

ERASMUS UNIVERSITEIT
ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie



Het gebruik van bronbelastingen tegen BEPS

Naam: Jorien Verkerk

Studentnummer: 388666

Begeleiders: Mr. Y. Vink en Drs. M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum: februari 2019

Rotterdam

Contents

Lijst van gebruikte afkortingen	5
Hoofdstuk 1 Inleiding	6
<hr/>	
1.1. Aanleiding van het onderzoek	6
1.1.1. Nederlandse nationale wet	6
1.1.2. Belastingverdragen	7
1.1.3. Europese Unie	8
1.1.4. OECD	9
1.1.5. Literatuur	9
<hr/>	
1.2. Probleemstelling	9
1.3. Toetsingskader	10
1.4. Afbakening	11
<hr/>	
Hoofdstuk 2 Het belasten van bedrijfsinkomsten en belastingontwijking	15
<hr/>	
2.1 Inleiding	15
2.2 Het belasten van bedrijfsinkomsten	15
2.3 Tax planning	18
2.3.1 Belastingontwijking versus belastingontduiking	18
2.3.2 Tax planning door multinationale ondernemingen	19
<hr/>	
2.4 Fair share politiek versus het fiscale vestigingsklimaat	19
2.5 Aanpak internationale organisaties	21
2.5.1 OECD/G20 BEPS	21
2.5.2 EU ATAD	24
<hr/>	
2.6 Conclusie	24
<hr/>	
Hoofdstuk 3 Bronbelastingen	25
<hr/>	
3.1 Inleiding	25
3.2 Het heffen van bronbelastingen	25
3.2.1 Wat zijn bronbelastingen?	25
3.2.2 Bronbelastingen in Nederland	25
3.2.3 Bronbelastingen in de OECD	28
<hr/>	
3.3 Bronbelastingen in verdragen	33
3.3.1 Bronbelastingen in verdragen algemeen	33
3.3.2 Het Nederlandse verdragsbeleid omtrent bronbelastingen	34

3.4	Bronbelastingen in EU-verband	35
3.4.1	De moeder-dochterrichtlijn	35
3.4.2	De rente- en royaltyrichtlijn	37
<hr/>		
3.5	Conclusie	38
<hr/>		
Hoofdstuk 4 Het gebruik van bronbelastingen tegen BEPS		39
4.1	Inleiding	39
4.2	Bronbelastingen tegen BEPS in Belastingplan 2019	39
4.2.1	Bronheffing op dividenden, royalty's en rente	39
4.2.2	Laagbelastend land	40
4.2.3	Misbruiksituaties	41
<hr/>		
4.3	Andere manieren van het gebruik van bronheffingen?	42
4.3.1	Inleiding	42
4.3.2	Modelverdragen en Multilateraal Instrument	43
4.3.3	Aanpassing rente en royaltyrichtlijn	44
4.3.4	Voorstel Vleggeert en Vording: een belasting op agressieve tax planning	45
<hr/>		
4.4	Goede wetgeving	46
4.4.1	Inleiding	46
4.4.2	Wetsvoorstel Belastingplan 2019	47
4.4.3	Voorstel Vleggeert en Vording	50
4.4.4	Conclusie	52
<hr/>		
4.5	Conclusie	53
Hoofdstuk 5 OECD BEPS-actiepunten		54
5.1	Inleiding	54
5.2	OECD BEPS actiepunt 5	54
5.2.1	Inleiding	54
5.2.2	OECD BEPS Final report 2015	54
5.2.3	Nederlandse implementatie actiepunt 5	57
<hr/>		
5.3	OECD BEPS actiepunten 6 en 15	60
5.3.1	Inleiding	60
5.3.2	OECD BEPS Final reports 2015 actiepunt 6	61
5.3.3	Het multilateraal instrument	63
5.3.4	Nederland en het multilateraal instrument	65
<hr/>		
5.4	Conclusie	67

Hoofdstuk 6 Vergelijking OECD BEPS actiepunten en bronbelasting	68
6.1 Inleiding	68
6.2 Goede wetgeving	68
6.2.1 Nota zicht op wetgeving	68
6.2.2 BEPS actiepunt 5	68
6.2.3 BEPS actiepunten 6 en 15	75
6.3 Vergelijking met (conditionele) bronheffingen	78
6.3.1 Inleiding	78
6.3.2 Vergelijking	79
6.4 Conclusie	82
Hoofdstuk 7 Conclusie	84
7 Literatuur	92
Artikelen	92
Boeken	94
Rapporten e.d.	94
Jurisprudentie	98

Lijst van gebruikte afkortingen

APA	Advanced Pricing Agreement
ATR	Advanced Tax Ruling
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled Foreign Country
EU	Europese Unie
FBI	Fiscale Beleggingsinstelling
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
LOB	Limitation On Benefits
MKB	Midden- en Kleinbedrijf
MLI	Multilateraal instrument (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS)
MNO	Multinationale Onderneming
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PPT	Principal Purpose test
R&D	Research and Development
r.o.	Rechtsoverweging
VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WIB	Wet op de Internationale Bijstandsverlening bij de heffing van belastingen

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1. Aanleiding van het onderzoek

Aanleiding voor dit onderzoek zijn de recente ontwikkelingen in de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OECD) en de Europese Unie (hierna: EU) om belastingontwijking door bedrijven te verminderen. Speciale aandacht zal worden gegeven aan de plannen van kabinet Rutte III om een bronbelasting in te voeren op dividend-, rente- en royaltybetalingen aan low tax jurisdictions. Er zal een vergelijking worden gemaakt tussen het inzetten van een bronbelasting en de verschillende voorgestelde manieren om belastingontwijking door bedrijven te verminderen in de OECD BEPS actiepunten.

Wereldwijd zijn tegenstrijdige ontwikkelingen te zien als het aankomt op bronbelastingen. Aan de ene kant wordt in de Europese moeder-dochterrichtlijn¹ en rente- en royaltyrichtlijn² het gebruik van bronbelastingen binnen de EU verminderd door transacties tussen verbonden lichamen vrij te stellen van bronbelasting. Ook in belastingverdragen wordt de heffing van bronbelastingen vaak beperkt tot een bepaald maximum percentage. Aan de andere kant vindt de strijd tegen belastingontwijking door bedrijven door middel van 'Base Erosion and Profit Shifting' (hierna: BEPS) plaats. Een voorbeeld van het gebruik van bronbelastingen ter vermindering van BEPS is terug te vinden in het advies van TAXE 2, een onderzoekscommissie van het Europese Parlement, waarin is voorgesteld om een algemene bronbelasting op dividend, rente en royalty's te hanteren om BEPS te verminderen³.

1.1.1. Nederlandse nationale wet

De Nederlandse nationale belastingwetgeving kent twee bronbelastingen: de loonbelasting en de dividendbelasting. In dit onderzoek wordt alleen aandacht besteed aan de belasting van bedrijfsinkomsten. De loonbelasting valt daarom buiten het bestek van het onderzoek. Andere mogelijke inkomsten waarover bronbelasting kan worden geheven, zijn rente en royalty's.

In Nederland zijn bronbelastingen een veelbewogen onderwerp. Het regeerakkoord van kabinet Rutte III zorgde voor veel ophef door het plan om de dividendbelasting gedeeltelijk af te schaffen. De ophef werd vooral veroorzaakt doordat de maatregel onverwacht was, omdat het plan om de dividendbelasting af te schaffen in geen enkel partijplan was terug te vinden. Daardoor werd in de media gespeculeerd over de invloed van een aantal grote bedrijven op de kabinetsonderhandelingen. Tegenstanders van de afschaffing van de dividendbelasting noemen als argument de financiële derving van de afschaffing.⁴ Daarnaast zou de afschaffing van de dividendbelasting vooral voordelen hebben voor buitenlandse beleggers en overheden.⁵

In de fiscaliteit bestaan echter al langer stemmen voor de afschaffing van de dividendbelasting. Van den Dool, Heithuis, Kampschöer, de Smit en Vollebregt noemen in het Compendium Vennootschapsbelasting de volgende redenen om de dividendbelasting af te schaffen: de administratieve rompslomp die komt kijken bij de heffing (en de verrekening en teruggaaf) en de kwetsbaarheid tegenover de EU vrijheden van vestiging en kapitaal. Ook wordt de

¹ Richtlijn 2011/96/EU gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

² Richtlijn 2003/49/EC van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van rente en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten

³ Special Committee on Tax Rulings (TAXE 2), 2016/2038(INI), Strasbourg 6 juli 2016.

