslechtingprocedures, niet in behandeling meegenomen omdat de gekozen eerste twee thema's zowel een opt-in, opt-out als een minimum standard bevatten waardoor een volledige aanspraak wordt gedaan op de variërende systematiek van het MLI. Daarnaast heeft Nederland vooralsnog een andere keuze voor elke maatregel genomen. Dit leidt tot de meest volledig maar compacte analyse van het verschillende aspecten van en keuzes binnen het Multilateraal Instrument. Ten slotte beperkt deze scriptie zich tot enkel de verdragsproblematiek op bilateraal niveau. Het Europese fiscale recht wordt niet meegenomen in de analyse, tenzij dit rechtsgebied bijdraagt aan de beantwoording van de probleemstelling.

¹² *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, 1-2, p.15/16.*

2. OESO's BEPS-project

2.1. Inleiding

Op 19 juni 2012 publiceerde de G20 leiders een pagina's lange verklaring waarin de bezorgdheid over de spanningen op de financiële markt uitgesproken werd. Naast de plannen over de stabilisering van wereldeconomie, het terugdringen van de werkloosheidsratio, de versterking van onderlinge handel, plaatsten de G20 leiders een oproep aan de Organisation for Economic Co-operation and Development (hierna: "OESO").^{13 14}

Het belasting-gerelateerde stuk uit de verklaring ving aan met een geadresseerd compliment aan het werk wat de Global Forum met betrekking tot transparantie en informatie-uitwisseling heeft verricht. Daarnaast sprak de G20 haar dankbaarheid uit naar de OESO voor de oplevering van het rapport inzake de automatische informatie-uitwisseling tussen belastingautoriteiten van de staten. Naast de oproep aan landen die nog niet bij de automatisch informatie-uitwisseling zijn aangesloten, sloot de paragraaf af met een heldere en dwingende oproep aan de OESO om een gericht plan op te stellen ter voorkoming van grondslag uitholling en winstverschuivingen (Base Erosion and Profit Shifting, hierna: "BEPS").¹⁵

Deze oproep wordt gezien als de start voor het vurige moreel publiek debat, het veranderende politieke fiscale beleid en, gelijktijdig met de oplopende staatsschulden van de jurisdicties, de door de EC en het OESO-secretariaat geleide vormgeving van een actieplan gericht op het tegengaan van BEPS. *De Graaf* wijst erop dat juist dit plan door zowel de G20 als de EC en OESO is gekozen in de wetenschap dat een op lidstaat niveau autonoom fiscaal beleid uiteindelijk uitmondt in een 'race to the bottom', met als uiteindelijk resultaat dalende belastinginkomsten.¹⁶ Daarom werd besloten te kiezen voor een overkoepelend en harmoniserende actielijst.

¹³ G20 Leaders Declaration 2012, par.21, p.4.

¹⁴ Deze masterthesis gebruikt uitsluitend de officiële namen en afkortingen van instanties, rapporten etc. Hierdoor kunnen er Engelse termen gebruikt worden.

¹⁵ G20 Leaders Declaration 2012, par. 48, p.8.

¹⁶ De Graaf (2013), *Excessieve gedragingen en internationaal fiscaal beleid*, p.20-23.

Dit hoofdstuk tracht dit BEPS-project, meer specifiek actiepunt 15 van voorgenemd project, in kaart te brengen. Voor de vraag wat de aanbevelingen en voorgestelde regeling van de OESO ten aanzien van BEPS en het BEPS-actiepunt 15 zijn, is het van belang de achtergrond van BEPS en directe aanleidingen naar de BEPS-actiepunten te achterhalen, waarna er in het bijzonder kan worden gekeken naar het voorgestelde laatste actiepunt: het Multilateraal Instrument¹⁷.

¹⁷ De officiële titel luidt *Multilateral Convention*. Echter wordt door de OESO in haar documentatie en door de Staatssecretaris van Financiën het begrip *Multilateral Instrument (MLI)* gebruikt. Deze terminologie zal gehanteerd worden in de gehele thesis.

2.2. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)

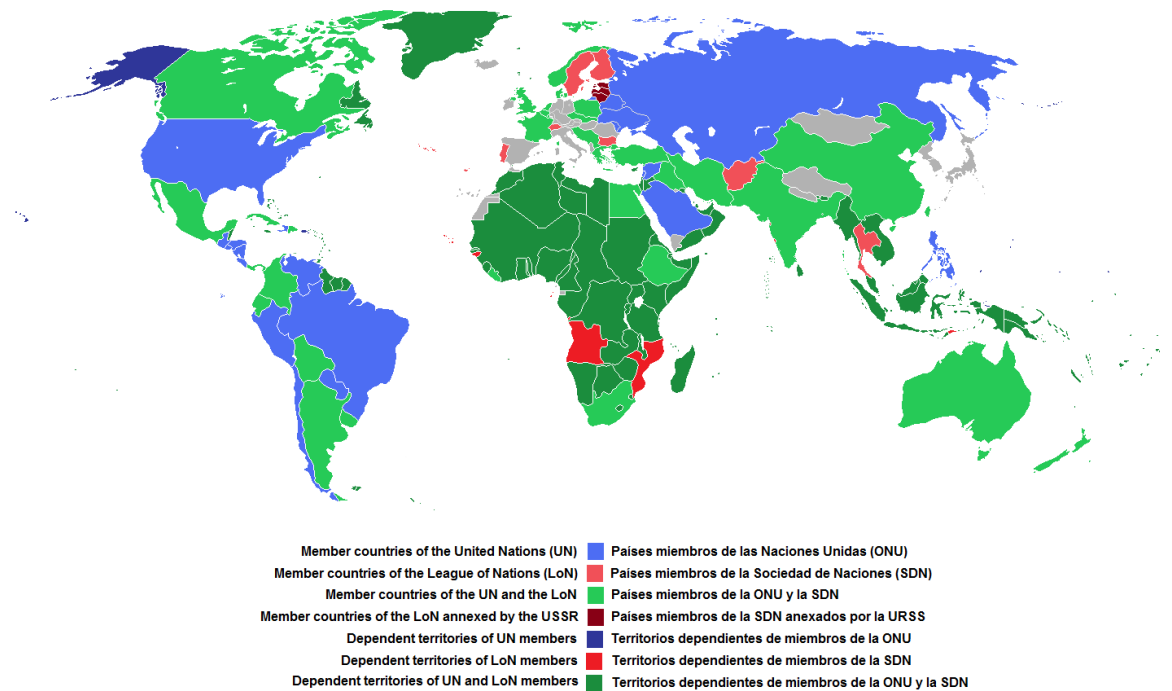
2.2.1. Globalisering

Het kan niet vaak genoeg genoemd worden, maar sinds de twintigerjaren van de vorige eeuw heeft de globalisering van de economie een exponentiële groei gekend. Het vervagen van de economische- en handelsgrenzen heeft geleid tot verschuivingen van arbeid en kapitaal, meer technologische ontwikkelingen en een toenemende vraag naar het ontwikkelen dan wel het beschermen van *Intellectual Property* (hierna: “IP”). Doordat natuurlijke personen en ondernemingen grensoverschrijdend opereren, krijgen zij vanzelfsprekend te maken met lokale buitenlandse belastingregimes.¹⁸ Doordat de verscheidene stelsels in de vroegere jaren van de globalisering niet tot nauwelijks op elkaar waren afgestemd, ontstonden er belemmeringen, waaronder dubbele belasting. De League of Nations¹⁹ had daarom een plan opgesteld om de ontstane dubbele belastingen weg te nemen. Met dit plan zouden de nadelige effecten op de economische groei en werelds welvaart tegen worden gegaan.²⁰ Het internationale fiscale recht werd hierdoor een belangrijke steunbalk van de globalisering van de economie. Hierna volgt een wereldwijd overzicht de Volkenbond. Hieruit blijkt dat de Volkenbond over de gehele wereld aanwezig was en benadrukt de noodzaak voor gemeenschappelijke regels.

¹⁸ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p.7.

¹⁹ De *League of Nations*, ook wel de Volkenbond genoemd, is in 1918 opgericht met als doel alle volkeren in 1 organisatie te bundelen om makkelijker vredesonderhandelingen te kunnen verrichten en orde in de gemeenschappelijke chaos te creëren. Meurs, van J.H. (1929), *De volkenbond*, Ontwikkeling Amsterdam 1929.

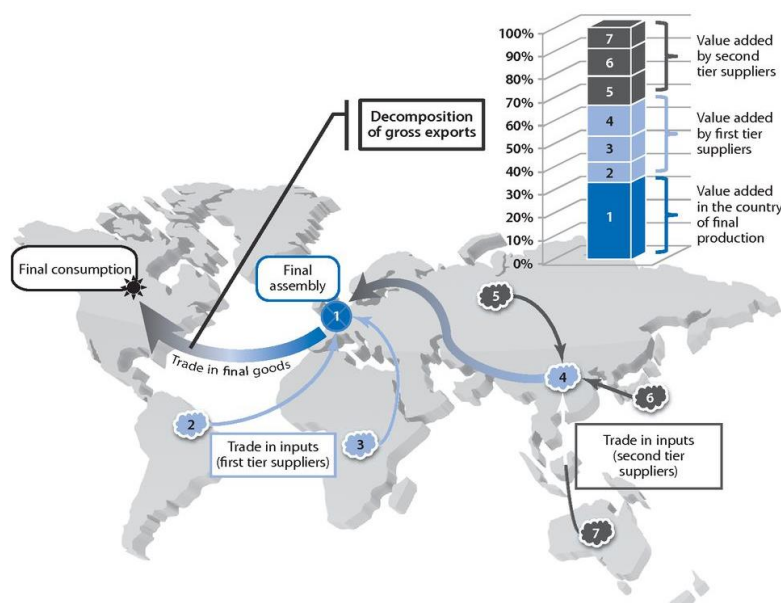
²⁰ Coates (1924), *League of Nations Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp*, p.99-102.



Figuur 2.1: Werelddekking van de Volkenbond (1946)²¹

Echter werd deze ontwikkeling in het internationale fiscale recht een nieuw en effectief instrument voor multinationale ondernemingen. Globalisatie zorgde ervoor dat de businessmodellen die de multinationale ondernemingen voerden, veranderden van een nationale reikwijdte naar een globale dekking. Een goed voorbeeld behelst de verplaatsing van de supply-chain naar lagelonenlanden of de opening van een webshop waarna een nieuw distributiecentrum op een fiscaal strategisch punt gepositioneerd werd. Dit laatste werd versterkt door de groeiende diensteneconomie, waardoor de locatie van het fysieke product of activiteit onafhankelijk is gemaakt van het hoofdkantoor en management. De illustratie hierna laat zien hoe een value-chains tegenwoordig opgebouwd zijn en verklaart mede de globale dekking.

²¹ Creative Commons (1946), *Member States League of Nations*, 18-4-1946.



Source: OECD (2012), "Global Value Chains: OECD Work on Measuring Trade in Value-Added and Beyond", internal working document, Statistics Directorate, OECD, Paris.

De globale trend opende een nieuwe – en zeer lucratieve²² – weg voor de adviseurs om deze ontwikkelingen op een fiscaal gunstige manier te ‘plannen’.²³ Zo werden de plannen van de League of Nations, de bilaterale belastingverdragen, en de niet op elkaar aansluitende belastingstelsels de speelbal van de groeiende multinationale ondernemingen.

De eerste verschijnselen van belastingontwijking door de zogenoemde globalisatie ontstond aan het eind van de 19e eeuw op nationaal niveau in de Verenigde Staten. Door middel van het aanbieden van belastingvoordelen op voorwaarde dat bedrijven zich lieten registreren in een bepaalde staat, konden die staten welvarende bedrijven aantrekken. Begin 20e eeuw volgden ook de overzeese landen dit voorbeeld. Het eerste bekende voorbeeld van modern belasting ontwijken door gebruik te maken van zogeheten ‘loop holes’ in de fiscale wetgeving, is voortgebracht uit het Verenigd Koninkrijk. Welgestelde families maakten gebruik van ‘off shore trusts’²⁴ in de Britse Kaaimaneilanden voor het veiligstellen van hun kapitaal, waardoor er

²² Op grond van het rapport *Grote bedrijven, Kleine Lasten* van Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (maart, 2016) is het bedrag aan misgelopen belasting in Nederland ongeveer 3 miljard euro per jaar.

²³ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p.7.

²⁴ Een trust wordt gevormd wanneer een persoon (settlor) een vermogen (trust property) wettelijk overdraagt aan een persoon (trustee) gesteld met de voorwaarde dat inkomsten en opbrengsten voortkomend uit het vermogen worden gebruikt ten gunste van een derde persoon (beneficiary).

nauwelijks tot geen belasting geheven werd door het feit dat de feitelijke verblijfplaats verschilde met de woonplaats op papier.²⁵ De woonplaats was het aangrijpingspunt voor de grondslag voor belastingheffing in het Verenigd Koninkrijk. Deze ontwikkelingsgedachte breidde zich uit naar Zwitserland in de jaren '30 van de vorige eeuw. Dit belastingregime bood de mogelijkheid om vooraf overeen te komen welk vast bedrag aan belasting er betaald diende te worden, ongeacht het inkomen. Door het – geïnspireerd door de aristocratie in de Franse Revolutie – bankgeheim, werd er niet bekommerd over het vermogen.²⁶ Deze twee klassieke voorbeelden van respectievelijk honderd jaar geleden, gelden hedendaags nog steeds als het uitgangspunt op voor de actie tegen fiscaal ongunstige concurrentie.

2.2.2. De basis van winstverschuivingen en grondslaguithollingen

Om het plan van de OESO – het tegengaan van hierboven beschreven belastingontwijking in hedendaags licht – volledig te kunnen begrijpen, doet zich de noodzaak voor de winstverschuivingen en grondslaguithollingen gedetailleerd bloot te leggen. Er zijn vier uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het belasten van grensoverschrijdende situaties en daarmee ook gelden als basisinstrument voor belastingontwijking. Deze beginselen bestaan uit 1) de heffingsbevoegdheid, 2) transfer pricing, 3) eigen- en vreemd vermogen en tot slot 4) het tegengaan van misbruik.²⁷

Er zijn twee soorten systemen die landen hanteren voor de berekening van het belastbaar inkomen: het zogeheten wereldinkomenstelsel en het territorialiteitstelsel. Het wereldinkomen stelsel hanteert het gehele inkomen zowel uit eigen territoir als daarbuiten voor de berekening van de belastinggrondslag. Daartegenover grijpt het territorialiteitstelsel aan bij enkel het inkomen uit eigen territoir, ongeacht het

²⁵ Tegenwoordig maken nog steeds welgestelde Britse families gebruik van 'off shore' constructies. Onlangs is gebleken uit de Paradise Papers dat het Britse Koningshuis via de Kaaimaneilanden in een private-equity bedrijf investeert. De Britse publieke opinie zijn na deze publicatie daarom zeker niet zacht voor Koningin Elisabeth 2, mede vanwege dat het private-equity bedrijf zorgt voor woekerrentes bij consumenten in de UK. Wel typerend dat zelfs de Koningshuizen in staat zijn om dergelijke constructies op te zetten vanwege bepaalde, nader te bepalen, voordelen. Bron: De Groot, G. (2017), *Nieuw internationaal journalistiek project Paradise Papers legt offshorewereld verder bloot*, Financieele Dagblad 5-11-17.

²⁶ Tax Justice Network, *Pak ons dan als je kan*, 2013, p.11-23.

²⁷ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.35.

domicilie van de belastingplichtige. Door deze verschillende systemen is het mogelijk dat inkomen verdient uit twee of meer jurisdicties dubbel belast wordt in zowel de woonstaat als de bronstaat. Evenals de situatie dat dubbele niet-heffing zich kan voor doen. Dit wordt geschaard onder de noemer ‘mismatch’.²⁸ Echter omvat het begrip mismatch meer dan alleen het verschil in wereld- en territoir-inkomen. De kwalificatie van rechtsvormen, vermogen en financieringsvormen vallen ook onder de reikwijdte. Deze mismatches tussen de fiscale regimes leidt uiteindelijk tot een derving van het collectief belastinginkomsten. Om dermate negatieve situaties deels te ondervangen, zijn er internationale afspraken gemaakt wat de correcte benadering van deze problematiek is. Deze heffingsbeginselen liggen verankerd in de bilaterale belastingverdragen. Maar, de afspraken creëren rondom het heffingsrecht middelen om verlaging van tarieven, waaronder het nul procent tarief, te genieten. Daarnaast genieten bedrijven met grensoverschrijdende activiteiten van bepaalde concurrentievoordelen ten opzichte van bedrijven die enkel nationaal opereren en geen gebruik kunnen maken van de mismatches tussen belastingstelsels of de toegang tot het verdragenennetwerk.²⁹ Maar de meest effectieve manier om belasting (deels) te ontgaan is het inkomen te verschuiven naar landen met een laag statutair belastingtarief. Anderzijds vermogen of inkomen verschuiven naar een hoog belaste jurisdictie kan tevens voordelen opleveren in de zin van grotere bronbelastingverrekeningen op het wereldinkomen.

Tezamen met de klassieke vorm van winst verschuiven en grondslag uithollen door middel van het handig gebruik maken van mismatches, vormt de transfer pricing een uitgelezen mogelijkheid voor een belastingplichtige om efficiënt belasting te ontwijken. 70% van de totale wereldhandel vindt plaats in de vorm van internationale transacties tussen gelieerde dan wel groepsentiteiten.³⁰ Het heeft dan ook geen verdere uitleg nodig dat regelgeving omtrent het vaststellen en documenteren van verrekenprijzen en winstallocatie een hoge prioriteit kent.³¹ Het basisprincipe van transfer pricing regels is het *at arms length* beginsel.³² Dit

²⁸ *Ibid.*, p.35-37.

²⁹ *Ibid.*, p.39.

³⁰ World Trade Organization, *Trade liberalisation statistics* 2013.

³¹ Hundscheid (2016), *Implementatie transfer pricing-uitkomsten BEPS-project*, WFR 2016/52, p.1.

³² Het *at arms length* beginsel is vastgelegd in de Nederlandse wetgeving in art.8b Wet op vennootschapsbelasting 1969. Deze wet houdt in dat gelieerde partijen inkomen moeten toerekenen of transacties moeten waarderen alsof ze handelen met een onafhankelijk derde partij onder dezelfde marktomstandigheden.

uitgangspunt is ontwikkeld door de League of Nations en opgenomen in zowel nationale wetgevingen, als in de bilaterale verdragen. De achterliggende gedachte van het gelijkstellen van onderlinge transacties met transacties met onafhankelijke derde entiteiten onder dezelfde omstandigheden is dat wanneer onafhankelijke ondernemingen zaken doen met elkaar de voorwaarden bepaald worden door de marktwerking. Compensatie voor eventuele risico's en verantwoordelijkheden spelen daarbij een belangrijke rol. Deze elementen worden gemakkelijker achterwege gelaten bij transacties tussen gelieerde partijen.³³ Dit is ondervangen in het *OESO Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (hierna: "TP Guidelines"), welke is opgesteld ter ondersteuning aan zowel de ondernemingen als de belastingautoriteiten van landen. Ondanks gecontroleerde regels, creëert de mogelijkheid tot allocatie van de functies, risico's en voornamelijk activa een stimulans dit zo efficiënt mogelijk te doen binnen de gegeven marges. Daarom zijn veel ondernemingsmodellen zo ingericht dat grote risico's en immateriële activa gealloceerd zijn aan entiteiten in laag belaste landen. De TP Guidelines leggen teveel de nadruk op de gehele structuur dan op de onderliggende economische werkelijkheid. Juist dit laatste maakt grondslag uitholling en winstverschuiving mogelijk.³⁴

Er bestaat een fundamenteel verschil tussen de behandeling van eigen en vreemd vermogen. Vreemd vermogen wordt gekwalificeerd als een schuld aan een andere partij, waarbij de bijbehorende rentebetalingen aftrekbaar zullen zijn. Eigen vermogen daarentegen behoort tot de kapitaalsfeer van de vennootschap. Betaling uit het eigen vermogen zijn daarom vaak niet onderworpen aan belasting.³⁵ Vanuit een fiscaal perspectief, kan de manier van financieren van een onderneming van essentieel belang zijn. De aftrekbaarheid van rente moedigt ondernemingen aan te financieren met schuld in plaats van met eigen vermogen. In grensoverschrijdende situaties kan de aftrek van rente op een financiering de totale belastingdruk verlagen vanwege onderworpenheid aan verschillende belastingregels en tarieven. Een specifiek voorbeeld hoe het verschil in behandeling het ontgaan van belasting

³³ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.36.

³⁴ *Ibid.*, p.43.

³⁵ Dividendbelasting is hierop een uitzondering maar dat wordt pas geheven in situaties na de bepaling van de fiscale winst. Het gaat in dit geval om activiteiten die invloed kunnen hebben op de fiscale winstbepaling. In dit kader zijn kapitaalstortingen en/of –onttrekkingen ook onbelast omdat dit niet gezien wordt als een zakelijke verhoging of verlaging van de fiscale winst.

stimuleert, is wanneer een entiteit in een laag belast land de financiering kwalificeert als vreemd vermogen en daardoor de renteaftrek toelaat, maar waar de renteinkomsten bij de moederentiteit niet aan belasting is onderworpen vanwege een andere kwalificatie van het vreemd vermogen, namelijk eigen vermogen. Dit wordt ook wel *deduction and no inclusion* genoemd.³⁶

Het laatste basisprincipe van de internationale fiscaliteit is het tegengaan van misbruik. Dit soort antimisbruikbepalingen zijn in eerste instantie opgesteld om de redelijkheid en billijkheid en effectiviteit van het belastingstelsel te waarborgen. De bepalingen kennen een afschrikkend, opsporend en aanpakkend karakter ten opzichte van agressieve belastingconstructies. Dit fundamenteel beleid kent vijf deelcategorieën. In elk belastingverdrag en nationale wet terugkerend element is de algemene antimisbruikbepaling die voornamelijk ziet op de economische substance van een transactie, onderneming en structuur. De *controlled foreign company rules* (hierna: “CFC”) zijn sinds de aankondiging van de Anti Tax Avoidance Directive (hierna: “ATAD”) verplicht voor elke lidstaat. Deze antimisbruikregeling ziet op het belasten van inkomen uit een te laag belast land onder niet realistische omstandigheden. Ten derde ziet een deel van de misbruikbepalingen op de beperken van renteaftrek vanwege boven de werkelijkheid uitstijgende *debt-to-equity* ratio’s of besmette financieringen. Het tegengaan van mismatches tussen jurisdicties vormt tevens een element voor de antimisbruikregelgeving. Tot slot trachten de bepalingen grondslaguitholling tegen te gaan door middel van het niet toestaan van aftrek van bijvoorbeeld bronbelastingen.³⁷ De link met het ontwijken van belastingen zou in een positieve manier ingekleed kunnen worden naar aanleiding van bovenstaande. Echter vormen harde misbruikregels juist een strakke omlijning wat de zoektocht naar de grens vergemakkelijkt. Het gegeven handvat, in combinatie met wel doordachte bestaande strategieën, worden de antimisbruikregels simpel ontweken. Tevens verschillen de juridische tradities tussen landen van elkaar waardoor benaderingen van potentieel misbruik differentiëren tussen landen.³⁸

Gekeken naar elk beginsel op zich, vormt dit geen dreiging voor het soevereine internationale fiscale stelsel. De combinatie van de vier genoemde beginselen en een gecoördineerde strategie, vormen de basis van belastingstructuren van

³⁶ OESO (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p.43.

³⁷ *Ibid.*, p.37-38

³⁸ *Ibid.*, p.44.

ondernemingen om de grondslag te eroderen en winsten efficiënt te verschuiven. De strategie die ten grondslag ligt bestaat uit vier elementen. Deze elementen zijn 1) minimalisatie van de belastingdruk door middel van winsten verschuiven of aftrekmogelijkheden maximaliseren, 2) zoeken naar lage, dan wel geen, bronbelasting, 3) de inkomsten bij de ontvanger moeten laag, dan wel niet, belast zijn en het liefst door middel van een mismatch en tot slot 4) de uiteindelijk gerechtigde tot de inkomsten aan een zo'n laag mogelijk tarief onderworpen zijn.³⁹ Het is niet één aspect, maar het gaat om de combinatie van aspecten.

2.2.3. OESO BEPS Action Plan

Ondanks dat de omvang van *aggressive tax planning* moeilijk te bepalen lijkt, zijn er meerdere studies die aantonen dat de locatie waar de werkelijke ondernemingsactiviteiten plaatsvinden en de locatie waar de winsten hiervan genoten worden, steeds meer van elkaar verschillen.⁴⁰ Dit wordt *Foreign Direct Investments* (hierna: “FDI”) genoemd. Het kan gedefinieerd worden als grensoverschrijdende investeringen in entiteiten in een staat anders dan de staat waarin de investeerder gevestigd is. Dit is geen directe link naar BEPS, maar als volgens het IMF Barbados, Bermuda en de Britse Maagdeneilanden (goed voor 5.11% van gehele werelds FDI's) in 2010⁴¹ meer investeringen ontvingen dan Japan en Duitsland bij elkaar, is er een component van kunstmatige belastingoptimalisatie aanwezig. Ook opmerkelijk is dat de Britse Maagdeneiland volgens dit rapport de een na grootste investeerder in China is. Barbados, Bermuda en de Britse Maagdeneilanden hebben zelfs een top 5 notering in de lijst van investeerders in Rusland. Uit de wetenschappelijke literatuur volgt dat *Heckemeyer en Overesch* in een empirische studie laten zien dat dat het belastbaar inkomen omgekeerd samenhangt met het verschil in lokale belastingtarief en de tarieven in de landen waarin de groep actief is. Tevens laat deze studie zien dat IP en transfer pricing de instrumenten zijn waarmee het inkomen verschoven wordt tussen de landen.⁴² Een ander opmerkelijk resultaat kwam uit de paper van *Clausing* waarbij een grote discrepantie werd ontdekt tussen de landen waarin het meeste fysieke activiteiten plaatsvonden en de landen waar het meeste bruto inkomen gerapporteerd werd. Dit

³⁹ *Ibid.*, p.44-45.

⁴⁰ *Ibid.*, p.15.

⁴¹ IMF 2010, p.10.

⁴² Heckemeyer en Overesch (2012), *Profit Shifting Channels of Multinational Firms – a Meta Study*, p.1.

is in beginsel niet kwalijk, maar het geeft wel een tendens van economie weer.⁴³ Tot slot hebben *Huizinga en Laeven* – in een Nederlands onderzoek – uitgezocht of het significante verschil in belastingtarieven tussen de lidstaten van de EU een stimulans vormt voor Europese multinationale ondernemingen haar winsten grensoverschrijdend her te verdelen. Zij kwamen tot de conclusie dat deze stimulans gebaseerd is op de juridische internationale structuur en het daarmee samenhangende onderworpenheid aan belastingregimes in de lidstaten waarin ze actief zijn. Zodoende leidde dit tot een herverdeling van de winsten.⁴⁴

Desondanks is er tot op heden nog (steeds) geen definitieve omvang van BEPS bepaald vanwege het gebrek aan de benodigde statistieken. Niettemin zijn bovengenoemde studies afdoende voor de OESO om een vijftienvoudig actieplan ter bestrijding van de situaties waarin er een deel van het te belasten inkomen losgekoppeld en verplaatst kan worden uit de grondslag naar een andere jurisdictie op te stellen.⁴⁵ Fundamentele veranderingen zijn nodig om dubbele niet-belasting te voorkomen, alsmede het niet of laag belasten van kunstmatige inkomen. Daarnaast is het volgens de OESO tijd voor nieuwe standaarden in de internationale belastingwereld om coherentie en transparantie te waarborgen.

Het gepresenteerde actierapport bestaat uit 15 afzonderlijke artikelen die zijn onderverdeeld in vijf sub thema's.⁴⁶

Thema één, waaronder te weten actiepunt 1, richt zich – in navolging op het OESO rapport uit 2001⁴⁷ – op de fiscale uitdagingen van de digitale economie.⁴⁸ De digitale economie kenmerkt zich door grootschalig gebruik van data, immateriële activa en vernieuwde business modellen die winsten uit vrij toegankelijke producten genereren. Vanuit fiscaal perspectief wordt deze onwennige situatie verder verslechterd door het gegeven dat digitale producten niet land gebonden zijn,

⁴³ Clausing (2011), *The Revenue Effects of Multinational Firm Income Shifting*, p.1.

⁴⁴ Huizinga en Laeven (2006), *International profit shifting within multinationals: A multi-country perspective*, p.20.

⁴⁵ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p.9.

⁴⁶ Omwille de relevantie van deze thesis, worden de actiepunten niet afzonderlijk uiteengezet. Indien dit in latere hoofdstukken nodig wordt geacht, zal dit dan behandeld worden. Deze paragraaf beperkt zich tot de subthema's.

⁴⁷ OESO (2001), *Taxation and Electronic Commerce – Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, p.1.

⁴⁸ OESO (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, p.14.

waardoor een van de beginselen van internationaal belastingrecht, het territorialiteitsbeginsel, haar klassieke werking verliest.⁴⁹ Dit thema grijpt aan bij de vraag welke benadering er zal moeten worden toegepast ten aanzien van de toegevoegde waarde en winsten in een digitale economie en op welke manier de kans op misbruik op voorhand verkleint kan worden.⁵⁰

Vervolgens is het thema internationale coherentie van het directe belastingrecht opgenomen. Dit thema omhelst de actiepunten twee tot en met vijf. Globalisering houdt vanuit fiscaal oogpunt in dat nationale regelgeving niet los van andere beleidsdoelstellingen kan worden opgezet, maar ten aanzien van die doelstellingen een coherent en ondersteunende functie moet hebben. Dit houdt in dat door middel van de actiepunten twee tot en met vijf de voordelen ontstaan door incoherentie van de nationale fiscale regimes tracht weg te nemen op een andere manier dan bilateraal. De actiepunten zien respectievelijk op het neutraliseren van mismatches, versterken van de CFC-regelgeving, tegengaan van grondslaguitholling door middel van renteaftrek en het tegengaan van schadelijke belastingpraktijken. Dit thema sluit zich naadloos aan bij de basisprincipes heffingsbevoegdheid – waaronder mismatch een belangrijk onderdeel is – en de kwalificatie van vermogen.⁵¹

Actiepunten 6 tot en met 10 vallen binnen de reikwijdte van het derde sub thema ‘het herstellen van de effecten en voordelen van internationale standaarden’. Dit thema ziet voornamelijk op het misbruikbeginsel van internationaal belasting heffen. De OESO geeft aan dat de tussenkomst van derde landen in het bilaterale verdragsframework ervoor gezorgd heeft er kunstmatige structuren en winstverschuivingen zijn ontstaan door middel van bijvoorbeeld het tussenschuiven van laag belaste entiteiten of het maken van fiscaal optimale transfer pricing afspraken. Dit wordt ook geïllustreerd door de studies aan het begin van deze paragraaf. Door middel van de actiepunten zes en tien probeert de OESO afstemming te vinden tussen de economische activiteit en de allocatie van de winst door het tegengaan van misbruik van belastingverdragen, ontgaan van vaste inrichting statussen en het moderniseren van de TP Guidelines.

⁴⁹ *Ibid.*, p.10.

⁵⁰ *Ibid.*, p.14.

⁵¹ *Ibid.*, p.15-18.

Volgens *Van Engelen en Gunn*⁵² is het belangrijkste thema uit het OESO Actieplan: transparantie. Het BEPS probleem kan alleen effectief aangepakt worden met volledige transparantie, zekerheid en voorspelbaarheid. Deze drie pijlers omhelzen de actiepunten elf tot en met veertien. In tegenstelling tot de overige actiepunten die veelal betrekking hebben op overheidsniveau, richt dit thema zich op zowel de overheden als op de belastingplichtige. Er zal in de toekomst van hen verwacht worden meer gerichte informatie te verstrekken omtrent haar gekozen belastingstructuren en transfer pricing keuzes. Op overheidsniveau wil de OESO het *Mutual Agreement Procedure* (hierna: “MAP”) verbeteren. Doordat het BEPS actieplan nieuwe belemmeringen met zich mee zal brengen, is de verbetering van MAP in de bilaterale verdragen een essentiële onderdeel van de aanpak van dubbele (niet)belasting.⁵³

De uitvoering van de bovengenoemde acties, zullen uitmonden in een variatie van regelingen, aanpassingen en procedures. Gedacht kan worden aan een richtlijn met daarin aanbevelingen voor aanpassing van nationale wetgevingen, maar ook aan de verbetering van het OESO commentaar op het bestaande modelverdrag. Echter is er de noodzaak om via een innovatieve manier de actiepunten betreffende transfer pricing, anti-misbruik, vaste inrichtingsproblematiek en hybride mismatches ten uitvoering te brengen. De OESO tracht dit te doen door middel van een wijziging aan te brengen in de bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Echter het aanpassen van verdragen is een lange en intensieve procedure tussen landen vanwege de onderhandelingen over de opgenomen artikelen en de praktische invulling ervan. Daarom is het idee ontstaan deze procedure te vervangen door de introductie van een multilateraal instrument: actiepunt 15.⁵⁴

⁵² Van Engelen en Gunn (2013), *Het BEPS-project: een inleiding*, p.5.

⁵³ OESO, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, p.21-23.

⁵⁴ *Ibid.*, p.24.

2.3. Actiepunt 15: Ontwikkeling van een Multilateraal Instrument

2.3.1. Doelstelling

Het misbruik van belastingverdragen c.q. verdragsmisbruik, oneigenlijk gebruik van belastingverdragen⁵⁵ is een veel besproken onderwerp in de fiscale literatuur. De Van Dale definieert dit begrip als volgt:

→ mis-bruik: 1. verkeerd gebruik, 2. overdadig gebruik.

→ on-ei-gen-lijk: 1. niet overeenkomstig de bedoeling. ge-bruik: 1. zich bedienen van.

Verdragsmisbruik of oneigenlijk gebruik is volgens de OESO het belangrijkste instrument voor bedrijven om BEPS te verwezenlijken. Hierdoor is het van groot belang om aanpassingen door te voeren in het huidige modelverdrag en de daarop gebaseerde bilaterale verdragen. Enkele aanpassingskernelementen zullen het begrip vaste inrichting en de geschillenbeslechtingsprocedure behelzen. Op 5 oktober 2015 heeft de OESO dit *Final Report* gepubliceerd bevattend het laatste actiepunt 15.⁵⁶

Gezien de datum van menig verdrag⁵⁷, kan er geconcludeerd worden dat veel verdragen niet meer aansluiten op de huidige maatschappelijke opvattingen en niet in lijn zijn met de hedendaagse wet en regelgeving. Echter de aanpassingsprocedure van een bilateraal verdrag bestaat uit langdurige onderhandelingen tussen de twee desbetreffende landen. De ervaring leert dat deze onderhandelingen vaak intensief en tijdrovend zijn. Indien alle circa 3000 verdragen op deze manier aangepast moeten worden, zal het meerdere jaren, dan wel tientallen jaren⁵⁸, duren voordat de veranderingen opgenomen zullen zijn. Dit staat haaks tegenover de drijfveer om alle verdragen te moderniseren. Dit geeft de OESO voldoende reden om een Multilateraal instrument te creëren waarmee de onderhandelingsprocedure vereenvoudigd c.q. verkort zal worden met behoud van het bilaterale karakter. Tevens respecteert een

⁵⁵ In de literatuur veelvuldig *tax treaty abuse/improper use of tax treaties* genoemd.

⁵⁶ OESO, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 2015, p.15.

⁵⁷ Bv: vanuit Nederlands perspectief: verdrag Nederland – Spanje (1971), Nederland – Frankrijk (1973).

⁵⁸ OESO, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 2015, p.16: De OESO beschrijft deze periode als *a generation*. Volgens De Van Dale is een generatie een groep van ongeveer gelijktijdig geboren mensen. Blijkens de *Encyclo.nl* bestaan er verschillende generatie – Babyboom, generatie X, generatie Y etc – met een gemiddelde tijdsduur van tussen de 15 en 25 jaar.

Multilateraal instrument de belastingsovereiniteit van de landen, terwijl het BEPS-probleem aangepakt wordt.⁵⁹

De innovatieve aanpak van het MLI zorgt voor enkele voordelen. Allereerst is het MLI doelgericht door het aanpakken van de kernproblemen zonder daarbij de soevereiniteit te schaden of lang tijdspanne in acht te nemen. Dit levert tevens het tweede voordeel op: het is niet nodig door middel van de oorspronkelijke methode, de onderhandelingsprocedure, 3000+ verdragen aan te passen, waardoor een directe consistentie wordt aangebracht ten aanzien van de bestaande verdragen. Eveneens draagt het MLI direct bij aan de politieke wens BEPS aan te pakken, zonder daarbij onnodig in te mengen in de nationale wetgeving van de aangesloten landen. Dit heeft een positieve werking op ontwikkelingslanden, die kampen met restricties en belemmeringen om ongewenst belastingontwijkend gedrag tegen te gaan.⁶⁰ Daarom is een collectieve aanpassing van het modelverdrag een optimistische vooruitgang voor de ontwikkelingslanden, waardoor zij volledig kunnen profiteren van het BEPS-project.⁶¹

Enkele uitdagingen die parallel aan deze voordelen staan, zijn onder meer: de techniek en een belangenafwegingen. Het is niet voor het eerst dat de OESO een multilateraal instrument gebruikt. In 2014 is het *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* al succesvol ondertekend.⁶² Toch blijft de uitdaging omtrent de multilaterale techniek staan. De inhoud van alle verdragen is gevarieerd, complex en op maat gemaakt. Algemene aanpassingen zullen daarom niet vanzelfsprekend naadloos op de verdragen aansluiten. Tevens zijn verdragen een onderhandeling – een geven en een nemen – van heffingsbevoegdheden, gebaseerd op politieke en maatschappelijke voorkeuren, nationale wetgevingen,

⁵⁹ *Ibid.*, p.16.

⁶⁰ Deze restricties worden veroorzaakt door budgettaire problemen en/of achtergestelde onderhandelingsexpertise.

⁶¹ OESO (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p.18-20.

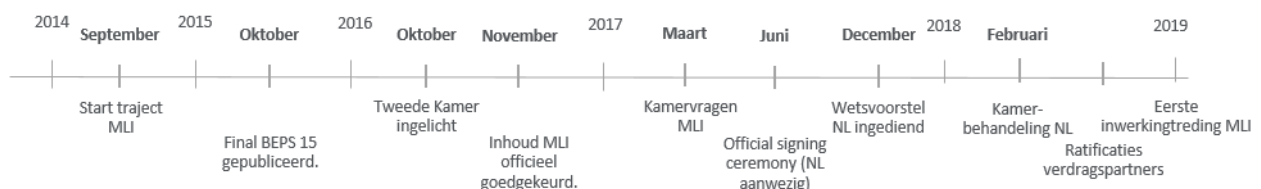
⁶² Het *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (hierna: “MAC”) is een multilateraal instrument ter verbetering van de informatie-uitwisseling tussen de OESO landen. Na de eerste implementatie in 1995, is het ontwerp gemoderniseerd in 2009. In 2014 hadden 66 landen dit instrument ondertekend (in 1995 waren dit er maar 14). De MAC voert een modernisering uit die zonder dit instrument alleen had kunnen worden doorgevoerd doormiddel van 1800 nieuwe bilaterale verdragen. De eerste vorm van een multilateraal instrument.

economische belangen en diplomatiek kwesties.⁶³ Een multilateraal instrument zal een compleet instrument moeten zijn, die de uitdagingen ondervangt, maar de soevereiniteit respecteert.