⁴ NOS, 'Grote bedrijven zetten onderhandelaars kabinet onder druk', 8 november 2017.

⁵ Jacobs 2017, p. 2.

dividendbelasting vaak niet geheven op basis van verdragen en de moeder-dochterrichtlijn. Daarnaast beargumenteren zij net als onder andere Meussen dat het afschaffen van de dividendbelasting goed zou zijn voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Dit is ook het belangrijkste argument van het kabinet.⁶⁷

Het kabinet wilde de dividendbelasting echter in stand houden voor dividendbetalingen aan zogenaamde low tax jurisdictions. Dit zijn landen waar de betalingen niet of niet voldoende belast worden bij de ontvanger. Voor uitgaande betalingen aan deze landen wil het kabinet ook een bronbelasting invoeren op rente en royalty's. Doel van deze maatregel is volgens het regeerakkoord om brievenbusconstructies tegen te gaan.⁸ In het wetsvoorstel voor de conditionele bronbelasting op dividenden is aangesloten bij een minimale heffing in de ontvangstaar van 9%. Dit betekent dat sprake is van een low tax jurisdiction bij een nominaal belastingtarief op bedrijfsinkomsten onder de 9%. Het tarief van de nieuwe bronheffing wordt gelijkgesteld aan het hoogste tarief van de vennootschapsbelasting.⁹

Door alle commotie omtrent het afschaffen van de dividendbelasting is het plan om de dividendbelasting af te schaffen echter niet doorgegaan. Het kabinet heeft aangegeven alsnog een conditionele bronbelasting op rente en royalty's in te willen voeren per 2021. Daarnaast zal het voorstel van een conditionele heffing op dividenden worden geïntegreerd met de huidige Wet op de dividendbelasting 1965.¹⁰

1.1.2. *Belastingverdragen*

In de meeste verdragen ter voorkoming van dubbele belasting zijn artikelen opgenomen waarin de heffing van bronbelastingen op passieve inkomsten wordt beperkt. Deze beperkingen zijn ook terug te vinden in artikel 10, 11 en 12 van het OECD modelverdrag, dat voor veel verdragen als uitgangspunt is gebruikt. Artikel 10 beperkt de bronheffing op dividenden tot 5% ingeval de ontvanger van het dividend een vennootschap is met een belang van minstens 25% in de uitkerende vennootschap. De bronheffing wordt beperkt tot 15% in alle andere gevallen. Artikel 11 van het OECD modelverdrag beperkt de bronheffing op rente tot maximaal 10%. De bronheffing op royalty's wordt beperkt tot 0% in artikel 12 van het OECD modelverdrag. Verdragsstaten zijn vrij om andere maximale tarieven af te spreken in hun verdragen. In het Nederlands Standaardverdrag is aangegeven dat zoveel mogelijk gestreefd wordt naar een bronheffing van 0% op deelnemingsdividenden. Nederland zal in zijn verdragen zo min mogelijk een percentage afspreken voor de bronheffing op rente. Voor royalty's streeft Nederland in zijn verdragen naar geen of een zo laag mogelijke bronheffing.

Amerika hanteert in zijn verdragen een andere manier voor het verlagen van bronheffingen dan in het OECD modelverdrag. Het modelverdrag van de Verenigde Staten bevat sinds 2016 een bepaling die een conditionele verlaging van de bronheffing met zich meebrengt. De verdragsvoordelen, zoals een verlaging van de bronheffing op rente, worden onthouden indien het gaat om een betaling tussen verbonden personen aan een 'special tax regime'. Een land is een special tax regime als het een belastingtarief lager dan 15% heeft en het effectieve tarief lager is dan 60% van het algemene tarief op bedrijfswinsten in de bronstaat. Een uitzondering wordt gemaakt voor faciliteiten voor onderzoek en ontwikkeling in de faciliterende staat. Deze

⁶ Van den Dool, Heithuis, Kampschoër, Smit, Vollebregt, *Compendium Vennootschapsbelasting* 2016, p. 499-500.

⁷ Meussen 2017, p. 2-3.

⁸ Kabinet Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, p. 36.

⁹ Kamerstukken II, Memorie van toelichting, 35 028 nr. 3, p. 16.

¹⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, *Heroverweging pakket vestigingsklimaat*.

bepaling moet bij heronderhandelingen worden ingevoerd in de belastingverdragen die de Verenigde Staten heeft.¹¹

1.1.3. Europese Unie

Een van de doelen van de EU is het tot stand brengen van een interne markt tussen de lidstaten met vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. De EU kan belemmeringen van de interne markt wegnemen door middel van positieve en negatieve integratie. Harmonisatie van de nationale wetgeving van de EU lidstaten kan plaatsvinden door middel van positieve integratie via richtlijnen en verordeningen. Negatieve integratie vindt plaats via het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU). Het HvJ EU kan belemmeringen die zijn veroorzaakt door de nationale wetgeving van een van de lidstaten en in strijd zijn met de vrije verkeersbepalingen als onverenigbaar met de interne markt verklaren. Op deze manier ontstaat er een verbod voor bepaalde nationale bepalingen. Belemmeringen die ontstaan als gevolg van dispariteiten, verschillen in de nationale wetgeving van de EU lidstaten, kunnen door het HvJ EU niet bestreden worden. De enige manier om deze belemmeringen tegen te gaan is door middel van verdere harmonisatie van de fiscale wetgeving van lidstaten via positieve integratie.¹²

Positieve integratie op het gebied van bronbelastingen is terug te vinden in de moeder-dochterrichtlijn en de rente- en royaltyrichtlijn. De moeder-dochterrichtlijn bepaalt dat de winst die een moedermaatschappij, anders dan bij liquidatie, krijgt uitgekeerd van haar dochtermaatschappij, niet mag worden belast als winst bij de moeder. Hiervoor is een belang van de moeder in de dochter vereist van minimaal 20%. Ook is bepaald dat geen bronheffing mag plaatsvinden over de winsten die door de dochtermaatschappij worden uitgedeeld aan de moeder.¹³ De rente- en royaltyrichtlijn bepaalt dat rente en royalty's worden vrijgesteld van bronbelasting als ze zijn ontstaan in een EU lidstaat en een onderneming of vaste inrichting in een andere EU lidstaat de uiteindelijke gerechtigde is tot de rente- of royaltybetaling.¹⁴

Ook binnen de EU bestaat er discussie over bronbelastingen. Zo wordt er gediscussieerd over een toe te voegen bepaling aan de rente- en royaltyrichtlijn waardoor geen vrijstelling van bronheffing hoeft te worden gegeven wanneer geen effectieve belastingheffing plaatsvindt in de andere lidstaat.¹⁵ In een rapport van de commissie TAXE 2 voor het Europese Parlement wordt het advies gegeven een algemene bronbelasting op dividend, rente en royalty's te hanteren. Taak van deze commissie was om onderzoek te doen naar staatssteun, rulings en andere fiscale wetgeving die de concurrentie verstoort door bedrijven of transacties aan te trekken ten koste van de lidstaten waar deze bedrijven en transacties anders belast zouden zijn.¹⁶ Tot slot bespreekt ook de Raad van de Europese Unie het gebruik van de Europese richtlijnen omtrent bronbelastingen om zo onbelast winsten weg te sluisen uit Europa¹⁷.

¹¹ Vleggeert en Vording 2018, p. 7.

¹² De Graaf, Kavelaars, Stevens, *Internationaal belastingrecht*, p. 59-60.