2.3.2. Algemeen

Op 28 oktober 2016 opent de toenmalig Staatssecretaris van Financiën in een brief geadresseerd aan de Tweede Kamer met de volgende, mijns inziens legendarische, woorden: “De MLI is nagenoeg afgerond en daarom informeer ik uw Kamer met deze brief over de hoofdlijnen van dit instrument.”⁶⁴ De Staatssecretaris zal in 10 pagina’s de kamer volledig bijbrengen op de ins en outs van dit nieuw OESO voorgestelde instrument. Met dit begin, zal deze scriptie u ook inlichten met de hoofdlijnen, en later de details, van het MLI.

Het Multilateraal Instrument is een internationaal OESO initiatief, ondertekend door meer dan 100 OESO lidstaten en behelst artikelen die de bepaalde bestaande en verouderde bilaterale belastingverdragen moet vernieuwen naar het gewenste niveau. In een tijdlijn geschetst, zie hieronder, zal de implementatie van het instrument plaatsvinden vanaf 2019 voor de landen die vroegtijdig het gehele ratificatieproces doorlopen hebben.



In de hierboven weergegeven tijdlijn, valt uit af te lezen dat vanaf 2019 de eerste aanpassingen in de verdragen kan voordoen. Hierbij moet opgemerkt worden dat in eerste instantie elk artikel en elk verdrag onder de loop gelegd wordt en er zal contact met het verdragsland gelegd worden. Pas na deze procedure (ratificatie), zal op zijn vroegst drie maanden na afronding de aanpassing pas uitvoerbaar zijn. Volgens *De Wilde* zal de datum voor Nederland waarschijnlijk verschuiven naar de eerste dag van 2020 vanwege de behandeling Eerste Kamer en de Nederlandse

⁶³ OESO (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p.17.

⁶⁴ Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr.135, p.1.

heffingstermijnen zes maanden voor vennootschapsbelasting.⁶⁵ Ook is de regel in Nederland dat tussen vankrachtwording en inwerkingtreding ten minste 3 maanden dient te zitten.

Uit de brief van de Staatssecretaris blijkt dat hij een bepaalde weg is ingeslagen van welke hij denkt dat die goed voor het Nederlandse verdragsbeleid is. Dit zal pas in het ratificatieproces duidelijk worden of voor elk land dit standpunt hetzelfde zal blijven. Omwille van de omvang van de scriptie is er specifiek gekozen voor twee onderwerpen: hybride mismatches en antimisbruikbepalingen. Naast het gegeven dat dit respectievelijk de eerste en tweede onderwerpen uit het MLI zijn, is dit gebaseerd op relevantie voor het Nederlandse verdragsbeleid. Hybride mismatches worden vanuit Nederlands recht vergemakkelijkt door bijvoorbeeld de woonplaatsfictie in artikel 2 lid 4 vpb of de transparante entiteiten zoals bijvoorbeeld commanditaire vennootschappen (“CV’s”). Dit maakt het interessant en relevant of het MLI een einde gaat maken aan hybride situaties. Vanuit het antimisbruik oogpunt is het MLI extra interessant omdat het nieuw is voor veel landen (ook voor Nederland) om in alle, vanwege haar verplichte karakter op dit punt, belastingverdragen een PPT in te voeren. Omdat dit als een minimum standaard zal gelden, zal er hoe dan ook een consequentie aan verbonden zitten. De onderwerpen zelf zullen later in de scriptie uitgebreid behandeld worden.

2.3.3. Vormgeving

Het MLI is ontwikkeld door een de door de OESO aangestelde *ad hoc* Groep.⁶⁶ In beginsel is het instrument zo vormgegeven dat het MLI multilaterale normen van internationaal recht bevat die naast, en ter aanvulling op, de bestaande verdragen bestaansrecht heeft.⁶⁷ Dit resulteert in een interpretatie van twee existierende verdragsteksten in plaats van een implementatie van één tekst in de andere tekst.⁶⁸ Vanuit praktisch oogpunt houdt dit in dat – met de keuzevrijheid op sommige artikelen in acht nemend – het MLI bepalingen in de huidige verdragen aanvult, vervangt of wijzigt. Welke verdragen dat worden en voor welke specifieke

⁶⁵ De Wilde (2018), *Commentaar op Wetsvoorstel tot goedkeuring van het multilaterale instrument (MLI) tegen internationale belastingontwijking*, p.2.

⁶⁶ Deze Ad Hoc groep bestond uit 98 OESO en niet-OESO landen (of 103 jurisdicties), waaronder Nederland. www.OESO.org/tax/treaties/multilateral0instrument-forbeps-tax-treaty-measures-the-ad-hoc-grou-hm

⁶⁷ Explanatory Statement to the MLI 2016, par.13.

⁶⁸ Bravo (2016), *The Multilateral Instrument and Its Relationship with Tax Treaties*, p.282-283.

bepalingen de jurisdicties kiezen, hangt af van de overeenstemming tussen de staten waar het verdrag op ziet. Dit worden de *Matches* genoemd. De *ad hoc* Groep heeft bewust voor de optie van het naast elkaar bestaan van het MLI en de belastingverdragen gekozen, omdat een pure implementatie van het MLI zou leiden tot een minder consistente uitkomst vanwege de complexiteit van de incorporatie van de BEPS-actiepunten en het gegeven dat niet elk bestaand belastingverdrag opgesteld is conform het OESO modelverdrag.⁶⁹

2.3.4. Verhouding met het bilaterale belastingverdrag

Het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht is de basis van alle verdragen. De bepalingen in het in 1969 gesloten verdrag regelen de werking en uitleg ten aanzien van verdragsrelaties.⁷⁰ Een belangrijk element is daarbij het *Pacta Sunt Servanda*, oftewel de uitleg van de verdragen moet geschieden te goeder trouw.⁷¹ Zo hanteert het internationale volkenrecht meerdere beginselen. Aangezien het MLI wijzigingen wil aanbrengen aan de bestaande verdragen, dient het instrument in lijn te handelen met het Verdrag van Wenen. Afdeling 2, artikel 30 lid 3 van het Weens Verdrag bepaalt dat een later in de tijd gesloten verdrag prevaleert boven een ouder verdrag. Deze *lex posterior derogat legi prior* bepaling bepaalt in zekere zin dat het MLI wordt geprefereerd boven het al bestaande belastingverdrag, waardoor de bepalingen van de vroegere belastingverdragen alleen van toepassing zijn indien verenigbaar met het MLI.⁷² Echter is in het MLI een specifieke bepaling opgenomen welke de verhouding tussen het instrument en de bestaande verdragen regelt. Dit is vormgegeven in de *compatibility clauses*. Deze mogelijkheid is gebaseerd op artikel 30 lid 2 van het Weens verdrag. De conflict clauses houden in dat de landen verplicht moeten onderhandelen welke elementen uit het MLI geïmplementeerd zullen worden in het desbetreffende bilaterale belastingverdrag en dit vervolgens moeten publiceren. Het zal worden aangegeven of het MLI het verdrag – elke materiële bepaling – aanvult, vervangt of wijzigt. Er is voor deze werkwijze gekozen om vooraf eventuele conflicten tussen verdragen te ontwijken, omdat bij een

⁶⁹ Austray, Avery Jones, Baker (2016), *The Proposed Multilateral Instrument Amending Tax Treaties*, p.683.

⁷⁰ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 23 mei 1969, Trb. 1985, 79. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft het verdrag in 1985 goed gekeurd. Omdat het een codificatie is van de bestaande regelgeving omtrent het publiekrecht, ziet dit verdrag ook op bilaterale belastingverdragen gesloten voor 1985.

⁷¹ *Ibid.*, artikel 26.

⁷² OESO (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, p.31.

belemmering de clause zal aangeven in hoeverre, en onder welke voorwaarden, het MLI toepassing heeft.⁷³

2.3.4.1. Matching

De conflict clause heeft alleen een werking indien er een *match* tussen de landen is doordat zij beide in de notificatie hebben aangegeven welke verdragen onder de objectieve reikwijdte vallen.⁷⁴ Dit worden de *Covered Tax Agreements* genoemd. Nederlands voornemen is hierbij zoveel mogelijk verdragen te betrekken.⁷⁵ Bij een ongelijke notificatie, liggen de standpunten van de staten te ver uiteen voor toepassing van het MLI. Indien ze overeenstemmen, is het van belang te verifiëren welke bewoording de *compatibility clauses* bezigt, voor welke woordkeus de lidstaat heeft gekozen.⁷⁶ Opgemerkt dient te worden dat het effect van een notificatie zich beperkt tot één verdragsrelatie.⁷⁷ Hieronder is ter illustratie een schema weergegeven (tabel 2.1) met de daarin keuzemogelijkheden voor de bewoording van de clauses.

⁷³ *Ibid.*, p.32. en Explanatory Statement, p. 5.

⁷⁴ De notificaties dienen – onder het mom van transparantie – ingediend te worden bij de OESO. Zij schetsen schematisch een *match* overzicht. Indien dit door een van de landen niet gebeurt, dient dit te worden opgelost door de *Mutual Agreement Procedure*. (Explanatory Statement, p.7) Dit overzicht is beschikbaar, en tevens interessant om in te zien, op <http://www.OESO.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>.

⁷⁵ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.135, p.4/nr. 148, p.15.

⁷⁶ Explanatory Statement, p. 6.

⁷⁷ Dit is anders bij de *Reservations* en *Opt-in* bepalingen die zich uitstrekken over alle *Covered Tax Agreements*.

	<i>Match</i>	<i>Geen Match</i>
‘in place of’	Gehele bepaling wordt vervangen.	MLI geldt niet voor het verdrag.
‘applies to’ of ‘modifies’	De bepaling wordt gewijzigd.	MLI geldt niet voor het verdrag.
‘in the absence of’	De MLI-bepaling wordt integraal aan de desbetreffende bepaling toegevoegd.	Wordt niet toegevoegd aan het verdrag.
‘in the place of or absence of’	De gehele tekst wordt vervangen.	MLI-bepaling blijft bestaan naast de bestaande bepaling, met preferentie mits incompatible.

Tabel 2.1 Keuzemogelijkheden bewoording Compatibility Clauses. (Bron: Explanatory Statement)

2.3.4.2. Keuzemogelijkheden inzake bepalingen

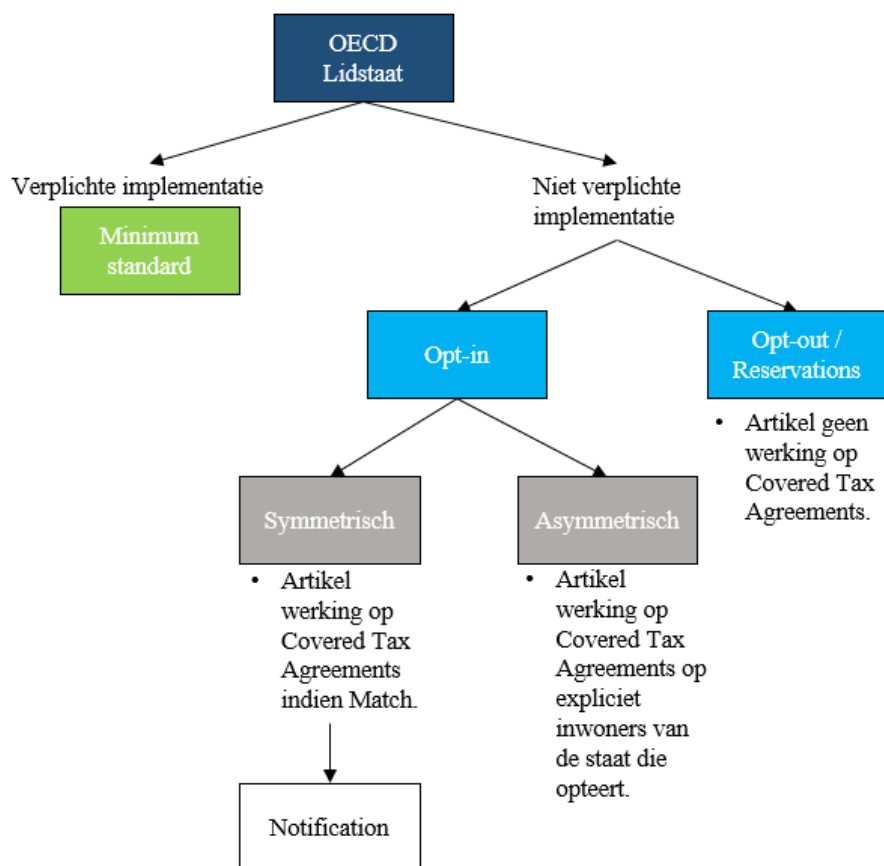
In het kort komt dit neer op een keuzevrijheid voor de landen ten aanzien van welke *verdragen* onder het MLI vallen en welke bepalingen van deze verdragen aangepast worden. Desalniettemin worden bepaalde bepalingen uit het MLI als verplicht (*minimum standards*) aangemerkt, tenzij beargumenteerd wordt dat het verdrag al een dergelijke maatregel kent. In de hierna volgende paragraaf, worden de bepalingen uiteengezet met daarbij aangegeven of de bepaling verplicht dient te worden opgenomen.

Enkele bepalingen kennen een niet verplicht, maar optioneel karakter. Staten zijn vrij deze op te nemen in aanpassing van het verdrag. Zij kunnen kiezen een *reservation* te maken ten aanzien van deze bepalingen. Een *reservation* werkt direct wederkerig ongeacht de keuze van de andere lidstaat. Dit betekent dat indien de andere staat voor deze bepaling geen *reservation* gemaakt heeft, het toch betekent dat deze MLI-bepaling geen toepassing vindt op de *Covered Tax Agreement* tussen die twee landen. Dit worden *Opt-out's* genoemd.⁷⁸

⁷⁸ Explanatory Statement, p. 3-4.

Staten zullen ook specifiek moeten opteren voor de toepassing van bepaalde *opt-in* artikelen. Flexibiliteit wordt hier mogelijk gemaakt door de *OESO*. De implementatie van zo'n artikel is gebaseerd op de matching van de notificatie en de clausules van de twee landen. Hierin is een onderscheid te maken tussen twee categorieën. De eerste categorie *opt-ins* werken asymmetrisch: ze zijn enkel van toepassing op de inwoners van de staat die expliciet voor de *opt-in* heeft gekozen. Voorbeeldbepaling hiervan is de aanpassing van de voorkomingsregels. De tweede categorie *opt-in's*, waaronder de vervanging corporate tie-breaker of de arbitragebepaling, vinden alleen toepassing als beide landen voor de bepaling genotificeerd hebben: symmetrische werking op basis van *matching*.⁷⁹

Hieronder is een stroomschema weergegeven waarin de flexibiliteit van en/of de keuzes binnen het MLI overzichtelijk worden. De stroming binnen het schema is totaal afhankelijk van het artikel. Dit zal in paragraaf 2.3.4 worden behandeld.



Figuur 2.1: Stroomschema keuzemogelijkheden afhankelijk van artikel.

⁷⁹ *Ibid.*

2.3.4.3. Explanatory Statement

Naast het Multilateraal Instrument is er ook een *Explanatory Statement* vrijgegeven. Dit is een bijzonder document die onderbouwing en uitleg geeft op de originele bepalingen uit het MLI. De relatie van de *Explanatory Statement* tot het MLI vindt oorsprong in de interpretatieregels uit het Verdrag van Wenen. Hierin is artikel 31 lid 2 opgenomen dat dit document als interpretatiebron beschouwd kan worden indien deze overeenstemming tussen alle partijen tijdens het sluiten van het verdrag is aanvaard.⁸⁰ Dit betekent dat de lidstaten tegelijk met het MLI de *Explanatory Statement* moeten hebben geaccepteerd. Dit lijkt het geval te zijn aldus paragraaf 11 van het *Explanatory Statement*: “*The members of the ad hoc group adopted this Explanatory Statement on 24 November 2016 at the same time as adopting the text of the Convention.*” Omdat hierdoor de connectie met het Verdrag van Wenen gelegd is, kan de *Explanatory Statement* gezien worden als een bindende uitleg van de bepalingen.⁸¹

2.3.5. De kernelementen

Het multilateraal instrument bestaat uit 7 hoofdstukken en 39 artikelen. Deze hoofdstukken bestaan uit een algemeen deel, de materiële bepalingen, de arbitrage regeling en de administratieve en implementatie vaststellingen. Omwille de relevantie van deze thesis, worden enkel de materiële [hierna zelf aanpassen] bepalingen nader uitgelegd in de hierna volgende hoofdstukken.

De eerste twee materiële bepalingen omvatten de *hybrid mismatch* problematiek. Deze uitwerking van actiepunt 2 is opgenomen als een *reservation*. Artikel 3 kent zes leden, waar lid 1 en 2 de aanpassingen op de bestaande artikelen kent. Lid 1 behelst letterlijk kopie van de doorkijk-bepaling van het vernieuwde artikel 1 lid 2 OESO Modelverdrag. Het lid beoogt het inkomen via of door een hybride entiteit of *arrangement* wordt genoten, wordt door lid 1 toegerekend aan de verdragsinwoner mits hier ook de heffingsbevoegdheid ligt. In lid 2 wordt een switch-overbepaling

⁸⁰ Avery Jones (1984), *The interpretation of tax treaties with particular references article 3(2) of the OESO Model*, par.6.1.

⁸¹ Een vergelijk kan gemaakt worden met de WABB – een multilateraal instrument inzake Bijstandsverlening – waarbij de *Explanatory Statement* volgens de overeenkomst geen bindende werking heeft, maar vanwege de (stilzwijgende) goedkeuring op hetzelfde moment als de goedkeuring van het multilateraal instrument zelf wel een bindende werking kent. Avery Jones 1984, par.3.4.5.3/5.2.1.1.

opgenomen, die voortvloeit uit BEPS actiepunt 6. Deze bepaling is een verlengde van het verdragsmisbruik artikel 11 uit het MLI en geeft een verduidelijking op de toepassing van voorkomingsbepalingen omtrent inkomen uit hybride structuren. Artikel 4 pakt de tie-breaker van het *dual residency* aan en vervangt de bepaling met een onderlinge overleg procedure.⁸²

Artikel 5, een optionele bepaling, zijn drie methodes opgenomen die een oplossing vormen voor de beperking van de toepassing van methoden ter voorkoming van dubbele belasting. Door het optionele karakter, heeft deze bepaling – indien opgenomen – enkel toepassing op inwoners van een van de staten.⁸³

Vervolgens komt een aantal artikelen (6 t/m 11) aan de orde die alle samenhangen met het tegengaan van verdragsmisbruik. Deze bepalingen omvatten de verplichtingen betreft de voorkoming van belastingontwijking door middel van respectievelijk de aanpassing van de preambule (art. 6), introductie algemene misbruikbepaling (art.7), dividendverscherping (art.8-9), de verhindering van vrijgestelde VI-winsten op bepaalde voorwaarden op basis van Actiepunt zeven (art.10), beperking van tegemoetkomingen (art.11).⁸⁴

Hoofdstuk vier heeft betrekking op het ontwijken van belasting door middel van vaste inrichtingen. De artikelen twaalf tot en met vijftien zijn ontleend aan Actiepunt zeven. Achtereenvolgens zijn dit aanpassingen op de commissionair structuur, aanpassing op de kwalificatie van vaste inrichtingen in art. 13, het aanpakken van het misbruik van de vaste inrichting bepaling door middel van het slim omgaan met bouw/installatieprojecten en tot slot de bepaling dat een persoon met een nauwe relatie met de vaste inrichting (hierna: “VI”) aangemerkt gaat worden als een onderdeel van de vaste inrichting.⁸⁵

Het MLI kent ook een formeel gedeelte, opgenomen in hoofdstuk vijf en zes. Deze artikelen zijn op de verbetering van de geschillenbeslechting en onderlinge overleg tussen de verdragsluitende landen. Daarnaast is er een optioneel arbitrageprocedure

⁸² *Ibid.*, p.12-16.

⁸³ *Ibid.*, p.16-19.

⁸⁴ *Ibid.*, p.20-39.

⁸⁵ *Ibid.*, p.39-47.

opgenomen in het instrument.⁸⁶ Het MLI sluit met 13 artikelen omtrent de status, werking en toepassing van het instrument.⁸⁷

Zoals eerder vermeld, zijn niet alle artikelen verplicht op te nemen in de bilaterale verdragen. Ter verduidelijking is hieronder een schematische overzicht weergegeven van de artikelen onderverdeeld in het keuze-karakter.

Optionele bepalingen (opt-in)	Reservations (opt-out)	Minimum standards
Methods for eliminating double taxation (art. 5)	Hybrid mismatches (art. 3 & 4)	Purpose of a Covered Tax Agreement (art. 6)
Avoidance of PE status through specific activity exemptions (art. 13)	Andere wijzigingen voortkomend uit BEPS Action 6 (art. 8-11)	Prevention of treaty abuse (art. 7)
Arbitration (Part VI)	Avoidance of PE status through Comm. arr. (art. 12), splitting up of contracts (art. 14)	Improving Dispute Resolution (Part V)



Flexibiliteit
(Bilateraal)
Coherentie
(Multilateraal)

Tabel 2.2 Karakter MLI bepalingen. (Bron: WFR 2017/76)⁸⁸

⁸⁶ Omwille de relevantie en de verwachting dat er nauwelijks gebruik zal worden gemaakt van deze bepalingen, wordt hier niet verder op ingegaan.

⁸⁷ Explanatory Statement, p.48-83.

⁸⁸ Pötgens et al. (2017), *Het Multilaterale Instrument met zijn vele bilaterale schakeringen*, WFR 2017/76, p.8.

2.4. Tussenconclusie

De in dit hoofdstuk centraal staande deelvraag, is geformuleerd als volgt:

“Wat zijn de aanbevelingen en voorgestelde regeling van de OESO ten aanzien van BEPS-actieplan en daarbij in het bijzonder actiepunt 15?”

De 20^e eeuw heeft in het teken gestaan van een enorme transitie in de wereldeconomie. Globalisering en digitalisering hebben een toevlucht genomen, waardoor het gemiddelde business model vergroot is van nationale reikwijdte naar een globale dekking. Tezamen met deze transitie werd het internationale fiscale wetgeving een belangrijke steunbalk. Adviseurs ontdekten de wegen naar belasting minimalisatie door middel van het slim – en sluw – omgaan met het door de globalisatie meegebrachte toegang tot buitenlandse belastingregimes en verdragen. Anno 2017 leidt dit jaarlijks tot circa 3 miljard collectief belastingtekort per jaar in Nederland.

Dit tekort wordt veroorzaakt door het eroderen van de grondslag en het verschuiven van de winsten. Vanwege de verschillen in belastingregimes en de toegankelijkheid van bilaterale belastingverdragen, kunnen bedrijven gunstige wegen zoeken om dit mogelijk te maken. Dit vindt haar oorsprong in vier basisprincipes van de internationale fiscaliteit. Hieronder scharen zich de mismatches tussen de belastingregimes, transfer pricing mogelijkheden, verschil tussen vreemd- en eigen vermogen en de misbruikbestrijding. Collectief zijn deze beginselen de kern van internationaal eroderen: BEPS.

Hoewel door een gebrek aan juiste statistieken de omvang van BEPS niet te bepalen lijkt, heeft de OESO in 2013 een vijftienvoudig plan opgesteld ter bestrijding van ongewenst fiscaal gedrag. Dit Anti-BEPS actieplan zorgt volgens de OESO voor fundamentele veranderingen om dubbele niet-belasting te voorkomen, alsmede het niet of laag belasten van kunstmatig inkomen. Dit actieplan bevat aanbevelingen om transparantie te waarborgen, coherentie van belastingregimes te versterken, digitalisering fiscaal te omvatten en daarmee nieuwe standaarden voor de internationale fiscaliteit te introduceren. Echter zijn dit actiepunten ter aanbeveling, geen concrete richtlijn of wetgeving.

In het laatste actiepuntenpunt, punt 15, is er een concreet instrument gecreëerd die meerdere actiepunten tot uiting zal brengen in de bestrijding tegen verdragsmisbruik. Volgens de OESO is verdragsmisbruik het grootste instrument voor BEPS. De actiepunten twee, zes en zeven pakken verschillende misbruikaspecten aan, welke ondervangen worden of kunnen worden in belastingverdragen. Dit zijn *hybrid mismatches*, soepele antimisbruikbepalingen en een vaste inrichtingsproblematiek. Het doel van dit Multilaterale Instrument is om alle 3000 bestaande bilaterale belastingverdragen te moderniseren, waardoor dit verdragsmisbruik wordt aangepakt. Door het ontwijken van de onderhandelingsprocedure, die normaliter gevoerd wordt bij aanpassingen aan verdragen door de desbetreffende landen, kan dit instrument efficiënt en snel worden geïmplementeerd.

3. Hybride mismatches

3.1. Inleiding

In een reactie op een vragenbrief vanuit de Tweede Kamer met het onderwerp ‘De hoofdlijnen van het Multilateraal Instrument’, reageert de Staatssecretaris van Financiën op vragen vanuit de vaste commissie voor Financiën. De VVD vraagt zich initieel af wat de verschillen van het Multilateraal Instrument zijn ten opzichte van de in het vorig jaar ondertekende ATAD-pakket.⁸⁹ In deze richtlijn is in artikel 9 vastgelegd dat in geval van een kwalificatieconflict een aftrek alleen toegekend wordt aan de bronstaat in het geval van een dubbele aftrek. In de situaties waarbij er een aftrek genoten wordt zonder dat de inkomsten in de heffing worden betrokken, wordt de aftrek in zijn geheel geweigerd.⁹⁰

De ATAD is een collectief vanuit de Europese Unie (de EC) ter bestrijding van interne marktverstoringen in de zin van belastingontwijkend gedrag. Door de verplichte invoering voor elke EU-lidstaat, wordt de ATAD gezien als een uitgeklede maar weloverwogen maatregelenpakket. Hierdoor valt op dat de bepaling omtrent de hybride structuren in vergelijking met Actieplan 2 van het BEPS-maatregelenpakket maar een eenzijdige benadering kent. Hier tegenover staat dat elke EU-lidstaat de ATAD dient te implementeren in haar nationale wetgeving wat een tweezijdige benadering op levert op EU-interne situaties. Tevens valt op dat de ATAD specifiek ziet op juridische kwalificatieverschillen bij toepassing van nationale wetgeving. Hierdoor is de ATAD min of meer een uitvloeisel van het eerste deel van het OESO BEPS Actiepunt 2.

In de reactie van de Staatssecretaris wordt duidelijk dat hij het MLI wel degelijk een belangrijk instrument acht naast de ATAD, omdat het MLI juist ingaat op het door de EC niet-benutte belastingverdragenonderdeel. In het verlengde van deel 1, dan wel artikel 9 ATAD, van het BEPS Actieplan 2 beoogt de OESO met het MLI – deel 2 – de hybride mismatches aan te pakken door middel van het niet verlenen of beperken van verdragsvoordelen. Hierdoor breidt het MLI de reikwijdte uit naar buiten de EU gevestigde staten.⁹¹

⁸⁹ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr. 148, p.3

⁹⁰ Artikel 9, Richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die interne markt beïnvloeden, p.2087 Pocket Belastingwetten 2017.

⁹¹ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr. 148, p.26.

Deel 2 van het OESO BEPS Actieplan is een verdere uitwerking van een discussierapport van Working Party (hierna: "WP") 11 van de OESO. Het gaat verder dan deel 1's voorgestelde aanpassingen in de nationale wetgeving. Dit deel kan in drie onderdelen verdeeld worden. Allereerst beoogt Actieplan 2 deel 2 het *dual residency* probleem op te lossen door middel van het voorstellen van een *Mutual Agreement Procedure* (hierna: "MAP"). Hierdoor wordt er gewaarborgd dat entiteiten die in beide verdragsluitende staten als inwoner gekwalificeerd worden, niet meer onbeperkt verdragsgerechtigd zijn. Dit oorspronkelijke idee vindt haar oorsprong in BEPS actie zes. Vervolgens wordt er in het actieplan een oplossing gevonden voor het probleem dat transparante entiteiten oneigenlijk gebruik kunnen maken van verdragen. Tot slot sluit het actieplan af met een voorstel om de voorkomingsregels uit het verdrag aan te passen voor een betere samenhang van deel 1 van het OESO Actieplan 2.

Dit hoofdstuk zal inzicht geven in de manier waarop het MLI een uitwerking is van dit BEPS actiepunt twee en BEPS actiepunt zes. De deelvraag die centraal zal staan, is al het volgt geformuleerd.

"Op welke wijze vormt het MLI een uitwerking van de OESO Actieplan 2? Wat zijn, indien aanwezig, daarbij de internationale en Nederlandse implicaties?"

In de hierna beschreven paragrafen zal deze thesis verder ingaan op de drie artikelen die samen de hybride mismatch behelzen, de connectie met de actiepunten twee en zes, het internationaal fiscaalrechtelijke aspect alsmede de mogelijke positionering van Nederland ten aanzien van het hybride mismatch thema.

3.2. Dual residents

De subdeelvraag die komend subhoofdstuk behandelt, luidt als volgt:

“Is de vervanging van de corporatie tie-breaker in het verdrag door een MAP fiscaalrechtelijk verantwoord?”

3.2.1. Het inwonerschap-probleem

Een belangrijk component van belastingontwijking is het misbruik, of oneigenlijk gebruik, van bestaande regels door belastingplichtige om via deze weg een voordeel te behalen. Het belangrijkste vereiste voor de toegang tot de verdragsvoordelen is het fiscaal inwonerschap in een van de verdragsluitende staten. Een persoon die beroep wil doen op verdragstoepassing, zal dus als inwoner aangemerkt moeten worden. Deze bepaling is opgenomen in het eerste artikel van het OESO Modelverdrag:

Article 1. Persons covered

“This convention shall apply to persons who are resident of one or both of the contracting states.”⁹²

Het verdrag knoopt voor het inwonerschap aan bij de onbeperkte belastingplicht op grond van de nationale wetgeving van de staat zelf.⁹³ Vanuit een Nederlands perspectief geldt dan het volgende. Onderworpen aan de vennootschapsbelasting is een lichaam indien zij onder de reikwijdte valt van artikel 2 Wet op Vennootschapsbelasting 1969. De hierin opgenomen ondernemingsvormen worden belastingplichtig geacht indien zij gevestigd zijn in Nederland. In beginsel wordt deze vestigingsplaats getoetst naar omstandigheden.⁹⁴ Op grond van de fictiebepaling – artikel 2 lid 4 Wet op Vennootschapsbelasting 1969 – wordt een lichaam ook geacht in Nederland te zijn gevestigd indien de oprichting van het lichaam naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden. Derhalve is het lichaam onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting als binnenlands belastingplichtige. Deze onbeperkte belastingplicht geldt als voorwaarde voor het inwonerschap voor verdragstoepassing. Artikel 4 lid 1 heeft de volgende relevante bewoording:

⁹² OESO Model Convention on Income and Capital, art. 1.

⁹³ Op grond van art.4 lid 1 OESO Modelverdrag, OESO Commentaar 2014, art. 4, par. 4.

⁹⁴ Art. 4 Algemene Wet op Rijksbelastingen.

Article 4. Resident

“1. [...] is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature [...].”

Deze bewoording geeft – niet limitatief – aan dat er meerdere gronden voor inwonerschap zijn. Vanuit Nederlands perspectief kan de vraag rijzen of de vennootschappelijke fictiebepaling als een gelijk criterium aanschouwd mag worden als een omstandigheid gelijk aan woonplaats, verblijf of plaats van management. Ingeval een positief antwoord, kan er een conflict ontstaan. In paragraaf 8 van het commentaar op dit artikel is daarover het volgende opgemerkt:

Paragraph 1 provided a definition of the expression 'resident of a Contracting State' for the purpose of the Convention. The definition refers to the concept of residence adopted in the domestic laws (cf. Preliminary remarks). (...) As far as individuals are concerned, the definition aims at covering the various forms of personal attachment to a State which, in the domestic taxation laws, form the basis of a comprehensive taxation (full liability to tax). It also covers cases where a person is deemed, according to the taxation laws of a State, to be resident of that State and on account thereof is fully liable to tax therein (e.g. diplomats or other persons in government service).

Deze tekst bevestigt dat het inwonerschap ook geldt op personen die fictief als binnenlands belastingplichtig worden aangemerkt. Paragraaf 21 trekt deze interpretatie gelijk voor lichamen, waar de registratie van de zetel een basis kan vormen voor toepassing art. 4 lid 1 OESO Modelverdrag.⁹⁵

Echter is het mogelijk dat er (on)bewust een tegenstrijdigheid ontstaat tussen de materiële en de fictieve fiscale vestigingsplaats voor de toepassing van het verdrag vanwege de in nationale wetgevingen opgenomen ficties. Een dergelijke situatie kan zich voordoen indien een lichaam opgericht is naar het recht van land A, maar de feitelijke leiding haar zetel heeft in land B. Er is dan sprake van een dubbele woonplaats. In deze gevallen biedt de tie-breaker in lid 3 van artikel 4 de uitkomst. Voor natuurlijke personen wordt er aan de hand van vier materiële toetsen, de

⁹⁵ OESO Commentaar art.4, par.21 : (...) *It may be rare in practice for a company, etc. to be subject to tax as a resident in more than one State, but it is, of course, possible if, for instance, one State attaches importance to the registration and the other State to the place of effective management. (...)*’.

uiteindelijke feitelijke woonstaat bepaald. In tegenstelling tot lid 2, biedt de plaats van de werkelijke leiding de oplossing voor andere dan natuurlijke personen in conflict situaties.

Article 4, paragraph 3.

Where reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting states, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.

Het antwoord op de vraag wat de definitie van effectief management/werkelijke leiding is, ligt besloten in het commentaar. De OESO geeft geen invulling van dit begrip, maar geeft wel een beschrijving in het commentaar op lid 3 het volgende:

“[...] The place of effective management is the place where key management and commercial decision that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management.[..].”⁹⁶

De *rule based* bepaling zoals die nu van kracht is, is in de afgelopen decennia onderhevig geweest aan verscheidene uitbreidingen. In het kader van de duaal inwonerschap-problematiek is het essentieel deze aanpassingen kort door te lopen. De kern van deze bepaling stamt uit 1963. Het committee van de OESO destijds sprak haar visie uit over duaal inwonerschap: *“it may be rare in practice for a company to be subject to tax as a resident in more than one State, but because that was possible, special rules as to preference were needed.”*⁹⁷ In de aanpassing van het commentaar op het OESO model verdrag in 2000 is de omschrijving van het begrip *place of management* uit paragraaf 24 pas naar buiten gebracht. Hierin werd omschreven dat de vestigingsplaats in dubbele gevallen bepaald werd door de plek waar de meest senior personen hun beslissingen maakten.⁹⁸ In de praktijk wees dit uit dat het voornamelijk ging om de bestuurders van een bedrijf. Een jaar later is er

⁹⁶ OESO Commentaar art.4 lid 3, par.24.

⁹⁷ Commentaar art. 4, 1963 Draft Convention, par. 23.

⁹⁸ *The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given.*

door de OESO een groep samengesteld – de *Technical Advisory Group* – om onderzoek te doen naar de relatie tussen digitale en technische communicatievooruitgangen en dit begrip uit de corporate tie-breaker.⁹⁹ Zij waren van mening dat gezien de technische ontwikkelingen het niet meer nodig was om fysiek aanwezig te zijn bij bestuurs- en/of managementvergaderingen. Naar aanleiding van dit rapport zijn er meerdere alternatieven overwogen, maar uiteindelijk is er gekozen voor een uitbreiding en/of verscherping van het destijds huidige commentaar. Met ingang van de 2008 versie is er besloten om het begrip *senior person or group* te laten vervallen vanwege de geuite kritiek dat de plaats van het bestuur vaak ten onrechte voorrang kreeg ten opzichte van de plaats waar de meeste effectieve/werkelijke managementbeslissingen genomen werd. Door dit objectieve criteria los te laten, werd gedacht dat de corporate tie-breaker minder manipulatief zou worden.¹⁰⁰ Artikel 4 lid 3 OESO Modelverdrag dient volgens deze interpretatie benaderd te worden.

Rivier merkte in 1983 al iets zeer cruciaals op.¹⁰¹ Vanwege de geringe invulling van de OESO van het begrip *place of effective management* zal de werkelijke invulling autonoom geschieden door de verdragsluitende staten conform de nationale wetgeving en haar jurisprudentie. In eerste instantie is dit geen belemmering van de uitvoering van de bepaling omdat er specifiek naar de nationale wetgeving wordt verwezen in eerdere paragrafen van de uitleg van de bepaling. Echter is het mogelijk dat onder gelijke omstandigheden en feiten, beide verdragsluitende staten concluderen dat het *effective management* in die staat gelegen ligt. Kortom, dubbele vestigingsplaatsen blijven bestaan. Deze mening wordt zowel door mij als door verschillende lidstaten gedeeld. Teneinde deze discussie heeft de *Technical Advisory Group* mede aangedragen een alternatief voor de hoofdregel de corporate tie-breaker op te nemen in de zin van een antimisbruikvorm: een *Case-by-case approach*.¹⁰² Deze afzonderlijke overlegprocedure kent haar voorbeeld in de *Mutual Agreement Procedure (MAP)* van artikel 25 van het modelverdrag.¹⁰³ Dit alternatief op de al bestaande corporate tie-breaker voorziet in een verdragsoplossing voor het *dual resident companies* door middel een onderling overleg tussen de twee

⁹⁹ OESO (2001), Technical Advisory Group, *Place of effective management concept: Suggestions for changes to the OESO Model Tax Convention*.

¹⁰⁰ OESO (2008), *The 2008 Update to the Model Tax Convention*.

¹⁰¹ Rivier (1987), *The fiscal residence of companies*, p. 69-70.

¹⁰² OESO Commentaar art.4 lid 3, par.24.1.

¹⁰³ De Buck (2017), *NDFR Commentaar Deel Internationaal en EU-belastingrecht*, p.49.

verdragsluitende staten. Enigszins opmerkelijk is het laatste deel van het alternatief, welke inzicht en houvast geeft in de niet-limitatieve factoren die de overleggende lidstaten houvast geven in de algehele procedure.¹⁰⁴

In het licht van het BEPS-plan wordt deze vooruitgang als een stap in de goede richting beschouwd. Het actiepunt zes geeft als initieel doel aan verdragstoepassing te weigeren in gevallen de intentie aanwezig is toegang tot de verdragsvoordelen te claimen zonder dat daar recht op is.¹⁰⁵ Vanuit dit perspectief wordt de koppeling gemaakt naar de hybride mismatches van Actiepunt 2. De *corporate tie-breaker* houdt niet/niet voldoende rekening met hybride entiteiten. Een staat kan een entiteit als een hybride entiteit aanmerken op grond van nationale wetgeving. Deze fiscale transparantie heeft tot gevolg dat de achterliggende partij(en) belast worden voor het inkomen en vermogen wat feitelijk door de hybride entiteit ontvangen wordt, waardoor de hybride entiteit zelf niet onderworpen is aan belasting. Vervolgens kan een niet onderworpen aan belasting entiteit niet aangemerkt worden als inwoner van de een verdragsluitende staat. Volgens de OESO moet deze situatie geïnterpreteerd worden vanuit artikel 4 op de manier dat de achterliggende partij(en) gerechtigd zijn tot eventuele verdragsvoordelen.¹⁰⁶ Dit geeft voorsnag de mogelijkheid misbruik te maken van eventueel verdragsvoordelen. Daarom wil de OESO in actiepunt zes ervoor zorgen dat ten tijde van toegang tot het verdrag verlenen aan entiteiten waarvan bekend is dat ze een dubbele vestigingsplaats hebben, de betrokken landen een vooroverleg plegen om vast te stellen wat de vestigingsplaats is en of hier het element verdragsmisbruik speelt.

3.2.2. De voorgestelde maatregel – art. 4 MLI

Artikel 4 van het Multilateraal Instrument heeft betrekking op de *Dual Resident Entities* (hierna: “DRE”). Het MLI draagt aan dubbele vestigingsplaats op te lossen primair door een MAP, waarin de verdragsluitende staten door middel van een onderling overleg overeenkomen in welk land de entiteit is gevestigd voor de toepassing van de verdragsvoordelen. Deze maatregel komt voort uit BEPS actiepunt zes waarin voorgesteld is het OESO Modelverdrag, art.4 lid 3 aan te passen.¹⁰⁷ In dat opzicht is deze aanpassing niet nieuw. Echter wat deze bepaling uit het MLI beoogt

¹⁰⁴ Enkele voorbeelden zijn: *where the meetings of its board of directors or equivalent body usually held, where the headquarters are located.*

¹⁰⁵ OESO (2013), *Actiepunt 6*, p.21-23.

¹⁰⁶ OESO (2014), *Commentaar*, Par.8.7/9.8.

¹⁰⁷ OESO (2013), *Actiepunt 6*, par.48, p.72.

te doen is de voormalige hoofdregel, de corporate tie-breaker, om te wisselen met de in 2008 al ingevoerd alternatief, de case-by-case approach.

Het artikel is als volgt opgebouwd.

*“Where by reason of the provisions of a Covered Tax Agreement a person other than an individual is a resident of more than one Contracting Jurisdiction, the competent authorities of the Contracting Jurisdiction shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting Jurisdiction of which is such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Covered Tax Agreement, having regard to its place of management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors.[...]”*¹⁰⁸

Dit artikel heeft enkel en alleen werking op entiteiten, anders dan natuurlijke personen, die als inwoner worden beschouwd van beide verdragsluitende staten. Deze bepaling stelt een overleg procedure in werking tussen de belastingautoriteiten van deze landen. Aan de hand van de relevante factoren, waaronder de plaats van het effectieve management of oprichtingsplaats, dient er onderling overeenstemming te worden bereikt over de vestigingsplaats. Opvallend is dit terugkerende element van *effective management*.

Lid 1 wordt vervolgd met de volgende tekst:

“[...] In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by the Covered Tax Agreement except to the extent and in such manner as may be agreed upon the competent authorities of the Contracting Jurisdictions.”

Hier staat expliciet dat toegang tot het verdrag zal worden ontzegd indien er geen overlegprocedure heeft plaatsgevonden. Dit is een grote verandering met de voormalige tie-breaker. Daarin gaf de werkelijke leiding de doorslag voor de vestigingsplaats zonder hier verdere formaliteiten aan vast te stellen. Ik verwacht dat de OESO hiervoor gekozen heeft om te benadrukken dat deze regelgeving een specifiek antimisbruikarakter kent. Slim structureren verliest haar werking, omdat de strakke omlijning van jurisprudentie en het commentaar niet meer als hoofdregel zullen gelden. De OESO beoogt met deze benadering het bedrijven lastiger te maken

¹⁰⁸ Art.4 lid 1 MLI.

door middel van kunstmatig spelen met de vestigingsplaats verdragstoepassing te claimen.

Zie mijn vorige opmerking: bedrijven kunnen dit toch vooraf voorleggen in een bilaterale ATR?

Lid 2 van artikel 4 uit het instrument bepaalt de interactie tussen dit artikel en de *reservations* gemaakt door de lidstaten. Kort gezegd, in welke gevallen artikel 4 dient geïmplementeerd te worden. In de *Explanatory Statement* is vermeld dat het belangrijk wordt geacht dat elk bilateraal belastingverdrag ten minste één corporate tie-breaker kent.¹⁰⁹ Twee sleutelwoorden in lid 2 zijn *In place of* en *In absence of*. Hieruit volgt dat de lidstaten of de gehele bestaande tie-breaker vervangen of dat de lidstaten, indien er een match is, deze bepaling integraal verwerken in de bestaande regels. Hiervoor is gekozen omdat hedendaags alle landen hun eigen interpretatie geven aan het werkelijke leiding-principe zodat het op grond van de nationale wetgeving de meeste coherentie biedt, maar waar het niet overeenkomt met de andere verdragslanden. Vaak vindt hier geen overleg plaats. Door deze aanpassing wordt er direct coherentie op internationaal gebied geboden.¹¹⁰

Lid 3 verklaart nader hoe de werking van een *reservation* uitpakt.¹¹¹ Tot slot sluit lid 4 van artikel 4 af met een formeel aspect ten opzichte van de staten die geen *reservation* gemaakt hebben in de zin van de notificatie hiervan richting de *Depositary*.¹¹²

3.2.3. Toetsing

De vraag is vanuit een algemeen fiscaal oogpunt in hoeverre deze aanpassingen bijdragen aan de coherentie van de hedendaagse internationale fiscaliteit gezien vanuit de doeltreffendheid van de regeling, de doelmatigheid en in hoeverre de maatregel de rechtszekerheid van de belastingplichtige gewaarborgd wordt. In de volgende paragraaf, zal de maatregel getoetst worden, al dan niet vanuit een Nederlands perspectief.

¹⁰⁹ Explanatory Statement, p.14, par.51.

¹¹⁰ Ibid., par.52.

¹¹¹ Ibid., p.15, par.53.

¹¹² Ibid., p.6, par.59.

3.2.3.1. Doelmatigheid

De efficiency van een regeling is een belangrijk toetsingselement voor de uiteindelijke beslissing om een nieuwe maatregel te introduceren. Het internationale fiscale recht is niet onbekend met een MAP. In het OESO Modelverdrag is in artikel 25 een soort gelijke overlegprocedure opgenomen. Voor de doelmatigheid moet gekeken worden naar de uitvoeringskosten voor de betrokken belastingautoriteiten als wel naar de kosten voor een belastingplichtige. Door het wegvallen van een duidelijke maatregel, is een MAP procedure een vorm van een open norm. De invulling hiervan kan als subjectief worden ervaren. Subjectiviteit brengt in beginsel voor betrokken partijen een zwaardere bewijslast met zich mee. Aangezien de belastingautoriteiten door middel van zelf onderzoek te doen naar de omstandigheden van een belastingplichtige met betrekking tot de vestigingsplaats, samen tot een conclusie moeten komen, zal dit ten opzichte van de corporate tie-breaker een verhoging zijn in de uitvoeringskosten voor de Belastingdienst en haar internationale equivalenten. Omdat er geen bezwaar, en daarmee ook geen beroep, procedure mogelijk is tegen de uitkomst van de MAP, zullen eventuele kosten voor een rechtsgang voor een belastingplichtige mee vallen voor deze nieuwe regeling. Onder het mom van tijd is geld, is een overlegprocedure voor de belastingplichtige niet kosteloos, omdat de onzekerheid van de uitkomst van een MAP kan leiden tot verplichte keuzes die onnodige kosten met zich mee brengen.

3.2.3.2. Doeltreffendheid

Hoewel de nieuwe maatregel oneigenlijk gebruik van het verdrag wil voorkomen en wil bijdragen aan een verbeterde coherentie van de internationale standaarden in de fiscaliteit, creëert deze transitie in beginsel nieuwe binnenlands belastingplichtige doordat er geen overgangsrecht opgenomen is in artikel 4 MLI. Hierdoor zullen de huidige gevallen waarin de corporate tie-breaker de vestigingsplaats beslist komen te vervallen, waardoor het bestaan van dubbele vestigingsplaatsen (tijdelijk) weer mogelijk wordt. Door het vervallen van de tie-breaker blijven naar Nederlands recht opgerichte entiteiten maar met de werkelijke leiding in een andere lidstaat, onbeperkt binnenlands belastingplichtig in Nederland.¹¹³ Waar onder de toepassing van de tie-breaker de winsten van een entiteit uit niet-Nederlandse bron volledig uit de grondslag werd gehouden, blijven deze nu meegenomen worden in de Nederlandse

¹¹³ Op grond van art.2 lid 4 Wet op VPB 1969.

grondslag.¹¹⁴ Voor de tegemoetkoming van elders betaalde belasting voor enkele bestandsdelen, zal opnieuw een beoordeling gaan plaats vinden. Op grond van lid 1 van artikel 4 OESO Modelverdrag zal alleen een tegemoetkoming geregeld worden indien dit door de verdragsluitende staten ook op deze manier is afgesproken.¹¹⁵ Normaliter zullen er eenzijdige voorkomingsregels van toepassing zijn via de objectvrijstelling van artikel 15e Wet VPB 1969: de buitenlandse winsten worden buiten de grondslagberekening van de belastbare winst in Nederland gehouden. Echter deze vrijstelling kent pas toepassing indien een belastingverdrag met Nederland een verplichte vrijstelling geeft ten aanzien van deze winsten. Indien er na de overlegprocedure bevestigd wordt dat de belastingplichtige in het andere land als inwoner beschouwd wordt, zal er op grond van artikel 15c Wet VPB 1969 een eindafrekening van bedrijfsmiddelen moeten plaatsvinden.¹¹⁶ Naast winsten die weer belast gaan worden in Nederland, vallen ook dividenduitkeringen onder de onderworpenheid van belasting in tijdelijkheid van dual inwonerschap. Omdat de dividendbelasting in Nederland een verbinding kent met de fictiebepaling uit de vennootschapsbelasting – art.1 lid 3 Wet DB 1965 – zal er nationaalrechtelijke heffingsbevoegdheid tot stand komen. Dit wordt alleen voorkomen in gevallen het dividendartikel uit het verdrag dit expliciet uitsluit.¹¹⁷ Dit wordt ook niet door het drielandpuntarrest geweigerd. In dit arrest is het vereist dat een belastingplichtige op grond van een verdrag tussen land A en land B als onbeperkt belastingplichtige van land B wordt beschouwd, waardoor een uitgekeerde dividendbetaling van land A naar land C onder dat verdrag niet onderworpen is aan land A bronbelasting, vanwege de belastingplichtig van de belastingplichtige in land B. Zonder de overlegprocedure of de uitkomst van de overlegprocedure zal land A aannemen dat de belastingplichtige inwoner is van haar land en een bronbelasting opleggen omdat dit niet direct wordt opgelost door een tie-breaker. Dit breidt tevens *treaty-shopping* uit voor dit soort situaties. Want een entiteit kan dus voor meerdere staten als inwoner geacht worden, waardoor er (oneigenlijk) toegang tot extra gesloten verdragen tussen derde landen binnen hand bereik liggen.¹¹⁸

¹¹⁴ Zodat zelfs de verliezen niet in aanmerking genomen konden worden. HR 17-2-1993, nr.28.260, BNB 1994/163.

¹¹⁵ Lohuis et al. (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.4.

¹¹⁶ Art.15e lid 2 sub a/b Wet VPB 1969.

¹¹⁷ HR 2 september 1992, nr.27.252, BNB 1992/379.

¹¹⁸ Lohuis et al (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.5.

Opmerkelijk genoeg geeft hoofdstuk 13 van BEPS actiepunt 2 zelf het antwoord op de vraag in welke mate de MAP doeltreffend zal zijn in het BEPS gerelateerde dubbel inwonersschapsprobleem.

“This change, however, will not address all BEPS concerns related to dual resident entities.”

Bezien vanuit enige nuance, is het onmogelijk om het modelverdrag in lijn te brengen met alle nationale wet- en regelgevingen. Hierdoor zal de totale antimisbruik niet binnen het oplossend karakter van artikel 4 van het MLI liggen, maar er uitgeweken moet worden naar de nationale wetgeving.¹¹⁹ Dit houdt in dat de MLI bepaling enkel het verdragsmisbruik tracht te repareren en niet het misbruik in de meer algemene zin, ook al wordt hier een periode van onzekerheid aan vooraf gegaan.

3.2.3.3. Rechtszekerheid

Het eerste element van rechtsonzekerheid ten aanzien van het MLI artikel 4 bevindt zich in het feit dat er geen overgangsrecht is geformuleerd. Normaliter regelt het overgangsrecht de toepassing van de oude regels ten aanzien van de belastingplichtige na invoering van een nieuwe maatregel. Hieruit volgt dat de nieuwe voorgestelde regeling alleen toepassing vindt op nieuwe conflict gevallen of op al bestaande conflict gevallen na een periode van nader te bepalen jaren. Dit kent de MAP-maatregel voor DRE's niet. Omdat de MAP het huidige art.4 lid 3 vervangt, eindigen ook de huidige vestigingsplaatsen onder het verdrag welke zijn bepaald door de corporate tie-breaker. Hierdoor zullen deze hedendaagse conflictgevallen opnieuw als een DRE beschouwd worden totdat de MAP is afgerond voor deze gevallen. In beginsel kunnen zij geen beroep plegen op het verdrag. Dit wordt als belangrijkste nadeel gezien. Dit zal resulteren in een onnodige rechtsonzekerheid betreft de vestigingsplaats van de entiteit, maar ook voor de lidstaat zelf omdat er door deze situatie onbedoelde verdragsvoordelen voor een belastingplichtige kunnen ontstaan zonder dat daar recht op is.

¹¹⁹ In het Engels fiscaal recht is de oplossing hiervoor vormgegeven in een maatregel die voorziet dat een entiteit zowel nationale voordelen kan verkrijgen als verdragsvoordelen als inwoner van het andere land. Het Engels recht bepaalt dan dat als een entiteit als verdragsinwoner van land B gezien wordt, het niet meer als inwoner op basis van de nationale wetgeving gezien kan worden. Ex. Section 18 CTA 2009.

Daarnaast is volgens *Bender* het niet-limitatieve karakter van de voorbeeldfactoren bij een overlegprocedure – in dit geval uit art.4 lid 1 MLI – een mogelijkheid voor lidstaten casus voor casus flexibel te behandelen. Tot op zekere hoogte is het mogelijk dat er een (on)bedoelde willekeur zal opspelen bij het vaststellen van het inwonerschap.¹²⁰ Enerzijds kan dit benaderd worden als een kritiekpunt dat er vanwege de willekeur in de bepaling van *residency* een inbreuk op de gelijkheid van belastingplichtige gemaakt kan worden. Anderzijds staat de MAP juist voor een flexibele benadering van conflictgevallen in het kader van de antimisbruikgedachte, want hoe duidelijker de omlijning van een bepaling, hoe groter de mogelijkheid wordt gecreëerd er omheen te structureren. Flexibiliteit zorgt echter wel voor een lagere rechtszekerheid.

Ter bevordering van deze antimisbruikgedachte verplicht de MLI aanpassing omtrent het *dual residency* de lidstaten niet om tot een eenduidig antwoord te komen wat betreft de vestigingsplaats. Zij kunnen besluiten dat een belastingplichtige in geen van beide staten gevestigd is, waardoor de belastingplichtige niet gerechtigd zal zijn tot de voordelen uit het desbetreffende verdrag. Hierdoor is de overlegprocedure niet verplicht tot een resultaat gedreven te zijn. Dit houdt in dat er casus zullen voordoen waarbij de belastingplichtige allereerst een geringe tijd in onzekerheid zal verkeren over haar vestigingsplaats en uiteindelijk geconfronteerd kan worden met de conclusie dat er geen vestigingsplaats benoemd kan worden.¹²¹ Hoogstwaarschijnlijk zal, mede door de factoren die in de overlegprocedure aan bod zullen komen, dit nauwelijks tot niet voorkomen, behalve in misbruikgevallen. Puur gezien vanuit een rechtszekerheid oogmerk, draagt het niet geven van zekerheid vooraf niet bij aan de rechtszekerheid van een belastingplichtige. Dit kan uiteindelijk leiden tot een minder positief vestigingsklimaat. Echter pleit *Jorritsma* dat entiteiten met een dubbele woonplaats, waarbij de MAP geen resultaat gaf, toch gebruik kunnen blijven maken van artikel 15e wet vpb, waardoor toch dubbele belasting voorkomen kan worden.¹²²

¹²⁰ Bender, T. et al. (2011), *Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008*, WFR 2011/344, p.5.

¹²¹ Strik, S.A.W.J. (2011), *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, p.6.

¹²² Bosman et al. (2018), *Goedkeuringswetsvoorstel multilateraal instrument naar Tweede Kamer*, NLF 2018/0103, p.51.

Tot slot is vanuit een rechtszekerheidsbeginsel een belangrijk rechtsmiddel de bezwaarprocedure om aan te tonen dat volgens de ene partij niet alle belangen en relevante feiten voldoende in acht is genomen om bijvoorbeeld subjectiviteit tegen te gaan. Dit is niet mogelijk tegen een uitkomst van een MAP procedure en druist daarom in tegen het karakter van rechtszekerheid.

3.2.4. Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen

De positie van Nederland ten opzichte van de corporate tie-breaker is fundamenteel ter beantwoording van de vraag in welke mate het MLI geschikt is. Hierna wordt er aandacht besteed aan het huidige verdragsbeleid, de al in gebruik genomen onderlinge overlegprocedure alsmede een nuance van de toetsing de MAP in het MLI in het licht van de Nederlandse implementatie.

Zoals eerder genoemd worden lichamen op basis van een wetsfictie onbeperkt binnenlands belastingplichtig geacht voor Nederlandse begrippen, ongeacht de plaats van dagelijkse en werkelijke leiding. Deze onbeperkte belastingplicht kan wel door een belastingverdrag worden beperkt. Volgens artikel 4 lid 1 van het OESO Modelverdrag kan een lichaam als inwoner van een van de verdragsluitende staten aangemerkt worden als het volledig onderworpen is aan belasting, haar woonplaats daar gelegen is of onder enig andere soortgelijke omstandigheden. Volgens de Staatssecretaris zal voornoemde wetsfictie – het naar Nederlands recht opgerichte entiteit – worden aangemerkt als een enig ander soortgelijk omstandigheid.¹²³

In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 (hierna: “NFV 2011”), is de Staatssecretaris duidelijk over het voorkeursgebruik van de corporate tie-breaker: “Nederland streeft naar opname van een corporate tiebreaker gebaseerd op de plaats waar de werkelijke leiding zich bevindt.”¹²⁴ De in 2008 doorgevoerde toevoegingen aan de corporate tie-breaker – de plaats van de feitelijke leiding de plaats is waar de belangrijkste besluiten op bestuurlijk en commercieel gebied die nodig zijn voor de bedrijfsvoering van het lichaam als geheel, hoofdzakelijk genomen worden – is volgens de Staatssecretaris voldoende om bedoelde manipulaties tegen te gaan.¹²⁵

¹²³ Notitie algemeen fiscaal verdragsbeleid 2011, p.31; Kamerstukken II, 20 365, nr.3 & nr.5, vr.48; Kamerstukken II, 18 747, nr.4, p.7 & nr.6, p.15.

¹²⁴ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p.34.

¹²⁵ Deze manipulaties worden ook wel *fly-in, fly-out management* genoemd: het manipuleren van de verdragswoonplaats door telkens het management te verplaatsen en formeel de beslissingen te nemen in fiscaal gunstige landen.

Echter heeft de Staatssecretaris toch gekozen voor het door de OESO gepresenteerde alternatief – de onderlinge overlegprocedure – in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk om oneigenlijk gebruik van het verdrag tegen te gaan.¹²⁶ De VK is niet de enige verdragspartner waarbij Nederland gekozen heeft voor een andere vorm dan in het verdragsbeleid gekozen vorm. Tussen Hong Kong en Bahrein heeft Nederland voor een MAP gekozen vanwege de strijd tegen het ontgaan van dividendbelasting omdat deze landen onder andere geen belasting op dividendbetalingen kennen.¹²⁷ Misbruik is een steeds terugkerend element. In het protocol bij het verdrag met Hong Kong is specifiek misbruik opgenomen.¹²⁸ Dit is ook een van de drijfveren achter de implementatie van de MLI artikel 4 over dual inwonerschap. Door de opkomst van misbruik, valt op dat er afgeweken kan worden van het verdragsbeleid.

Rondom de toepassing, beter gezegd de vervanging, van de corporatie tie-breaker in het bilaterale belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk is in de parlementaire geschiedenis als in de literatuur¹²⁹ discussie geweest. In verschillende Kamerstukken heeft de Minister van Buitenlandse Zaken duidelijkheid geschetst rondom de overlegprocedure als vervanger. Ten eerste kwam naar voren dat de huidige conflictgevallen, wier woonplaats bepaald is op grond van de corporate tie-breaker, niet onder de werking van de MAP zullen vallen zolang de materiële feiten en omstandigheden gelijk zullen blijven.¹³⁰ Dit betekent dat een van de gesignaleerde kritiekpunten onder paragraaf rechtsonzekerheid wegvalt. Tevens zijn Nederland en de VK voornemens, met inachtneming van de capaciteit en middelen, binnen zes maanden de overlegprocedures af te ronden, waardoor er niet onnodig lang in onzekerheid hoeft te worden afgewacht.¹³¹ Daarnaast is er overeengekomen in het verdrag dat de onderlinge overeenstemming terugwerkt tot aan het moment waarop het lichaam een DRE werd. Hierdoor kan een entiteit dus nooit als een inwoner van beide staten worden beschouwd, maar tevens ook geen beroep op verdragsvoordelen

¹²⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr.3, p.9-10.

¹²⁷ Deze MAP is ook toegepast bij Barbados, Mexico en de VAE. Echter is hier geen reden toe gegeven.

¹²⁸ Protocol verdrag Nederland – Hong Kong, artikel 3 lid 2.

¹²⁹ Strik, S.A.W.J. (2011), *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, p.6, Hellebrekers, J.H.C. en Van der Wal, J. (2010), *Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (Deel 1) Overzicht en commentaar op hoofdlijnen*, MBB 2010/12-01, p.6-8.

¹³⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr.3, p.10.

¹³¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr.6, p.4.

doen gedurende de overlegperiode.¹³² Om ervoor te zorgen dat de objectvrijstelling van artikel 15e Wet VPB 1969 wordt gewaarborgd, zal blijven zonder *mutual agreement*, heeft de staatssecretaris specifiek vermeld dat de voorkomingsbepaling (artikel 21), de discriminatiemaatregel (artikel 24) en de bepaling inzake onderling overleg (artikel 25) van kracht blijven.¹³³

In de behandeling van het MLI voorstel in de Tweede Kamer, is de invoering van de MAP-tiebreaker uit het MLI ter sprake gekomen. Er werd kritiek geleverd over de vraag in hoeverre deze nieuwe overlegprocedure zou zorgen voor rechtsonzekerheid bij de belastingplichtige die bijvoorbeeld, onder het verdrag met de VK, een besloten vennootschap opstarten met Britse en Nederlandse bestuurders, waardoor het niet duidelijk is waar de entiteit is gevestigd en als gevolg geen beroep kunnen doen op de voorkoming van dubbele belastingen.¹³⁴ De Staatssecretaris was van mening dat deze benadering misbruik beter tegen gaat dan de corporate tie-breaker die nu wordt gehanteerd door Nederland. In geval van uitsluitend uit te gaan van plaats van de feitelijke leiding, kunnen belastingplichtige daarop in spelen om op oneigenlijke wijze gebruik te maken van het belastingverdrag. De Staatssecretaris geeft hierbij aan dat de plaats van de feitelijke leiding ook binnen de overlegprocedure een rol zal blijven spelen, maar het hoeft niet langer de doorslag te geven. Op basis van de ervaring uit de andere belastingverdragen waarin Nederland gekozen heeft voor de MAP, weerlegt hij de ontvangen kritiek over rechtsonzekerheid. Hieruit komt naar voren dat de overlegtijd in de praktijk – een gering aantal – niet langer dan vier maanden in beslag neemt, waardoor het niet als een verslechtering hoeft te worden gezien.¹³⁵ Hieruit maak ik op dat de Staatssecretaris, vanwege de positieve ervaring uit het verdrag met het Verenigd Koninkrijk, voornemens is de MAP-tiebreaker te gaan opnemen in het herziende Nederlandse Fiscale Verdragsbeleid. Kortom, verwacht ik dat Nederland zal pleiten voor toepassing van de MAP in de door hen af te sluiten *Covered Tax Agreements*.

¹³² Ibid., p.6-7.

¹³³ Ibid., p.9.

¹³⁴ Vragen uit Tweede Kamer, d.d. 7 december 2016, documentnr.2016D48086.

¹³⁵ Beantwoording vragen Tweede Kamer, d.d.21 maart 2017, documentnr.D2016D48086..

3.2.5. Tussenconclusie

Dubbele vestigingsplaatsen in verdragstoepassingen komen voort uit de mismatch tussen de nationale wetgevingen van verdragsluitende jurisdicties. Een wetsfictie welke bepaalt dat indien de oprichting van een lichaam naar Nederlands recht als onbeperkt belastingplichtige wordt beschouwd, kan in de praktijk een conflict veroorzaken indien de werkelijke leiding van deze entiteit ergens anders gelegen is. Via de in het OESO Modelverdrag opgenomen corporate tie-breaker, wordt op basis van het criterium *place of effective management* dit conflict opgelost. Deze benadering wordt als zodanig ook gehanteerd in het verdragsbeleid van Nederland.

Echter, indien uitsluitend wordt uitgegaan van de factor feitelijke leiding, wordt er een speelveld gecreëerd voor belastingplichtige om op dit begrip in te spelen waardoor oneigenlijk gebruik van verdragsvoordelen behaald kan worden. Het Multilateraal Instrument biedt in artikel 4 de oplossing. Naar aanleiding van de in 2008 doorgevoerd commentaar ten opzichte van de corporate tie-breaker, bepaalt het MLI nu dat het alternatief, een onderlinge overlegprocedure, nu als hoofdregel dient te worden gehanteerd.

Daarom was de subdeelvraag als volgt geformuleerd:

“Is de vervanging van de corporatie tie-breaker in het verdrag door een MAP fiscaalrechtelijk verantwoord?”

Alhoewel de MAP moet bijdragen aan een betere fiscale coherentie, zal de huidige implementatievorm naast het aanpakken van misbruik, enkele belemmeringen opleveren. Vanwege het ontbreken van overgangsrecht, zullen de huidige DRE's tijdelijk een dubbele vestigingsplaats hebben. Dit betekent vanuit Nederlands perspectief dat de winsten opgekomen uit de andere jurisdictie onbeperkt belast zullen worden en er bronbelasting op uitgaande dividenden geheven wordt. Ook wordt *treaty shopping* makkelijker vanwege de mogelijkheid tot andere verdragen als er meerdere plaatsen van vestiging zullen zijn. Verder maakt een overlegprocedure een inbreuk op de rechtszekerheid omdat een belastingplichtige vooraf nog niet weet hoe lang en van welk land het inwoner zal gaan zijn. Er is zelfs een mogelijkheid dat er helemaal geen woonplaats wordt vastgesteld. Tevens komt het gelijkheidsbeginsel deels in geding wanneer landen naar eigen invulling factoren laten meewegen in een overleg. Dit biedt anderzijds wel weer de mogelijkheid flexibel en met een antimisbruikgedachte elke conflictcasus apart te benaderen. Vanuit een Nederlands perspectief, kan hier enige nuance in gebracht worden.

In Nederland is een MAP-tiebreaker al opgenomen in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk. Uit het vooroverleg blijkt dat de keuze voor een onderlinge overlegprocedure waarschijnlijk effectiever zal blijken. De Staatssecretaris haalt in zijn beantwoording op Kamervragen andere MAP procedures erbij en weerlegt eventuele rechtsonzekerheid door te vermelden dat de regeling alleen nieuwe conflictgevallen besloeg, elke procedure duurde maximaal vier à zes maanden, wanneer de vestigingsplaats bekend was, werkte dit terug naar het moment van het ontstaan van de dubbele woonplaats en de overige artikelen – art.21, 24 en 25 – zouden hun toepassing niet verliezen indien er geen uitkomst uit de MAP komt. Hierdoor is de Staatssecretaris positief gezind wat betreft de opname van de MAP als nieuwe corporate tie-breaker in de verdragen vallen onder het Multilateraal Instrument.

Aan de hand van de subdeelvraag kan in een tabelvorm de toetsing als volgt weergegeven worden. Hierbij behelzen de grijze vlakken het internationaal perspectief en de oranje vlakken de Nederlandse positie.

Likert schaal MAP tie-breaker.

MAP-tie-breaker					
	<i>Totaal niet</i>				<i>Totaal wel</i>
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Tabel 3.1: Likert Schaal MAP tie-breaker.

3.3. Transparante entiteiten

Centraal staat de volgende subdeelvraag:

“Geeft de uitbreiding naar transparante entiteiten tot toegang tot het verdrag de gewenste uitkomst met betrekking tot het tegengaan van verdragsmisbruik?”

3.3.1. Het probleem met hybride mismatches

3.3.1.1. Inleiding

In het verdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika van 16 april 1945 is de eerste vorm van een interpretatievoorschrift opgenomen. Drie jaar later volgde Nederland dit voorbeeld in haar gesloten verdrag met de US.¹³⁶ Pas in 1963 is een dergelijk interpretatievoorschrift opgenomen in het huidige OESO Modelverdrag. Zo’n voorschrift houdt in dat voor de toepassing van een bilateraal belastingverdrag elke niet-omschreven term uitgelegd moet worden naar het geldende recht van de verdragsluitende staten, tenzij de context anders uitgelegd.¹³⁷ In beginsel biedt dit een uitkomst voor eventuele kwalificatieconflicten. Niettemin doet zich een belangrijk nadeel voor. Indien een beroep wordt gedaan op de betekenis van een uitdrukking naar het recht van de staten en deze uitleg afwijkt tussen de bron- en woonstaat – een mismatch –, kan dit leiden tot dubbele belasting of een dubbele vrijstelling. Precies deze twee gevolgen druisen in tegen de gedachte van een belastingverdrag: het voorkomen van dubbele (niet)belasting.

In 1999 publiceerde de OESO een rapport over verdragstoepassing op kwalificatieconflicten van specifiek personenvennootschappen.¹³⁸ Hierin werd gepubliceerd dat de toepassing van de voorkomingsmethodes uit artikel 23 van het OESO Modelverdrag in kwalificatieconflicten uitgegaan diende te worden van de betekenis van een personenvennootschap zoals de bronstaat deze hanteert. Zo volgt dat ingeval er dubbele belasting ontstaat, de woonstaat een vermindering dient te verlenen ten opzichte van de inkomsten ontvangen door een personenvennootschap, die vanwege een niet omschreven betekenis uitgelegd te worden overeenkomstig het nationale recht van de bronstaat, in de bronstaat worden belast. In de omgekeerde situatie mag de woonstaat deze inkomsten belasten ingeval naar nationaal recht van de bronstaat de inkomsten niet zijn belast. Deze aanbevelingen ten aanzien van

¹³⁶ Avery Jones (1984), *The interpretation of tax treaties with particular references article 3(2) of the OESO Model*, p.18-19.

¹³⁷ Artikel 3, lid 2 OESO Modelverdrag.

¹³⁸ OESO, *The Application of the OESO Model Tax Convention to Partnerships*, 1999.

personenvennootschappen zijn opgenomen in het OESO Commentaar 2014 ter waarborging van de juiste verdragstoepassing en resultaat in situaties waarbij sprake is van een (hybrid) mismatch.¹³⁹

BEPS Actieplan 2, *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, gaat verder dan het in 1999 gepubliceerde rapport. In het hoofdstuk veertien adresseert de OESO het probleem dat het personenvennootschapsrapport enkel en alleen werking heeft op de hybride mismatch tussen landen betreft de kwalificatie van een hybride personenvennootschap.¹⁴⁰ Daarnaast zijn er landen die het voornoemde rapport niet of niet volledig onderschrijven of waar het niet mogelijk is het fiscale stelsel effectief aan te passen conform het rapport.¹⁴¹ Teneinde dit probleem tegemoet te komen, wordt hoofdstuk veertien van het Actieplan 2 gebruikt om zowel het OESO Modelverdrag als het bijbehorende commentaar uit 2014 in lijn te brengen met het Partnershiprapport uit 1999 ten aanzien van alle hybride mismatches.

3.3.1.2. Vormen van hybride mismatches

Actieplan 2 maakt een onderscheid in verschillende typen van hybride mismatch-structuren. Hieronder vallen: *deduction/no inclusion (D/Ni)*, *double deduction (D/D)* en *indirect deduction/no inclusion (indirect D/Ni)*.¹⁴²

(D/Ni): Aftrekbaar in het bronland, niet belast in de ontvangende staat.

(D/D): Aftrekbaar in zowel het bron- als het ontvangende land.

(indirect D/Ni): Geïmporteerde mismatches.

Vervolgens bestaan er drie categorieën mismatches waaronder de bovengenoemde structuren onderdeel van zijn. Deze drie categorieën worden hierna uitgewerkt voor een beter begrip van de uitwerking van Actieplan 2 in het Multilateraal Instrument.

¹³⁹ OESO Commentaar 2014, artikel 1, par.2: "Domestic laws differ in the treatment of partnerships. These differences create various difficulties when applying tax Conventions in relation to partnerships. These difficulties are analysed in the report by the Committee on Fiscal Affairs entitled "The Application of the OESO Model Tax Convention to Partnerships", the conclusions of which have been incorporated below and in the Commentary on various other provisions of the Model Tax Convention."

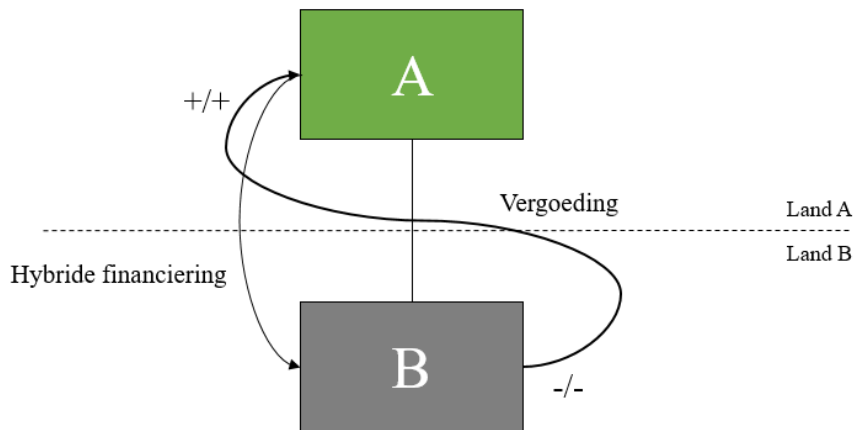
¹⁴⁰ OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, p.139, par.435.

¹⁴¹ Nederland is een van de landen die dit rapport niet volledig hebben onderschreven.

¹⁴² OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, p.17.

3.3.1.2.1. Hybride financieringen

Deze *D/NI*-situatie ziet op hybride financieringen die als een vergoeding bij de betaler in aftrek gebracht kunnen worden vanwege de kwalificatie als vreemd vermogen, maar bij de ontvanger niet worden belast omdat de vergoeding aangemerkt wordt als eigen vermogen. Hieronder is dit schematisch weergegeven.



Figuur 3.1: Hybride financieringen.

De OESO draagt hier een tweetal correctieregels voor aan, mits het gaat om gelieerde partijen.¹⁴³ Primair neemt de OESO het standpunt in dat de betalende partij geen aftrek van haar winst mag genieten indien en voor zover in het land van de genietende partij van de betaling geen (reële) heffing plaatsvindt over de betaling. Kortom wordt primair voorgesteld de aftrek van betaling uit te sluiten. In de gevallen waarin dit niet mogelijk blijkt te zijn, zal de subsidiaire correctieregel worden toegepast: Het land van ontvangst wordt geacht de betaling in de grondslag te betrekken zodat het als normaal belast inkomen wordt gekwalificeerd.¹⁴⁴ Deze subsidiaire correctie kent haar oorsprong in de in 2013 ingevoerde Moeder-Dochterrichtlijn aanpassing met betrekking tot hybride financieringen.¹⁴⁵ In de Nederlandse wetgeving is dit sinds 2016 terug te vinden in art.13 lid 17 Wet VPB 1969, waarin de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op voordelen uit hoofde van deze categorie vergoedingen. Met de toevoeging van de primaire correctieregel, zal de bepaling uit de Nederlandse wetgeving zoals die nu opgenomen is in de bundel een sluitend karakter krijgen. Hierdoor wordt er zowel gekeken naar de aftrek, als naar het niet belasten. Echter, het ‘in aftrek komen’ en ‘reële heffing’ zijn begrippen met

¹⁴³ Een mismatch door een timingsverschil, valt buiten de scope van deze correctieregels.

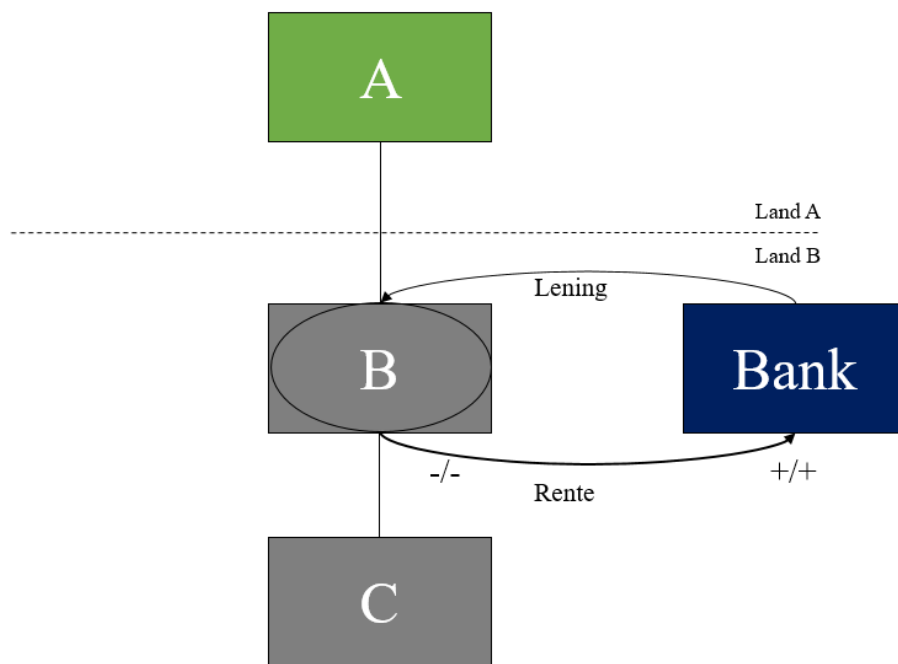
¹⁴⁴ OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, p.23-47.