¹³ Richtlijn 2011/96/EU gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

¹⁴ Richtlijn 2003/49/EC van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van rente en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

¹⁵ Europese Commissie, mededeling aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden, Brussel, 17 juni 2015, COM(2015) 302 final, p. 11.

¹⁶ European Parliament, Resolution of 16 December 2015 with recommendations to the Commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the Union, 2015/2010(INL).

¹⁷ Raad van de Europese Unie (Ecofin), verslag aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 12 december 2016, 15254/16, p. 21.

1.1.4. OECD

In de OECD is men sinds 2012 bezig met het verminderen van belastingontwijking door bedrijven. De G20 deed in 2012 in Los Cabos in Mexico het verzoek om een actieplan te bedenken voor het voorkomen van 'base erosion and profit shifting'.¹⁸ Hieruit is een actieplan met 15 actiepunten voortgekomen. Deze actiepunten moeten samen gezien worden als een manier om BEPS te verminderen.¹⁹ In dit onderzoek zal speciale aandacht worden besteed aan actiepunten 5, 6 en 15. Deze actiepunten zien (deels) op dezelfde problematiek die kan worden aangepakt door middel van bronbelastingen (zie paragraaf 1.4 Afbakening).

1.1.5. Literatuur

Vleggeert en Vording stellen een verdergaande maatregel voor dan het voorstel van het kabinet Rutte III: een 15% bronbelasting op rente en royalty's die worden betaald aan verbonden vennootschappen, ook als deze betalingen niet worden gedaan aan low tax jurisdictions.²⁰ Hierbij is sprake van verbondenheid bij een belang van minstens 50%. In combinatie met deze bronbelasting pleiten zij ook voor een aanpassing in de rente- en royaltyrichtlijn, waardoor de vrijstelling van bronheffing geen toepassing vindt bij betalingen aan low tax jurisdictions. Door een combinatie van deze twee regelingen wordt voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van doorstroomentiteiten in lidstaten met een lage of geen bronheffing op rente en royalty's. Van belang is dat alle lidstaten een bronheffing op rente en royalty's invoeren in de nationale belastingwetgeving. Dit zou bereikt kunnen worden door dit te verplichten in de rente- en royaltyrichtlijn. Vervolgens moet in bilaterale belastingverdragen worden opgenomen dat de vrijstelling of vermindering van bronheffing alleen geldt vanaf een bepaalde effectieve heffing in de ontvangststaat. Op deze manier wordt alsnog bewerkstelligd dat de bronbelasting alleen geldt voor betalingen aan low tax jurisdictions. Dit voorstel impliceert dus een samenspel van de nationale wetgeving van de lidstaten, de EU rente- en royaltyrichtlijn en de bilaterale belastingverdragen. Deze maatregelen zijn volgens Vleggeert en Vording effectiever dan hetgeen in het regeerakkoord is voorgesteld. De Nederlandse conditionele heffing kan immers eenvoudig omzeild worden door gebruik te maken van een doorstroomentiteit in een andere lidstaat die geen bronbelasting op rente en royalty's kent.

1.2. Probleemstelling

Deze ontwikkelingen hebben mijn interesse gewekt voor het gebruik van bronbelastingen om BEPS aan te pakken. Bronbelastingen worden geheven door middel van inhouding en afdracht door de uitkerende instantie. Gebruik van bronbelastingen is interessant voor overheden omdat de heffing relatief eenvoudig is en lage kosten heeft omdat de inning per transactie plaatsvindt door de uitkerende instantie in plaats van door de fiscus. De fiscus hoeft alleen per belastingplichtige te innen. Bovendien zijn de maatregelen die voortvloeien uit de internationale aanpak van belastingontwijking in onder andere de EU en de OECD erg omvangrijk en complex. Een heffing aan de bron kan zeker stellen dat bepaalde inkomensstromen altijd belast worden tegen een bepaald minimumtarief zonder een breed scala aan wetten.

¹⁸ G20 Leaders Declaration, Los Cabos, Mexico, 19 juni 2012.

¹⁹ OECD, *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, OECD Publishing 2015.

²⁰ Vleggeert en Vording 2018.

De probleemstelling die in dit onderzoek centraal staat is:

Hoe kan base erosion en profit shifting verminderd worden door het gebruik van bronbelastingen en is dit een goed alternatief voor andere maatregelen voorgesteld in de OECD BEPS actiepunten?

De probleemstelling van dit onderzoek wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

H2 Het belasten van bedrijfsinkomsten en belastingontwijking

- Waarom worden bedrijfsinkomsten belast?
- Wat is het verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking?
- Wat doen internationale organisaties tegen belastingontwijking (BEPS)?

H3 Bronbelastingen

- Wat zijn bronbelastingen?
- Hoe worden bronbelastingen ingezet?

H4 Het gebruik van bronbelastingen tegen BEPS

- Hoe kunnen bronbelastingen worden ingezet tegen belastingontwijking (BEPS)?

H5 OECD BEPS actiepunten

- Welke maatregelen worden ingezet tegen BEPS in de OECD BEPS actiepunten?

H6 Vergelijking OECD BEPS actiepunten en bronbelasting

- Hoe verhoudt een bronbelasting zich ten opzichte van de OECD BEPS actiepunten bij de aanpak van BEPS?

1.3. Toetsingskader

De verschillende methoden die ingezet kunnen worden tegen BEPS worden in dit onderzoek getoetst aan de kwaliteitseisen voor het overheidsoptreden via wetgeving die zijn vastgesteld in de Nota zicht op wetgeving (hierna: de kwaliteitseisen). Er wordt getest op de volgende kwaliteitseisen:

1. *Rechtmatigheid en verwerkelijkheid van rechtsbeginselen*: wetten moeten in overeenstemming zijn met het (internationale en Europese) recht en de rechtsbeginselen. Voorbeelden van deze rechtsbeginselen die worden genoemd in de Nota zicht op wetgeving zijn de bescherming van kwetsbare belangen of het bevorderen van de rechtszekerheid. Onrechtmatigheid van de wetgeving kan leiden tot het verminderen van het vertrouwen in de overheid. Onrechtmatige wetgeving kan worden gecorrigeerd door middel van rechterlijk ingrijpen dat de effectiviteit van het beleid kan verminderen;
2. *Doeltreffendheid en doelmatigheid*: de wet moet de beoogde doelstelling verwezenlijken en hierbij mag geen te ongunstige verhouding tussen de baten en de lasten, zowel voor de overheid als voor de samenleving, ontstaan. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met eventuele neveneffecten van tot stand te brengen regelingen. Om dit te verwezenlijken moet in de toelichting bij een nieuwe regeling

duidelijk gemaakt worden wat het doel van de regeling is en welke middelen worden ingezet;

3. *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*: de naleving van de wetten moet af te dwingen zijn door middel van feitelijke maatregelen en juridische reacties op niet-naleving. Daarbij spelen onder andere de capaciteit en de deskundigheid van het uitvoerend apparaat en de samenwerking tussen uitvoerende organisaties een rol. Daarnaast moeten de kosten van de uitvoering en handhaving van een regeling zo beperkt mogelijk blijven;
4. *Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid*: de wet moet duidelijk zijn voor degenen die met de wet worden geconfronteerd en voor degenen die de wet moeten toepassen. Alle partijen moeten kunnen zien wat het doel van de wetgever is en wat zij zelf mogen of moeten doen of nalaten;
5. *Subsidiariteit en evenredigheid*: waar mogelijk wordt de verantwoordelijkheid bij de maatschappelijke organisaties of decentrale overheden gelegd. Alleen als dit niet mogelijk is wordt het nationale recht ingezet. Evenredigheid houdt in dat de wet en de bijkomende baten en lasten proportioneel moeten zijn aan de verantwoordelijkheid.²¹

1.4. Afbakening

Ik heb ervoor gekozen om de vergelijking te maken tussen het gebruik van een bronheffing tegen BEPS en de OECD BEPS actiepunten. Ik heb daarbij gekozen voor de OECD in plaats van bijvoorbeeld de EU door de reikwijdte die de OECD BEPS actiepunten kunnen hebben. De OECD heeft 36 lidstaten verspreid over de hele wereld. Daarnaast heeft de OECD nog een groot aantal partnerlanden. Deze landen hebben niet het OECD-verdrag ondertekend, maar werken wel samen met de OECD. In totaal werken 115 landen mee aan de OECD BEPS actiepunten.

Om het gebruik van bronbelasting als middel om BEPS aan te pakken te vergelijken met de BEPS actiepunten heb ik de keuze gemaakt om een aantal actiepunten los te behandelen. Het OECD BEPS actieplan bestaat uit 15 actiepunten. Het actieplan als geheel behandelen zou geen recht doen aan de gedetailleerde uitwerking van de actiepunten. Dit zou daarom ook geen goede vergelijkingsmaatstaf vormen voor een bronbelasting. Ik heb er daarom voor gekozen om drie actiepunten te selecteren die ik gebruik als vergelijkingsmaatstaf. Het OECD BEPS actieplan bestaat uit de volgende actiepunten:

Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy

Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements

Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules

Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments

²¹ Kamerstukken II, *Nota zicht op wetgeving*, Vergaderjaar 1990-1991, 22 008 nr. 2.

Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance

Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances

Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status

Actions 8–10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation

Action 11: Measuring and Monitoring BEPS

Action 12: Mandatory Disclosure Rules

Action 13: Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting

Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective

Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.²²

Het invoeren van een (conditionele) bronbelasting voor het aanpakken van BEPS pakt belastingontwijking door middel van grensoverschrijdende betalingen aan bij de bron. Ik heb er daarom voor gekozen om de vergelijking te maken met de OECD BEPS actiepunten die ook zien op grensoverschrijdende transacties.

Een aantal actiepunten zijn niet meegenomen in het onderzoek omdat ze zien op te specifieke problematiek. Actiepunt 1 ziet op het belasten van de digitale economie. Hierbij kan het ook gaan om grensoverschrijdende betalingen. Dit is echter een specifieke soort grensoverschrijdende transacties waarvoor in de EU aan een richtlijn wordt gewerkt.²³²⁴ Het plan van de EU is om uiteindelijk het vaste inrichting-begrip en de winsttoerekening aan vaste inrichtingen zo aan te passen dat digitale diensten worden belast in het land waar de gebruikers van de diensten zich bevinden. Een (conditionele) bronheffing is een meer algemene maatregel die de problematiek van het belasten van de digitale economie niet kan oplossen. Daarom heb ik ervoor gekozen om dit actiepunt niet te gebruiken in dit onderzoek.

Ook actiepunt 2 ziet op een specifiek probleem: het verschil in kwalificatie van een entiteit of transactie tussen twee staten en de daaruit voorkomende fiscale problematiek. Door de verschillende kwalificatie kunnen bepaalde transacties onbelast plaatsvinden. Deze problematiek wordt niet opgelost door het invoeren van een bronbelasting, bijvoorbeeld wanneer een hybride entiteit in de bronstaat niet wordt gezien als belastingplichtige entiteit. Daarnaast is dit actiepunt opgenomen in de EU ATAD. Omdat ik heb gekozen voor specifiek de OECD aanpak van BEPS zal ik dit actiepunt niet behandelen. Hetzelfde geldt voor actiepunten 3 en 4. Actiepunt 7 zal niet los worden behandeld, maar zal wel kort worden behandeld bij de bespreking van actiepunt 15. Het aanpassen van het vaste inrichting-begrip om het voorkomen van de kwalificatie als vaste inrichting tegen te gaan is namelijk ook opgenomen als bepaling in het multilateraal instrument (hierna: MLI).

²² OECD, *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, OECD Publishing 2015.

²³ European Commission, *Proposal for a council directive, laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence* {SWD(2018) 81 final} - {SWD(2018) 82 final}.

²⁴ European Commission, *Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services* {SWD(2018) 81} - {SWD(2018) 82}.

Actiepunten 8 tot en met 10 en 13 met betrekking tot transfer pricing zijn buiten beschouwing gelaten omdat transfer pricing binnen de fiscaliteit een thema op zich is. Transfer pricing ziet op het bepalen van een zakelijke prijs voor transacties tussen verbonden lichamen. Het bepalen van deze prijzen is voor een groot deel economische problematiek in plaats van fiscale problematiek. Ik heb er daarom voor gekozen om dit actiepunt niet mee te nemen in dit onderzoek.

Actiepunt 11 ziet niet op het oplossen van bepaalde BEPS problematiek, maar ziet op het meten van de economische impact van BEPS en de impact van de BEPS actiepunten. Ook dit actiepunt is niet meegenomen in het onderzoek.

Actiepunt 12 ziet op regels voor adviseurs en andere intermediairs. Wanneer deze een agressief fiscaal advies verstrekken, moeten zij hier een melding voor maken. Dit actiepunt is binnen de EU uitgewerkt in de richtlijn die ook wel bekend staat als DAC 6 en zal niet worden behandeld in dit onderzoek.²⁵

Actiepunt 14 ziet op een verbeterde procedure voor de geschillenbeslechting tussen staten. Dit actiepunt ziet niet op een vorm van BEPS en zal dus niet worden behandeld in dit onderzoek.

In dit onderzoek zal aandacht worden besteed aan actiepunten 5, 6 en 15. Deze actiepunten zien op dezelfde problematiek die kan worden aangepakt door middel van bronbelastingen. Het gaat in beide gevallen om de BEPS door middel van grensoverschrijdende betalingen. Door middel van actiepunt 5 probeert de OECD te voorkomen dat winsten worden verplaatst door substance eisen te stellen aan entiteiten voor het gebruik van preferentiële belastingregimes. Een voorbeeld van zo'n preferentieel regime is de Nederlandse innovatiebox. Dit betekent dat deze entiteiten daadwerkelijk een economische functie moeten hebben. Een entiteit die alleen wordt gebruikt voor de doorvoer van winsten door middel van dividenden, rente op uitgegeven leningen en royaltybetalingen voldoet hier niet aan. Base erosion and profit shifting kan plaatsvinden doordat bedrijven winsten doorvoeren naar een land met zo'n preferentieel belastingregime. Dit wordt voorkomen door daadwerkelijke economische activiteiten in de vorm van kosten te eisen in het land van het preferentiële regime. Daarnaast ziet actiepunt 5 op de automatische uitwisseling van internationale rulings. De belastingautoriteiten van de OECD lidstaten moeten een samenvatting delen van rulings met een internationaal karakter aan het land waarop de rulling betrekking heeft.²⁶

BEPS actiepunt 6 streeft ernaar om verdragsvoordelen te weigeren in situaties van oneigenlijk of onbedoeld gebruik van een verdrag. Hiervoor is het volgende voorgesteld: de preambule en considerans van belastingverdragen moeten benoemen dat het verdrag het voorkomen van het ontgaan van belastingen mede ten doel heeft en belastingverdragen moeten een algemene antimisbruikbepaling gaan bevatten. Deze antimisbruikbepaling kan worden vormgegeven als een Principal Purpose test of een Principal Purpose test in combinatie met een limitation-on-benefits artikel waardoor alleen inwoners van een staat die daadwerkelijk binding met die staat hebben de verdragsvoordelen kunnen claimen.²⁷

²⁵ Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

²⁶ Vakstudie Nieuws, Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten, V-N 2015/56.2.

²⁷ Vakstudie Nieuws, Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten, V-N 2015/56.2.

BEPS actiepoint 6 kan niet los gezien worden van BEPS actiepoint 15, het invoeren van een MLI ter wijziging van bilaterale belastingverdragen. De voorgestelde wijzigingen van actiepoint 6 kunnen door middel van het MLI worden doorgevoerd in bilaterale belastingverdragen. Daarnaast bevat het MLI een aantal andere bepalingen tegen verdragsmisbruik. Landen kunnen in het MLI aangeven in hoeverre ze de MLI-maatregelen willen laten doorwerken in de door hen gesloten belastingverdragen.