¹⁴⁵ Europese Commissie, 25-11-2013, nr. SWD(2013) 474 final.

meerdere interactiemogelijkheden. Een feitelijk en economische uitleg is hier gewenst, waardoor er naar de aard van de betaling gekeken dient te worden.

3.3.1.2.2. Hybride entiteiten

Een volgende categorie hybrides ziet op de entiteiten die als zodanig als hybride entiteiten aangemerkt kunnen worden. In deze gevallen ontstaat er een D/NI of een D/D mismatch, zowel op betalingen aan als van een hybride entiteit. Aan de hand van het volgende voorbeeld, zal de situatie van een hybride entiteiten nader worden uitgelegd.



Figuur 3.2: Hybride entiteiten.

In dit voorbeeld zorgt entiteit B voor een kwalificatieconflict. Land A kan van mening zijn dat entiteit B niet-transparant is waardoor land A van mening is dat in land B de betaling in aftrek genomen kan worden. Maar Land B kwalificeert entiteit B als een transparante entiteit waardoor land B van mening is dat de aftrek van de rentebetaling in land A dient te vallen. Het gevolg van een dergelijke mismatch is dat de winsten van entiteit B niet worden belast in land A, maar ook niet in de belasting vallen in het bronland B. Ditzelfde probleem doet zich voor in situaties waarbij entiteit B een vaste inrichting is. Land A kan van mening zijn dat er een buitenlandse vaste inrichting gevormd is, waardoor alle winsten die het hoofdhuis in land A toerekent aan de vaste inrichting in land B, naar het recht van land B belast dienen te worden. Echter als land B van mening is dat er geen vaste inrichting

gevormd is, zullen deze toegerekende winsten buiten de heffing blijven in land B.¹⁴⁶ In het op 22 augustus 2016 gepubliceerde consultatiedocument, adresseert de OESO meerdere situaties waarin een dergelijke mismatch – in dit geval van de vaste inrichtingen – leiden tot een mismatch en daardoor grondslaguitholling.¹⁴⁷ Het probleem van dubbele aftrek doet zich tot slot ook voor bij dual residentvennootschappen die zowel als inwoner van land A worden beschouwd, als van land B, waardoor in beginsel in beide landen een aftrek geclaimd kan worden naar nationaal geldend recht. Ten aanzien van de hybride entiteiten problematiek (D/D) komt de OESO met het plan om primair de aftrek niet te aanvaarden in het investerende land, tenzij hiertegenover een dubbele belasting staat. In het voorbeeld wordt er geen aftrek toegestaan in land A. Subsidiar daaraan wordt voorgesteld dat de aftrek geweigerd wordt in land B. Echter geldt deze correctieregel enkel indien de betrokken partijen tot dezelfde groep behoren.¹⁴⁸

Voor de *D/NI*-situaties voor hybride entiteiten, gaat het voornamelijk om kwalificatieverschil tussen entiteiten indien zij gebruik maken van een transparante/niet-transparante en geconsolideerde entiteiten. Het komt er dan op neer dat bij de ontvangende entiteit de betaling niet wordt gezien vanwege de transparantie en/of consolidatie (hierdoor blijft de betaling vanuit dit perspectief binnen de groep of verlaat het de entiteit niet), terwijl in de bronstaat er geen transparantie of consolidatie gezien wordt waardoor de betaling hier aftrekbaar is. In deze gevallen wordt er primair voorgesteld de renteaftrek niet te verlenen voor zover er sprake is van een *D/NI* structuur. Subsidiar kan er worden gekozen, ingeval de primaire correctieregel niet werkt, geen vrijstelling voor de inkomsten te verlenen. Ook gelden deze regels alleen voor ondernemingen die behoren tot dezelfde groep.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Staatssteunzaak McDonalds speelt deze mismatch van de vaste inrichting. Een Luxemburgse entiteit heeft een branch in de US. De toegepaste winstallocatie had tot gevolg dat de belastbare grondslag in Luxemburg werd verminderd. Echter, de aan de branch toegerekende winst, werd ook niet in de US belast omdat vanuit US oogpunt de branch niet als een vaste inrichting gezien werd. State aid SA. 38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Luxembourg: Alleged aid to McDonald's.

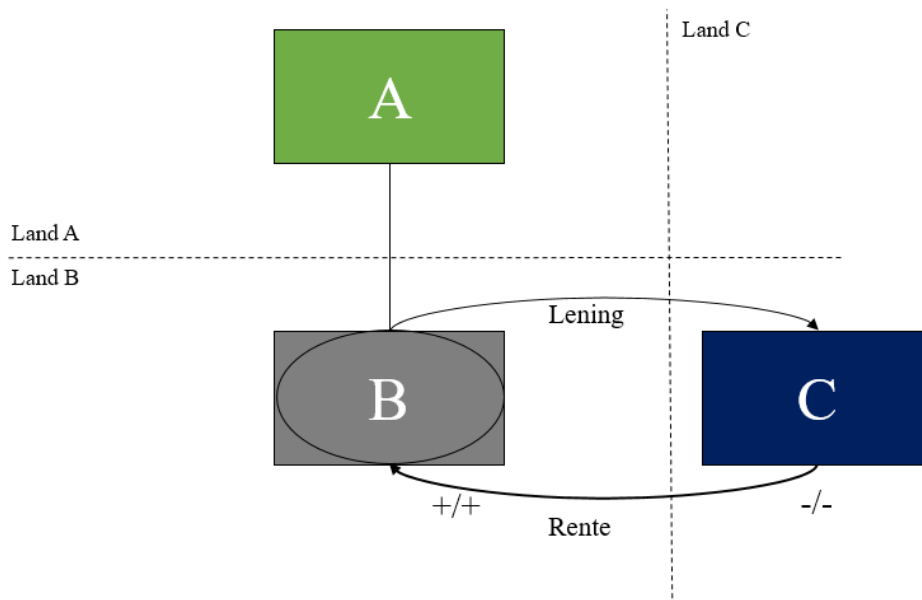
¹⁴⁷ OESO (2016), BEPS Action 2 *Branch Mismatch Structures*.

¹⁴⁸ OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, p.49-54.

¹⁴⁹ Ibid., p.67-81.

3.3.1.2.3. Omgekeerde hybride en geïmporteerde mismatches

Tot slot adresseert de OESO in Actiepunt 2 de laatste categorie hybride mismatches. Deze categorie ziet op betalingen aan hybride entiteiten in plaats vanuit hybride entiteiten. De hierna volgende structuur geeft inzicht in het basis principe van omgekeerde mismatches. Het omvat hier een entiteit welke is gevestigd in land B uit een derde land C rente-inkomsten ontvangt. Echter wordt naar kwalificatie van land B haar recht, entiteit B aangemerkt als een transparante entiteit. Echter wordt in het land A, waar de moederentiteit gevestigd is, entiteit B als niet-transparant aangemerkt, waardoor de heffing toekomt aan land B. Hierdoor ontstaat de situatie dat zowel land A als land B niet zullen heffen over de inkomsten verkregen uit land C, welke op haar beurt een aftrek geniet. De voorgestelde correctie op de hierna volgende structuur is dat de renteaftrek geweigerd dient te worden in land C, mits er sprake is van een samenwerkende groep.¹⁵⁰

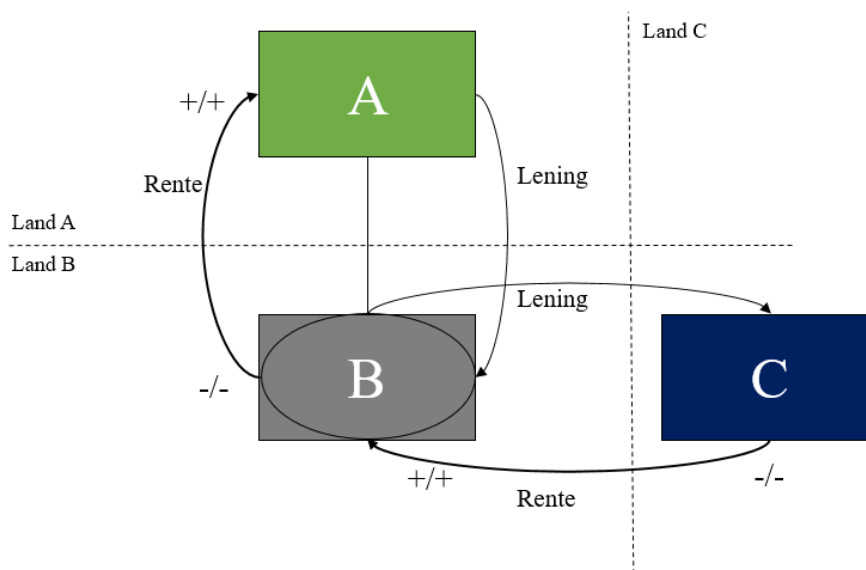


Figuur 3.3: Omgekeerde hybride mismatches.

Een geïmporteerde mismatch ziet op een enigszins andere structuur. In deze gevallen gaat het om een lening verstrekt uit land A aan een dochter in land B. In land A worden de rente-inkomsten vrijgesteld en in land B is de betaling aftrekbaar. De entiteit B leent vervolgens de lening door aan een onafhankelijke derde partij in een derde land alwaar de rente op de lening aftrekbaar is, maar wel zijn de ontvangsten belast in bij entiteit B. Per saldo wordt er in land B niks belast, evenmin in land A

¹⁵⁰ OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, p.55-61.

en waar tot slot in land C de betaling aftrekbaar is. Hiervoor geldt ook de renteaftrekweigering naar mate er dubbele aftrek ontstaat.¹⁵¹



Figuur 3.4: Geïmporteerde mismatches.

3.3.2. De voorgestelde maatregel – art.3 MLI

Teneinde aan bovengenoemde mismatches een oplossing te bieden, draagt hoofdstuk veertien van het Actieplan twee op een bepaling op te nemen in artikel 1 van het OESO Modelverdrag met een daarbij horend commentaar. De kern van deze uitbreiding van de bepaling, artikel 1 lid 2, impliceert dat er geen verdragsvoordelen worden toegekend voor zover een entiteit in het ene verdragsland als transparant worden beschouwd en in de andere staat als belastingplichtige. Indien naar beide staten haar nationaal recht de belastingplicht wel indiceert, zal er wel verdragsvoordeel gegeven worden.¹⁵²

Art.3 MLI is identiek aan de voornoemde toevoeging uit het BEPS Actiepunt 2, het voorgestelde art.1 lid 2 OESO Modelverdrag.¹⁵³ In feite beoogt deze bepaling de door de OESO Partnership Report ingevoerd Modelverdrag-commentaar interpretatieregels te codificeren voor *alle* hybride mismatches. Hierdoor kent de bepaling uit het Modelverdrag – die momenteel louter ziet op het verlenen van verdragstoepassing op verdragsinwoners – een ruimere uitwerking, zodat het

¹⁵¹ Ibid., p.83-91.

¹⁵² Ibid., p.139.

¹⁵³ Explanatory Statement, p.12, par.40: “Article 3(1) of the Convention replicates this tekst, with changes made solely to conform the terminology used in the model provision to the terminology used in the Convention.”

verdrag ook toegepast wordt op alle hybride entiteiten. Lid 1, artikel 3 MLI, is als volgt vormgegeven:

Article 3, paragraph 1 MLI

For the purposes of this convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State.

Deze doorkijkbepaling kent twee verduidelijkingen ten opzichte van het in 1999 gepubliceerde rapport over personenvennootschappen. Allereerst ziet de maatregel niet alleen op entiteiten, maar ook op *arrangements*.¹⁵⁴ Hier wordt onder andere onder verstaan Angelsaksische trust-structuren.¹⁵⁵ Vervolgens is op te maken uit het voorgestelde OESO Commentaar, paragraaf 26.5, dat de doorkijkbepaling ook haar werking treft op entiteiten en *arrangements* die slechts als gedeeltelijk transparant worden beschouwd.¹⁵⁶ Hierbij kan gedacht worden aan trust-achtige situaties waarbij de trust alsmede de uiteindelijk gerechtigde voor de inkomsten van de trust worden belast of bepaalde limited partnership vormen (Franse SCA) of de Nederlandse open CV. Daarnaast beoogt lid 1 van dit artikel het inkomen van of via de hybride entiteit/arrangement, voor verdragstoepassing toe te rekenen aan de verdragsinwoner voor zover de inkomsten op grond van de nationale fiscale wetgeving ook toekomt aan de verdragsinwoner. Tevens valt op dat de bepaling ook situaties omvat van inkomen dat door of via een *hybrid* in een derde staat, dan wel niet verdragsland, wordt genoten.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Voorgestelde toevoeging OESO Commentaar par.26.3: “[...] The provisions of the paragraph ensure that income of such entities or arrangements is treated [...]”. OESO (2015), *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangement*, p.140.

¹⁵⁵ Zie hiervoor voetnoot 14.

¹⁵⁶ Voorgestelde toevoeging OESO Commentaar par.26.5: “Paragraph 2 addresses this particular situation by referring to entities that are wholly or partly treated as fiscally transparent.[...]”. OESO, *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*, 2015, p.140.

¹⁵⁷ Voorgestelde toevoeging OESO Commentaar par.26.8: “[...] the paragraph applies to an entity established in a third State to the extent that, under the domestic tax law of one of the Contracting States, the entity is treated as wholly or partly fiscally transparent and income of that entity is attributed to a resident of that State.”

Naast Actiepunt twee, wordt door lid 2 van voornoemd artikel 3 MLI een koppeling gemaakt met Actiepunt zes inzake verdragsmisbruik: een verduidelijking bij de toepassing van de voorkomingsregels in de gevallen van hybride entiteiten/*arrangements*. Volgens de *Explanatory Statement* ziet lid 2 op de veranderingen aangedragen door paragraaf 64 van Actiepunt 6. Deze bepaling citeert de nieuwe toevoeging in het OESO Commentaar op artikel 23A/23B die ziet op het verlenen van voorkoming in hybride gevallen. Het volgende voorbeeld zal het verduidelijken.¹⁵⁸

Inwoners van staat A nemen deel in een *hybrid* gevestigd in de andere staat, B. Land B kwalificeert de hybride entiteit als niet-transparant en daardoor is deze belastingplichtig in haar land. De entiteit zal dus in de heffing betrokken worden onder het recht van staat B omdat het voor verdragstoepassing inwoner is van dit land. Echter kwalificeert land A de entiteit wel als fiscaal transparant waardoor de inkomsten ook volledig onder de heffingsreikwijdte van land A vallen. Artikel 3 lid 2 MLI verduidelijkt dat staat A slecht een voorkoming hoeft te verlenen voor zover de inkomsten geacht te zijn genoten in het andere (bron)land, B.¹⁵⁹ Het verdrag-inwonerschap heeft hier geen invloed op.

Waar lid 1 ziet op de uitbreiding van verdragstoepassing op de inkomsten uit of via hybride entiteiten, lost lid 2 direct het probleem van dubbele belasting in hybride situaties, waar lid 1 voor kan zorgen op.

Vervolgens wordt in lid 3 de expliciete verwijzing gemaakt naar de saving clause in artikel 11 van het MLI. Indien landen kiezen om deze link op te nemen, zal dit resulteren in een extra verwijzing in het lid 1 van artikel 3. Lid 4, de compatibiliteitsclausule, regelt de implementatie van lid 1 van dit artikel in de *Covered Tax Agreements*. Het is mogelijk dat bepaalde verdragen reeds een soortgelijke bepaling kennen waardoor lid 1 meer een aanvulling fungeert dan als een nieuwe bepaling. Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.4, vermeld, is dit artikel opgenomen als *reservation/opt-out*-bepaling. Verdragspartners kunnen

¹⁵⁸ OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015, par.64.

¹⁵⁹ Hierbij kan ook worden uitgegaan van het getal aan inkomsten dat is toe te rekenen aan de vaste inrichting in het bronland.

hierdoor kiezen deze bepaling bewust niet op te nemen in hun belastingverdrag.¹⁶⁰

Als een lidstaat besluit geen gebruik te maken van deze *opting-out*, dienen zij dit te notificeren bij de MLI-*depository*. Echter leidt dit nog niet direct tot opname van de doorkijkbepaling, want daarvoor is wederkerigheid voor nodig. Deze administratieve uitwerking is gecodificeerd in lid 6.

3.3.3. Toetsing

3.3.3.1. Doelmatigheid

Doelmatigheid van een regeling ziet op de efficiency van een maatregel: in welke mate de doelen tegen zo geringe kosten bereikt kunnen worden. Hieronder vallen de kosten/baten afwegingen vanuit de autoriteiten alsmede voor de belastingplichtige, afgezet tegen het doel van de voorgestelde toevoeging. In algemene zin wordt met dezelfde middelen, een belastingverdrag, een bredere groep belastingplichtige gedekt. Praktisch gezien betekent dit dat belastingautoriteiten met dezelfde inspanning, een grotere groep kunnen gaan bereiken. Hieronder gaan de entiteiten en transacties uit de voorbeelden van in paragraaf 3.3.1 vallen. Tegenovergesteld dan bij een overlegprocedure, zal de uitkomst van deze maatregel in eerste instantie bij de belastingplichtige liggen, waardoor een belastingautoriteit in beginsel geen extra werk hoeft te verrichten. Anderzijds heeft dit juist wel effect op de uitvoeringskosten van belastingdiensten ten aanzien van meer belastingplichtige dan voorheen: meer entiteiten die verdragsvoordelen kunnen genieten, vergroot de kans op onduidelijkheden en opkomende vragen. Uiteindelijk is het mogelijk dat deze uitbreiding zal uitmonden in meer rechtsprocedures. In verhouding met de MAP uit paragraaf 3.2, geeft deze regeling zekerheid vooraf, waardoor uitvoeringskosten in ieder geval lager komen te liggen dan een overlegprocedure.

3.3.3.2. Doeltreffendheid

De doeltreffendheid van artikel 3 MLI is een zeer belangrijk element om te bepalen of het gewenste effect behaald wordt. Het doel van de voorgestelde regeling is verder te gaan dan het OESO Partnership van 1999: verdragstoegang uit te breiden naar hybride entiteiten en *arrangements*, zodat dubbele (niet)belasting voorkomen wordt door een classificatieconflict. Ten eerste is de verbrede werking het artikel ten opzichte van het Personenvennootschappenrapport een goede uitbreiding als het gaat om het omvatten van alle hybride situaties in plaats van alleen

¹⁶⁰ Deze *opting-out* mogelijkheid is opgenomen in lid 5 van desbetreffend artikel.

personenvennootschappen. Daarnaast ziet de verbrede werking van dit voorgestelde artikel op entiteiten of *arrangements* die deels als transparant aangewezen worden. Het woord *arrangements* is nieuw ingevoerd, waardoor niet alleen entiteiten onder de maatregel zullen vallen maar ook, zoals eerder genoemd, Angelsaksische truststructuren. Hierdoor zal de kans op dubbele (niet)belasting optimaal verkleind worden, waardoor deze regeling meer doeltreffend is dan haar al bestaande equivalenten.¹⁶¹ Aan nadeel ten aanzien van de effectiviteit van de regeling is dat wanneer staat B als bronstaat niet heffingsbevoegd is op basis van het verdrag tussen land A en land B, het inkomen dat een *hybrid* geniet uit een derde land/niet-verdragsland onderworpen blijft aan een dubbele belasting.¹⁶² Dit probleem zal blijven voortbestaan, zolang het heffingsrecht niet in het bronland zal liggen. Artikel 3 lid 1 MLI is hier stellig in en geeft aan dat de voorwaarde voor toepassing is dat het inkomen op basis van nationaal recht behandeld wordt als inkomen uit het bronland.

3.3.3.3. Rechtszekerheid

De rechtszekerheid van de regel kan vaak worden getoetst aan de volgende elementen: heeft de belastingplichtige zekerheid vooraf, is er een mogelijkheid tot een bezwaar of beroep tegen de uitkomst van de regeling en in hoeverre is de maatregel subjectief en flexibel. In beginsel is het verlenen van verdragstoepassing alleen binnen handbereik voor belastingplichtige zoals vermeld in artikel 1 van het OESO Modelverdrag. Dit is het startpunt voor het internationaal fiscaal zaken doen. Nu dit artikel uitgebreid wordt, zullen meer belastingplichtige vooraf weten of zij verdragsvoordelen kunnen genieten. Dit lijkt, zeker ten aanzien van het OESO Partnership report 1999, een verduidelijking ten aanzien van hybride entiteiten. Echter is de OESO van mening geweest alle hybride entiteiten onder de regeling te laten vallen, waardoor het oude OESO Commentaar zal komen te vervallen. Dit oude commentaar gaf een strakke lijn aan om welke entiteiten het ging als er gesproken werd over hybride entiteiten. Nu met deze toevoegingen uit het MLI is de omschrijving, met het oog op antimisbruik, generalistischer geworden. Dit levert voor de belastingplichtige eerder toepassing van een verdrag op, maar een minder helder beeld van hybride entiteiten, of zelfs *arrangements*. Aangezien dit geen

¹⁶¹ Deze equivalenten bestaan uit bestaande maatregelen opgenomen in de huidige belastingverdragen. Voorbeelden uit het Nederlandse verdragsoverzicht zullen in paragraaf 3.3.4.2 behandeld worden.

¹⁶² In voorbeeld 17 van het OESO Partnership Report wordt dit ook aangehaald.

overlegprocedure of arbitrage is, zal er in beginsel de mogelijkheid tot een bezwaar of beroep binnen het nationaal recht geboden worden aan een belastingplichtige die van mening is wel of juist niet onder de hybride reikwijdte te vallen. De rechtszekerheid zal op dit punt worden gewaarborgd. Subjectiviteit en flexibiliteit van een maatregel geeft een sterk antimisbruikkarakter aan een regeling, waarmee een belastingautoriteit veel bewegingsvrijheid ten aanzien van bepaalde situaties krijgt. Anderzijds bieden deze elementen een lage mate van rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Het voorgestelde artikel 3 MLI kent deze flexibiliteit in niet zulke grote maten, omdat de bepaling zich aansluit van nationale wet- en regelgevingen waarin het karakter van hybride entiteiten in ligt verankerd. Deze aansluiting met het nationaal recht maakt de regeling an sich recht zekerder dan indien open normen worden gehanteerd. Dit brengt tevens met zich mee dat door een goede kennis van de nationale wet, meer specifiek de kwalificerende hybride mogelijkheden, vooraf kan worden bepaald door de belastingplichtige zelf of zij onder de reikwijdte van het verdrag zullen gaan vallen.

3.3.4. Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen

3.3.4.1. NfV 2011

In de brief van de Staatssecretaris Wiebes van 28 oktober 2016 omtrent de hybride mismatches kan worden opgemaakt dat Nederland positief gesteld is tegenover de voorgestelde regel als vermeld in artikel 3 van het MLI en hiervoor zal er geen *opt-out* gekozen worden.¹⁶³ Een soortgelijke aanpak van hybrids wordt door Nederland al gebruikt in belastingverdragen met onder andere België en de Verenigde Staten. Dit is terug te leiden naar de aanbevelingen van het OESO Partnership Report van 1999. In het OESO Commentaar is terug te lezen dat Nederland een algeheel voorbehoud heeft gemaakt ten opzichte van hybride personenvennootschappen.¹⁶⁴ In het Nederlands verdragsbeleid 2011 is hierover het volgende opgenomen:

*“Nederland streeft ernaar bij de totstandkoming van verdragen en bij het behandelen van concrete kwesties in onderling overlegprocedures oplossingen te zoeken voor dubbele heffing of dubbele vrijstelling die het gevolg kan zijn van kwalificatieverschillen ten aanzien van hybride (rechts)vormen.”*¹⁶⁵

¹⁶³ Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr.135, p.7.

¹⁶⁴ OESO Commentaar 2014, artikel 1, par.27.1.

¹⁶⁵ Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p.36.

Hieruit kan worden opgemaakt dat Nederland hybride probleemsituaties het liefst oplost via de bilaterale context van het verdrag, waaronder vallend een overlegprocedure of in een eerder stadium tijdens de verdragsonderhandelingen. De overlegprocedure-optie is ondertussen al opgenomen in de verdragen met de United States (hierna: “US”), United Kingdom (hierna: “UK”) en Japan in de vorm van artikel 24 lid 4. Echter hebben de UK en Japan aangegeven juist hun bepalingen te vervangen door het MLI, waardoor artikel 3 MLI voor Nederland ten aanzien van deze belangrijke partners niet effectief zal worden.¹⁶⁶ Deze bepaling kent een grote overeenkomst met de voorgestelde doorkijkbepaling. Hoewel de tekst vrijwel naadloos op elkaar aansluit, is de MLI maatregel verdergaand. Het verschil schuilt in de uitbreiding naar *arrangements* en deels fiscale entiteiten. De positieve instelling van de Staatssecretaris is daarom niet verwonderlijk te noemen.

Verder blijkt dat de Staatssecretaris behoefte heeft aan de mogelijkheid zoals in lid 5 van artikel 3 MLI geboden: de maatregel niet invoeren voor verdragen waarin een dergelijke, meer specifieke regeling reeds is opgenomen. Hij onderbouwt deze behoefte door aan te geven dat de huidige opgenomen maatregelen beter zijn toegesneden op het voorkomen van dubbele (niet)belasting in specifieke bilaterale relaties.¹⁶⁷

3.3.4.2. Bestaande maatregelen

In beginsel zal voor de analyse van de mogelijke impact van voornoemde maatregel op het Nederlands verdragsbeleid, een onderscheid gemaakt dienen te worden tussen de verschillende bestaande maatregelen in de verdragen. Volgens *Fibbe et al.* bestaan er drie categorieën van bijzondere bepalingen in de Nederlandse verdragen.¹⁶⁸ Daaraan voegt *Lohuis et al.* de categorie aan toe ‘belastingverdragen zonder specifieke bepaling’ aan toe.¹⁶⁹

Categorie 1 omvat de verdragen zonder specifieke bepaling betreft *hybrids*. Allereerst is het noodzakelijk te begrijpen waarom in deze categorie belastingverdragen niet gekozen is voor een specifieke oplossing ten aanzien van

¹⁶⁶ Bosman et al. (2018), *Goedkeuringswetsvoorstel multilateraal instrument naar Tweede Kamer*, NLF 2018/0103, p.51.

¹⁶⁷ Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II, 2016/17, nr.148, p.18.

¹⁶⁸ Fibbe et al. (2011), *De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen*, MBB 2011/05, p.209.

¹⁶⁹ Lohuis et al. (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.3.

hybride entiteiten. Dit kan liggen aan het jaar van sluiten van het verdrag. Ingeval dit voor 2000 is gebeurd, was het Rapport van de OESO nog niet gepubliceerd omtrent personenvennootschappen. Daarnaast kan het zijn dat de verdragsluitende staat hier niet voor heeft gekozen of dat er geen hybride mismatches voorkomen tussen de twee lidstaten. Hierdoor is de invoering van de MLI-regeling deels een nuttige toevoeging op de bestaande verdragen, maar kan ook deels worden aangemerkt als overbodig. Volgens *Lohuis et al.* is een aanvulling op de laatste twee genoemde subcategorie verdragen geen verkeerde manoeuvre, want “*Baat het niet, schaden doet het ook niet*”.¹⁷⁰

Categorie 2 ziet op verdragen met een bepaling zoals opgenomen in het verdrag met België uit 2001. In het belastingverdrag met België zijn een tweetal specifieke protocolbepalingen opgenomen ten aanzien van hybride entiteiten. Het doel van de bepalingen komt overeen met het MLI: voorkomen dat een classificatieverschil leidt tot het heffen van dubbele belasting en in het verlengde hiervan verdragsvoordelen voor de hybride entiteiten zeker stellen. Hiervoor wordt een verreken mogelijkheid gegeven en daarbij zal het vestigingsland deels moeten afzien van belastingheffing.¹⁷¹ Opmerkelijk is dat in dit verdrag niet gekozen is voor een koppeling met het OESO rapport inzake samenwerkingsverbanden. Uit de literatuur en parlementaire behandeling blijkt dat de bepalingen alles behalve duidelijk zijn.¹⁷² Vandaar dat *Lohuis et al.* het verstandig achten dat de Tweede Kamer besluit deze bepalingen te vervangen door de voorgestelde doorkijkbepaling om duidelijkheid en eenheid te scheppen binnen het verdrag.¹⁷³

Categorie 3 ziet op verdragen waarin een maatregel opgenomen is die een hybride conflict oplost door middel van een MAP. Het verdrag met Indonesië kan hier als voorbeeld gebruikt worden. Wederom in het protocol, onder artikel 3 lid 1 sub e, is opgenomen dat de bevoegde autoriteiten zodanige maatregelen kunnen treffen indien een classificatieconflict resulteert in dubbele (niet)belasting. Wat als zodanige maatregelen aangemerkt worden, is niet verder uitgewerkt. Zoals in paragraaf 3.2.3

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Verdrag Nederland – België 2001, Protocol 1, punt 2 en punt 4.

¹⁷² O.a. Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr.3, p.20, MvT alsmede Engelen et al 2003, *De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België*, MBB 2003/04, p.114-126, alsmede Fibbe et al. (2003), *Enkele kanttekeningen bij de protocolbepalingen van het nieuwe verdrag met België inzake hybride entiteiten*, WFR 2003/695, p.5.

¹⁷³ Lohuis et al. (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.3.

al naar voren is gekomen, zitten een paar nadelen aan een MAP-procedure. Allereerst zit er geen officieel tijdslimiet aan een overleg verbonden, daarnaast zijn de staten niet tot een resultaat verplicht en tot slot is de conclusie niet voor bezwaar vatbaar. *Lohuis et al.* beveelt in zijn stuk aan dat de categorie 3 bepalingen vervangen moeten worden door de MLI bepaling.¹⁷⁴ In zekere zin is dit een aanbeveling die indruist tegen het MLI zelf aangezien hoofdstuk 3 paragraaf 2 heeft laten zien dat een MAP-procedure een juist antimisbruikarakter heeft. Desalniettemin is het goed alle Nederlandse verdragen conform de hernieuwde internationale standaarden te herzien.

Categorie 4 bepalingen komen tekstueel en in de kern het meest overeen met het voorgestelde artikel 3 MLI. Zoals opgenomen in het verdrag met de US, UK en Japan in artikel 24 lid 4, vormt de kern van de bepaling dat verdragsvoordelen bij inkomen, winst of voordelen verkregen door transparante entiteiten worden toegekend voor zover dat inkomensbestanddeel behandeld wordt als inkomen van die inwoner volgens het fiscale recht van die staat. Zoals al duidelijk werd uit het Fiscaal Verdragsbeleid 2011, is sinds de invoering van dit artikel in het verdrag NL-US, deze benadering van hybride entiteiten de insteek van de Tweede Kamer. In de verdragen UK, Zwitserland, Japan, Barbados en Bahrein is dit bijvoorbeeld doorgevoerd, maar toch verschillen de maatregelen onderling van elkaar. Omwille de relevantie is het enkel benoemingswaardig dat door invoering van de doorkijkbepaling uit het MLI de regeling in deze verdragen nog beter overeen zullen komen ook al is hier geen noodzaak toe. Omdat de Staatssecretaris heeft aangegeven voor bepaalde verdragen een *opt-out* in te roepen ex art.3 lid 5 sub d, is het een mogelijkheid dat sommige van de voornoemde verdragen buiten beschouwing worden gelaten.¹⁷⁵

3.3.4.3. Eenzijdige besluiten

Naast het alom bekende Besluit Voorkoming Dubbele Belasting 2001, kent de Nederlandse regelgeving twee afzonderlijke besluiten die zien op hybride entiteiten. Aan de vooravond van de invoering van de MLI doorkijkbepaling, zal er gekeken moeten worden naar de noodzaak en effectiviteit van deze besluiten. Het eerste besluit, maart 1997-besluit (“Besluit Maart 1997”), diende deels als voorbeeld voor de een van de twee bepalingen van de categorie 2 verdragen (België). Dit besluit ziet

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II, 2016/17, nr.148, p.18.

op *inbound-reverse-hybrid* situaties. In alle gevallen waarin niets op verdragsniveau geregeld is inzake hybride entiteiten, heeft dit besluit in feite dezelfde functie als de doorkijkbepaling.¹⁷⁶ Echter werkt dit besluit niet ten aanzien van niet-verdragslanden, waar het MLI wel in voorziet. Voor *reverse-hybrid* entiteiten – CV/BV – in een niet-verdragsland, zal het Besluit Maart 1997 een uitbreiding moeten ondergaan, wil het net zo effectief als de doorkijkbepaling van het MLI zijn.

Daarnaast bestaat er het Juli-2005 Besluit inzake de toepassing/niet toepassing van artikel 24 lid 4 verdrag NL-US.¹⁷⁷ Omdat alles erop wijst dat de US het MLI niet zal gaan ondertekenen, blijft dit besluit van groot belang voor de werking van het verdrag. In dit besluit is geregeld onder welke substance voorwaarden de eenzijdige werking van artikel 24 lid 4 van het verdrag haar toepassing vindt in betalingen binnen een CV/BV structuur, maar belangrijker ook onder welke voorwaarden het artikel 24 lid 4 niet haar toepassing vindt. Nu de nieuwe doorkijkbepaling alle *reversed hybrids* aanpakt, zou doorvoering van het MLI artikel het Besluit Juli-2005 overbodig maken. Maar interessant is of de Staatssecretaris gehouden is dit Juli-2005 Besluit in te trekken. Het staat een lidstaat vrij gebruik te maken van heffingsbevoegdheden of juist ervan af te zien. Er kan dus niet juridisch worden afgedwongen het besluit in te trekken. Daarnaast is de *investor state* aangewezen eventueel belastinguitstel door een hybride structuur teniet te doen. In deze situaties zal dit de US betreffen.¹⁷⁸ Het zal dus afwachten blijven hoe de OESO, maar ook de Staatssecretaris, reageren ten aanzien van eenzijdige besluiten die in beginsel het gebruik van *reversed hybrid* structuren stimuleren. Een andere kanttekening dient hierbij gemaakt te worden nu de ATAD2 en zowel de Nederlandse als de Amerikaanse wetgeving omtrent de CV/BV structuur aangepast wordt, zal dit besluit een deel van haar noodzakelijkheid verliezen.

¹⁷⁶ Besluit van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168.

¹⁷⁷ Besluit van 6 Juli 2005, nr. IFZ2005/546M, NTFR 2005/996, BNB 2005/280.

¹⁷⁸ Stevens (2015), *Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen*, TFO 2015/140.2, p.18.

3.3.5. Tussenconclusie

De subvraag die in dit deelhoofdstuk centraal stond, luidde:

“Geeft de uitbreiding naar transparante entiteiten tot toegang tot het verdrag de gewenste uitkomst met betrekking tot het tegengaan van verdragsmisbruik?”

In 1999 heeft de OESO haar eerste poging gedaan hybride mismatches aan te pakken op het niveau van personenvennootschappen. De hoofduitkomst van dit rapport resulteerde in de uitleg van een transparante entiteit, voor toepassing van de voorkomingsregels, dient te geschieden conform het nationale recht van de bronstaat. Zo volgt dat ingeval er dubbele belasting ontstaat, de woonstaat een vermindering dient te verlenen ten opzichte van de inkomsten ontvangen door een personenvennootschap. Echter onderschreven niet alle lidstaten dit rapport en tevens werden door middel van deze aanpassing alleen transparante personenvennootschappen gedenkt. Reden voor de OESO in Actiepunt 2 dit rapport verder uit te breiden en uiteindelijk in het Multilateraal Instrument tot uiting te brengen.

In artikel 3 MLI is een kopie van de doorkijkbepaling uit het Actieplan 2. Hieronder wordt verstaan dat de verdragstoegang van het OESO Modelverdrag in artikel 1 wordt uitgebreid naar transparante entiteiten en *arrangements*. Dit is een uitbreiding op de in 1999 uit gebracht rapport die enkel personenvennootschappen dekten. Tevens valt op dat de bepaling ook situaties omvat van inkomen dat door of via een *hybrid* in een derde staat, dan wel niet verdragsland, wordt genoten. Deze *Opt-out* bepaling is verder uitgebreid met een link naar de voorkomingsregels uit artikel 23A/B van het OESO Modelverdrag, waarin de bepaling regelt op welke methode dubbele belasting dient te worden voorkomen.

Ter toetsing van dit voorgestelde artikel is er gekeken naar de doelmatig-, doeltreffend- en rechtszekerheid. Hieruit blijkt dat als de reikwijdte van het verdrag vergroot zal worden dit gepaard gaat met extra opkomende kosten voor de belastingautoriteiten. Dit is vanwege het vergroten van de groep belastingplichtige, waarmee tevens de kans op belemmeringen mede door vergroot wordt. Qua doeltreffendheid, is artikel 3 MLI een schot in de goede richting omdat het naast personenvennootschappen ook ander soort transparante entiteiten en *arrangements* behelst. Echter blijven situaties met derde landen twijfelachtig. De rechtszekerheid is getoetst op drie elementen: zekerheid vooraf, mogelijkheid tot bezwaar en de subjectiviteit en flexibiliteit. Zekerheid vooraf wordt er geboden omdat in artikel 1

duidelijk vermeld is dat alle entiteiten met een hybride karakter onder deze reikwijdte vallen. Echter brengt deze universele omschrijving enige onduidelijkheid met zich mee dat er niet helder verwoord is om welke transparante entiteiten en *arrangements* dit gaat. Verder wordt de rechtszekerheid in verre mate gewaarborgd.

Vanuit Nederlands perspectief, is de Staatssecretaris voornemens artikel 3 te notificeren in de MLI database en geen gebruik te maken van de *Opt-out* mogelijkheid. Conform het Nederlands Verdragsbeleid 2011 is Nederland voorstander om hybride mismatches op te lossen op grond van de bilatere context (een overlegprocedure of in een eerder stadium tijdens de verdragsonderhandelingen). Deze zienswijze heeft Nederland doorgevoerd in haar verdragen. Echter niet allemaal op dezelfde manier, waardoor de doorkijkbepaling van het MLI niet in alle opzichte een vooruitgang hoeft te zijn.

Er zijn 4 categorieën bepalingen welke gekwalificeerd zijn voor het oplossen van mismatches. In de eerste drie categorieën is het positief dat Nederland voornemens is de doorkijkbepaling door te voeren. Dit komt omdat deze categorieën verdragen of nog niet een dergelijke bepaling kennen, de bepaling een beperkte reikwijdte hebben, niet conform het Actiepunt 2 zijn geformuleerd of een MAP als oplossing hebben. Tot slot kennen de verdragen met o.a. de US al wel een dergelijke bepaling waardoor de Staatssecretaris kan kiezen een gedeeltelijke *reservation* te maken voor deze categorie. Echter is in de literatuur onderbouwd dat het de Staatssecretaris aangeraden wordt eenheid en duidelijkheid te scheppen in de gesloten verdragen. Hierdoor zou het Nederlandse verdragsklimaat versterkt worden ten aanzien van voorheen.

Likert schaal Transparante entiteiten.

Transparante entiteiten					
	Totaal niet				Totaal wel
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Tabel 3.2: Likert schaal transparante entiteiten.

3.4. Toepassing voorkomingsregels

Voor dit laatste subhoofdstuk, is de volgende deelvraag geformuleerd:

“Is de transitie van kapitaalimportneutraliteit naar kapitaalexportneutraliteit in de verdragsvoorkomingsbepalingen – art.23A/B – voordelig voor het internationaal- en Nederlandse fiscale systeem?”