Hoofdstuk 2 Het belasten van bedrijfsinkomsten en belastingontwijking

2.1 Inleiding

Bedrijven dragen bij aan het overheidsbudget door het betalen van vennootschapsbelasting. Bedrijven betalen echter het liefst zo min mogelijk vennootschapsbelasting, dit is namelijk een kostenpost voor het bedrijf. Zij trachten de kosten zo laag mogelijk te houden door onder andere belastingontwijking. Belastingontwijking door bedrijven is een veelbesproken onderwerp in de media, de politiek en de samenleving. Iedereen moet zijn 'fair share' betalen en bijdragen aan de maatschappij. De fair share discussie speelt zich vooral af rond multinationale ondernemingen (hierna: MNO's). MNO's zijn de afgelopen jaren vaak negatief in het nieuws geweest, omdat ze gebruik maken van bepaalde structuren waardoor ze minder belasting verschuldigd zijn.²⁸ Deze tax planning door MNO's is niet nieuw, maar staat wel pas sinds enige jaren onder de aandacht van het publiek. Belastingen zijn een kostenpost voor bedrijven. Zij willen zoveel mogelijk winst maken en proberen hun kosten daarom te minimaliseren. Dit doen bedrijven dus ook met belastingkosten. Het standpunt van de Hoge Raad is dat belastingplichtigen bij de inrichting van hun organisatie de fiscaal voordeligste weg mogen kiezen.²⁹³⁰ Door maatschappelijke ontwikkelingen, onder meer veroorzaakt door de financiële crisis, die de publieke opinie over belasting betalen veranderd hebben, lijkt het niet altijd meer wenselijk dat bedrijven de voordeligste weg mogen kiezen.³¹ Daarom worden door diverse internationale organisaties maatregelen voorgesteld om belastingontwijking te voorkomen.³² Ook de MNO's zelf zijn zich bewust van dit probleem, waardoor steeds vaker de fiscale strategie wordt aangepast.³³ In dit hoofdstuk wordt het belasten van bedrijfsinkomsten in de vennootschapsbelasting besproken. Om te begrijpen waarom deze inkomsten belast worden wordt in paragraaf 2.2 de economische theorie achter het belasten van bedrijfsinkomsten besproken. De tax planning die MNO's gebruiken om hun belastingkosten te verlagen wordt besproken in paragraaf 2.3. In paragraaf 2.4 worden de politieke en maatschappelijke reacties op tax planning besproken. De discussie die hier wordt weergegeven is die van de fair share gedachte tegenover het optimaliseren van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland. In paragraaf 2.5 wordt de aanpak van tax planning in internationale organisaties weergegeven.

2.2 Het belasten van bedrijfsinkomsten

Een belangrijke vraag om te stellen bij de introductie van het belasten van bedrijfsinkomsten is waarom deze inkomsten belast worden onder de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet vpb). Overheden hebben een bepaald budget nodig om te kunnen voorzien in publieke goederen en het herverdelen van inkomen. Hoeveel budget een overheid nodig heeft en waar dit geld moet worden opgebracht, is grotendeels afhankelijk van de politieke voorkeur van die overheid. De economische efficiëntie van de heffing speelt echter ook een rol. In

²⁸ Bijvoorbeeld: NOS 16 juni 2018 'Shell ontwijkt miljarden aan dividendbelasting via Jersey', Volkskrant 20 oktober 2017 'Belastingparadijs in de polder: Amerikaanse multinationals zijn dol op Nederland' en Het Financieele Dagblad 1 juli 2016 'Starbucks blijft weinig belasting betalen in Nederland'.

²⁹ Hoge Raad 7 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4224, r.o. 3.1.

³⁰ Het kiezen van de fiscaal voordeligste weg wordt begrensd door volledige kunstmatigheid. Wanneer een constructie of structuur geen enkel reëel belang heeft en als enige doel heeft het behalen van een belastingvoordeel is sprake van misbruik. Zaak Cadbury Schweppes, HvJ EG, 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544.

³¹ Pieterse 2015, p. 2792.

³² Voorbeelden hiervan zijn de BEPS actiepunten van de OESO en de Anti Tax Avoidance Directive van de Europese Unie.

³³ Bijvoorbeeld in het geval van Starbucks. In de Starbucks casus wordt onder sociale druk vrijwillig afgezien van de aftrek van royaltybetalingen en van het recht op verliescompensatie die onder de strikte uitleg van de Britse en Nederlandse belastingwet volledig legaal zouden zijn. De gebruikte structuur werd in de maatschappij veelal gezien als immoreel gedrag en om geen imago schade op te lopen heeft Starbucks vrijwillig 'te veel' belasting betaald.

Nederland werd in 2017 € 180,2 miljard aan belasting opgehaald, waarvan € 21,4 miljard betrekking had op de vennootschapsbelasting.³⁴ In de economische literatuur wordt gediscussieerd over de vraag of een belasting op bedrijfsinkomsten wel een efficiënte manier is van belastingheffing. Jacobs geeft deze discussie, tussen onder andere Diamond en Mirrlees, De Mooij, Griffith en Auerbach, weer in zijn boek *De prijs van gelijkheid* en presenteert daarin ook zijn eigen inzichten over het economische vraagstuk.³⁵ Belastingen op bedrijfsinkomsten, zoals de vennootschapsbelasting, zouden de economische beslissingen van bedrijven namelijk beïnvloeden. Dit vormt een inbreuk op de vrije marktwerking en zou ervoor zorgen dat de markt niet efficiënt werkt. Een voorbeeld van een economische beslissing van bedrijven is de manier waarop bedrijven hun activiteiten financieren. Vergoedingen op vreemd vermogen (rente) zijn in beginsel aftrekbaar van de belastbare winst, maar vergoedingen op eigen vermogen (dividend) zijn niet aftrekbaar. Belastingen op bedrijfsinkomsten zorgen er daarom voor dat financiering met veel vreemd vermogen aantrekkelijk is.³⁶ Financiering met veel vreemd vermogen is echter risicovoller dan financiering met veel eigen vermogen.³⁷ Dit zorgt bovendien voor een ongelijke belastingdruk tussen MNO's en ondernemingen binnen het midden- en klein bedrijf (hierna: MKB)³⁸. MKB ondernemingen hebben vaak meer moeite met het aantrekken van vreemd vermogen waardoor ze voor een groter deel gefinancierd zijn met eigen vermogen dan MNO's. MKB ondernemingen kunnen hierdoor relatief minder rente aftrekken en hebben een relatief hogere belastbare winst dan MNO's.^{39,40}

Een belasting op winsten heeft ook invloed op de keuze van de vestigingsplaats voor bedrijven. De heffing van een (hoge) belasting op bedrijfsinkomsten kan ervoor zorgen dat bedrijven zich vestigen in andere landen met een lagere belastingdruk.⁴¹ Dit heeft negatieve gevolgen voor de economie in een land.⁴² Daarnaast kunnen bedrijven hun winsten verschuiven naar landen met een laag belastingtarief door hun productiefactoren anders te alloceren om hun belastingdruk zo te verlagen. Een voorbeeld van productiefactoren waarmee dit gebeurt, zijn immateriële activa zoals patenten en de onderzoeks- en ontwikkelingsafdeling van een bedrijf. De OECD schrijft in haar rapport *Addressing base erosion and profit shifting* dat de huidige principes in het internationale belastingrecht op basis waarvan heffingsrechten verdeeld worden, de economische ontwikkelingen binnen MNO's niet hebben bijgehouden.⁴³ Een voorbeeld hiervan zijn de huidige regels voor transfer pricing. Daardoor kan de winst (kunstmatig) worden verschoven. Om dit te voorkomen moeten overheden allerlei (ingewikkelde) regels opstellen die de Belastingdienst tijd en middelen kosten en de belastingwetgeving niet eenvoudiger maken.⁴⁴ Een ander argument tegen het belasten van bedrijfsinkomsten is dat het uiteindelijk de achterliggende personen zijn die de belasting dragen en niet de bedrijven zelf. Dit heeft te maken met de mobiliteit van kapitaal. Op het moment dat de belastingdruk omhoog gaat, daalt het rendement en zullen investeerders hun

³⁴ CBS 2018, *Overheid; ontvangen belastingen 1995-2017*.

³⁵ Jacobs 2015, p. 255-260.

³⁶ Dit betekent echter niet dat alleen gebruik gemaakt wordt van vreemd vermogen. Ook andere economische factoren spelen een rol zoals de relatief hoge faillissementskosten van een financiering met vreemd vermogen, de zeggenschap van de verstrekkers van zowel eigen als vreemd vermogen en de relatief hoge informatie gevoeligheid van eigen vermogen. Boot 2005.

³⁷ Jacobs 2015, p 257-260.

³⁸ Het MKB wordt over het algemeen gezien als alle ondernemingen met maximaal 250 werknemers.

³⁹ Jacobs 2015, p. 255-260.

⁴⁰ Dit effect wordt in zekere mate verminderd door de bestaande renteaftrekbepalingen in de vpb.

⁴¹ Aan de keuze van een vestigingsplaats liggen ook andere belangrijke factoren ten grondslag. Zie paragraaf 2.4.

⁴² Werkgroep fiscaliteit, *Rapport ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei*, 2016, p. 10-13.

⁴³ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD publishing 2013, p. 47.

⁴⁴ Jacobs 2015, p .257.

kapitaal ergens anders investeren. Hierdoor zullen minder bedrijven zich vestigen in dat land (afhankelijk van de mobiliteit van kapitaal). Hierdoor zullen de werkgelegenheid en de lonen dalen. De belastingdruk op bedrijven wordt dus afgewenteld op de investeerders, de werknemers en eventueel de leveranciers en consumenten, afhankelijk van de marktmacht van het bedrijf.⁴⁵ Wanneer kapitaal perfect mobiel is zal de belasting volledig worden afgewenteld op deze personen. Jacobs schat echter dat 90% van de vennootschapsbelasting wordt afgewenteld op werknemers.⁴⁶ Kapitaal is niet perfect mobiel. Een groot deel van het kapitaal wordt geïnvesteerd in het land waar de investeerder gevestigd is door de kosten van reallocatie, imperfecte informatie over buitenlandse investeringen en risico-diversificatie over verschillende landen.⁴⁷

Ondanks deze economische nadelen worden bedrijfsinkomsten toch belast. Een deel van de winst van bedrijven kan volledig wegbelast worden, zonder dat dit een verstoring met zich meebrengt. Dit deel is de overwinst of het bovennormaal rendement. Voor deze winst hoeven bedrijven geen economische inspanning te verrichten. De overwinst komt voort uit schaal- en locatievoordelen, marktmacht, merknaam, ondernemingstalent enzovoorts. Deze voordelen worden niet beïnvloed door de economische beslissingen van bedrijven. De hoogte van deze voordelen na belasting zal deze beslissingen dus ook niet beïnvloeden. Het is voor een overheid echter lastig om een inschatting te maken van de hoogte van de overwinst. Met de belasting van de volledige winst van een bedrijf wordt in ieder geval deels gebruik gemaakt van de overwinst. Daarnaast werkt de belasting van bedrijfsinkomsten als een 'backstop' voor de inkomstenbelasting. Als er geen vennootschapsbelasting zou bestaan, zouden mensen hun inkomen willen verplaatsen van arbeidsinkomsten naar bedrijfsinkomsten, bijvoorbeeld door het oprichten van een B.V. Het bedrijfsinkomen van de B.V. zou dan pas worden belast bij de uitkering aan de aandeelhouders. Dit brengt het risico van oppotting in de B.V. met zich mee.⁴⁸ Bovendien zijn de transacties tussen vennootschappen en de aandeelhouders niet altijd goed zichtbaar voor de overheid. Individuen kunnen een beleggingsportefeuille hebben met beleggingen over de hele wereld. Hoeveel rendement, in de vorm van vermogenswinst en dividend, hierop gehaald wordt is voor de overheid moeilijk bij te houden. Bedrijfswinsten zijn beter zichtbaar. Vennootschappen zijn immers verplicht om hun jaarrekening te deponeren in het register van de Kamer van Koophandel.⁴⁹ De vennootschapsbelasting werkt op deze manier als een voorheffing op het rendement van aandeelhouders. Door vennootschapsbelasting te heffen is het minder aantrekkelijk om inkomstenbelasting te ontlopen door het oprichten van een B.V.. Ook kunnen op deze manier buitenlandse investeerders belast worden.⁵⁰ De winst wordt dan belast daar waar de waarde gecreëerd wordt. Bedrijven betalen mee aan de voorzieningen waar ze gebruik van maken zoals infrastructuur en het opleidingsniveau van de beroepsbevolking.⁵¹ Een laatste reden die genoemd wordt voor het belasten van bedrijfsinkomsten is het 'treasury transfer effect'.⁵² Wanneer MNO's in de staat waar ze zijn opgericht over hun wereldinkomen belast worden met verrekening van de in het buitenland betaalde belasting, is het voor de buitenlandse overheid

⁴⁵ Friedman 1962: in een markt met vrije marktwerking komen alle productieverstoringen terecht bij de huishoudens via lagere rendementen, hogere prijzen of lagere lonen.

⁴⁶ Jacobs 2015, p. 255-260.

⁴⁷ Sørensen 2006, p. 181-182.

⁴⁸ OECD 2007, *Fundamental Reform of Corporate Income Tax*, No. 16, p. 43-45.

⁴⁹ Deze verplichting geldt voor B.V.'s, N.V.'s, coöperaties, VOF's, C.V.'s, verenigingen, stichtingen en buitenlandse rechtspersonen met een vestiging in Nederland. Eenmanszaken hoeven geen jaarrekening te delen, maar moeten vaak wel een accountantsverklaring hebben.

⁵⁰ Jacobs 2015, p. 259.

⁵¹ Mintz 1995, p. 25.

⁵² OECD 2007, *Fundamental Reform of Corporate Income Tax*, No. 16, p. 43-45.

waar de MNO een vestiging heeft verstandig om belasting te heffen over de bedrijfsinkomsten van die vestiging. Het niet-heffen van belasting zou dan alleen als gevolg hebben dat de overheid in de oprichtingsstaat meer belastingopbrengsten heeft omdat zij geen verrekening hoeft te verlenen. In de praktijk komt het belasten van MNO's over hun wereldinkomen met verrekening echter weinig voor.

2.3 Tax planning

Het bestaan van een belasting op bedrijfsinkomsten door middel van het heffen van vennootschapsbelasting vormt een extra kostenpost voor bedrijven. Om te kunnen concurreren, willen bedrijven hun kosten zo laag mogelijk houden. Dit geldt ook voor de belastingkosten. Bedrijven houden hun belastingkosten onder andere laag door het realloceren van de vermogensbestanddelen. Door bepaalde vermogensbestanddelen of geldstromen te verplaatsen wordt belasting ontweken en wordt de belastingdruk verlegd naar andere landen. Dit komt vooral voor bij MNO's omdat zij opereren in verschillende landen.