3.4.1. Inleiding

Het sluitstuk van de implicatie van OESO Actiepunt 2 *Hybrid Mismatches* brengt voornoemde paragrafen tot een praktische samenhang. In voornoemd artikel 3 lid 2 MLI is de eerste koppeling naar aanpassing van de voorkomingsregels uit artikel 23A/B van het OESO Modelverdrag gemaakt. Hierin is helder geworden dat indien een lidstaat een voorkoming regelt ten aanzien van inkomen waarvan de heffingsbevoegdheid in het andere land ligt, de lidstaat alleen een voorkoming hoeft te geven zover de inkomsten geacht te zijn genoten in het andere land.¹⁷⁹

De OESO adresseert in Actiepunt 2, hoofdstuk 15, het probleem van de vrijstellingsmethode ten opzichte van uitkering van dividenden en rentebetalingen. Lid 2 van artikel 23A OESO Modelverdrag regelt in het geval van dividenden dat de vrijstellingsmethode niet van toepassing is, maar de lidstaten de verrekeningsmethode dienen te hanteren. Uit het commentaar op artikel 23A valt op te maken dat deze verrekeningsmethode op dividenden eventuele juridische dubbele belasting voorkomen, maar economische dubbele belasting niet uitsluiten. Omdat economische dubbele belasting als niet wenselijk wordt geacht door de lidstaten, hebben de staten enerzijds door middel van eenzijdige nationale wetgevingen dit probleem opgelost. Anderzijds kiezen sommige lidstaten er ook voor deze bepaling niet mee te nemen in de verdragsonderhandeling.¹⁸⁰ Vroeger is er al geopteerd voor aanpassing van dit artikel 23A lid 2, maar om verscheidene redenen – waaronder o.a. angst voor belastingontwijking en bedreiging van de eigen soevereiniteit – heeft de OESO het artikel in stand gehouden. Als toevoeging aan de bepaling heeft de OESO ervoor gekozen om in paragraaf 35 van het Commentaar een maatregel op te nemen voor inkomsten waar een vrijstelling voor wordt geopteerd niet onderhevig is aan belasting, deze aan een *Subject-to-tax* test laten ondergaan om de kans op belastingontwijking uit te sluiten.¹⁸¹

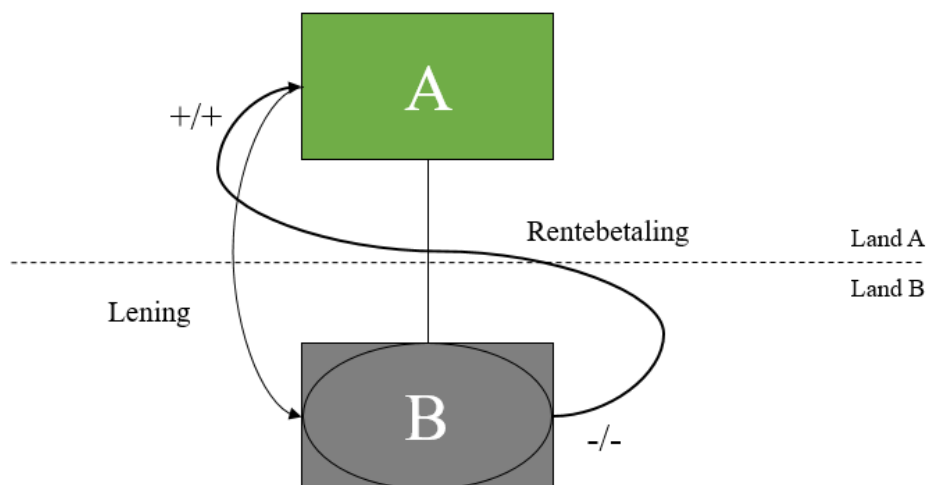
¹⁷⁹ Artikel 3 lid 2 MLI.

¹⁸⁰ OESO Commentaar art.23A, par.49-51.

¹⁸¹ Ibid., par.35.

Ten aanzien van hybride mismatches, is er in lijn met de voornoemde maatregelen in het OESO Modelverdrag, lid 4 aan artikel 23A toegevoegd. Hierin is opgenomen dat artikel 23A zijn werking niet vindt indien de ene lidstaat dit artikel toepast indien de andere lidstaat dit artikel ook al heeft toegepast. Deze moeilijk leesbare maatregel houdt in dat in geval van een mismatch, de vrijstellingsmethode geen werking vindt op het inkomen uit de hybride entiteit. Zo wordt dubbele niet-belasting voorkomen. Een terugkerend probleem met artikel 23A is dat lid 4 door meerdere lidstaten niet wordt opgenomen in hun gesloten verdragen.

Een voorbeeld van dubbele niet-belasting is meerdere malen aangehaald in het OESO Partnership Report 1999. Echter zien deze specifiek op partnerships. Hieronder is een *corporate* voorbeeld weergegeven waardoor hybride mismatches een probleem vormen voor de voorkomingsregels conform artikel 23A/B.



Figuur 3.5: Voorkomingsregelprobleem voor hybride mismatches.

In deze situatie verleent entiteit A uit staat A een lening aan entiteit B uit staat B. Hierover is entiteit B een rentevergoeding verschuldigd. Conform de fiscale wetgeving in land B, is deze rentebetaling aftrekbaar voor entiteit B. Hier is geen belasting over verschuldigd. In land A is op grond van de nationale wet geen entiteit B zichtbaar vanwege haar transparantie. Dit resulteert in het niet opnemen van de renteontvangsten in de grondslag voor entiteit A. Kortom blijft de rentebetaling volledig buiten schot van belastingheffing.

In de paragrafen hierna is de maatregel uit het Multilateraal Instrument opgenomen voor dit probleem ten aanzien van hybride mismatches en het voorbehoud van sommige landen op de toepassing van het in 1999 ingevoerde artikel 23A lid 2 OESO Modelverdrag ten aanzien van de uitkering van dividenden en de *subject-to-tax* regeling.

3.4.2. De voorgestelde maatregel - artikel 5 MLI

Uit paragraaf 442 tot en met 444 van Actieplan 2 vloeien drie opties voort voor het elimineren van dubbele belasting in hybride situaties. In beginsel zien deze opties op de situaties waarin de bronstaat, vanwege een classificatieconflict, geen of minder belasting heft. Zoals in paragraaf 3.4.1. is besproken, is artikel 5 MLI een implementatie van OESO Actiepunt 2. Vanwege het optionele karakter van de bepaling, hebben de lidstaten de keuze een van de opties te notificeren in de *Covered Tax Agreements*. Een verschil met de voorgaande twee geanalyseerde maatregelen, is dat de voorkomingsregels een eenzijdige werking hebben en daardoor doorgaans geen onderdeel uitmaken van verdragsonderhandelingen. Een asymmetrische notificatie leidt daarom niet tot het niet toepassen van de regeling in de gedekte verdragen, maar leidt direct tot een eenzijdige toepassing op inwoners van de verdragsluitende staat.

De hieronder nader uitgewerkte opties zijn drie mogelijkheden, gebaseerd op de bestaande vrijstellingsmethodes in al bestaande verdragen, voor de praktische uitwerking van de voorgestelde oplossingen voor transparante entiteiten.

3.4.2.1. Optie A

Lid 2 en lid 3 van de voorgestelde regeling behelzen de uitwerking van de eerst gegeven optie, optie A. In het geval een classificatie conflict rondom een hybride entiteit zal leiden tot minder of geen belasting in het bronland, geeft Optie A de mogelijkheid de vrijstellingsmethode van artikel 23A alsnog te vervangen door een verrekeningsmethode. De voorgestelde tekst is volledig gebaseerd op artikel 23A lid 4 OESO Modelverdrag, maar is een uitbreiding op dit lid.

Article 5, paragraph 2

“Provisions of a Covered Tax Agreement that would otherwise exempt income derived or capital owned by a resident of a Contracting Jurisdiction from tax in that Contracting Jurisdiction

for the purpose of eliminating double taxation shall not apply where the other Contracting Jurisdiction applies the provisions of the Covered Tax Agreement to exempt such income or capital from tax or to limit the rate at which such income or capital may be taxed. In the latter case, the first-mentioned Contracting Jurisdiction shall allow as a deduction from the tax on the income or capital of that resident an amount equal to the tax paid in that other Contracting Jurisdiction. Such deduction shall not, however, exceed that part of the tax, as computed before the deduction is given, which is attributable to such items of income or capital which may be taxed in that other Contracting Jurisdiction.”

Ten opzichte van het bestaande artikel 23A lid 4 zijn er enkele uitbreidingen gekomen.¹⁸² Zo ziet de bepaling uit het MLI niet alleen op inkomsten conform artikel 10 (dividend) en artikel 11 (rente), maar heeft door het weglaten van deze directe verwijzingen een bredere reikwijdte ten aanzien van andere inkomsten uit transparante entiteiten.¹⁸³ De reden hierachter is dat de OESO met de invoering van deze optie flexibel wil zijn naar landen die een bronbelasting heffen op andere dan artikel 10 en 11 betalingen. Door deze aanpassing zullen bijvoorbeeld royaltybetalingen vanaf doorvoering van het MLI ook vallen onder artikel 23A.

3.4.2.2. Optie B

De tweede mogelijkheid bestaat uit het inwisselen van een vrijstellingsmethode voor een verrekeningsmethode in de gevallen waarin uitgekeerd dividend in de bronstaat als aftrekbare rente kan worden gekwalificeerd.

“[...] because such income is treated as a dividend by that Contracting Jurisdiction shall not apply where such income gives rise to a deduction for the purpose of determining the taxable profits

¹⁸² Artikel 23A lid 4 OESO Modelverdrag is momenteel als volgt geformuleerd: “*The provisions of paragraph 1 shall not apply to income derived or capital owned by a resident of a Contracting State where the other Contracting State applies the provisions of the Convention to exempt such income or capital from tax or applies the provisions of paragraph 2 of Article 10 or 11 to such income.*”

¹⁸³ Explanatory Statement, p.5-6.

of a resident of the other Contracting Jurisdiction under the laws of that other Contracting Jurisdiction. [..].”¹⁸⁴

De bepaling an sich heeft dezelfde opbouw als Optie A. Echter, het verschil zit in het tweede deel van de eerste volzin, hierboven weergegeven. Deze bepaling is ten opzichte van het Modelverdrag totaal nieuw. Deelnemingsdividend is onder sommige verdragen expliciet vrijgesteld, waardoor een aftrek van dividend in de andere verdragsluitende staat een dubbele niet-belasting oplevert.

3.4.2.3. Optie C

Tot slot is er binnen het MLI een optie C. Deze optie vervangt in principe de gehele vrijstellingsmethode van het verdrag in een verrekeningsmethode. De tekst van de verrekeningsmethode is exact overgenomen uit het al bestaande artikel 23B OESO Modelverdrag (met veranderingen in de juiste terminologie daargelaten).¹⁸⁵ De in lid 6 en 7 gepresenteerde optie vindt toepassing op voorkomingsregels in bestaande verdragen die, in tegenstelling tot de gebruikelijke wijze van voorkomingsregels, onderdeel van de verdragsonderhandelingen zijn geweest. Artikel 5 lid 8 biedt de mogelijkheid het gehele voorgestelde artikel of alleen de gekozen optie C (lid 9) van de andere verdragsluitende partij te blokkeren.

3.4.3. Analyse

De verandering van methodiek ter voorkoming van dubbele belasting van een vrijstellingsmethode (art.23A OESO Modelverdrag) naar een verrekeningsmethode, staat gelijk aan de transitie van een kapitaalimportneutraliteit naar een kapitaalexportneutraliteit. Deze internationale neutraliteit ziet op de situatie waarin belasting geen effect heeft op de economie/investeringslandschap van betrokken landen.¹⁸⁶ Deze twee begrippen staan vanuit een Nederlands oogpunt voor de beginselen ten aanzien van verschillende soorten inkomsten, namelijk actieve en passieve inkomsten. Een overgang van neutraliteit kan hierdoor een ingewikkelde situatie opleveren. Vandaar dat in de komende drie subparagrafen de hieronder

¹⁸⁴ Artikel 5 lid 4 MLI.

¹⁸⁵ De tekst van artikel 5 lid 6 MLI is opgenomen in de Appendix. Omwille de identieke bepaling in het OESO Modelverdrag, is deze bepaling niet los opgenomen in paragraaf 3.4.2.3.

¹⁸⁶ Van den Tempel (1975), *Relief of Double Taxation, a Comparison of the work of the League of Nations and the Organization for Economic Cooperation and Development*, p.205.

uitgewerkte definities nader belicht worden. In paragraaf 3.4.3.4 wordt de internationale neutraliteit afgezet tegen de voorgestelde maatregel uit het MLI.

Kapitaalimportneutraliteit: *een neutrale situatie voor zowel niet-inwoners als inwoners ten aanzien van investeringen in hetzelfde land;*

Kapitaalexportneutraliteit: *een neutrale situatie voor inwoners met betrekking tot investeringen in het woonland of het buitenland.*

3.4.3.1. Kapitaalimportneutraliteit

In het Nederlands Verdragsbeleid 2011 adresseert de Staatssecretaris de voorkeur voor een kapitaalimportneutraliteit voor actieve inkomsten. Dit begrip behelst de gedachte dat het irrelevant behoort te zijn of kapitaal wordt aangetrokken vanuit het buitenland of binnenland. Door een importneutraliteit te waarborgen zal de belastingdruk op het rendement van dit kapitaal in beide gevallen gelijk zijn. Hierdoor krijgen Nederlandse investeerders in het buitenland dezelfde fiscale druk als de lokale investeerders.¹⁸⁷ Dit is een verlengstuk van de gedachte dat internationaal zakendoen vanuit Nederland gestimuleerd moet worden, omdat de binnenlandse markt te beperkt kan zijn. Vanuit verdragsoptiek is de kapitaalimportneutraliteit gecodificeerd in artikel 23A: de vrijstellingsmethode. Deze methodiek houdt in dat in beginsel de in het buitenland behaalde winsten uit de Nederlandse belastinggrondslag gehouden worden. Hiervoor kent de Wet op Vennootschapsbelasting 1969 de objectvrijstelling in artikel 15e, waarbij het buitenlandse bestanddeel in zijn geheel buiten de reikwijdte van de Nederlandse Vennootschapsbelasting blijft. Hierdoor bepaalt het buitenland in zijn geheel de belastingdruk. Verder bestaat er de belastingvrijstelling. Deze vrijstellingsmethodiek waarborgt geen 100% kapitaalimportneutraliteit, omdat de buitenlandse belasting berekend wordt aan de hand van respectievelijk het hoogste, gemiddelde of laagste tarief van de wereldwinst. Een verschil met het daadwerkelijk betaalde bedrag kan hierdoor afwijken. Met het oog op misbruiksituaties, waarborgt kapitaalimportneutraliteit de omstandigheid dat belastingplichtigen niet worden gedreven door fiscale overwegingen buitenlandse entiteiten op te richten om de belastingdruk te verlagen.

¹⁸⁷ Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p.22.

3.4.3.2. Kapitaalexportneutraliteit

Naast de importneutraliteit, ziet de kapitaalexportneutraliteit op situaties waarin het niet uitmaakt in welk land de inwoner investeert. Zijn belastingdruk zal gelijk blijven, omdat de belastingheffing van zijn woonland leidend is.¹⁸⁸ De methodiek hiervoor is aangegeven in artikel 23B onder de naam verrekeningsmethode. Deze methode is gebaseerd op een verrekeningsbreuk, waarin de verrekening berekend wordt door middel van de buitenlandse winst uit te drukken in de wereldwinst. Dit resulteert in de uitkomst dat er een verrekening wordt gegeven voor het laagste van de volgende twee bedragen¹⁸⁹: (limiet 1) de daadwerkelijk betaalde belasting of (limiet 2) de verschuldigde vestigingsstaatbelasting over het buitenlandse bestanddeel. Indien het buitenlandse tarief lager is dan in de woonstaat, zal er in de woonstaat bijgeheven worden tot het bedrag gelijk is aan de in de woonstaat verschuldigde belasting (limiet 2). Binnen deze verrekeningsmethodiek kan verder onderscheid gemaakt worden tussen een directe en indirecte verrekening. Directe verrekening houdt in dat de entiteit zelf haar betaalde (bron)belasting van de moederentiteit verrekend. De indirecte wijze ziet op een verrekening op voorkoming van economische dubbele belastingen en adresseert een methodiek dat een moederentiteit de buitenlandse toerekenbare belasting aan dividend verrekent.¹⁹⁰ Nederland kiest het standpunt de kapitaalexportneutraliteit te hanteren voor passieve inkomsten omdat bij deze categorie geen tot weinig daadwerkelijke economische activiteiten van de investeerder in de bronland verlangen.¹⁹¹

3.4.3.3. Afweging neutraliteit

Het eerste wat direct opvalt als de kapitaalimport- en kapitaalexportneutraliteit naast elkaar vergeleken worden, is de situatie waarin exportneutraliteit resulteert in het bijheffen van belasting door de vestigingsstaat indien de buitenlands betaalde belasting niet voldoende substantieel is ten opzichte van de binnenlandse grondslag berekening. Dit resulteert in een nadeel voor de belastingplichtige, maar kan ook nadelig zijn voor het vestigingsland. Door het gebruik van een verrekeningsmethode wordt de belastingplichtige gestimuleerd, althans indien zij voornoemd voorbeeld

¹⁸⁸ Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p.22.

¹⁸⁹ Een verrekening kan nooit meer dan zijn de verschuldigde belasting, wat inhoudt dat er geen teruggaaf verleend wordt indien dit zou resulteren uit de verrekeningsbreuk. HR 26-11-1986, BNB 1987/73.

¹⁹⁰ Van Raad (2013), *Cursus Belastingrecht studenteneditie: Internationaal belastingrecht*, p.34-35.

¹⁹¹ Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p.22-23.

als negatief ervaren, de buitenlandse winst niet terug te halen naar de vestigingsstaat.¹⁹² Vanuit het investeringskenmerk in het bronland is een dergelijk verrekeningssysteem nadelig indien zij door middel van een belastingverlaging het investeringsklimaat willen bevorderen.¹⁹³ *Van der Geld* beargumenteert dat er geen enkel land is dat een teruggaaf van belasting geeft indien dit theoretisch wel vereist is.¹⁹⁴ Vaak wordt dit omgezet in een voortwenteling, waardoor een zuivere kapitaalexportneutraliteit niet gehaald wordt. Echter waarborgt een verrekeningssysteem wel dat de keuze voor het vestigen van een entiteit in het buiten- of binnenland vrij blijft van fiscale motieven, waaronder verlaging belastingdruk.¹⁹⁵ Ook, vanuit een *tax fairness* perspectief, behoed een kapitaalexportneutraalsysteem tegen belastingconcurrentie, omdat een lagere belastingdruk in het bronland zal resulteren in een bijheffing in het woonland.¹⁹⁶

In het algemeen kent een vrijstellingsmethode, het systeem die kapitaalimportneutraliteit waarborgt, voor de belastingplichtige meer voordelen. Wat de belastingdruk in het buitenland mag zijn, dit zal nooit effect hebben op de binnenlandse grondslag. Hierdoor waarborgt een dergelijk beleid gelijke en eerlijke concurrentie posities tussen landen onderling.¹⁹⁷ Echter is het daardoor niet mogelijk verliezen in de vestigingsstaat in aanmerking te nemen.¹⁹⁸ Wel stimuleert een dergelijke vrijstellingsmethode belastingplichtige te investeren in landen met een laag belastingtarief. Indien het woonland een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van het OESO Partnership Report 1999¹⁹⁹, zal zij zelfs een vrijstelling moeten verlenen voor de behaalde inkomsten als het bronland geen belasting heft.²⁰⁰

¹⁹² Peters (2011), *De verrekening van buitenlandse bronbelasting: lastig maar lonend*, p.38.

¹⁹³ Stevens (2009), p.1. Veelal wordt dit knelpunt de das omgedaan tijdens verdragsonderhandelingen door het opnemen van een *tax sparing credit*.

¹⁹⁴ Van der Geld (1989), *De herziene deelnemingsvrijstelling; met name in internationale verhoudingen*, p.187.

¹⁹⁵ Albert (1994), *Vaste inrichting*, p.16.

¹⁹⁶ Terra et al. (2008), *European Tax Law*, p.97.

¹⁹⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par.1.3.2., p.22.

¹⁹⁸ Vanuit Nederlands oogpunt is hier in artikel 13d Wet op VPB 1969 een tegemoetkoming voor verleend indien de verliezen zien op de liquidatie van een dochterentiteit(en).

¹⁹⁹ Hierbij wordt bedoeld de maatregel opgenomen in het Commentaar op artikel 23, par.35, waarbij voor de toepassing van de vrijstellingsmethode is vereist dat de inkomsten onderworpen zijn aan een bepaald niveau van belasting om dubbele niet-belasting tegen te gaan.

²⁰⁰ Van der Geld (2011), *De Deelnemingsvrijstelling*, p.64.

Gekeken naar de aanleiding van het voorgestelde MLI-artikel, wegen deze laatste twee nadelen erg zwaar mee in de bestrijding van belastingontwijking.

3.4.3.4. Relatie tot het MLI

De initiële doelstelling van OESO BEPS-actieplan 2 en het daarmee samenhangende artikel 5 MLI is een halt toe roepen aan het oneigenlijk gebruik van hybride entiteiten om zowel verdrags- als belastingvoordeel te genieten. Hiertoe is er voor drie opties geopteerd. In alle drie de opties wordt de verrekeningsmethode, of te wel de kapitaalexportneutraliteit, geprevaleerd boven de vrijstellingsmethode uit de kapitaalimportneutraliteit. In beginsel is het MLI geïntroduceerd om een moderne coherentie van de internationale fiscaliteit te bieden waarbij de nadruk ligt op het tegengaan van de ontwijking van belastingen via het bilateraal verdragennetwerk. De verrekeningsmethode an sich gaat uit van het eigen systeem van een lidstaat, waardoor de soevereiniteit van het andere land niet tot nauwelijks wordt erkend.²⁰¹ Naar mijn mening staat dit haaks op de gedachte dat het internationaal belastingrecht stappen zet naar harmonisatie. Ook ondermijnt dit het streven naar onderling vertrouwen. Ten aanzien van verdragspartners die de status van een ontwikkelingsland hebben, zal de verschuiving naar kapitaalexportneutraliteit nadelige gevolgen hebben. Indien landen geen profijt hebben van een lagere belastingdruk in dergelijke landen en daarmee een groot voordeel weggehaald wordt, zullen zij wellicht eerder een keuze maken voor landen waarbij de secundaire omstandigheden, zoals infrastructuur, beter zijn.²⁰² Dit hangt samen met het feit dat de vrijstellingsmethode tevens een lagere uitvoerbaarheidskosten kent, omdat er minder complexe regelgeving dan wel berekeningen aan toekomen door de plaatselijke belastingautoriteiten.²⁰³

Echter is de voorgaande voornamelijk van toepassing op Optie C, waarbij de gehele vrijstellingsmethode ingewisseld wordt door een verrekeningsmethode. In geval van Optie A en Optie B, wordt er meer gericht gekeken naar een bepaalde potentiële misbruik groep. In het geval van Optie A, welke ziet op specifiek hybride mismatches, is een transitie van de ene neutraliteit naar de andere een poging tot het verkleinen van misbruik. Indien de verrekeningsmethode resulteert in het bijheffen

²⁰¹ Van der Geld 1989, *De herziene deelnemingsvrijstelling; met name in internationale verhoudingen*, p.187.

²⁰² Van Raad (2013), *Cursus Belastingrecht studenteneditie: Internationaal belastingrecht*, p.39-40.

²⁰³ McIntyre 2013, *International tax*, (Wayne State University), p.5-9.

van een lidstaat of het wegnemen van de intentie om via een andere lidstaat belastingverlaging te creëren, een effectief middel tegen verdragsmisbruik. Deze benadering geldt voor Optie B ook. Hier in tegenstelling staat dat het verslechteren van het fiscale vestigingsklimaat door invoering van een van deze opties, ten aanzien van hybrides en aftrek van deelnemingsdividenden, zal resulteren in een ongelijke concurrentiepositie tegenover landen die niet notificeren voor een van de drie gegeven opties in artikel 5 MLI. Kortom, kan er geconcludeerd worden dat artikel 5 MLI ten aanzien van de internationale neutraliteit- en concurrentiegedachte een overkill oplevert in verhouding met het antimisbruikkarakter waarvoor de regeling in eerste instantie voor bedoeld was.

3.4.4. Nederlands verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen

In het Nederlandse Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is in paragraaf 1.3.2 opgenomen vanuit welk standpunt de Nederlandse regering haar verdragsonderhandelingen verricht. Nederland heeft altijd vastgehouden aan de kapitaalimportneutraliteit voor actieve inkomsten: de vrijstellingsmethode. Voor de passieve inkomsten, hanteert de Staatssecretaris een kapitaalexportneutraliteit: de verrekeningsmethode.²⁰⁴ Zoals eerder aangegeven, heeft Nederland een algeheel voorbehoud gemaakt van het OESO Partnership Report 1999.²⁰⁵ Dit betekent dat bijvoorbeeld de in paragraaf 35 van het Commentaar op artikel 23A/B opgenomen *Subject-to-tax* test geen toepassing heeft op Nederlandse situaties waarin de vrijstellingsmethode gehanteerd wordt. Naast een potentieel antimisbruik gevaar, levert dit anderzijds een concurrentievoordeel op voor bedrijven in Nederland met buitenlandse activiteiten ten opzichte van landen die geen voorbehoud hebben gemaakt voor het OESO Partnership rapport. Nederland heeft wel ten opzichte van

²⁰⁴ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par.1.3.2, p.21-22.

²⁰⁵ OESO Commentaar 2014, art.1, par.27.1 en art.23, par.80. Het voorbehoud wat Nederland heeft gemaakt ten aanzien van het OESO Partnership Report 1999, kan ook vanuit een kritisch oogpunt bekeken worden. Dit rapport is initieel opgesteld om de beperkte uitleg van kwalificatieconflicten verder te onderbouwen via het Commentaar op het OESO Modelverdrag. Nederland heeft een algeheel voorbehoud gemaakt voor de implementatie van dit rapport omdat zij wensen conflicten op te lossen in de verdragsonderhandelingen of door middel van een overlegprocedure. Dit wordt door de Hoge Raad zelfs bevestigd. Echter levert deze houding van Nederland dubbele belastingheffing op, wat had vermeden kunnen worden als er geen voorbehoud gemaakt was. Het in artikel 31 lid 1 Verdrag van Wenen opgenomen effectiviteitsbeginsel kan in deze gevallen soelaas bieden om de interpretatie van het Commentaar voorrang te geven. Dit voorbehoud levert dus enige spanningen op in het internationaal publiekrecht. Pötgens et al, 2010, *Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten*, WFR 2010/1024.

de in het commentaar op artikel 23A/B opgenomen test een tegemoetkoming gevonden in haar gesloten verdragen. Om actieve inkomsten uit laag belaste beleggingen niet de voordelen te laten genieten van de vrijstellingmethodiek, kennen sommige verdragen een switch-over clause welke regelt dat de methodiek in laag belaste beleggingen verandert in een verrekeningsmethode.²⁰⁶

In het verlengde van het standpunt van Nederland zijn de voorgestelde opties in artikel 5 van het MLI niet een natuurlijk verlengstuk van het Verdragsbeleid 2011. Ten eerste kent Nederland geen aftrekmogelijkheden op deelnemingsdividenden in haar verdragen, waardoor optie B bij voorbaat weg zal vallen. De optie waar de vrijstellingsmethode in het geheel uit alle verdragen wordt gehaald, zal gezien het verdragsbeleid een overkill zijn op het beleid wat Nederland al sinds een geringe tijd voert. Hierdoor wordt deze optie C niet als realistisch aangemerkt door *Lohuis et al*²⁰⁷. Hier sluit ik mij volledig bij aan. De enige reële optie voor Nederland die overblijft, is Optie A.

Optie A vervangt de vrijstellingsmethode in de gevallen dat een hybride mismatch uitmondt in een lagere of geen belasting. Deze benadering werd al door het OESO Partnership Report van 1999 aangehaald. Vanwege het voorbehoud dat Nederland hiervoor kent en mede omdat zij niet via het commentaar wijzigingen willen doorvoeren in de toepassing van een belastingverdrag maar via de verdragsonderhandelingen en/of onderlinge overlegprocedures, is het mijns inziens een onlogische stap wel deze bepaling te notificeren in het MLI. Als Nederland toch kiest om Optie A te implementeren, betekent dat deze eenzijdige bepaling alleen dubbele niet-belasting oplost. Normaliter wordt dit ondervangen door het OESO Commentaar op artikel 23, maar daar heeft Nederland een voorbehoud voor gemaakt. Kortom betekent keuze Optie A een onvolledige en eenzijdige benadering van enkel dubbele niet-belasting.²⁰⁸ Als de Staatssecretaris toch Optie A wil gaan doorvoeren, is het volgens *Lohuis et al.* noodzaak het voorbehoud van het Partnership rapport op te heffen alsmede een bepaling in te voeren die ook de dubbele belasting via een maatregel tracht op te lossen.²⁰⁹

²⁰⁶ Deze zwarte-gaten benadering is opgenomen in het verdrag met de UK. Art.21 lid 4 Verdrag NL-UK.

²⁰⁷ Lohuis et al. (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.7.

²⁰⁸ Dit is voor overige lidstaten geen probleem, omdat zij de situaties van dubbele belasting oplossen via het Commentaar, conform het OESO Partnership Report.

²⁰⁹ Lohuis et al. (2017), *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04, p.7.

3.4.5. Tussenconclusie

Een aanpassing van de voorkomingsregels zou het sluitstuk moeten vormen van Actiepunt 2 *Neutralising the Hybrid Mismatch Arrangements*. Waar de eerste twee delen zagen op het verlenen van verdragstoegang en -voordelen, ziet het laatste onderwerp op de toepassing achteraf, na de toegang of het voordeel van het belastingverdrag.

Voor dit laatste subhoofdstuk, was de deelvraag als volgt geformuleerd:

“Is de transitie van kapitaalimportneutraliteit naar kapitaalexportneutraliteit in de verdragsvoorkomingsbepalingen – art.23A/B – voordelig voor het internationaal- en Nederlandse fiscale systeem?”

Artikel 23A/B OESO Modelverdrag voorziet in beginsel in regels voor de voorkoming van dubbele (niet)belasting. Variant A hanteert de vrijstellingsmethode, waar variant B ziet op een verrekeningsmethodiek. Echter wordt in Actiepunt 2 enkele pijnpunten van de vrijstellingsmethode geadresseerd ten aanzien van hybride entiteiten. Een vrijstellingsmethode kan in hybride mismatch structuren een dubbele niet-belasting genereren, waar de bronstaat een aftrek toe laat en de ontvangststaat de ontvangsten niet ziet. Verder is in het Commentaar enkele maatregelen opgenomen ten aanzien van samenwerkingsverbanden en de miskwalificatie daarvan welke leiden tot dubbele (niet)belasting. Dit commentaar is voortgekomen uit het Partnership Report welke de OESO in 1999 heeft gepubliceerd. Echter zijn er enkele lidstaten die hiervoor een voorbehoud gemaakt hebben.

Het MLI stelt drie optionele – *opt-in* – opties voor om het gat van het OESO Partnership Report uit 1999 te ondervangen en voornoemde dubbele niet-belasting bij transparante entiteiten tegen te gaan. Optie A opteert voor de verplichte invoering van het al bestaande lid 4 van artikel 23A OESO Modelverdrag en voorkomt de toepassing van de vrijstellingsmethode in gevallen van hybride mismatches en stelt voor de verrekeningsmethodiek te hanteren. Optie B ziet specifiek op belastingverdragen die een deelnemingsdividendvrijstellingsbepaling kennen. Deze optionele bepaling verbiedt de toepassing van de vrijstellingsmethode voor deze dividenden. Optie C is de meest vergaande maatregel uit het MLI artikel 5 en opteert voor een totale vervanging van de vrijstellingsmethode in een verrekeningsmethode.

Deze transitie van de vrijstellingsmethode naar de verrekeningsmethode gaat tezamen met een verschuiving van kapitaalimportneutraliteit naar kapitaalexportneutraliteit. Deze beginselen waarborgen dat belastingen geen invloed hebben op de belastingdruk van de belastingplichtige met betrekking tot de keuze waar te investeren. Enerzijds garandeert importneutraliteit een gelijk vestigingsklimaat voor zowel binnen- als buitenlandse investeerders. Anderzijds waarborgt exportneutraliteit een gelijke belastingdruk voor inwoners ongeacht waar ze investeren. Respectievelijk vindt de vrijstellingsmethode (art.23A) toepassing bij een kapitaalimportneutraliteit en de verrekeningsmethode bij een exportneutraliteit.

De keuze voor de benadering van inkomsten, zowel actieve als passieve, als import of exportneutraal levert verschillende zienswijze op. Vanuit een belastingplichtige is het voordelig een vrijstellingsmethode te hanteren als de belastingdruk lager ligt in het buitenland. Maar als de buitenlandse belastingdruk irrelevant is voor de grondslag in het woonland, kan er dubbele niet-belasting voorkomen. Daarom wil de OESO dat de verrekeningsmethodiek wordt toegepast. Echter, zal dit het vestigingsklimaat aantasten voor landen waarvan de belastingdruk gemiddeld hoger ligt en zal er uiteindelijk minder fiscaal voordeel behaald kunnen worden door de belastingplichtige om in een ander voordelig land te investeren. Belastingdruk zal te allen tijde gelijk blijven.

Vanuit Nederlands oogpunt geniet de voorkeur naar het niet opteren voor deze bepalingen. Allereerst probeert Nederland dergelijke verdragsproblemen via een overlegprocedure ofwel via de verdragsonderhandelingen al aan te pakken. Dit lag ook ten grondslag aan het niet toepassen van het OESO Partnership Report 1999. Daarnaast tast het (deels) vervangen van de vrijstellingsmethode de aantrekkelijkheid van het Nederlands vestigingsklimaat aan omdat deze MLI bepaling optioneel is en er een scheve verhouding kan ontstaan tussen de lidstaten ten aanzien van de voorkomingsregels. Mijns inziens is het daarom niet verstandig dat de Staatssecretaris heeft aangegeven te willen notificeren voor Optie A. Deze bepaling ziet specifiek op voorkomingsregels transparante/mismatch entiteiten, zodat dubbele niet-belasting ontweken wordt. Hiervoor kent Nederland in sommige verdragen al een bepaling die de een soort *subject-to-tax* bepaling hanteert ten aanzien van laagbelaste beleggingsdeelnemingen. Deze maatstaf kan naar mijn mening dan beter verder doorgevoerd worden, dan te kiezen voor notificatie van Optie A uit het artikel 5 MLI.

DEVS: ik vind bovenstaand hoofdstuk nog steeds erg beschrijvend en behoorlijk 'saai'. Zie je nog mogelijkheden dit hoofdstuk op te leuken en hier wat meer jouw eigen mening in te verwerken?

Ik kom op hoofdstuk 4 en verder zo snel mogelijk terug.

4. Oneigenlijk gebruik van verdragen

4.1. Inleiding

Tot nu toe heeft deze masterthesis zich voornamelijk gefocust op de verdragsproblematiek rondom hybride mismatches. Hybride mismatches zorgen er in zijn algemeen voor dat de grondslag kunstmatig wordt uitgehold.²¹⁰ Omdat het verdrag het instrument is om een (heffings-)voordeel uit een mismatch te halen en zodoende de grondslag uit te hollen, zijn in het MLI enkele voorstellen gedaan dit te bestrijden. Anders verwoord valt het gebruik maken van en een voordeel behalen uit het verdrag in gevallen van een bewuste mismatch, onder de categorie verdragsmisbruik. De andere categorie verdragsmisbruik, en volgens de OESO de grootste oorzaak tot BEPS,²¹¹ behelst het gebruik maken van de toegang tot het verdrag of het genieten van verdragsvoordelen waar de belastingplichtige eigenlijk, conform de doel en strekking van het verdrag, geen recht op heeft. Dit heet oneigenlijk gebruik.

Oneigenlijk gebruik vindt zijn vorm in bijvoorbeeld *treaty shopping*. Deze fiscale constructies door middel van het efficiënt gebruik maken van verschillende verdragen, wordt door de landen, en vanuit hogerop, geprobeerd tegen te gaan via algemene en specifieke antimisbruikregelgeving. Maar consistentie is hier het missende element. Omdat elk staat haar eigen antimisbruikbenadering hanteert, blijft het mogelijk voor belastingplichtige om de meest voordelige wegen in het verdragennetwerk te nemen. De hoogste tijd vanuit de OESO om dit vorm te geven in een BEPS Rapport. In actieplan 6 worden meerdere handvatten aangereikt aan de lidstaten ter bestrijding van oneigenlijk verdragsgebruik. Zo pleit de OESO voor de invoering van een *minimum standard* voor elk aangesloten OESO land, maar hierin zal het verdrag dan wel MLI wel de gepaste flexibiliteit zal bieden. Daarom kunnen de lidstaten volgens Actiepunt zes kiezen voor een motieftest (PPT) of een

²¹⁰ Een mismatch wordt gedefinieerd als een discrepantie tussen verschillende belastingstelsels. Indien, via de belastingverdragen, bewust gebruik wordt gemaakt van deze verschillen, kan de belastingplichtige daarmee zijn of haar grondslag verlagen. Een voorbeeld hiervan is indien de belastingplichtige in het ene land geen belasting betaalt over een inkomstendeel en dit in een ander land in aftrek genomen kan worden. De totale belastinggrondslag is lager.

²¹¹ OESO (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.13.

gecombineerde maatregel met een objectieve LOB-regel of de LOB-regel in combinatie met een antidoorstroombepaling.²¹²

In het Multilateraal Instrument is deze antimisbruikcategorie bepalingen teruggekomen in thema drie. Door middel van deze artikelen worden de lidstaten verplicht de voorgestelde bepalingen in hun *covered tax agreements* op te nemen dan wel door te vervangen. Dat antimisbruikbepalingen daadwerkelijk belangrijk worden geacht, blijkt uit de brief van de Staatssecretaris op 28 oktober 2016 waarin het opnemen van de BEPS Actieplan 6 maatregelen als belangrijkste keuze uit het MLI wordt beschouwd. Nederland volgt de grote meerderheid van de landen om te kiezen voor een PPT in hun verdragen.²¹³

Nu er wordt gesuggereerd dat de antimisbruikbepalingen uit het MLI het verschil zullen gaan maken in de strijd tegen BEPS, zal dit hoofdstuk verder ingaan op het probleem verdragsmisbruik en de reeds bestaande maatregelen hiertegen. Daarnaast tracht dit hoofdstuk een nader kritisch licht te schijnen op de voorgenomen keuze van de Staatssecretaris en op een breder internationaal gevolg.

De centrale vraag in dit hoofdstuk is als volgt geformuleerd:

“In hoeverre is de MLI de oplossing voor het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en wat is daarbij de verhouding met andere antimisbruikbepalingen? Hoe wordt dit vanuit Nederlands oogpunt beoordeeld?”