2.3.1 Belastingontwijking versus belastingontduiking

Twee termen die regelmatig met elkaar worden verward zijn belastingontduiking en belastingontwijking. Belastingontduiking is het bewust niet betalen van belastingen. Een voorbeeld hiervan is het niet opgeven van bepaalde inkomsten of vermogensbestanddelen in de belastingaangifte of het niet betalen van de verschuldigde belasting. Belastingontduiking is fraude en is strafbaar bij wet. Belastingontduiking wordt bestraft door sancties in de Algemene wet inzake rijksbelastingen⁵³ en in de Invorderingswet⁵⁴. In artikel 67d AWR is bepaald dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd wanneer sprake is van opzet van de belastingplichtige. Het is echter lastig te onderscheiden wanneer sprake is van opzet of bewust handelen. In het arrest Credit Suisse gaat de Hoge Raad in op het pleitbare standpunt. *'Indien een onjuiste belastingaangifte wordt gedaan, kan ter zake daarvan geen vergrijpboete als bedoeld in de artikelen 67d en 67e AWR worden opgelegd indien aan die aangifte een standpunt ten grondslag ligt dat gebaseerd kan worden op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht, in die zin dat de belastingplichtige ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze uitleg en daarmee de door hem gedane aangifte juist was.'*⁵⁵ Belastingontwijking bevindt zich vaak in het 'grijze gebied'. Er is geen sprake van een overtreding van de (fiscale) wet. Een belastingplichtige past zijn gedrag aan om minder belasting te betalen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer ondernemers hun winst na een bedrag van €200.000 niet verder willen verhogen omdat ze dan in verhouding meer belasting gaan betalen.⁵⁶ Dit is niet de soort belastingontwijking die de wetgever wil voorkomen. De belastingontwijking waar de focus op ligt in de media en bij internationale organisaties is belastingarbitrage. Een economische transactie wordt dan vervangen door een andere economische transactie die niet of lager wordt belast dan de eerste.⁵⁷ Een ondernemer kan er bijvoorbeeld voor kiezen om zijn onderneming te drijven in een B.V. in plaats van in een eenmanszaak omdat dit een lagere belastingdruk met zich meebrengt. Een ander voorbeeld is wanneer een ondernemer ervoor kiest om een lening aan te gaan in plaats van het aantrekken van eigen vermogen omdat de renteaftrek die hij

⁵³ Art. 67a t/m 68 AWR

⁵⁴ Art. 63b t/m 67 IW

⁵⁵ Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, r.o. 3.4.5, BNB 2017/162, (*Credit Suisse*).

⁵⁶ Bij een winst tot € 200.000 valt de winst in de lagere schijf van de vpb. Er wordt dan dus procentueel minder belasting betaald over het verdiende inkomen dan wanneer de winst hoger is dan € 200.000.

⁵⁷ Stevens 2018, p. 44-45.

hiermee realiseert, zorgt voor een lagere belastbare winst. Deze aanpassingen zijn niet illegaal, maar worden steeds vaker als onwenselijk gezien.

2.3.2 *Tax planning door multinationale ondernemingen*

Belastingarbitrage wordt veel gebruikt door MNO's. MNO's maken gebruik van de verschillen in belastingssystemen tussen landen in combinatie met belastingverdragen en verlagen op die manier hun belastingdruk.⁵⁸ MNO's hebben vestigingen in verschillende landen en kunnen daardoor met mobiele activa schuiven, waardoor opbrengsten worden belast in het land met het laagste tarief of het voordeligste regime. Kleinere ondernemingen die niet internationaal opereren, hebben deze mogelijkheid niet. De OECD heeft in 2017 een onderzoek gedaan naar de mate van tax planning door MNO's.⁵⁹ In dit onderzoek is gekeken naar het verschuiven van winsten naar landen met een lager vennootschapsbelastingtarief, het gebruik van mismatches tussen de fiscale systemen van landen⁶⁰ en preferentiële regimes in bepaalde landen. Onderzocht werd hoe de winst van MNO's belast werd in vergelijking met kleinere ondernemingen met vergelijkbare eigenschappen. Uit dit onderzoek bleek dat MNO's aan de hiervoor genoemde vormen van belastingarbitrage doen. Dit kost jaarlijks gemiddeld 4% tot 10% van de wereldwijde belastingopbrengst.⁶¹ MNO's en belastingadvieskantoren zijn echter veelal van mening dat zij juridisch gezien niets verkeerd doen omdat geen wetten worden overtreden.⁶² Daarnaast heeft ook een aantal auteurs zijn vraagtekens gezet bij de werkelijke toename van de belastingplanning. Soeten en Roumen keken hiervoor naar de effectieve belastingdruk van Nederlandse beursfondsen tussen 2003 en 2009. De belastingdruk daalde wel, maar met niet meer dan de verlaging van het statutaire tarief. Zij vonden dus geen aanwijzing voor toenemende tax planning en zien daarom geen reden voor maatregelen tegen belastingarbitrage.⁶³ Vrijburg stelt de vraag in hoeverre tax planning schadelijk is voor de welvaart in de samenleving. Hij concludeert dat dit sterk afhankelijk is van de mate waarin verschillende bedrijven aan tax planning doen en wat de herverdelingsdoelen van de overheid zijn. In sommige gevallen kan tax planning zelfs leiden tot een toename in welvaart.⁶⁴ In de samenleving spelen echter de belastingmoraal en de fair share gedachte een grote rol (zie paragraaf 2.4). In internationale organisaties is de tendens te zien dat regels worden opgesteld tegen deze vormen van tax planning. Hierdoor wordt het 'grijze gebied' waar de MNO's zich in bevinden ineens niet meer zo grijs. Belastingontwijking wordt dan belastingontduiking.⁶⁵

2.4 *Fair share politiek versus het fiscale vestigingsklimaat*

In de fiscale literatuur en het publieke debat wordt steeds vaker de term fair share gebruikt in de discussie over belastingontwijking en ontduiking. Alle deelnemers in de samenleving moeten hun fair share aan belasting betalen. Wat deze fair share dan precies inhoudt, blijft echter vaak in het midden. Dijkstra heeft een poging gewaagd om 'fair share' te definiëren. Volgens hem valt de term uiteen in twee delen: een rechtvaardige verdeling van de belastingdruk over personen en een rechtvaardige verdeling van de belastingopbrengst over

⁵⁸ Kavelaars 2013, p.3.

⁵⁹ OECD, *Tax planning by multinational firms: firm-level evidence from a crosscountry database*, No. 1355, 2017.

⁶⁰ Bijvoorbeeld: een land ziet een bepaalde transactie als een rentebetaling waardoor de betaling aftrekbaar is in dat land. Nederland ziet deze transactie als een dividenduitkering die onder de deelnemingsvrijstelling valt. Op deze manier ontstaat aftrekrecht bij de betaler terwijl de opbrengt niet belast wordt bij de verkrijger.

⁶¹ OECD, *Tax planning by multinational firms: firm-level evidence from a crosscountry database*, No. 1355, 2017, p. 8.

⁶² Happé 2015, p. 1-2.

⁶³ Soeten en Roumen 2011, p. 3-6.

⁶⁴ Vrijburg 2014, p. 22-23.

⁶⁵ Een goed voorbeeld hiervan is terug te vinden in de antimisbruikbepalingen die terugkomen in steeds meer faciliteiten. Bepaalde faciliteiten, zoals renteaftrek, worden niet meer gegeven wanneer het hoofddoel van een structuur gelegen is in het behalen van een belastingvoordeel met de faciliteit.

landen.⁶⁶ In de discussie over belastingontwijking speelt vooral de rechtvaardige verdeling van de belastingdruk een rol. De volgende vraag is wat dan een rechtvaardige verdeling van de belastingdruk is. Happé ziet dit als de plicht van ieder lid van de samenleving, personen en bedrijven, om het zijne bij te dragen. De leden van de samenleving moeten rekening houden met de belangen van anderen in de samenleving. Degenen die profiteren van publieke goederen die door de overheid worden aangeboden, moeten hier ook aan meebetalen.⁶⁷ De fair share blijft een vaag begrip, maar kan op deze manier wel worden ingevuld. MNO's die zijn gevestigd in Nederland of hier werkzaamheden verrichten, zijn lid van de samenleving en profiteren van de publieke goederen die de Nederlandse overheid biedt. Voorbeelden hiervan zijn de Nederlandse infrastructuur en de subsidies voor onderwijs die het opleidingsniveau van werknemers beïnvloedt. MNO's die hun fair share betalen, betalen belasting die in verhouding is met de faciliteiten waar ze (indirect) gebruik van maken. Die betaling wordt indirect bewerkstelligd door de heffing van onder andere de vennootschapsbelasting. Dit is echter niet het uitgangspunt van belastingheffing. Er bestaat in werkelijkheid een onevenredige relatie tussen de hoogte van de heffing en de mate waarin gebruik gemaakt wordt van bepaalde faciliteiten. Door de vennootschapsbelasting te ontwijken door bepaalde tax planning structuren, betalen MNO's, ook al is het een indirecte betaling, niet hun fair share. Volgens Meussen gaat de fair share gedachte in het maatschappelijke debat nog verder. Hij vreest dat de wettelijke grondslag voor belastingheffing losgelaten wordt en dat de focus komt te liggen op een rechtvaardige bijdrage, zelfs wanneer de wettelijke heffing lager is. Dit ziet hij gebeuren in de Starbucks casus.^{68,69}