²¹² Ibid., p.9-11.

²¹³ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.135, p.5.

4.2. Verdragsmisbruik

4.2.1. Nadere definitie verdragsmisbruik

Verdragsmisbruik in de vorm van treaty shopping is onwenselijk. Een bilateraal belastingverdrag is een bindende overeenkomsten tussen landen waarbij intensieve onderhandelingen aan vooraf zijn gegaan om overeen te komen welk land welke heffingsbevoegdheden naar zich toe kan en mag trekken. Een deel van de nationale soevereiniteit kan daarbij prijs gegeven zijn. Hierdoor acht de OESO, tezamen met de lidstaten, het belangrijk dat het gebruik van een belastingverdrag volgens het beoogde doel en strekking gebeurt. In het OESO Commentaar is vastgelegd wat dit bepaalde doel en strekking behelzen. Hierin valt te lezen dat door het voorkomen van dubbele belastingen, de uitwisseling van diensten, goederen en kapitaal gestimuleerd worden. Tevens is het de bedoeling van een verdrag, naast het voorkomen van dubbele (niet)belasting, om belastingontwijking en –ontduiking tegen te gaan.²¹⁴ Enkel is de vraag wat de verhouding tussen deze twee doelstellingen is. Als het commentaar als leidend en feitelijk genomen wordt, valt op dat het stimuleren van onderling verkeer de bovenhand heeft ten opzichte van het tegengaan van belastingontwijking en –ontduiking. Dit is een misleidend doel in het voorbeeld waarin door de ontwijking van belasting ook het vrije verkeer wordt gestimuleerd. Daarom zal in elke situatie zowel de stimulering van het vrije verkeer alsmede het tegengaan van de ontwijking en ontduiking van belasting in het doel meegenomen worden.²¹⁵ In alle gevallen waarin het gebruik van het verdrag leidt tot de ontwijking of ontduiking van belasting, kan het gebruik kwalificeren als misbruik. Ongeacht of het vrije verkeer hiermee gestimuleerd wordt, is dit mijns inziens niet in lijn met de doel en strekking van een belastingverdrag. Het NFV 2011 definieert verdragsmisbruik als het oneigenlijk gebruik maken van verdragsvoordelen door personen waarvoor de voordelen niet bedoeld zijn.²¹⁶

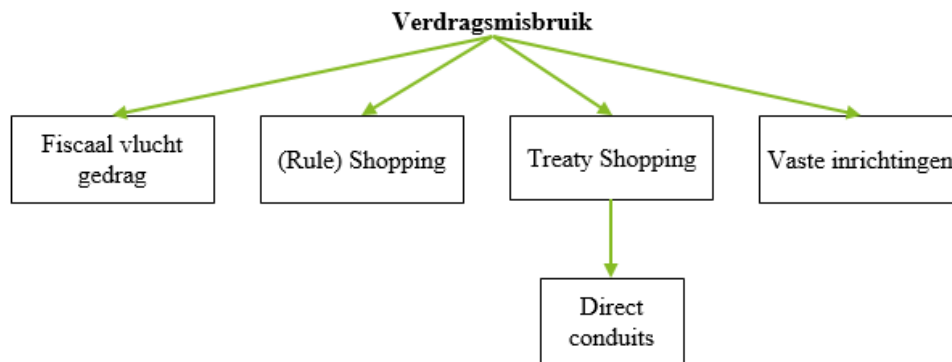
In de subparagrafen hierna, zal nader worden ingegaan op enkele voorbeelden van dit verdragsmisbruik. Leidend door het NFV 2011, is er gekozen voor de volgende categorieën: fiscaal vluchtgedrag, *shopping*, *treaty shopping* en vaste

²¹⁴ OESO Commentaar art.1, par.7: “*The 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.*”

²¹⁵ Vleggeert 2013, *Stop met het afgeven van tax rulings aan brievenbusmaatschappijen*, WFR 2013/916. par.4.

²¹⁶ Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par.1.3.4, p.25.

inrichtingssituaties in driehoeksituaties. Dit is hieronder eerst in een figuur weergegeven.



Figuur 4.1: schematische weergave verdragsmisbruik.

4.2.1.1. Fiscaal vluchtgedrag²¹⁷

Het NFV 2011 definieert het begrip fiscaal vluchtgedrag als een inwoner van een staat emigreert naar een verdragspartner om te profiteren van de combinatie van verdragsvoordelen – in de zin van heffingsbevoegdheden – en buitenlandse fiscale wetgeving. Nederland heeft enkele bepalingen om dit gedrag te ontmoedigen. Er kan niet worden geëmigreerd zonder een fiscale claim op te lopen over winsten, kapitaal en pensioen bijvoorbeeld.²¹⁸

4.2.1.2. Shopping

Shopping is het fenomeen dat verdragsinwoners bewust handelt om oneigenlijk gebruik maakt van andere verdragsbepalingen waar zij in beginsel geen recht op hebben. Dit wordt ook wel aangeduid als *rule shopping*. Ter illustratie kan er gedacht worden aan de situatie dat de belastingplichtige – tevens verdragsinwoner – in zicht van een dividenduitkering ervoor kiest eigen aandelen in te kopen om bronbelasting op dividend uit de weg te gaan en de vervreemdingswinst in de woonstaat in de grondslag te betrekken, dividendstripping. Op deze manier speelt de verdragsinwoner met de heffingsbevoegdheden van de staten.

²¹⁷ Omwille de relevantie m.b.t. het MLI, zal dit voorbeeld niet verder worden uitgewerkt.

²¹⁸ Ibid., p.25-26.

4.2.1.3. Treaty shopping

Het Nederlandse verdragennetwerk kent geen 100% overeenkomende bilateraal belastingverdragen.²¹⁹ Dit betekent dat globaal elk verdrag uniek is.²²⁰ Dit houdt vervolgens in dat er mogelijkheden open liggen voor multinationals om de structuur van de organisatie zo vorm te geven dat er gebruik kan worden gemaakt van voordelige bepalingen uit meerdere belastingverdragen. In beginsel is hier niets mis mee, maar dit kan kwalificeren als het oneigenlijk gebruik maken van verdragsvoordelen waarvoor die in principe niet voor zijn bedoeld. Dit wordt in de NfV 2011 *treaty shopping* genoemd.²²¹

Treaty shopping wordt veelal bewerkstelligd door middel van het tussenschuiven van een zogenoemde doorstroommaatschappij de inkomsten voordelig in een andere staat te krijgen vanwege een gesloten verdrag met het land van de doorstroommaatschappij. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten doorstroomlichamen: directe en indirecte structuren.²²² Het volgende voorbeeld zal illustreren hoe directe *treaty shopping* in de praktijk eruit ziet.²²³ Opgemerkt dient te worden dat het mogelijk is dat bepaalde structuren opgezet zijn op basis van andere motieven dan het behalen van fiscale voordelen. Echter volgt uit de literatuur dat dit in verhouding minder vaak het geval is omdat deze structuren veelal de kenmerken van belastingontwijking kennen.²²⁴

²¹⁹ Van Raad (2015), *Cursus Belastingrecht*, p.179.

²²⁰ De structuur is veelal gebaseerd op het OESO Modelverdrag of het UN-Modelverdrag, maar de invulling van de details zijn volledig gebaseerd op de onderhandelingen en behoeftes tussen de twee staten.

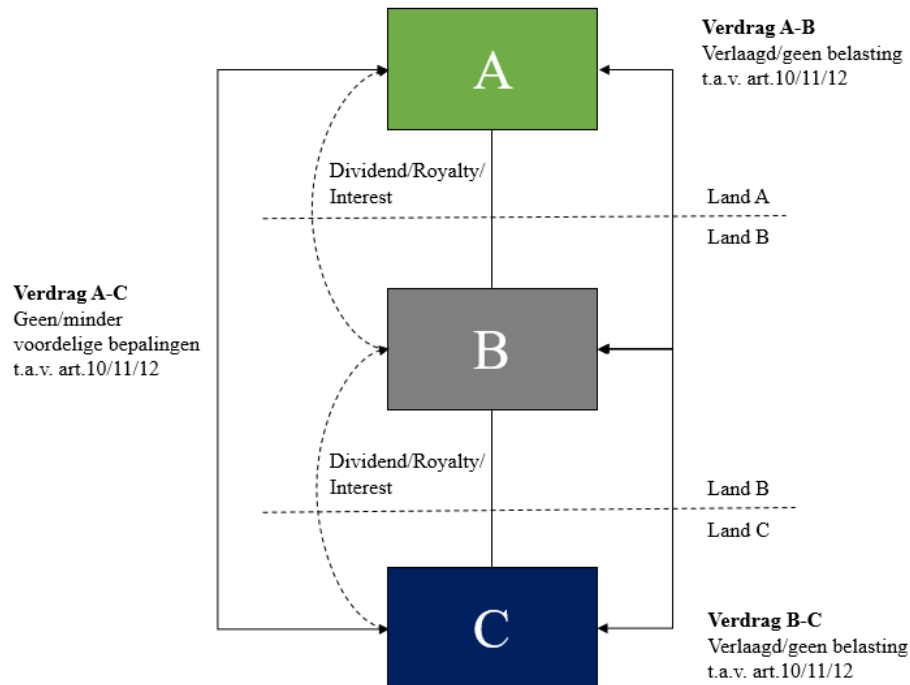
²²¹ Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011, par.2.9.5; Het begrip *Treaty Shopping* kent haar grondslag in het begrip *forum shopping*: een strategische route in het civiele recht zoeken voor een gunstigere rechtsgang ter verslechtering van het geschil. Rosenbloom 1983, p.783.

²²² OESO 1986, *Double taxation conventions and the use of conduit companies*, R(6)-2/3.

²²³ Dit voorbeeld is afgeleid uit het OESO Rapport uit 1986. Gemakshalve beperken de voorbeelden zich tot de artikelen 10, 11 en 12 omdat in deze bepalingen de afwijkingen van groots belang kunnen zijn tussen gesloten belastingverdragen.

²²⁴ Panyani (2007), p.38: deze kenmerken zijn het ontbreken van substance, het lichaam is door belastingplichtige in een ander land opgericht en inkomsten zijn niet/nauwelijks aan belastingen onderworpen.

Direct conduits



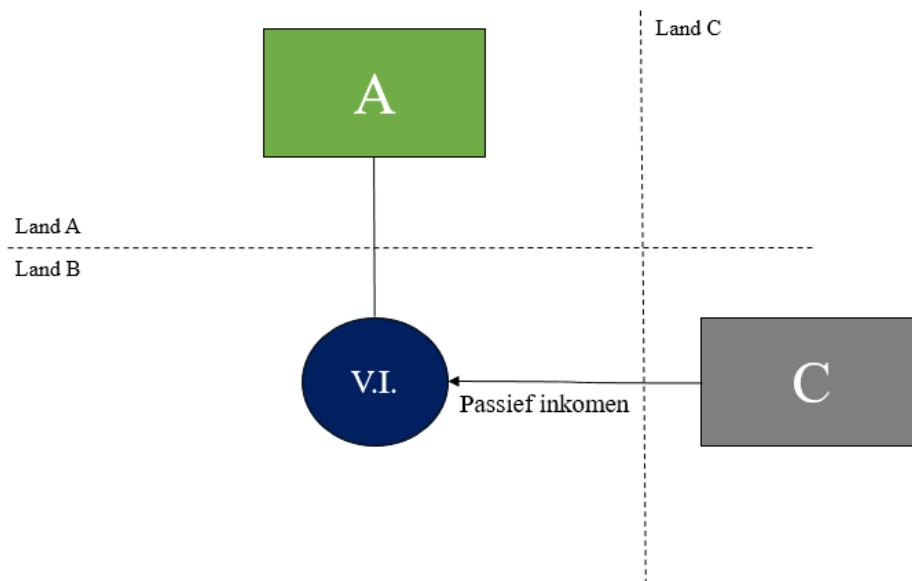
Figuur 4.2: Direct conduits structuren.

Deze *direct conduits* structuur geeft de situatie weer waarin de dochterentiteit C een dividend, royalty of rente betaling doet aan uiteindelijk haar Moedervernootschap A. In beginsel zal land C een bronbelasting conform de nationale wetgeving heffen over de betaling. Tevens zal land A de inkomsten betrekken in de grondslag op basis van het woonplaatsbeginsel. Veelal is er vanwege het ontstaan van deze dubbele belastingsituatie een verdrag gesloten inzake het tegengaan van onnodig dubbel heffen van belasting. Echter bestaat de mogelijkheid dat er geen belastingverdrag gesloten is of dat het verdrag niet/niet volledig ziet op vrijstelling of verrekening van bronbelastingen. Vanuit deze positie kan een belastingplichtige er voor kiezen een vennootschap in de structuur tussen te voegen om de betalingen tegen een gunstiger tarief bij de moedervernootschap te krijgen. Doorstroomland B zal in de regel een gunstig verdrag met zowel het bronland als het uiteindelijk ontvangstland kennen. Bijvoorbeeld zal de uitkering vanuit C naar B belastingvrij genoten kunnen worden

onder de Moeder- Dochterrichtlijn en de dooruitkering van B naar A een gereduceerd tarief kennen waardoor een lagere belastingdruk gegenereerd kan worden.²²⁵

4.2.1.4. Vaste inrichtingen

De vierde variant van het misbruiken van een belastingverdrag ziet op *triangular situations*²²⁶. Er kan worden uitgegaan dat een vaste inrichting in staat B passief inkomen geniet uit land A. Zie het figuur hieronder:



Figuur 4.3: Vaste inrichting misbruiksituatie.

In eerste instantie valt op dat elk land in beginsel heffingsbevoegd is: staat A op basis van het woonlandbeginsel inzake het hoofdhuis, staat B op basis van de werkelijke activiteiten en land C op basis van het bronlandbeginsel. Echter schuilt het venijn in het gebruik van de gesloten afspraken tussen deze drie staten. Misbruik kan worden gegenereerd omdat het verdrag A-B op basis van artikel 7 de heffingsbevoegdheid aan land B toewijst. Verdrag B-C vindt geen toepassing omdat een vaste inrichting geen verdragsinwoner is. Tot slot zal verdrag A-C enkel regelen wat de hoogte van

²²⁵ Volgens het rapport OESO 1986, *Double taxation conventions and the use of conduit companies*, bestaat de indirecte variant uit het feit dat wanneer het doorstroomlichaam volledig belast wordt over de dividend/interest/royalty inkomsten uit de dochtervennootschap, waardoor er via de toevoeging van een nieuwe entiteit aan de structuur - in een fiscaal gunstig land - de belastingdruk in de eerste doorstroomentiteit kunstmatig verlaagd kan worden en de dividenden, royalty- of rentebetalingen via de tweede doorstroomentiteit voordelig naar de moedermaatschappij kunnen worden uitgekeerd.

²²⁶ Fett (2014), *Triangular Cases: The Application of Bilateral Tax Treaties in Multilateral Situations*, p.5.

de bronbelasting zal zijn. Als deze belastingplichtige ervoor kiest de VI te ontplooiën in een laagbelast land, wordt er door deze structuur een reëel bedrag aan belasting ontgaan.

4.2.2. Bestaande bestrijdingsmaatregelen

In de vorige paragraaf is naar voren gekomen dat verdragsmisbruik ziet op het gebruiken van een belastingverdrag tegen de doel en strekking in. Dit gebeurt in meerdere vormen, waarvan *treaty shopping* de grootste omvang kent. In beginsel is verdragsmisbruik niet een illegale bezigheid. Hiermee kan dit fenomeen alleen bestreden worden met antimisbruikmaatregelen in zowel de verdragen als in de nationale wetgeving. Met de introductie van het MLI, is er beoogt misbruik specifieker en strenger tegen te gaan in de verdragen. Echter is het MLI niet de eerste internationale maatregel die omtrent getroffen is. Om het voorgestelde maatregelpakket in een beter perspectief te zien in de internationale beweging tegen fiscaal misbruik, zal de komende paragraaf bestaande antimisbruikbepalingen nader behandelen op internationaal en verdragsniveau.²²⁷

De opbouw van de hierna volgende subparagrafen is als volgt weergegeven:

Bestaande antimisbruikbepalingen		
Nationaalrechtelijke leerstukken	Beneficial ownership	LOB
		MPT
		PPT

Tabel 4.1: Bestaande antimisbruikbepalingen.

4.2.2.1. (Nationaal)-Rechtelijke leerstukken

(Nationaal)rechtelijke leerstukken bestaan uit leerstukken die gevormd zijn op rechtsbeginselen waarop de rechtsorde is gebaseerd. Dergelijke leerstukken werken eenzijdig en kunnen per lidstaat verschillen. Veelal zien dergelijke leerstukken op het omkaderen van een juiste benadering van de wet. Een belangrijk verschil in de gedachte van de werking van een verdrag is de keuze voor een monistisch of een dualistisch belastingstelsel. Op grond van artikel 94 uit de Nederlandse Grondwet (hierna: “GW”) kent het belastingverdrag een hogere rangorde dan de nationale

²²⁷ Omwille de relevantie van deze masterthesis en conform de afbakening uit hoofdstuk 1, zal eenzijdig nationale wetgeving niet nader worden beschouwd. Een verwijzing zal, indien nodig, als voldoende worden geacht.

wetgeving indien zij niet verenigbaar is met de bepaling in het verdrag.²²⁸ Echter kan het wel zijn dat de nationale bepaling een directe werking kent in het verdrag, waardoor deze van toepassing blijft. Dit noemt men het monistisch stelsel. Het dualistisch stelsel verplicht de lidstaat het verdrag in de nationale wet door te voeren. In probleemsituaties valt men in die gevallen terug op het specialiteits- of prosteriteitsbeginsel: de specifiekere of nieuwere bepaling heeft voorrang op de verdragsbepaling. Deze definitie wordt samengevat in het begrip *treaty override*.²²⁹

Vanuit een Nederlands oogpunt kunnen als doorwerkende bepalingen onder andere worden aangemerkt de volgende leerstukken: *fraus legis*-leerstuk of de *substance-over-form*-gedachte. Deze bepalingen trachten het handelen in strijd met de nationale wet tegen te gaan. Belangrijke elementen van deze leerstukken zijn dat zowel het motief als de vorm van de beoogde transactie/structuur in lijn zijn met de doel en strekking van de wettelijke bepaling.²³⁰ Vanuit de OESO is de doorwerking van deze leerstukken geoorloofd.²³¹ Echter heeft Nederland voor deze codificatie een voorbehoud gemaakt,²³² waardoor het NFV 2011 hanteert dat dergelijke bepalingen niet doorwerken in het verdrag tenzij dit expliciet overeengekomen en vermeld is in het verdrag.²³³

Naast het *fraus legis*-leerstuk, kent de fiscaliteit ook het beginsel *fraus conventionis*. Dit op het *fraus legis* lijkende leerstuk, ziet specifiek op het handelen in strijd met de doel en strekking van het verdrag(sbepalingen).²³⁴ Het kenmerk waardoor *fraus conventionis* per definitie anders is dan *fraus legis*, is dat een fiscaal gedreven handeling niet altijd in strijd hoeft te zijn met het beoogde doel van een verdrag.

²²⁸ Artikel 94 Grondwet: “Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

²²⁹ Het verdrag van Wenen – artikel 26 jo. 27 – verzet zich tegen *treaty override*. Deze bepaling uit het volkenrecht bepaalt dat de staten het verdrag te goeder trouw uitoefenen, waardoor het beroep op tegenstrijdige nationaalrechtelijke bepalingen wordt verboden. OESO 1989, *Tax Treaty Override*, p.4-10. Dit is tevens de reden dat het beleid wat Nederland doorvoert in haar verdragen geen *treaty override* bevat. NFV 2011, par.2.19.

²³⁰ De Werd (2017), *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par.7.5.

²³¹ OESO Commentaar artikel 1, par.9.1-9.4.

²³² Ibid., par.27.7.

²³³ Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011, par.2.20.1. Dit standpunt ligt in lijn met de visie van de Hoge Raad omtrent de doorwerking van antimisbruikbepalingen in verdragen. Hieronder vallen bijvoorbeeld de fictiebepalingen als de voornoemde leerstukken. Zie o.a.: HR 15-12-93, nr. 29 296, BNB 1994/259, HR 6-12-02, nr.35 773, BNB 2003/285, HR 5-9-2003, nr.37 651, BNB 2003/379.

²³⁴ De Graaf et al. (2012), *Internationaal Belastingrecht*, p.224.

Daarom wordt door sommige landen dit ruimere begrip als een algemeen geldend verdragsmisbruikleerstuk gebruikt.²³⁵ Echter is de Hoge Raad hierin zeer terughoudend en vindt dat ook deze benadering niet samen gaat met een autonome toepassing van het verdrag.²³⁶

Waar de lidstaten de mogelijkheid hebben deze leerstukken door te laten werken in de door hun gesloten verdragen, ligt het vanuit Nederland oogpunt lastiger. In het NFV 2011 is hierom neergezet dat met betrekking tot antimisbruikbepalingen in een verdrag Nederland bereid is bepalingen op te nemen als het risico van misbruik zich voordoet.²³⁷ Welke bepalingen dit zijn, zullen in de volgende subparagrafen uiteengezet worden.

4.2.2.2. Beneficial Ownership

Een alom bekende antimisbruikbepaling in het Nederlandse verdragenbeleid is het *Beneficial Ownership*. Deze maatregel vindt bijvoorbeeld zijn toepassing in het verdrag tussen Nederland en Japan: dividendartikel 10.²³⁸ Het komt erop neer dat een verlaagd dividendtarief – of rente/royalty-tarief – alleen toegepast wordt als de ontvanger de uiteindelijk gerechtigde tot het dividend is en gevestigd is in de verdragsluitende staat. Zo wordt er getracht oneigenlijk gebruik van een verdrag door personen voor wie het verdrag niet bedoeld, is tegen te gaan. In het OESO commentaar is dan ook expliciet opgenomen de *beneficial owner*-toets verdragsmisbruik tracht te voorkomen.²³⁹

Echter is de vraag in hoeverre het *beneficial ownership* effectief optreedt tegen oneigenlijk gebruik van verdragen. Het OESO commentaar kent geen definitie van dit begrip, waardoor er in beginsel voor de uitleg verwezen moet worden naar de nationale wetgeving.²⁴⁰ In de Nederlands wet springt dan al snel het begrip

²³⁵ Tydeman-Yousef (2014), *Fraus Conventionis, qua eest ?*, WFR 2014/3, p.4.

²³⁶ HR 12-5-06, nr. 39 223, BNB 2007/36.

²³⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par.2.20.2.

²³⁸ Artikel 10 lid 2 Verdrag NL-JAP: “[...] if the beneficial owner of the dividends, is a resident of the other contracting state, the tax so charged shall not exceed: [...] if the beneficial owner is a company that has owned, directly or indirectly, shares representing at least 10 percent of the voting power [...]”.

²³⁹ OESO Commentaar art.1 par.10.

²⁴⁰ Dit gaat op basis van artikel 3 lid 2 OESO Modelverdrag. Dit is destijds bevestigd door de Staatssecretaris in *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 896, nr.117b, p.4-7.

uiteindelijke gerechtigde naar voren.²⁴¹ Echter, *beneficial owner* is een autonoom internationaal begrip een effectiever middel tegen misbruik, waardoor in zowel 2003 als 2014 aanpassingen in het OESO Commentaar zijn gemaakt rondom het begrip *beneficial owner*. Omwille de relevantie, wordt er beperkt tot een verwijzing naar de paragraaf 12 van het dividendartikel in het OESO Commentaar. Hierin is duidelijk neergelegd dat dit begrip op een autonome wijze conform de gedachte van het verdrag dient te worden uitgelegd.²⁴² Verdere handvatten worden aangereikt in het vervolg van paragraaf 12, waarna ook de beperking van de maatregel is weergegeven. In 12.5 stelt de OESO dat het begrip *beneficial owner* een beperkte maatregel is die in het geval van toepassing van een verdragsvoordeel door het voldoen aan het *beneficial ownership* alsnog kan worden verworpen door andere antimisbruikmaatregelen.

4.2.2.3. Limitations on Benefits-bepaling

Volgens de Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011 knoopt Nederland bij twee uitgangspunten aan in de strijd met verdragsmisbruik. Daarvan is de eerste een *person/entity-based*-benadering: aanknoping bij de aard en activiteiten van de (rechts)persoon die gerechtigd is tot de inkomsten.²⁴³ De meest verrijkende belichaming van deze benadering is de *limitations on benefits*-bepaling (hierna: “LOB”). De LOB legt een persoon of entiteit bepaalde kwalitatieve en kwantitatieve eisen op waar zij aan dienen te voldoen om verdragsvoordeel, of zelfs verdragstoegang, te mogen claimen. Dit druist in tegen het algemene uitgangspunt dat iedereen toegang heeft tot het verdrag(voordelen), tenzij oneigenlijk gebruik wordt geconstateerd.²⁴⁴ Voor een beknopte uitwerking van de LOB en de beperking van deze bepaling, wordt het verdrag met NL-US 1992 als voorbeeld gebruikt.

In lijn met de gedachte dat een belastingplichtige enkel verdragstoegang heeft indien zij aan de eisen voldoet uit de LOB bepaling, stelt de LOB dat er sprake moet zijn van een gekwalificeerd persoon (personen zonder winst oogmerk of een entiteit die voldoet aan een (in)directe beurs-/aandeelhouderstoets), personen die slagen voor de voordelen-/activiteiten- of hoofdkantoorstoets of belastingplichtige die zich beroepen

²⁴¹ O.a. artikel 4 lid 7 Wet op Dividendbelasting 1965, artikel 25 lid 2 Wet op Vennootschapsbelasting 1969.

²⁴² OESO Commentaar artikel 10 paragraaf 12-12.4.

²⁴³ NFV 2011, par.2.20.2.

²⁴⁴ Burgers et al. (2015), *Wegwijs in het internationaal en Europees belastingrecht*, p.462.

op de vangnetbepaling.²⁴⁵ Kortom toetsen de criteria uit de LOB in hoeverre de persoon in voldoende mate een band heeft met de verdragsluitende staten.²⁴⁶ De Staatssecretaris zegt, mijns inziens terecht, in het NFV 2011 dat een LOB het risico van een overkill met zich mee draagt.²⁴⁷ Dit kan onderbouwd worden met het feit dat deze strikt objectieve bepalingen het in de meeste gevallen onnodig bemoeilijken om toegang tot het verdrag te krijgen. Anderzijds levert een strenge objectieve toets meer rechtszekerheid voor de belastingplichtige op: ze weten ten slotte precies waar ze aan toe zijn, mits het artikel begrepen wordt. Volgens de OESO is de LOB-bepaling daadkrachtig in het aanpakken van gekunstelde structuren en daarmee *treaty shopping*. Dit is tevens de zwakte van de maatregel omdat door de focus op *treaty shopping* andere misbruikvormen niet aangepakt worden.²⁴⁸ Kortom, is naar mijn mening de LOB een evenwichtige bepaling die tijdens de verdragsonderhandeling correct uitgebalanceerd kan worden en tevens meer dan voldoende rechtszekerheid biedt, maar in het kader van algemene antimisbruik te specifiek is.

4.2.2.4. Main Purpose-toets

Het tweede aanknopingspunt van het NFV 2011 is de *transaction-based*-benadering: een open norm benadering van de transactie ter beoordeling of de transactie niet kwalificeert als oneigenlijk gebruik van de transactie.²⁴⁹ Deze zienswijze is vanwege de open normen meer generiek dan een LOB-bepaling en biedt daarom een grote flexibiliteit voor de landen. De ‘mascotte’ van de *transaction-based*-benadering is de *main purpose test* (hierna: “MPT”). De MPT kenmerkt zich door de subjectieve toetsing van de *main purpose/one of the main purposes* ofwel (een van de) het voornaamste doel van elke zelfstandige transactie **niet** het verkrijgen van verdragsvoordeel is. Volgens *Bender* leent zo’n open norm benadering zich uiterst geschikt voor maatwerk in de strijd tegen misbruik, maar biedt niet dezelfde mate van rechtszekerheid.²⁵⁰

²⁴⁵ Voor een verdere uiteenzetting van de toetsing, wordt er verwezen naar de analyse in paragraaf 4.3.2.2.

²⁴⁶ Artikel 26 Verdrag NL-US.

²⁴⁷ NFV 2011, p.70.

²⁴⁸ OESO, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015, p.19.

²⁴⁹ Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011, par.2.20.2.

²⁵⁰ *Bender* (2011), *Antimisbruikregels in verdragen : een balancing act*, p.5.

In 2003 heeft de OESO in het toen gewijzigde commentaar de MPT terug laten komen onder artikel 1.²⁵¹ In lijn met deze toevoeging is in het verdrag NL-UK op verscheidende plekken een MPT-benadering opgenomen. In onder andere artikel 10 lid 3, 11 lid 5, 12 lid 5 en 20 lid 4 worden de verdragsvoordelen op dividenden, rente en royalty's geweigerd in geval de transactie gebezigd is door fiscale motieven.²⁵²

4.2.3. BEPS Actieplan 6

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat de bestaande antimisbruikbepalingen nog niet de 'perfecte' oplossing biedt ten aanzien van het oneigenlijk gebruik van bilaterale belastingverdragen. Zo verschilt het tussen landen of nationaalrechtelijke leerstukken doorwerken, is de *beneficial ownership* toets niet voldoende ten aanzien van alle misbruiksituaties, weerhoudt de complexiteit van de LOB-bepaling veel staten deze te implementeren en is een MPT-benadering nog niet volmaakt. Geplaatst in een breder BEPS-kader, is het misbruik van verdragen dan wel de verkrijging van toegang tot een verdrag door personen waar het verdrag niet voor bedoeld is, de grote aanleiding tot BEPS. Hierdoor hecht de OESO veel waarde aan het goed functioneren van bepalingen die beogen misbruik tegen gaan. Het BEPS-actieplan zes zegt hierover het volgende:

*"The Commentary on Article 1 of the OESO Model Tax Convention already includes a number of examples of provisions that could be used to address treaty-shopping situations as well as other cases of treaty abuse, which may give rise to double non-taxation. Tight treaty anti-abuse clauses coupled with the exercise of taxing rights under domestic laws will contribute to restore source taxation in a number of cases."*²⁵³

Zodoende is in het BEPS-actieplan 6 een voorstel gedaan een minimale standaard antimisbruikbepaling in de verdragen op te nemen om te waarborgen dat elk land hetzelfde niveau bestrijding van oneigenlijk gebruik hanteert. Dit houdt in dat er een aanpassing komt in de preambule die zegt dat de doel en strekking van het verdrag uitgebreid wordt met het zinsdeel 'dubbele belasting te voorkomen zonder het

²⁵¹ OESO Commentaar artikel 1 par.21.4: *"The provisions [...] shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned [...]"*.

²⁵² Verdrag NL-UK.

²⁵³ OESO (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.13.

creëren van dubbele niet-belasting of verlaging van belastingheffing door middel van oneigenlijk gebruik'.²⁵⁴

Verder stelt de OESO voor om *treaty shopping* specifiek aan te pakken door de verdragspartijen de keuze te bieden om een LOB-bepaling in het verdrag op te nemen. Gezien de OESO erkent dat een LOB-bepaling enkel ziet op *treaty shopping* en daarmee de benodigde doeltreffendheid mist, stellen ze het vereiste de (al dan niet vereenvoudigde) LOB-bepaling aan te vullen met een *principle purpose test* (hierna: "PPT"). Zodoende zal het verdrag bestand zijn tegen elke vorm van antisbruik in een specifieke en generieke manier. In geval van de landen waarbij nationaalrechtelijke leerstukken toepassing vinden in hun internationale verdragsbeleid, kan de combinatie met een PPT-bepaling ook vervangen worden door nationaalrechtelijke antisbruikbepalingen (specifiek op doorstroomentiteiten). Een uitgebreide versie van de LOB-maatregel is wel vereist. Tevens en tot slot is de keuze voor enkel de PPT-bepaling op te nemen in het verdrag ook mogelijk.²⁵⁵ Deze mogelijkheid uit het BEPS Actierapport zes weerspiegelt de nationale voorkeur voor een generieke (GAAR) of een specifieke (SAAR) antisbruikbepaling.

In het hierna volgende deelhoofdstuk zal de directe codificatie van actieplan zes in het verdrag door middel van het Multilaterale Instrument, Actieplan 15, beschouwd worden.

²⁵⁴ Ibid., p.91-93.

²⁵⁵ Ibid., p.10.

4.3. Antimisbruikmaatregel in het Multilateraal Instrument

4.3.1. Inleiding

Thema drie van het MLI voorziet voornamelijk in een minimum standaard voor alle deelnemende OESO-landen. Deze minimum standaard is een codificatie van actieplan zes in de verdragen en ziet op het opnemen en het al dan niet aanpassen van de antimisbruikbepalingen in de *covered tax agreements*. Thema drie bestaat uit zes artikelen, waaronder twee minimum implementaties en vier keuzemaatregelen in de vorm van een *opt-out*. De antimisbruikbepalingen zijn in deze vorm in het MLI geplaatst omdat door de minimum bepaling er wordt voldaan aan het niveau van antimisbruik bepaald door de OESO. De overige *opt-out* bepalingen kunnen hieraan een strengere eis toevoegen indien dit gewenst is.

Opgesomd luidt de volgorde van antimisbruik-artikelen uit thema 3 als volgt:

- Art.6 Aanpassing van de preambule;
- Art.7 Keuzemogelijkheden PPT – LOB-S;
- Art.8 Dividend bezitstermijn;
- Artikel 9 Vastgoedlichaam bezitstermijn;
- Artikel 10 Misbruikbepaling VI's; en
- Artikel 11 Saving Clause.²⁵⁶

Omwille de relevantie van de analyse van deze thesis en daar dit bijdraagt aan de beantwoording van de probleemstelling, zal artikel 7 uitgebreid beschouwd worden. De aanpassing van de preambule in artikel 6 lid 1 zal voor iedere staat verplicht worden gesteld en is vandaar niet interessant voor een nadere uiteenzetting. Een verwijzing zal voldoende worden geacht. Artikel 8 en 9 zien op de invoering van een bezitstermijn. Dit zijn *reservation*-artikelen. Omdat de werking van deze artikelen deels samenhangen met artikel 7, zullen artikel 8 en 9 beperkt beschouwd worden in het licht van artikel 7. Omdat de VI's in deze thesis niet worden behandeld, wordt er niet nader ingegaan op artikel 10. De saving clause in artikel 11 wordt enkel behandeld in het licht van de overige artikelen.

²⁵⁶ Multilateraal Instrument, p.8-18.

4.3.2. Voorkoming van verdragsmisbruik

Als belangrijkste keuze uit het Multilateraal Instrument merkt de Staatssecretaris op dat de implementatie van BEPS Actiepunt zes vooraan staat.²⁵⁷ De hierin vermelde methodes ter bestrijding van oneigenlijk gebruik zijn niet nieuw. In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat de internationale fiscaliteit menig antimisbruikbepaling kent: LOB en PPT als hoofdbepalingen. De reactie van de Staatssecretaris is hierdoor ook niet gek: treaty shopping is een groot probleem en kan alleen effectief aangepakt worden doordat elk land dezelfde (minimum) standaard hanteert. Echter de LOB en PPT staan figuurlijk tegenover elkaar. De eerste toets biedt rechtszekerheid en complexiteit, maar de PPT biedt flexibiliteit maar minder rechtszekerheid. Het voorstel uit de MLI zoekt de perfecte middenweg. Zoals *Bender* in 2011 al beschreef in haar bijdrage in het WFR en ik citeer: ‘deze keuze is zowel het evenwicht tussen rechtszekerheid en maatwerk als de balans tussen de dominee en koopman’.²⁵⁸

BEPS Actiepunt zes, dus ook het MLI, geeft een drietal keuzes:²⁵⁹

- Invoeren of vervangen van de PPT; of
- Invoeren of vervangen van de PPT plus een eenvoudige versie van de LOB; of
- Invoeren of vervangen van een gedetailleerde LOB plus een bepaling tegen conduit-structuren.

Voorts is het relevant te vermelden dat de staten kunnen opteren om de standaardbepaling ‘PPT’²⁶⁰ niet op te nemen in de *covered* verdragen, maar worden dan wel verplicht een op maat gemaakte gedetailleerde LOB-bepaling inclusief een mechanisme tegen *conduit*-situaties op te nemen.²⁶¹ Dit geldt logischerwijs niet voor verdragen die al voldoen aan de minimum standaard van de voorgestelde PPT.²⁶²

Hierna volgt een uiteenzetting van deze keuzes met daarin een vergelijk opgenomen met de huidige versie van deze bepalingen.

²⁵⁷ Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr.135, p.4, par.2.2.3.

²⁵⁸ *Bender* (2011), *Antimisbruikregels in verdragen : een balancing act*, WFR 2011/539, p.1.

²⁵⁹ BEPS (2015) Actiepunt 6, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.19.

²⁶⁰ Artikel 7, lid 1 jo. 2 MLI.

²⁶¹ *Ibid.*, lid 15, sub a.

²⁶² *Ibid.*, lid 15, sub b.

4.3.2.1. Principle Purpose Test

Artikel 7 lid 1 bevat de PPT-bepaling zoals weergegeven in Actiepunt zes. Deze bepaling wordt conform lid 2 *in place of* of *in absence of* een bestaande PPT-bepaling opgenomen in het verdrag, mits beide verdragslanden welwillend zijn een PPT-benadering te implementeren.²⁶³ De voorgestelde toevoeging/vervanging luidt als volgt:

Article 7, paragraph 1

*Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under this Covered Tax Agreement 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 granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement..*²⁶⁴

Uit het ontlede van deze bepaling volgt dat de bepaalde verdragsvoordelen niet worden verleend indien niet het juiste motief en norm ten grondslag liggen aan een bepaalde *arrangement or transaction*.

Dit motiefvereiste is een gesubjectieerde toetsing. Er dient bepaald te worden of het behalen van verdragsvoordeel niet *one of the principal* doelen is. In het Nederlands wordt dit getoetst door na te gaan of één van de hoofddoelen/voornaamste doelen van de transactie of structuur het realiseren van verdragsvoordeel is. Een verschil wat opvalt met de huidige MPT in het OESO Commentaar²⁶⁵ is de keuze voor *principal* in plaats van het al bestaande *main*. Naar mijn mening zijn deze woorden in de Engelse taal synoniem aan elkaar. Rust betoogt dat het gebruik van het ‘zwaardere’ woord *principal* de PPT uit het MLI strenger maakt dan de voorgestelde

²⁶³ Artikel 7, lid 2 MLI.

²⁶⁴ Artikel 7, lid 1 MLI.

²⁶⁵ OESO Commentaar artikel 1, par.21.4.

regeling uit het Actieplan zes, omdat een van de voornaamste doelen makkelijker is aangetoond dan een van de hoofddoel.²⁶⁶ Deze gedachte is mijns inziens vergezocht.

Kok merkt op dat het slechts aantonen van één van de voornaamste doelen een lichte toets is voor belastingautoriteiten en wellicht een overkill-karakter kent.²⁶⁷ Deze gedachte is mijns inziens gebaseerd op de bijdrage van Kok in het WFR waarin hij beargumenteerd dat de PPT een belichaming is van het leerstuk *fraus conventionis* in het verdrag: het weigeren van verdragsvoordeel als het voornaamste doel het behalen van fiscaal voordeel is. Maar de PPT gaat onnodig verder dan het leerstuk door in te voeren dat één van de hoofddoelen ook voldoende wordt geacht. Veel staten voeren het leerstuk namelijk al door in het verdragsbeleid.²⁶⁸ Verdere kritiek op dit motiefvereiste komt van *De Broe et al.* Zij belichten het feit dat een belastingverdrag er in essentie voor is grensoverschrijdende activiteiten te stimuleren door middel van het weghalen van fiscale bemoeilijkheden. Elke ondernemer zal dit voordeel meenemen in de beslissing wel of niet de transactie uitvoeren of de structuur opzetten, waardoor de vormgeving van deze PPT ook verder gaat dan nodig.²⁶⁹

De bewijslast voor het normvereiste ligt bij de belastingautoriteiten. Zij dienen te beargumenteren dat de transactie of structuur als een van de hoofddoelen misbruik van het verdrag kent uit de objectieve feiten en omstandigheden. Hiervoor is geen hard bewijs nodig, een vermoeden volstaat.²⁷⁰ De belastingplichtige kan geen tegenbewijs leveren dat de transactie of structuur ontstaan uit louter zakelijke overwegingen, maar wordt beperkt tot een tegenbewijs wat ziet op een betoog dat er in lijn met de doel en strekking van de verdragsbepaling is gehandeld.²⁷¹ Verwacht wordt door Rust dat deze rechtsonzekerheid wordt gemijd door in alle gevallen zekerheid vooraf te zoeken.²⁷²

²⁶⁶ Prof. A. Rust (19-10-2017), *The impact of BEPS on tax treaties: Anti-abuse*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

²⁶⁷ Kok (2017), *Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het Multilateraal Instrument*, MBB 2017/04, p.3.

²⁶⁸ Kok (2015), *Enkele aspecten van de 'principle purpose test'*, WFR 2015/184, p.3.

²⁶⁹ De Broe et al. (2015), *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, 42 Intertax 2, p.132.

²⁷⁰ OESO (2015) BEPS Actiepunt 6, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.57.

²⁷¹ Deze tegenbewijsregeling vindt haar oorsprong in artikel 31 Verdrag van Wenen.

²⁷² Prof.dr. A. Rust (19-10-2017), *The impact of BEPS on tax treaties: Anti-abuse*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

De PPT-bepaling kent een tenzij-bepaling: het normvereiste. Deze toets toetst of de transactie of structuur in lijn ligt met het doel en de strekking van het desbetreffende verdrag. Indien dit het geval is, kan zij de motieftoets *overrulen*. Deze objectieve toetsing kent de MPT-bepaling niet. Hierdoor wordt de PPT, die door de subjectieve toets een grote flexibiliteit kent maar een lagere rechtszekerheid, positief meer uitgebreid. De doel en strekking van het verdrag dient te worden afgeleid van de verdragsinhoudelijke bepalingen in het licht van het algemene doel van het verdrag.²⁷³ In dit kader zijn de voorgestelde bezitstermijnen uit artikel 8 en 9 ook relevant. De verdragsluitende staten hebben expliciet de mogelijkheid deze termijnen op te nemen. Echter, indien zij opteren de bepaling *niet* op te nemen, is er een bepleitbare reden dat bijvoorbeeld de vergroting van een aandelenbelang naar het minimumvereiste net voor dividenduitkering voor de toepassing van het verlaagde dividendtarief, niet in strijd is met doel en strekking van het verdrag. Anders hadden de lidstaten hier wel voor gekozen betoogt Kok.²⁷⁴ Binnen het objectieve normvereiste is het speelveld voor de belastingplichtige nog relatief ruim, maar kan – in voornoemd voorbeeld – tegelijkertijd lijnrecht tegenover de motieftoets staan.

Tot slot wijst Rust op het feit dat het niet toekennen van een verdragsvoordeel door middel van de PPT leidt tot onzekerheid in welke vorm dit voordeel niet wordt toegekend. Enerzijds heeft hij het standpunt dat de bron beschermd wordt, omdat bijvoorbeeld een bronbelastingverlaging niet mag worden toegepast. Anderzijds is hij kritisch en merkt op dat een PPT niet een tweezijdige werking hoeft te kennen. Kan de belastingplichtige in de woonstaat wel een onbeperkte voorkoming toepassen of moet hier ook rekening gehouden worden met de uitkomst van de PPT in de bronstaat? Deze juridische consequenties zullen zijns inziens pas opgelost worden wanneer de eerste situaties zich gaan voordoen.²⁷⁵

²⁷³ Het algemene doel van het verdrag is ook in het MLI aangepast door artikel 6. Hierin wordt de preambule aangevuld waarin vervolgens komt te staan dat (vrij vertaald) het verdrag tracht te voorkomen dat dubbele of dubbele niet-belasting ontstaat en tevens belastingontwijking en –ontduiking tegen gaat. Artikel 6 MLI.

²⁷⁴ Kok (2017), *Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het Multilateraal Instrument*, MBB 2017/04, p.4.

²⁷⁵ Prof.dr. A. Rust (19-10-2017), *The impact of BEPS on tax treaties: Anti-abuse*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

4.3.2.2. Limitations on Benefits

In lid 8 van voornoemd artikel wordt een LOB-bepaling geïntroduceerd.²⁷⁶ Omdat een LOB-bepaling alleen niet voldoende wordt geacht door de OESO, kunnen lidstaten deze enkel doorvoeren in combinatie met de standaardbepaling PPT of als een gedetailleerde LOB-bepaling in combinatie met een mechanisme die *conduit*-structuren aanpakt.²⁷⁷ Deze *compatibility clause* is opgenomen in lid 15 onderdeel a, waarin onder meer is geregeld dat indien lidstaten ervoor opteren niet een PPT of een PPT plus een eenvoudige LOB op te nemen, de optie er is een gedetailleerde LOB in de verdragen te implementeren. Echter wordt expliciet vermeld dat in die gevallen de landen zelf tot een overeenstemming moeten komen over de inhoud van een dergelijk artikel.²⁷⁸ Deze subparagraaf zal daarom voornamelijk ingaan op de vormgeving van de *simplified LOB*.

De vereenvoudigde LOB-bepaling (hierna: “LOB-s”) kent haar oorsprong in de LOB-bepaling zoals de US deze implementeert in haar verdragen. Echter zullen de toetsen minder gedetailleerd en/of vergaand zijn. De LOB-s kent vier objectieve toetsen die bepalen of een verdragsvoordeel genoten mag worden: 1) *qualified person*-toets, 2) activiteitentoets, 3) afgeleide voordelentoets en 4) de vangnetbepaling.

Vooraf moet worden opgemerkt dat de LOB-s niet elke toets heeft gekopieerd van het US-verdragsbeleid: de hoofdkantoortoets zal niet meer worden opgenomen in de *Covered Tax Agreements*. Deze zeer objectieve criteria toets beoogde verdragsvoordeel te verlenen indien het lichaam als hoofdkantoor fungeerde van de groepsvennootschappen.²⁷⁹ Mijns inziens ontbreekt deze toets vanwege haar planningsmogelijkheden karakter. Daarnaast stuit de beurstoets ook op kritiek uit de literatuur. Zo vinden *Borrego* en *De Broe* dat deze delen per definitie niet

²⁷⁶ Artikel 7, lid 8 MLI.

²⁷⁷ OESO (2015) BEPS Actiepunt 6, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, p.20.

²⁷⁸ Artikel 7, lid 15, onderdeel a MLI: “[...] not to apply to its Covered Tax Agreements on the basis that it intends to adopt a combination of a detailed limitation on benefits provision and either rules to address conduit financing structures or principal purpose test, [...] in such cases, the Contracting Jurisdictions shall endeavor to reach a mutually satisfactory solution which meets the minimum standard;”.

²⁷⁹ Verdrag NL-US artikel 26, lid 5.

proportioneel zijn vanwege hun vergaande karakter wat betreft derde entiteiten.²⁸⁰
Deze toets is om die reden ook uit gehaald.

4.3.2.2.1. Qualified Person

In beginsel ontzegt de LOB-s de toegang tot een verdragsvoordeel voor inwoners, tenzij diegene een *qualified person* is.²⁸¹ Een gekwalificeerd persoon wordt aangeduid als a) een individueel persoon, b) onderdelen van politieke- of overheidsinstellingen, c) bedrijven waarvan of de aandelen geregeld worden verhandeld op de beurs, d) vrijgestelde lichamen of pensioen of investeringsfondsen of e) waarvan ten minste 50% van de aandelen worden gehouden door een gekwalificeerd persoon(en) – vanuit a of d – gedurende een periode van de helft de dagen van 12 maanden.²⁸²

In beginsel komt dit artikel overeen met de bepaling uit bijvoorbeeld het verdrag NL-US in artikel 26. Hierin is bepaald dat een inwoner van een van de verdragsluitende staten een *qualified person* is wanneer het aan grotendeels dezelfde criteria voldoet zoals opgenomen in artikel 7 lid 8 van het Multilateraal Instrument. De US-bepaling is echter iets uitgebreider voor de beursgenoteerde bedrijven: het verdrag kent een gedetailleerde (in)directe beurstoets voor lichamen. In het verdrag NL-US wordt een lichaam een gekwalificeerd persoon indien de voornaamste van zijn soort aandelen en alle disproportionele aandelen genoteerd staan op een erkende aandelenbeurs en deze ook geregeld verhandeld worden, mits ze een substance in het vestigingsland kennen. Dit resultaat kan tevens bereikt worden wanneer voor ten minste 50% van de aandelen worden gehouden door maximaal vijf beursgenoteerde bedrijven.²⁸³ Deze bepaling kent het BEPS Actieplan 6 maar in een eenvoudigere vorm,²⁸⁴ maar is in een nog eenvoudigere vorm in het MLI opgenomen. Hierin is alleen aangesloten bij de verhandelbaarheid op de erkende effectenbeurzen. Daarbij komt het MLI de complexiteit deze LOB-toets tegemoet. De algemene opvatting is

²⁸⁰ Borrega (2006), *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, p.478 en De Broe (2015), *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, p.129.

²⁸¹ Artikel 7, lid 8 MLI.

²⁸² Artikel 7, lid 9 MLI.

²⁸³ Verdrag NL-US artikel 26, lid 2, onderdeel c.

²⁸⁴ BEPS Actiepunt 6, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015, p.30: hierin is het onderscheid wel gemaakt tussen een eenvoudige en een gedetailleerde versie van de LOB. Dit onderscheid kent het MLI niet meer.

dat de uitvoerbaarheid onnodig complex wordt gemaakt, waarbij tevens ‘onschuldige’ beursgenoteerde bedrijven uit derde landen worden geraakt.²⁸⁵

Het verdrag met de US kent tevens een aandeelhouders- en grondslaguithollingtoets in artikel 26 lid 2 onderdeel f, deel i en ii. Dit is een aanvulling op de beurstoets in het geval er geen reële aanwezigheid in het vestigingsland is volgens de beurstoets. Alsnog kan de entiteit zich kwalificeren als *qualified person* indien is voldaan aan twee cumulatieve criteria. Ten eerste moeten op z’n minst 50% gedurende minimaal de helft de twaalf maanden gehouden worden door een gekwalificeerd persoon anders dan die uit de beurstoets. Vervolgens moet minder dan 50% van de bruto inkomsten afkomstig zijn of betaald zijn aan lichamen in derde landen als fiscaal aftrekbare instrumenten.²⁸⁶ Dit zuivert efficiënt de structuren met enkel doorstroomlichamen door een *channel approach* te hanteren voor de inkomsten en een *looking through approach* voor de structuur zelf. Benoemingswaardig is dat dit in zijn volledigheid uit de LOB-s gelaten is in het MLI. In lid 9 onderdeel e wordt louter aangesloten bij het houden van ten minste 50% van de aandelen voor de helft van het jaar door een gekwalificeerd persoon zoals benoemd in onderdeel a of onderdeel d.²⁸⁷ Complexiteit wordt daardoor minder, maar ook de effectiviteit van de LOB-s. Anderzijds is deze vereenvoudigde versie alleen toegestaan in combinatie met de PPT, waarmee een dergelijke aandeelhouders-/grondslaguithollingtoets ondervangen zou moeten zijn. Volgens *Van Weeghel* is dit binnen het verdrag met een LOB-bepaling veruit de belangrijkste toets vanwege de toetsing van de verwevenheid tussen het lichaam en de woonstaat.²⁸⁸

4.3.2.2.2. Activiteitentoets

Lid 10, artikel 7 MLI luidt als volgt:

Article 7, paragraph 10

“A resident of a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement will be entitled to benefits of the Covered Tax Agreement with respect to an item of income derived from the

²⁸⁵ De Broe (2015), *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, p.129.

²⁸⁶ Verdrag NL-US artikel 26, lid 2, onderdeel f, deel i/ii.

²⁸⁷ Artikel 7, lid 9, onderdeel e MLI.

²⁸⁸ Van Weeghel (1998), *The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the US*, p.235.

*other Contracting Jurisdiction, regardless of whether the resident is a qualified person, if the resident is engaged in the active conduct of a business in the first-mentioned Contracting Jurisdiction, and the income derived from the other Contracting Jurisdiction emanates from, or is incidental to, that business.[..]*²⁸⁹

Deze bepaling geeft aan dat indien een persoon niet kwalificeert, het alsnog een verdragsvoordeel kan genieten indien het inkomen resulteert uit een actieve bedrijfsvoering in het bronland en hier tevens onderdeel van uitmaakt in de woonstaat. Dergelijke activiteiten slagen **niet** voor de activiteitentoets, indien:

Article 7, paragraph 10

“[..]

- i) operating as a holding company;*
- ii) providing overall supervision or administration of a group of companies;*
- iii) providing group financing (including cash pooling); or*
- iv) making or managing investments, unless these activities are carried on by a bank, insurance company or registered securities dealer in the ordinary course of its business as such.*²⁹⁰

De gedachte hiervan ligt in lijn met de LOB-regeling in het US-verdrag: verdragsvoordeel moet te allen tijde verleend worden indien er actieve bedrijfsvoering/economische activiteiten worden ontplooid in de verdragsluitende staten. Er wordt immers geacht dat een lichaam niet zo ver gaat om economische activiteiten te ontplooiën in geval het oneigenlijk verdragsvoordeel wenst te claimen. Toch wordt dit door *De Broe* weerlegd. Hij is van mening dat de activiteitentoets onvoldoende het fenomeen *treaty shopping* tegen gaat. Bedrijven gaan ver om aan dergelijke actieve eisen te voldoen.²⁹¹ Voornoemde activiteiten in het MLI zijn voornamelijk holding- en financieringsactiviteiten, waar geen economische activiteiten aan de pas hoeven te komen. Welke activiteiten wel kwalificeren zal door middel van de nationale wetgeving dienen te worden bepaald.

²⁸⁹ Artikel 7, lid 10 MLI.

²⁹⁰ Ibid., onderdeel i, ii, iii, iv.

²⁹¹ De Broe (2015), *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, p.473.

In een ietwat afgeslankte vorm komt lid 10 overeen met de LOB-bepaling uit het verdrag met de US. Vandaar dat het commentaar op het verdragsartikel ook toepassing vindt op de bepaling uit het MLI. *De Broe* is van mening een dubbele toets zorgt voor een complexe uitvoerbaarheid bij elke inkomensstroom.²⁹² Dit is mijns inziens juist en biedt tevens de gelegenheid voor de belastingplichtige fiscaalvoordelig eromheen te structureren.

4.3.2.2.3. Afgeleide voordelentoets

In lid 11 van het MLI artikel 7 is de laatste objectieve toets neergelegd die bepaalt dat een inwoner die niet kwalificeert op basis van de voornoemde toetsen, alsnog verdragsvoordeel kan genieten voor zover de aandelen in dit lichaam voor ten minste een half jaar voor minimaal 75% worden gehouden (direct of indirect) door een *equivalent beneficiaries*.²⁹³ De definitie voor een *equivalent beneficiary* wordt uitgelegd in lid 13 sub c: elk persoon die een zelfde soort verdragsvoordeel, of een betere positie, kan genieten op basis van de nationale wetgeving of een ander internationaal instrument.²⁹⁴

In vergelijking met de oorspronkelijke bepaling uit het verdrag NL-US valt op dat het MLI een vereenvoudigde versie kent. Zo wordt er geen waarde gehecht aan een 95% eis die stelt dat ten minste dat percentage aan aandelen gehouden moet worden door maximaal 7 gelijkwaardige gerechtigden. Tevens is de eis dat minder dan 50% van het bruto inkomen mag zien op fiscaal aftrekbaar inkomen bij de gelijkwaardig gerechtigde, niet meegenomen in de MLI-bepaling.²⁹⁵ Voornamelijk een tegemoetkoming in complexiteit, zal hier hoogstwaarschijnlijk ten grondslag aan hebben gelegen.

In het verdrag met de US, leidt de afgeleide-voordelentoets ook tot een overkill van de LOB-bepaling. In principe regelt deze toets dat de voordelen aan inwoners van de andere staat worden verleend indien zij worden gehouden door aandeelhouders die wel gerechtigd zouden zijn tot de verdragsvoordelen bij een directe investering.

²⁹² De Broe (2015), *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, p.473.

²⁹³ Artikel 7 lid 11 MLI.

²⁹⁴ Ibid., lid 13, onderdeel c.

²⁹⁵ Verdrag NL-US artikel 26, lid 3.

Dit is per definitie geen *treaty shopping* en daarom gaat de LOB hierin te ver volgens *Miller and Stone*²⁹⁶ en *Van Weeghel*.²⁹⁷

4.3.2.2.4. Vangnetbepaling

Tot slot is er voor de belastingplichtige die in beginsel niet slaagt voor een van de bovengenoemde toetsen, een vangnetbepaling opgenomen. Dit geeft de inwoner alsnog de mogelijkheid het verdragsvoordeel te genieten indien zij kan aantonen dat de structuur, transactie, het doel en activiteiten niet is opgericht om als een van de voornaamste doelen verdragsvoordeel te claimen.²⁹⁸ Het verdrag met de US kent deze *safety net* ook.²⁹⁹

Onder aan de streep is de vereenvoudigde LOB een minder complexe variant van de moeilijk leesbare bepaling uit bijvoorbeeld het verdrag met de US. Door het weglaten van kwalificerende personen, wordt de proportionaliteit niet gewaarborgd omdat de weggelaten lichamen het minst gevoelig waren voor *treaty shopping*.³⁰⁰ Echter wordt dit deels opgevangen door de afgeslankte afgeleide voordeletoets. Daarnaast mist de MLI versie van de LOB enkele misbruikbepalingen omtrent aandelensoorten, waardoor hier en daar makkelijker geslaagd kan worden voor een LOB-s-toets. Echter dient tot slot in ogenschouw genomen te worden dat de LOB-s als toevoeging op de PPT in het verdrag opgenomen wordt en niet als een zelfstandige bepaling, waardoor de enige negativiteit mijns inziens snel weerlegd is.

4.3.2.3. Gedetailleerde LOB plus antidoorstroombepaling

Tot slot geeft de MLI de mogelijkheid om helemaal geen PPT in te voeren, maar dit op te vangen door een gedetailleerde versie van de LOB-s, met hier een antidoorstroombepaling in opgenomen. Zoals in de vorige subparagraaf aangegeven, voorziet het MLI niet in een inhoudelijk format van deze optie. Hiervoor zal overeenkomst gezocht moeten worden bij de lidstaten onderling. De beweegreden om af te wijken van de standaardbepaling ‘PPT’, is hoogstwaarschijnlijk gedaan om de flexibiliteit van het instrument te waarborgen en daardoor een grotere groep

²⁹⁶ Miller and Stone (2008), *The evolution of Limitation on Benefits, The evolution of Limitation on Benefits, Beneficial Ownership and Similar Rules: Recent Trends and Future Possibilities*, p.5.

²⁹⁷ Van Weeghel (1998), *The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the US*, p.237.

²⁹⁸ Artikel 7, lid 12 MLI.

²⁹⁹ Verdrag NL-US, artikel 26, lid 7.

³⁰⁰ Deze lichamen zijn o.a. pensioenfondsen, beleggingsinstellingen.

OESO lidstaten tegemoet te komen. Omdat de objectieve LOB-benadering het motief van een bepaling buiten beschouwing laat en dit tot gevolg heeft dat een misbruikmogelijkheid open blijft staan, acht de OESO het wenselijk om in het alternatief wel een motiefachtige toets als minimum standaard in elk verdrag op te nemen.³⁰¹

4.3.3. Analyse

De hiervoor beschreven methodes ter bestrijding van oneigenlijk gebruik kennen haar voor- en nadelen. De complexiteit van een LOB-bepaling versus de rechtsonzekerheid van een PPT-toets. Het MLI is een flexibel instrument en biedt elke lidstaat een mogelijkheid haar verdragsbeleid grotendeels in stand te houden. Los gezien van de voorkeur die de lidstaten in de *matching tool* moeten aangeven, is het objectief toetsen aan een rechtskader belangrijk om met een scherpe blik naar een bepaald standpunt van een Staatssecretaris te kijken. Door de analyse te laten leiden door de doeltreffendheid, de doelmatigheid en de rechtszekerheid van de voorgestelde opties, wordt er getoetst of de bepaling in lijn ligt met het doel van belastingverdragen en de internationale fiscaliteit. Probleem aanpakkend, eenvoudig bij het uitvoeren en het geven van rechtszekerheid aan de belastingplichtige zijn hiervoor de sleutelbegrippen. Ter herhaling van de vorige subparagrafen en ter voorbereiding op de hierna komende analyserende subparagrafen, is hieronder een schematische weergave opgenomen waarin de drie opties op hun kernelementen ingedeeld zijn.

PPT-toets	LOB-s³⁰²	Gedetailleerde LOB + antidoorstroombepaling
<i>Transaction based</i>	<i>Entity based</i>	<i>Entity based</i>
Generiek	Specifiek	Specifiek
Motief aantonen	Feiten analyse	Beide

Tabel 4.2: De verschillende mogelijkheden in het MLI.

³⁰¹ Evers, M. (19-10-2017), *The impact of BEPS on tax treaties: MLI current state*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

³⁰² Deze bepaling kan alleen geïmplementeerd worden in combinatie met een PPT. Voor de analyse wordt er los naar de LOB gekeken.

4.3.3.1. Doeltreffendheid

Het aantonen van een bepaald motief of doel is een subjectieve aangelegenheid. Dit komt de doeltreffendheid van een bepaling in beginsel altijd ten goede. Verdragsluitende staten of de belastingautoriteiten uit de Staten dienen redelijkerwijs te concluderen dat er sprake is van een motief dat een van de voornaamste doelen het behalen van verdragsvoordeel is bij het ontplooiën van een bepaalde structuur of transactie. De PPT is de belichaming van een dergelijke maatregel, waardoor de doeltreffendheid – de aanpak van verdragsmisbruik – van de voorgestelde PPT-toets erg hoog ligt. De open norm biedt namelijk de ruimte om elke vorm van belastingontwijking aan te pakken.³⁰³ Verder sluit de PPT aan bij de transactie, waardoor elke transactie weer opnieuw bekeken en getoetst wordt. Anders dan bij de LOB, waar wordt aangesloten bij het inwonerschap. Minder generiek, maar meer een specifieke maatregel is de LOB-benadering: een toets ter bepaling of de belastingplichtige naast het inwonerschap voldoende banden heeft met de vestigingsstaat. Omdat de criteria in de LOB gedetailleerd zijn en op meerdere aspecten van een transactie of structuur zien, is de doeltreffendheid van een LOB in beginsel nog ruim voldoende. Echter meent de Staatssecretaris dat deze mechanische eisen die niet altijd in samenhang zijn met het doel belastingmisbruik aan te pakken.³⁰⁴ Doordat een vangnetbepaling is toegevoegd aan de LOB-s³⁰⁵ en ook in de gedetailleerde LOB verplicht zal worden gesteld, wordt deze *overkill*-mogelijkheid de das om gedaan. Tot slot is het positief opmerkelijk dat de PPT als standaardbepaling wordt aanbevolen en in elke vorm van de LOB-optie enkel kan worden toegepast er een motieftest – in de vorm van een PPT bijvoorbeeld – bij toegevoegd wordt. Dit ligt ook in lijn met de misbruikbepaling die vanuit de EC in de ATAD is opgenomen: het subjectief testen van een motief/doel is effectiever dan aansluiten bij (omzeilbare) feiten.³⁰⁶

³⁰³ Bender et al. (2016), *BEPS-actie 6: de maatregelen tegen treaty shopping- bedreiging en kans*, p.4.

³⁰⁴ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.148, p.24.

³⁰⁵ De vangnetbepaling maakt het mogelijk om alsnog verdragsvoordeel te genieten indien de belastingplichtige kan aantonen dat het doel of een van de voornaamste doelen van de transactie **niet** het behalen van verdragsvoordeel. Dit komt dus overeen met een PPT-gedachte.

³⁰⁶ Bender et al. (2016), *BEPS-actie 6: de maatregelen tegen treaty shopping- bedreiging en kans*, WFR 2016/51, p.4-5.

4.3.3.2. Doelmatigheid

Doelmatigheid wordt getoetst door middel van de kosten tegenover de baten te zetten vanuit een belastingplichtige perspectief en vanuit de overheden. Wanneer de baten de kosten overtreffen, kan er worden geconcludeerd dat een maatregel voldoende doelmatig is. Voor de PPT is het van belang op te merken dat de bewijslast in eerste instantie bij de belastingautoriteit ligt. Ongeacht deze relatief lichte toetsing, brengt dit behoorlijk wat werk met zich mee. Indien de belastingplichtige het niet eens is met de uitkomst, kan zij op haar beurt ook bewijzen dat ze niet in strijd met de doel en strekking van het verdrag heeft gehandeld. Deze subjectieve toetsing is een tijdrovend proces, die de doelmatigheid van de PPT naar beneden haalt. Daarnaast zullen de belastingplichtige vanwege de rechtsonzekerheid (zie par.4.3.3.3) vooraf om zekerheid gaan vragen bij de belastingautoriteiten. Dit levert voor beide partijen veel meer werkdruk op. Deze vorm van bewijslast kent een zuivere LOB-maatregel niet. In beginsel scoort een zuivere LOB-bepaling hoger op de doelmatigheid omdat subjectiviteit geen rol speelt. Hier tegenover staat het feit dat een LOB-bepaling, *simplified* of *detailed*, een complex artikel is. Uitvoerbaarheid van complexiteit ligt over het algemeen laag.³⁰⁷ Ook is de opgenomen vangnetbepaling een mogelijkheid de toetsen te omzeilen, waardoor er door belastingautoriteiten zowel aan de objectieve toetsen moet worden getest (en hiervoor alle informatie moet worden doorgenomen) alsmede aan subjectiviteit wordt getoetst. Dit komt de doelmatigheid van de voorgestelde LOB niet ten goede.

4.3.3.3. Rechtszekerheid

In het kader van rechtszekerheid, staat een PPT ver onderaan. De onzekerheid die een generieke bepaling met zich mee brengt, leidt tot onduidelijkheid bij de belastingplichtige en tast in het duister tot na de uitspraak. Omdat subjectiviteit niet in een artikel kan worden neergelegd, zal een PPT's open norm benadering altijd tot rechtsonzekerheid blijven leiden. Daarom is de verwachting dat veel belastingplichtige eieren voor hun geld zullen kiezen en vooraf om zekerheid gaan vragen bij de desbetreffende autoriteiten.³⁰⁸ Een LOB-benadering daarentegen biedt door de objectieve toetsingscriteria een zeer grote rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Ook vanuit de overheden gezien, geeft deze rechtszekerheid een duidelijke scheidingslijn tussen geoorloofde en misbruiksituaties.

³⁰⁷ Of hoe ze dit vanuit de praktijk benaderen: complexiteit is duur.

³⁰⁸ Prof.dr. A. Rust (19-10-2017), *The impact of BEPS on tax treaties: Anti-abuse*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

4.4. Nederlands Verdragsbeleid en de mogelijke gevolgen

Hiervoor is naar voren gekomen dat een bepaalde keuze uit het MLI voor een antimisbruikbepaling aardig wat voeten in de aarde kan hebben, gekeken naar de mogelijke uitwerkingen op administratief- en rechtszekerheid niveau. De keuze voor Nederland zal daarom een afweging tussen deze begrippen zijn, gebaseerd op de ervaringen met verdragen waarin een dergelijke, LOB of PPT, benadering gekozen is. De hierna volgende paragrafen gaan dieper in op de keuze van de Nederlandse Staatssecretaris en de mogelijke gevolgen hiervan.

4.4.1. NFV 2011

In de Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011 is geen uitdrukkelijke voorkeur voor een antimisbruikbepaling opgenomen. Het Ministerie van Financiën heeft ervoor gekozen de verschillende benaderingen toe te lichten en zowel de voordelen als de nadelen te beschrijven. Mijns inziens is hiervoor gekozen omdat Nederland af laat hangen van het verdragsland welk methode gekozen wordt. Daarom wilt het Ministerie bewust laten zien dat bij elke interactie tussen fiscale stelsels maatwerk vereist is en er per definitie geen goed of slecht bestaat.

In paragraaf 4.2.2.1 is naar voren gekomen dat Nederland terughoudend is opgesteld tegen het doorwerken het nationale leerstuk *Fraus Legis* in haar verdragsbeleid. De bepalingen sluiten daarom aan bij twee andere uitgangspunten. De *entity-based* benadering kent haar vorm in Nederlandse verdragen in een LOB-bepaling, waarbij de kritiekpunten voornamelijk de complexiteit en het overkill karakter zijn maar grotere rechtszekerheid biedt. Dit kwam tevens in paragraaf 4.3.3 ook naar voren. Daarnaast kan het zijn dat er in de Nederlandse verdragen uitgegaan wordt van een *transaction-based* benadering in de vorm van een open norm maatregel. Het genuanceerde karakter zorgt voor hogere effectiviteit en minder overkill, maar lagere rechtszekerheid. Het NFV 2011 heeft als specifieke voorkeur een ‘main purpose test’, maar laat het NFV 2011 de daadwerkelijke invulling van het verdrag over aan de wensen en omstandigheden van de verdragspartner.³⁰⁹

³⁰⁹ Ter illustratie: de verdragen gesloten met o.a. US, Hong Kong, Panama en Japan kennen een *entity-based* maatregel in de vorm van een LOB. De verdragen met o.a. Armenië, Egypte, Malta, Mexico, UK, Zwitserland kennen een *Main Purpose Test/Principal Purpose Test*.

De hoofdregel luidt als volgt:

*Nederland hecht aan het voorkomen van verdragsmisbruik en is daarom bereid verdragsvoordeelbeperkende bepalingen op te nemen indien Nederland en/of de verdragspartner gezien de interactie tussen de betrokken fiscale stelsels een risico op verdragsmisbruik ziet.*³¹⁰

4.4.2. Keuze MLI

Zoals aangegeven in de brief van de Staatssecretaris naar de Tweede Kamer is Nederland voornemens voor de *Principal Purpose Test* te implementeren. Zij geven daarbij gehoor aan de voorkeur van de OESO's *Ad Hoc* groep en daarmee de meerderheid van de aangesloten lidstaten. Daarnaast is de Staatssecretaris van mening dat dit de enige maatregel is waarmee zelfstandig aan een minimale standaard van het tegengaan van verdragsmisbruik wordt voldaan, zonder daarbij een over- of underkill te generen.³¹¹ Dit is naar mijn overtuiging een juiste conclusie vanwege de flexibiliteit die een PPT biedt. Onderstaande tekening laat zien met welke landen Nederland een verdrag gesloten heeft (blauw). Met groen is aangegeven welke verdragen een LOB bepaling kennen.

Figuur 4.3: overzicht NL gesloten verdragen | LOB verdragen in groen.

³¹⁰ NFV 2011, par.2.20.2, p.70-71.

³¹¹ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.135, p.5.



Figuur 4.3: overzicht NL gesloten verdragen | LOB verdragen in groen.

Dit figuur is opgenomen om een beeld te geven bij de ernst van de invoering van de PPT bepaling. Voor Nederland blijkt dat alleen de landen US, Panama, Hong Kong, Japan, Ethiopië en Bahrein een LOB-bepaling in het belastingverdrag met Nederland hebben. Hieruit blijkt dat de kwantitatieve verandering in het aantal verdragen die over moeten gaan naar een PPT niet heel hoog is. Dit neemt niet weg dat alle verdragen opnieuw onder de loep gehouden moeten worden om te bepalen of ze volledig voldoen aan de gewenste PPT niveau. Veelal zal er moeten worden overgegaan van een MPT naar een PPT.

In het schriftelijk overleg naar aanleiding van voornoemde brief, zijn er vragen gesteld over de uitwerking van de voorgenoemde keuze van de Staatssecretaris. De PvdA-fractie wilde weten of de PPT inhoudelijk al uitgewerkt is. Het criterium wat gehanteerd zal worden is de toetsing van geldige zakelijke redenen en de overeenkomst van de doel en strekking van het verdrag met de motieven. Iets wat de Nederlandse wetgeving min of meer al kent in de doorvoering van de EU Moeder-Dochterrichtlijn aanpassing in 2015.³¹²³¹³ Volgens *Kok* is dit antwoord van de Staatssecretaris flauw en te rooskleurig. Hij veronderstelt dat deze criteria logisch

³¹² *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.148, p.16. Art.1-2 MDR.

³¹³ Vanwege het Europees rechtelijke karakter hiervan, zal dit niet verder worden uitgewerkt.

zijn in een PPT-benadering, maar dat de crux ligt in de complexiteit van het beantwoorden van deze motiefvragen. De Staatssecretaris gaat er vanuit dat dit zo gedaan is. En precies dat is wat *Kok* acht dat het kritische punt van een PPT is: de hoge moeilijkheidsgraad voor het aantonen en bewijzen van motieven.³¹⁴ Ondersteund door de volgende argumenten, voert de Staatssecretaris verder aan dat hij opteren voor een LOB-bepaling geen verstandige keuze vindt. De mechanische eisen van de LOB-maatregel zijn niet altijd in lijn met de samenhang van misbruik in een verdrag. Daarnaast is de Staatssecretaris niet content met de discretionaire bevoegdheid die wordt gegeven aan belastingautoriteiten om alsnog verdragsvoordelen in een negatief resultaat uit de LOB toe te passen. Daarom kiest het Ministerie liever voor een simpele maar effectieve PPT-benadering, omdat deze te allen tijde voldoet aan de gewenste minimum standaard van het MLI en BEPS Actiepunt zes.³¹⁵

Verder is de Staatssecretaris van mening dat aanpassing van de preambule van verdragen waarbij het duidelijk moet worden dan een belastingverdrag de voorkoming van dubbele belasting behartigt zonder mogelijkheden voor niet belasting te creëren, al bij het Nederlandse Verdragsbeleid hoort.³¹⁶

Tot slot zullen de artikel 8, 9, 10 en 11 van het MLI naar alle waarschijnlijkheid worden opgenomen in het Nederlands Verdragsbeleid aangezien tot op heden de Staatssecretaris nog geen voorbehouden heeft gemaakt voor deze *reservation* artikelen.

Vergelijk argumenten PPT van Staatssecretaris, Kok en mijn zienswijze		
<i>Staatssecretaris</i>	<i>Kok</i>	<i>Mijn zienswijze</i>
Zelfstandig voldoen aan de gestelde minimum standaard.	Geen minimum bezitstermijn betekent bewuste structureringmogelijkheden.	Mee eens, door de open norm creëert de PPT veel flexibiliteit, ook tegen bewuste structuringsmogelijkheden.

³¹⁴ Kok (2017), *Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het Multilateraal Instrument*, MBB 2017/04, p.5.

³¹⁵ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.148, p.16.

³¹⁶ *Kamerstukken II*, 2016/17, 25 087, nr.135, p.4.

Niet complex vanwege de enkele toetsing van motieven.	Zeer complex wegens hoge moeilijkheidsgraad van deze motieftoetsing.	De aantoning is een subjectieve aangelegenheid, daarom ben ik het met Kok eens dat dit zeer complex is vanuit de Belastingplichtige.
Geen discretionaire bevoegdheid nodig van Belastingdienst (zoals wel bij de LOB).	Te lichte bewijslast voor Belastingdienst gekeken naar formulering van het motiefvereiste.	Voor een LOB toetsing is inderdaad vergaande bevoegdheid nodig.
Geen mechanische eisen, zoals LOB, die niet in strijd zijn met verdragen		Hoe strakker de omlijning van een maatregel, hoe groter de mogelijkheid om dit passeren. De open norm van de PPT is daarom beter in de aanpak van misbruik.

Tabel 4.3: Vergelijk argumenten PPT.

4.4.3. Gevolgen

Als belangrijkste item van BEPS Actiepunt zes en thema drie van het MLI, heeft Nederland de voorkeur voor een *Principal Purpose Test* uitgesproken ter bestrijding van het oneigenlijk gebruik van verdragen. In de analyse van paragraaf 4.3.3 is naar voren gekomen dat een PPT-benadering lage rechtszekerheid kent, maar wel als uiterst doeltreffend beschouwd wordt. Ook speelt de eenvoud van de PPT een belangrijke rol voor Nederland. De afweging tussen de PPT-toets of LOB-maatregel, is een afweging tussen het behouden van een gunstig vestigingsklimaat en het tegengaan van oneigenlijk gebruik. Rechtszekerheid zal in beginsel een belangrijk element zijn voor een belastingplichtige om te kiezen in welk land zij investeren en schaaft daarom minder het fiscaal gunstige klimaat ten opzichte van doeltreffendheid. Doeltreffendheid is voor de belastingautoriteiten een belangrijk streven, omdat deze partij meer op het tegengaan van misbruik leunt. De doelmatigheid is ondergeschikt aan deze twee doelstellingen in mijn optiek omdat beide partijen dit als een belangrijk element beschouwen. Dit meenemende, kan worden geconcludeerd dat de keuze voor een PPT-benadering in beginsel het

vestigingsklimaat van Nederland minder aantrekkelijk maakt. Een lagere rechtszekerheid en een grotere speelruimte voor de Belastingdienst vanwege de open normen en de relatief eenvoudige bewijslast voor de Belastingdienst, zorgt een *Principal Purpose Test* voor een minder aantrekkelijk klimaat voor bedrijven met genoeg *substance* in Nederland die voornamelijk geld ontvangen uit andere landen. Echter zal deze categorie bedrijven sowieso geraakt gaan worden, omdat een LOB-bepaling, waarin in beginsel deze categorie prima in kan functioneren, te allen tijde met een PPT of antidoorstroombepaling wordt gecombineerd.

Maar juist voor de categorie bedrijven, voor wie Nederland als een bronland fungeert, zullen de gevolgen voor de keuze van de PPT minder groot zijn. Het maatwerk kan namelijk het onbelast doorstromen van dividenden tegengaan. In eerste instantie lijkt dit een kwalijke zaak voor de aantrekkelijkheid van Nederland, maar, naast de belastingopbrengsten voor de overheid die het oplevert, kunnen ontwikkelingslanden hierdoor getriggerd worden onderhandelingen te starten of hervatten om een lager brontarief overeen te komen met Nederland. Als zij dit niet doen, zullen ze verder uit de pas gaan lopen met de ontwikkelde landen. Juist deze trigger kan een positief effect op de concurrentiepositie van Nederland opleveren.³¹⁷

Tevens wordt de PPT door de OESO, alsmede door het merendeel van de lidstaten, als een voorkeur aangewezen. Een vestigingsklimaat kan pas worden aangetast als de overige klimaten hetzelfde klimaat behouden of er op vooruit gaan. Indien het merendeel van de aangesloten staten de minimale standaard in de vorm van een PPT zullen opnemen, zal dit in zijn geheel geen nadeliger effect hebben op het vestigingsklimaat van één lidstaat. Daarnaast is een motieftest een instrument wat steeds meer voeten in de aarde krijgt in de hedendaagse fiscaliteit. In de Nederlandse vennootschapsbelasting kent *exempli gratiā* artikel 13l, beperking aftrek deelnemingsrente, in lid 7 onderdeel c een soortgelijke motieftest. De Nederlandse belastingdienst zal daarom niet gek opkijken als er een extra motieftest in de wet, dan wel in het verdrag wordt opgenomen.³¹⁸

³¹⁷ Bender et al. (2016), *BEPS-actie 6: de maatregelen tegen treaty shopping- bedreiging en kans*, WFR 2016/51, p.6.

³¹⁸ Ook in Europees verband zal een motieftest niet nieuw zijn. MDR artikel 1 lid 2.

De PPT-toets, zoals deze vooralsnog in het internationale recht bekend is, kan stroken met de EU-jurisprudentie.³¹⁹ Een geheel vlekkeloze omzetting naar een PPT-benadering zal het mijns inziens niet worden hierom. Echter omwille de relevantie van deze thesis zal hier niet verder op ingegaan worden.

³¹⁹ Zie o.a. Kok (2017), *Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het Multilateraal Instrument*, MBB 2017/04, p.4, en Bender et al. 2016, *BEPS-actie 6: de maatregelen tegen treaty shopping- bedreiging en kans*, WFR 2016/51, p.4-5.

4.5. Tussenconclusie

De centrale vraag in dit hoofdstuk was als volgt geformuleerd:

“In hoeverre is de MLI de oplossing voor het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen en wat is daarbij de verhouding met andere antimisbruikbepalingen? Hoe wordt dit vanuit Nederlands oogpunt beoordeeld?”

Het oneigenlijk gebruik, ook wel verdragsmisbruik genoemd, wordt onwenselijk geacht door de publieke opinie, overheden en overkoepelende organen. Dit komt voornamelijk vanwege de inbreuk op de soevereiniteit van een staat die het verdrag maakt door heffingsbevoegdheden soms te verplaatsen, ook al ligt dit niet in lijn met de nationale wet- en regelgeving. Daarentegen streeft een verdrag naar de stimulering van onderling uitwisselen van goederen, diensten en kapitaal zonder daarbij dubbele heffing te laten ontstaan door de discrepantie tussen de staten.

Misbruik van het verdrag, het verdrag niet gebruiken voor het voornoemde voorbeeld, is een vorm van belastingontwijking. Men gebruikt namelijk verdragsvoordelen die initieel niet voor hen bedoeld zijn. Dit kan in bepaalde vormen voorkomen: fiscaal vluchtgedrag, *shopping*, *treaty shopping* en vaste inrichtingssituaties in driehoeksituaties. In al deze situaties wordt er gebruik gemaakt van de toegang tot een verdrag of verdragsartikel, waar zij eigenlijk geen recht op hebben, maar wat resulteert in een fiscaalvoordelige situatie. Deze fiscaal gedreven structuren en/of transacties worden internationaal afgekeurd en aangepakt.

De bestaande antimisbruikbepaling die in het internationale recht zijn opgenomen voldoen volgens de OESO nog niet volledig aan de gestelde eisen uit het voorstelrapport BEPS Actieplan zes. Hierin is opgenomen dat de huidige LOB bepaling te complex is, de *Main Purpose Test* nog niet volmaakt is in elk verdrag en dat niet elk land dezelfde minimum standaarden kent. Daarom stellen zij voor dat elk land verplicht via het MLI uit Actieplan 15 een PPT opneemt in hun verdragen. Echter landen die toch graag een LOB-benadering wensen in hun verdrag, wordt de optie geboden te opteren voor een PPT in combinatie met een LOB-s of een gedetailleerde LOB met een antidoorstroombepaling. Verder tracht de OESO de preambule aan te passen, zodat ook het voorkomen van dubbele niet-belasting onderdeel wordt van de doel en strekking van de verdragen en opteren zij voor enkele

antimisbruiktermijnen voor vastgoed en dividend, alsmede antimisbruikrichtlijn voor vaste inrichtingen.

De Staatssecretaris heeft aangegeven dat hij voornemens is de PPT uit het MLI in het verdragsbeleid op te nemen. Een PPT is een *transaction-based* bepaling waarin via open normen door de Belastingdienst wordt vastgesteld dat de structuur is opgezet of de transactie is voltrokken met als een van de hoofddoelen het verkrijgen van verdragsvoordelen. Deze zeer doeltreffende, maar rechts onzekere maatregel zal door haar doeltreffendheid veelal alle misbruik situaties aanpakken. Een open norm bepaling resulteert in een *case-by-case-approach*, maatwerk, per situatie, waar de administratieve last zowel bij de belastingautoriteit zal komen te liggen voor het enkel aantonen van een vermoeden, alsmede bij de belastingplichtige voor de zwaardere bewijslast dat het handelen in lijn met het doel en strekking van het verdrag is gebeurd. Hierbij speelt het rechtszekerheidselement van de PPT het grootste nadeel aan de kant van de belastingplichtige. Door het ontbreken hiervan, kan er op voorhand niet voldoende zekerheid door de regeling geboden worden aan belastingplichtigen waardoor het vestigingsklimaat aangetast kan en zal worden. Een complexe LOB-maatregel wordt in dit kader ook niet wenselijk geacht omdat deze bepaling veelal een *over-* of *underkill* genereert ten aanzien van misbruiksituaties en in haar eentje niet voldoende is voor een effectieve aanpak van oneigenlijk gebruik van verdragen.

Nederland kent een dergelijke PPT-benadering al in haar verdragsbeleid in de vorm van een MPT. De werking hiervan komt nagenoeg overeen met de PPT uit het MLI. Echter heeft Nederland deze bepaling niet in elk verdrag doorgevoerd, waardoor het MLI dit zal verplichten voor de nog ontbrekende verdragen. Een grotere impact zal deze keuze hebben op verdragen waar een LOB-maatregel in is opgenomen. Deze categorie verdragen zullen, mits er een *match* is tussen staten, worden vervangen door een PPT-bepaling. Verwacht zal worden dat veel belastingplichtige vooraf zekerheid zullen zoeken bij de Belastingdienst.

Likert schaal PPT

<i>Principle Purpose Test</i>					
	<i>Totaal niet</i>				<i>Totaal wel</i>
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					 
Rechtszekerheid	 				

Tabel 4.4: Likert schaal Principle Purpose Test.

5. Slotsom en aanbevelingen

Op 19 december 2017 heeft de nieuwe Staatssecretaris van Financiën per brief aan de Tweede Kamer om goedkeuring gevraagd ter implementatie van het Multilateraal Instrument.³²⁰ Naast goedkeuring, informeert de Staatssecretaris de Kamer dat Nederland verder gaat overige OESO landen ten aanzien van het Multilateraal Instrument. Dit wordt het ambitieniveau van de landen genoemd. Ter illustratie bij dit wetsvoorstel is een document vrijgegeven met daarin de beoogde gevolgen voor de Nederlandse belastingverdragen. Hieruit is af te lezen welke artikelen uit welke verdragen met Nederlands' verdragslanden, gepubliceerd op december 2017, door het MLI aangepast zullen gaan worden.³²¹ Volgens *De Wilde* lijkt het erop dat Nederland niet gaat afwijken van de eerder gemaakte keuzes en dat Nederland daarmee inderdaad een grotere ambitie toont dan de overige OESO lidstaten. Goed voor het imago, maar minder aantrekkelijk voor het vestigingsklimaat beargumenteerd hij.³²² Na de volgende fiscale zwarte dag, lees de uitspraak van het hof inzake *Groupe Steria*³²³, is het mijns inziens niet heel verkeerd meer aandacht te geven aan het vestigingsklimaat in plaats van het imago voorop stellen.

Het gehele MLI is het werk van de Organisatie voor Economisch Samenwerking en Ontwikkeling, welke actief is in dit dynamisch fiscale speelveld; zij trachten in samenwerking met de aangesloten landen internationale consensus te vinden in de zoektocht naar oplossingen voor problemen op internationaal economisch en sociaal niveau. Zo is de OESO ook intensief bezig geweest met de zoektocht naar een oplossing voor grensoverschrijdende belastingontwijking.³²⁴ In termen van de OESO genaamd 'BEPS'. Het onderzoek naar BEPS en de ontwikkeling van een gewenst internationaal beleid omtrent is al vanaf 2012 *hot topic* op de internationale politieke agenda. Figuurlijk gesproken trakteert de OESO op haar zesde verjaardag de wereld met een kers op de taart: het Multilateraal Instrument.

³²⁰ Kamerstukken II, 2017/18, 25 087, nr.184, p.1.

³²¹ Gevolgen Multilateraal verdrag voor Nederlandse Belastingverdragen, gevonden op: https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2017Z18563&did=2017D38270. Zie appendix 6.3 voor een kopie van dit document.

³²² De Wilde (2018), *Commentaar wetsvoorstel tot goedkeuring van het Multilateraal instrument (MLI) tegen internationaal belastingontwijking*, NDFR. P.1

³²³ HvJ EG 22 februari 2018, zaak C-398/16/C-399/16 (*Groupe Steria*), ECLI:EU:C:2018:110.

³²⁴ www.OESO.org/about

Deze thesis heeft als doel gekend dit MLI te doorgronden in het hybride mismatch-thema en de antimisbruikbepalingen vanuit een Internationaal en Nederlands perspectief. De hoofdvraag die hierbij centraal stond, luidt:

“In welke mate is het Multilateraal Instrument een oplossing om agressieve belastingontwijking aan te pakken?”

Deze analyse is vormgegeven door drie toetsingselementen. De doeltreffendheid van de regeling, de doelmatigheid en bovenal de rechtszekerheid die de voorgestelde maatregelen met zich mee brengen. Reden hiervoor is dat een maatregel het probleem hoort aan te pakken, de kosten en baten in een juiste verhouding dienen te staan en de regeling voldoende rechtszekerheid moet bieden aan de belastingplichtige. Voldoet de maatregel niet aan deze criteria, dan strookt dit in beginsel niet met het doel van het belastingverdrag dan wel de internationale afgesproken regels.³²⁵

BEPS, ook wel winstverschuiving en grondslaguitholling genaamd, is een voortvloeisel uit de globale economische verandering. Digitalisering en globalisering hebben de afgelopen eeuw ervoor gezorgd dat bedrijven wereldwijd opereren en kapitaalvluchtig kunnen structureren. Niet alleen omzet-technisch wordt hier een voordeel uitgethaald, ook zijn er interessante fiscale voordelen te behalen uit deze transitie. Aan de hand van de discrepantie tussen belastingstelsels en de toegankelijkheid tot bilaterale belastingverdragen, is het mogelijk voor multinationals winsten op zo'n manier te verschuiven dat de grondslag geërodeerd wordt in het bronland en een lagere belastingdruk genoten kan worden. Dit is onder te verdelen in vier basis principes: mismatches, transfer pricing afspraken, kwalificatie-verschillen en misbruikbestrijding. Deze vier elementen zorgen voor aardig wat kopzorgen op bestuurlijk niveau en een nog niet omkadert bedrag aan misgelopen belastingbaten. De OESO beogen met een 15-delig actieplan deze onwenselijk trend tegen te gaan. In dit gelaagde rapport zijn aanbevelingen gedaan om transparantie te waarborgen, coherentie van belastingregimes te versterken, digitalisering fiscaal te omvatten en daarmee nieuwe standaarden voor de internationale fiscaliteit te introduceren. Echter zijn dit actiepunten ter aanbeveling,

³²⁵ Onder relevante toetsingscriteria behoren ook de proportionaliteit, eenvoud, rechtmatigheid met EU-recht. Deze zijn voor deze thesis niet meegenomen in de analyse.

geen concrete richtlijn of wetgeving. Actieplan 15 omvat de concrete invulling van deze aanbevelingen, vormgegeven als een Multilateraal Instrument.

De OESO tracht met dit MLI een grote stap te zetten in de strijd tegen BEPS. Door middel van een groot inventaris aan artikelen met een hoge mate van flexibiliteit moderniseert het MLI in één keer 3000+ bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele (niet)belasting. Het verdrag wordt namelijk bestemd als grootste misbruikvehicule voor BEPS: dit geeft de belastingplichtige ten slotte de toegang tot een ander fiscaal regime. Door het ontwijken van de onderhandelingsprocedure, die normaliter gevoerd wordt bij aanpassingen aan verdragen door de desbetreffende landen, kan dit instrument efficiënt en snel worden geïmplementeerd. Elk voorgestelde artikel in het MLI is vormgegeven als een optionele of verplichte opname. Landen kunnen hierdoor opteren voor bepaalde artikelen en landen moeten soms opteren voor een bepaalde bepaling. Verder biedt de flexibiliteit ook binnen de bepalingen weer bepaalde keuzes, waardoor de voorgestelde aanpassingen in het verdrag conform het nationale verdragsbeleid kan worden opgenomen. Door middel van deze benadering, zoekt de OESO naar een balans tussen minimale verdragsstandaarden als naar de voorkeuren van lidstaten. De artikelen zullen worden opgenomen op basis van een *matching* tussen de voorkeuren van de lidstaten in hun *Covered Tax Agreements*.

Een van dit soort optionele maatregelen, is neergelegd in thema twee: hybrid mismatches. Hybride mismatches vloeien voort uit een kwalificatieverschil van geldstromen of entiteiten, waardoor het ene verdragsland de belastingplichtige op een andere manier behandelt dan de andere staat. Een voorbeeld hiervan is de dubbele vestigingsplaats: staat A kwalificeert op basis van wetsfictie dat de entiteit gevestigd is in staat A, maar staat B ziet op objectieve substance-gronden een inwonerschap in staat B. In plaats van de corporate tie-breaker, stelt het MLI voor een MAP te hanteren voor deze conflictgevallen. Volgens BEPS Actieplan 2 is deze vervanging van de hoofdregel ter bepaling van de woonplaats een bijdrage aan een betere fiscale coherentie en beter maatwerk in de strijd tegen belastingontwijking. Critici zijn nog niet helemaal tevreden over dit voorstel. Zo is het ontbreken van overgangsrecht een belemmering en een inbreuk op de rechtszekerheid van DRE's die momenteel hun vestigingsplaats kennen via de corporate tie-breaker. Verder is een overlegprocedure tijdrovend en intensief voor de belastingautoriteiten. Tot slot hoeft de MAP niet te leiden tot een vestigingsplaats. Hiertegen in te brengen is het maatwerk wat een MAP levert, maar het teruggrijpen op nationale interpretaties

druist dan weer in tegen het gelijkheidsbeginsel en het bereiken van een internationale consensus. Vanuit een Nederlands oogpunt is een toezegging op de MAP uit artikel 4 MLI niet nieuw. In het verdrag met de UK is al een dergelijke MAP opgenomen. Echter is deze genuanceerder dan de MLI variant. Een maximum van zes maanden aan de overlegperiode, met terugwerking naar het moment van het ontstaan van de dubbele woonplaats, zodat de verdragsvoordelen te allen tijde genoten kunnen worden. Kortom is de voorgestelde regeling inzake de dubbele woonplaats een doeltreffende regeling, die arbeidsintensief zal zijn en in de huidige voorgestelde vorm nog niet voldoende rechtszekerheid vormen. Omdat de Staatssecretaris voornemens is de corporate tie-breaker te vervangen door een MAP, lijkt het mijns inziens een aanbeveling waard de nodige rechtszekerheid toe te voegen aan de MAP in de vorm van een resultaatverplichting, verkorting van de periode en een objectieve ondersteuning op welke gronden de MAP wordt ingevuld. Samengevat en concluderend komt dit op het volgende neer:

MAP-tie-breaker					
	Totaal niet				Totaal wel
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Een tweede aspect van hybride mismatches is vormgegeven in artikel 3 van het MLI. Waar de OESO in 1999 een poging gewaagd heeft personenvennootschappen aan te pakken vanwege hun moeilijke kwalificatie en het misbruik hiervan in het OESO Commentaar maar dit niet door alle landen aanvaar is, pogen zij door middel van het MLI dit nog een keer. Voortvloeiend uit BEPS Actieplan 2, pakt het MLI transparante entiteiten en *arrangements* aan. Allereerst komt er een doorkijkbepaling in het verdrag waardoor er een bredere verdragstoegang gecreëerd wordt door uit te breiden naar deze transparante entiteiten. Verder is in lid 2 geregeld dat een verdragsvoordeel, in de zin van voorkomingsmethodes, enkel genoten worden voor zover het inkomen daadwerkelijk in het bronland is genoten. De transparantie van een bronentiteit zal de toepassing van voorkomingsregels in de weg zitten. De vergroting van de reikwijdte zal gepaard gaan met extra kosten voor belastingautoriteiten vanwege de vergrote kans op fiscale conflicten. De uitbreiding naar *arrangements* zal in beginsel een groot steentje bijdragen aan de

doeltreffendheid van de regeling en in het kader van rechtszekerheid volstaat deze *opt-out* maatregel omdat een belastingplichtige vooraf weet of zij en verdragstoegang heeft en de mogelijkheid tot bezwaar geboden krijgt. De onduidelijkheid van de omschrijving wat een transparante entiteit of *arrangement* is, doet hier iets vanaf. Nederland zal overgaan tot opname van voornoemde maatregelen. Dit ligt in lijn met het Nederlands verdragsbeleid om conflicten op te lossen via verdragstoepassing of onderhandeling. Enig aanbeveling voor deze hybride entiteit/*arrangement* artikel is dat Nederland 1 lijn dient te trekken in al haar verdragen. Dit zal vanwege het MLI ook deels gaan gebeuren, maar omdat Nederland momenteel vier verschillende soorten anti-hybridartikelen kent in diverse verdragen, zou dit de uitgelezen kans zijn deze diverse verdragen te convergeren.

Onderstaand tabel geeft een overzicht weer van artikel 3 uit het MLI.

Transparante entiteiten					
	Totaal niet				Totaal wel
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Thema 2, hybride mismatches, sluit af met een aanpassingsvoorstel om de vrijstellingsmethode uit artikel 23A OESO Modelverdrag selectiever of zelfs tot nihil toepassing te laten vinden. Deze keuzemogelijkheid bestaat uit drie verdere keuzes waaronder de vrijstellingsmethode geen toepassing te laten vinden in gevallen waarin een hybride mismatch zich voordoet maar een verrekening te hanteren, geen vrijstellingsmethode voor deelnemingsdividenden maar eveneens een verrekening en optie C is een complete vervanging van de vrijstellingsmethode in de verrekeningsmethode. Deze *opt-in* bepaling kan, maar hoeft niet te worden opgenomen door de lidstaten. Hiervoor dient er specifiek voor te worden geopteerd. Enkel bij een *match* en een *match* van een van de drie opties, zal dit in de *Covered Tax Agreements* overgenomen worden. Mijns inziens niet geheel vreemd, omdat dit voorstel (deels) indruist tegen internationale handelsbeginselen. Deze verschuiving van een vrijstellingsmethode naar een verrekeningsmethode, toont parallelliteit met de verschuiving van kapitaalimportneutraliteit naar kapitaalexportneutraliteit. Losgelaten van het antimisbruikarakter van de maatregel, zal de verandering van deze beginselen niet goed worden ontvangen door belastingplichtige (en hun

adviseurs). Enerzijds garandeert importneutraliteit een gelijk vestigingsklimaat voor zowel binnen- als buitenlandse investeerders. Anderzijds waarborgt exportneutraliteit een gelijke belastingdruk voor inwoners ongeacht waar ze investeren. Respectievelijk vindt de vrijstellingsmethode (art.23A) toepassing bij een kapitaalimportneutraliteit en de verrekeningsmethode bij een exportneutraliteit. Vanuit een belastingplichtige is het voordelig een vrijstellingsmethode te hanteren als de belastingdruk lager ligt in het buitenland. Maar als de buitenlandse belastingdruk irrelevant is voor de grondslag in het woonland, kan er dubbele niet-belasting voorkomen. Echter, zal dit het vestigingsklimaat aantasten voor landen waarvan de belastingdruk gemiddeld hoger ligt en zal er uiteindelijk minder fiscaal voordeel behaald kunnen worden door de belastingplichtige om in een ander voordelig land te investeren. Belastingdruk zal te allen tijde gelijk blijven. Vanuit Nederlands oogpunt probeert zij dergelijke verdragsproblemen via een overlegprocedure ofwel via de verdragsonderhandelingen al aan te pakken. Daarnaast tast het (deels) vervangen van de vrijstellingsmethode de aantrekkelijkheid van het Nederlands vestigingsklimaat aan omdat deze MLI bepaling optioneel is en er een scheve verhouding kan ontstaan tussen de lidstaten ten aanzien van de voorkomingsregels. Een aanbeveling dient dan ook te worden gedaan aan het adres van de Staatssecretaris niet te opteren voor deze bepaling, omdat het divergeren van internationale beginselen vroeg of laat tegen het land gaat werken.

Daarnaast heeft deze thesis getracht grip te krijgen in het fenomeen ‘oneigenlijk gebruik van verdragen’. In Thema 3 van het MLI zijn hiervoor de minimum standaard artikelen neergelegd. Het initiële doel van een verdrag is de stimulering van het onderling uitwisselen van goederen, diensten en kapitaal zonder daarbij tegen dubbele belasting aan te lopen. Een belangrijk speerpunt van de OESO is het tegengaan van dubbele niet-belasting. Dit is dan ook verplicht op te nemen door de lidstaten in hun gesloten verdragen. Verder pleit het MLI voor een nieuwe standaard in de antimisbruikregels: de PPT. Dit voorstel vloeit voort uit BEPS Actie zes. Dit rapport gaf aan dat de huidige LOB-bepalingen als te complex zijn ervaren en de MPT nog niet volwassen genoeg is voor een zelfstandige aanpak van misbruik. Daarom verplicht het MLI tot de opname van een motieftoets in de verdragen, al dan niet in combinatie met een objectieve LOB-toets. Voor de buitenbeentjes kan gekozen worden voor een uitgebreide LOB-toets in combinatie met een antidoorstroombepaling, die eveneens aansluit bij het motief. Veel landen, waaronder Nederland, zullen opteren voor de opname van de simpele maar

doeltreffende PPT. Deze zeer doeltreffende, maar rechts onzekere maatregel zal door haar doeltreffendheid veelal alle misbruik situaties aanpakken. Een open norm bepaling resulteert in een *case-by-case-approach*, maatwerk, per situatie, waar de administratieve last zowel bij de belastingautoriteit zal komen te liggen voor het enkel aantonen van een vermoeden, alsmede bij de belastingplichtige voor het zwaardere bewijzen dat het handelen in lijn met het doel en strekking van het verdrag is gebeurd. Hierbij speelt het rechtszekerheidselement van de PPT het grootste nadeel aan de kant van de belastingplichtige. Door het ontbreken hiervan, kan er op voorhand niet voldoende zekerheid door de regeling geboden worden aan belastingplichtigen waardoor het vestigingsklimaat aangetast kan en zal worden. Een complexe LOB-maatregel wordt in dit kader ook niet wenselijk geacht omdat deze bepaling veelal een *over-* of *underkill* genereert ten aanzien van misbruiksituaties en in haar eentje niet voldoende is voor een effectieve aanpak van oneigenlijk gebruik van verdragen. Nederland kent een dergelijke PPT-benadering al in haar verdragsbeleid in de vorm van een MPT. De werking hiervan komt nagenoeg overeen met de PPT uit het MLI. Een grotere impact zal deze keuze hebben op verdragen waar een LOB-maatregel in is opgenomen. Verwacht zal worden dat veel belastingplichtige vooraf zekerheid zullen zoeken bij de Belastingdienst.

Principle Purpose Test					
	<i>Totaal niet</i>				<i>Totaal wel</i>
	1	2	3	4	5
Doelmatigheid					
Doeltreffendheid					
Rechtszekerheid					

Literatuurlijst

- Albert, P.G.H. (1994)**, *Vaste inrichting*, FED Fiscale Brochures, Deventer: FED 1994.
- Austry, S., Avery Jones, J.F., Baker, P. (2016)**, *The Proposed Multilateral Instrument Amending Tax Treaties*, Bulletin for International Taxation 2016, nr.12.
- Avery Jones, J.F., et al. (1984)**, *The interpretation of tax treaties with particular references article 3(2) of the OESO Model*, British Tax Review, 1984, p.18-19.
- Bender, T. (2011)**, *Antimisbruikregels in verdragen: een balancing act*, WFR 2011/539.
- Bender, T., Engelen, F.A. (2016)**, *BEPS-actie 6: de maatregelen tegen treaty shopping- bedreiging en kans*, WFR 2016/51.
- Bender, T., Kamman, S. (2011)**, *Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008*, WFR 2011/344.
- Borrega, F.A. (2006)**, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Den Haag: Kluwer Law International 2006.
- Bosman, A., Dun, van M., Jorritsma, A. (2018)**, *Goedkeuringswetsvoorstel multilateraal instrument naar Tweede Kamer*, NLF 2018/0103.
- Bravo, N. (2016)**, *The Multilateral Instrument and Its Relationship with Tax Treaties*, World Tax Journal, oktober 2016.
- Burgers, I.J.J., de Haan, P.M. (2015)**, *Wegwijs in het internationaal en Europees belastingrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag. P.462.
- Clausing, K.A. (2011)**, *The Revenue Effects of Multinational Firm Income Shifting*, Tax Notes, 28 maart 2011, pp.1580-1586.
- Coates, W. (1924)**, *League of Nations Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp*. Journal of the Royal Statistical Society, 87(1), p. 99-102. doi:10.2307/2341293.
- De Broe, L., Luts, J. (2015)**, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, 42 Intertax 2.
- De Buck (2017)**, *NDFR Commentaar Deel Internationaal en EU-belastingrecht*.
- De Redactie (2016)**, *OESO publiceert tekst van het Multilaterale Instrument*, V-N 2017/3.10.
- De Graaf, A.C.G.A.C., Kavelaars, P., Stevens, A.J.A. (2012)**, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- De Graaf, A.C.G.A.C., Excessieve gedragingen en internationaal fiscaal beleid**, Den Haag: Sdu 2013.
- De Werd, M.M. (2017)**, *Cursus Belastingrecht: Formeel Belastingrecht*, par.7.5.

- De Wilde, M.F. (2016)**, *Het OESO BEPS-project in vogelvlucht*, MBB 2016/11.
- De Wilde, M.F. (2018)**, *Commentaar wetsvoorstel tot goedkeuring van het Multilateraal instrument (MLI) tegen internationaal belastingontwijking*, NDFR, gevonden op:
<http://www.ndfr.nl/Pages/ContentToPDF.ashx?&type=news&print=true&newsid=01db560a-e590-4581-a99f-a09919263804&pnid=ec979dcd-36fe-4da3-9a17-02c2dc54b3e2>.
- Engelen, F.A., Gunn, A.F. (2013)**, *Het BEPS-project: een inleiding*, WFR 2013/1413.
- Engelen, F.A., Stevens, A.J.A. (2003)**, *De behandeling van personenvennootschappen onder het nieuwe belastingverdrag met België*, MBB 2003/04, p.114-126.
- Evers, M. (OESO employee) (19-10-2017)**, *The impact of BEPS on tax treaties: MLI current state*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.
- Europese Commissie (2013)**, *Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten*, COM(2013) 814 Final, Brussel 25-11-2013.
- Europese Commissie (2016)**, *Communication to the European Parliament and the Council*, COM(2016) 23/2, p.6.
- Explanatory Statement to the MLI 2016**. Gevonden op:
www.OESO.org/tax/treaties/multilateral0instrument-forbeps-tax-treaty-measures-the-ad-hoc-grou-htm
- Fett, E.E. (2014)**, *Triangular Cases: The Application of Bilateral Tax Treaties in Multilateral Situations*, IBFD Doctoral Series Volume 29, June 2014, p.5.
- Fibbe, G.K., Lamers, A.W.G., Stevens, A.J.A., (2011)**, *De Nederlandse fiscale behandeling van hybride entiteiten onder belastingverdragen*, MBB 2011/05, p.207-223.
- Fibbe, G.K., van der Streek, J.L. (2003)**, *Enkele kanttekeningen bij de protocolbepalingen van het nieuwe verdrag met België inzake hybride entiteiten*, WFR 2003/695.
- G20 Leaders Declaration (2012)**, 18-19 June 2012 Los Cabos. Gevonden op:
https://www.g20.org/Content/DE/_Anlagen/G7_G20/G20-loscabos-leaders-declaration.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Graaf, A.C.G.A.C. de (2013)**, *'Excessieve' gedragingen en internationaal fiscaal beleid*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2013.
- Grote Bedrijven, Kleine Lasten SOMO.

- Heckemeyer, J. en Overesch, M. (2012)**, *Profit Shifting Channels of Multinational Firms – a Meta Study*, paper gepresenteerd op IIPF Congress August 2012. Gevonden op http://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIPF68&paper_id=434.
- Hellebrekers, J.H.C. en Van der Wal, J. (2010)**, Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (Deel 1) Overzicht en commentaar op hoofdlijnen, MBB 2010/12-01, p.6-8.
- Horzen, van F. (2016)**, *Brief met informatie over multilateraal instrument BEPS*, NTFR 2016/2865.
- Huizinga, H. en Laeven, L. (2006)**, *International profit shifting within multinationals: A multi-country perspective*, Economic Papers No. 260 December 2006. Gevonden op http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication590_en.pdf
- Hundscheid, F.J.P.M. (2016)**, *Implementatie transfer pricing-uitkomsten BEPS-project*, WFR 2016/52.
- IMF (2010)**, Co-ordinated Direct Investment Surves (CDIS).
- Kok, Q.W.J.C.H. (2017)**, *Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het Multilateraal Instrument*, MBB 2017/04.
- Kok, Q.W.J.C.H. (2015)**, *Enkele aspecten van de ‘principle purpose test’*, WFR 2015/184.
- Lee, C.H. (2004)**, *Impact of E-Commerce on Allocation of Tax Revenue Between Developed and Developing Countries*, 4 J. OF KOREAN LAW.
- Likert, R. (1932)**, *A Technique for the Measurement of Attitudes*, Archives of Psychology 140, p 1-55.
- Lohuis, H., Stevens, A.J.A. (2017)**, *MLI Part Two: Hybrid Mismatches*, MBB 2017/04.
- Luts, J. (2014)**, *Een ‘multilateraal instrument’ (BEPS actiepunt 15)*, Algemeen Fiscaal Tijdschrift 2014/6-7. Met bijdragen van: Roberta Cowan, Rodrigo Fernandez en Tim Steinweg ISBN: 978-94-6207-091-2.
- McIntyre, M.J. (2013)**, *International tax*, (Wayne State University), 2013.
- Meurs, van J.H. (1929)**, *De volkenbond*, Ontwikkeling Amsterdam 1929.
- Miller, M.J., Stone, M. (2008)**, *The evolution of Limitation on Benefits, Beneficial Ownership and Similar Rules: Recent Trends and Future Possibilities*, Tax Management International Journal, vol. 37, nr.12.
- OESO (1986)**, *Double taxation conventions and the use of conduit companies*, R(6)-2/3.
- OESO (1989)**, *Tax Treaty Override*, OESO publishing, Paris, p.4-10.

- OESO (1999)**, *The Application of the OESO Model Tax Convention to Partnerships*, Issues in International Taxation, no.6, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2001)**, *Taxation and Electronic Commerce – Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, 2001.
- OESO (2013)**, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, OESO Publishing.
[Http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en](http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en)
- OESO (2015)**, *Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2015)**, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, Action 15 -2015 *Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2015)**, *Multilateral convention to implement tax treaty relates measures to prevent base erosion and profit shifting*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2015)**, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2015)**, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015, Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO (2016)**, *Branch Mismatch Structures, Action 2 – 2016 Final Report*, OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OESO Publishing, Paris.
- OESO**, *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, Paris: OESO Publishing 1977.
- Panyani, C.H.J.I. (2007)**, *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2007.
- Peters, J. (2011)**, *De verrekening van buitenlandse bronbelasting: lastig maar lonend*, Deel 1, Seaport 2011, nr.6, p.38.
- Pötgens, F.P.G., Broekhuijsen, D.M. (2017)**, *Het Multilaterale Instrument met zijn vele bilaterale schakeringen*, WFR 2017/76.
- Pötgens, F.P.G., de Heer, L.J. (2010)**, *Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten*, WFR 2010/1024.
- Prof.dr. A. Rust (Institute for Austrian and International Tax Law) (19-10-2017)**, *The impact of BEPS on tax treaties: Anti-abuse*, presented at: Launch VU Nexus Centre Seminar, Amsterdam.

- Rivier, J.M. (1987)**, *The fiscal residence of companies*, IFA-rapport 1987, deel LXXIIa, Kluwer, Deventer, 1987, p. 69-70.
- Rosenbloom, D. (1983)**, *Tax Treaty Abuse: Policies and Issues*, in: *Law & Policy in International Business*, p.783.
- Smits, J.M. (2016)**, *Wat is juridische dogmatiek? Over doel en methode van de doctrinaire benadering*, in: M. Groenenhuijsen et al (red), *Recht in geding II*, Den Haag BJU.
- Stevens, A.J.A. (2015)**, *Enige internationaalrechtelijke, fiscale aspecten van personenvennootschappen*, TFO 2015/140.2.
- Strik, S.A.W.J. (2011)**, Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, 16 maart 2011. p.6.
- Tax Justice Network- TJN (2013)**, *Pak ons dan als je kan*, Eric Goeman uitgeverij, Eeklo 2013, p.11-23.
- Terra, B.J.M., Wattel, P.J. (2008)**, *European Tax Law*, Deventer: Kluwer Law International.
- Tydemann-Yousef, M. (2014)**, *Fraus Conventionis, qua eest ?*, WFR 2014/3, p.4.
- Van den Tempel, A.J. (1975)**, *Internationale neutraliteit bij directe belastingen*, in Cyns en Dyns, Liber Amicorum H.J. Hofstra, 1975, p. 205.
- Van den Tempel, A.J. (1976)**, *Relief of Double Taxation, a Comparison of the work of the League of Nations and the Organization for Economic Cooperation and Development*, Amsterdam: IBFD 1976.
- Van der Geld, J.A.G. (2011)**, *De Deelnemingsvrijstelling*, Deventer: Kluwer 2011.
- Van der Geld, J.A.G. (1989)**, *De herziene deelnemingsvrijstelling; met name in internationale verhoudingen*, Deventer: Kluwer 1989.
- Van Raad, C. (2013)**, *Cursus Belastingrecht studenteneditie: Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
- Van Raad, C. (2015)**, *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- Van Weeghel (1998)**, *The improper use of tax treaties: with particular reference to the Netherlands and the US*, London: Kluwer Law International.
- Vleggeert, J. (2013)**, *Stop met het afgeven van tax rulings aan brievenbusmaatschappijen*, WFR 2013/916.
- Witt Wijne, de P. (2017)**, *Veel twijfel of de belastingdienst al die plannen wel kan uitvoeren*, NRC 11-10-17.

Kamerstukken II, 1990/91, 22 008, 1-2.

Kamerstukken II, 2001/02, 28 259, nr.3, p.20, MvT

Kamerstukken II, 2010/11, 25 087, nr.7, bijlage (NFV 2011) V-N 2011/12.

Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr.135.

Kamerstukken II, 2016/17, 25 087, nr. 148.

Kamerstukken II, 2017/18, 25 087, nr.184

Gevolgen Multilateraal verdrag voor Nederlandse Belastingverdragen, gevonden op:
https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2017Z18563&did=2017D38270.

Besluit van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168.

Besluit van 6 Juli 2005, nr.IFZ2005/546M, NTFR 2005/996, BNB 2005/280.

State aid SA. 38945 (2015/C) (ex 2015/NN) – Luxembourg: Alleged aid to McDonald's.

HvJ EG 22 februari 2018, zaak C-398/16/C-399/16 (Groupe Steria),
ECLI:EU:C:2018:110.

HR 15-12-93, nr. 29 296, BNB 1994/259.

HR 6-12-02, nr.35 773, BNB 2003/285.

HR 5-9-2003, nr.37 651, BNB 2003/379.

HR 12-5-06, nr. 39 223, BNB 2007/36.

6. Appendix

6.1. Appendix 1 : Multilateral Convention

**MULTILATERAL CONVENTION
TO IMPLEMENT TAX TREATY RELATED MEASURES
TO PREVENT BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING**

Appendix 2: Seminar 'Impact of BEPS on Tax Treaties'



Thank you!

Arvid Aage Skaar
Professor of Law
a.skaar@jur.uio.no

6.2. Appendix 3: Document Gevolgen Multilateraal Instrument
voor Nederlandse belastingverdragen

Bepaling Verdrag (onder) werkt door in belastingverdrag (rechts)	Keuze Nederland	Nederland - Argentinië	Nederland - Armenië	Nederland - Australië	Nederland - Canada	Nederland - China	Nederland - Duitsland	Nederland - Egypte	Nederland - Finland	Nederland - Frankrijk	Nederland - Georgië	Nederland - Griekenland	Nederland - Hongarije	Nederland - Hongkong	Nederland - IJsland	Nederland - India	Nederland - Indonesië	Nederland - Israël	Nederland - Italië	Nederland - Japan	Nederland - Koeweit
art. 3 - Hybride entiteiten	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee
art. 4 - Entiteiten met een dubbele woonplaats	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee
art. 5 - Niet toepassen vrijstellingsmethode voor het voorkomen van dubbele belasting (voor inwoners van Nederland)	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
art. 6 - Doel van een gedekt belastingverdrag (minimum standaard)	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
art. 7 - Voorkoming verdragsmisbruik (minimumstandaard)	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
art. 8 - Jaarsbezitseis tegen dividend stripping	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee
art. 9 - Jaar terugkijken voor bepalingen in onroerendezaaklichamen	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee	Deels	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee
art. 10 - Anti-misbruikbepaling voor vaste inrichtingen in derde rechtsgebieden	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Ja	Nee	Ja	Nee
art. 11 - Saving clause	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee
art. 12 - Vaste inrichting bij commissionairs-structuren en vergelijkbare strategieën	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee
art. 13 - Kunstmatig omzeilen vaste inrichting door uitzonderingen voor specifieke activiteiten	Ja	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Deels	Ja	Nee	Deels	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
art. 14 - Opsplitsen van contracten	Ja	Deels	Deels	Ja	Nee	Nee	Nee	Deels	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Deels	Ja	Nee	Nee	Deels
art. 16 - Procedure voor onderling overleg (minimumstandaard)	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*
art. 17 - Overeenkomstige aanpassingen	Ja	Ja	Ja	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Ja	Ja
art. 18 - Keuze om Deel VI toe te passen	Ja	Nee	Nee	Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Ja	Ja	Nee	Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Nee	Ja	Nee	Nee