Aan de andere kant van de discussie staat nog zo'n vaag begrip: het fiscale vestigingsklimaat. Het is onderdeel van het algemene vestigingsklimaat van Nederland. Dit zijn de factoren die voor bedrijven een rol spelen bij de keuze voor de vestigingsplaats van hun werkzaamheden. Deze factoren zijn onder andere: infrastructuur, subsidieregelingen, de aanwezige natuurlijke bronnen, het opleidingsniveau van de beroepsbevolking, ligging en wetgeving waar rekening mee gehouden moet worden bij het verrichten van de werkzaamheden. De fiscale wetgeving speelt hierbij ook een rol. Een lagere belastingdruk betekent lagere kosten en maakt een land dus aantrekkelijk als vestigingsstaat. Soeten en Roumen geven de volgende kenmerken aan een goed fiscaal vestigingsklimaat:

1 Leidt tot een rechtvaardige verdeling van de effecten voor:

A het nationale en internationale bedrijfsleven met inachtneming van de verschillende concurrentiepositie van beide;

B het grootbedrijf en het MKB;

2 Is internationaal competitief:

A voor buitenlandse investeringen en/of investeerders in Nederland;

B voor Nederlandse investeringen en/of investeerders in het buitenland;

C voor Nederlandse hoofdkantoren en bevat daarom een aantrekkelijk regime voor groepsfinancieringsactiviteiten in Nederland;

3 Omvat een aantrekkelijke inkomstenbelastingregeling voor expatriates;

⁶⁶ Dijkstra 2018, p. 889-890.

⁶⁷ Happé 2017, p. 147-148.

⁶⁸ In de Starbucks casus wordt onder sociale druk vrijwillig afgezien van de aftrek van royaltybetalingen en van het recht op verliescompensatie die onder de strikte uitleg van de Britse en Nederlandse belastingwet volledig legaal zouden zijn. De gebruikte structuur werd in de maatschappij veelal gezien als immoreel gedrag en om geen imago schade op te lopen heeft Starbucks vrijwillig 'te veel' belasting betaald.

⁶⁹ Meussen 2013, p. 2-4.

4 Leidt niet tot regelingen die in strijd zijn met Europees recht of kunnen worden aangemerkt als staatssteun, schadelijke belastingconcurrentie of negatieve reacties van verdragspartners oproepen;

5 Geeft rechtszekerheid en is daarom duurzaam (in de tijd) en in de praktijk goed uitvoerbaar (voor zowel de Belastingdienst als belastingplichtigen en adviseurs).⁷⁰

In 1992 schreef de Staatssecretaris van Financiën dat vooral het uitgebreide verdragenennetwerk belangrijk was voor het fiscale vestigingsklimaat. Als belangrijk onderdeel hiervan noemde hij de lage bronheffingen op dividenden in deelnemingsverhoudingen en op rente en royalty's.⁷¹ In het kader van een goed vestigingsklimaat heeft de Staatssecretaris van Financiën in 2002 geschreven dat hij streeft naar een *'internationaal competitief stelsel dat duurzaam kan worden gehandhaafd binnen budgettaire kaders en internationale dimensies'*. Als visitekaartje van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat noemt hij onder meer het rulingbeleid en de deelnemingsvrijstelling.⁷² Soeten en Roumen beargumenteren dat een aantrekkelijk fiscaal vestigingsklimaat nu belangrijker is dan ooit. Door internationalisering en filialisering worden veel activiteiten overgebracht naar landen met een aantrekkelijk vestigingsklimaat zoals India en Oost-Europese landen. Om deze activiteiten te behouden is een competitief fiscaal vestigingsklimaat van groot belang. Het behouden van deze activiteiten is belangrijk voor de Nederlandse economie, die een relatief kleine thuismarkt heeft. In 2014 werkte 1 op de 8 Nederlanders voor een buitenlands hoofdkantoor. De Nederlandse economie is daarom afhankelijk van buitenlandse investeringen en de vestiging van MNO's in Nederland.⁷³

Aan de ene kant moeten MNO's dus hun fair share bijdragen door middel van belastingen, maar aan de andere kant is het aantrekkelijk om een lage belastingdruk of preferentiële regimes te hanteren omdat MNO's zich dan vestigen in Nederland. Dit is wenselijk voor de Nederlandse economie. De fair share gedachte lijkt de afgelopen jaren de overhand te hebben. Individuele landen en internationale organisaties werken steeds vaker samen om tot een gezamenlijke oplossing te komen tegen belastingplanning door MNO's. Door de aanpak van belastingontwijking in internationale context zullen de negatieve effecten op het fiscale vestigingsklimaat van de individuele landen worden verminderd. Als de belastingdruk voor MNO's in alle landen stijgt, hebben ze in zoverre geen prikkel meer om hun activiteiten te verplaatsen. Het is echter lastig om ervoor te zorgen dat alle landen zich zullen aansluiten bij deze regels.

2.5 Aanpak internationale organisaties

2.5.1 OECD/G20 BEPS

Zoals in paragraaf 1.1.4 besproken is de OECD sinds 2012 bezig met het verminderen van belastingontwijking door bedrijven.⁷⁴ In februari 2013 werd hiervoor het rapport *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* geschreven.⁷⁵ Dit rapport beschrijft het probleem en de mate waarin BEPS voorkomt en bevat een aantal aanbevelingen voor staten. Er werden nog geen

⁷⁰ Soeten en Roemen 2011, p. 9-10.

⁷¹ Kamerstukken II 1992/93, *Oriëntatienota fiscaal vestigingsklimaat*, 22 860, nr. 2, V-N 1992/3022, p.5.

⁷² Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2002, nr. AFP 2002-865U, V-N 2003/2.4.

⁷³ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Nederland in Europese top economische internationalisering*, 16 september 2014.

⁷⁴ G20 Leaders Declaration, Los Cabos, Mexico, 19 juni 2012.

⁷⁵ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD publishing 2013.

concrete voorstellen gedaan voor de aanpak van BEPS.⁷⁶ Deze volgden later in het BEPS rapport van juli 2013.⁷⁷ De definitieve versie van dit rapport is gepubliceerd op 5 oktober 2015.⁷⁸ In dit rapport staan de volgende actiepunten:

- Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy;
- Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements;
- Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules;
- Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments;
- Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance;
- Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances;
- Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status;
- Actions 8–10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation;
- Action 11: Measuring and Monitoring BEPS;
- Action 12: Mandatory Disclosure Rules;
- Action 13: Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting;
- Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective;
- Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

De actiepunten zijn bedoeld om landen te voorzien van instrumenten om BEPS aan te pakken. Een gecoördineerde aanpak is nodig om BEPS effectief te bestrijden en ervoor te zorgen dat bedrijven niet hun activiteiten kunnen verplaatsen om alsnog gebruik te maken van belastingontwijking. Daarnaast moet de aanpak het fiscale vestigingsklimaat ten opzichte van andere landen niet schaden. De actiepunten bevatten een aantal bindende maatregelen die de lidstaten zelf moeten implementeren. Het gaat hierbij om preferentiële regimes (informatie-uitwisseling over rulings en aanpassing van patentboxen, zoals de Nederlandse innovatiebox), country-by-country reporting, het tegengaan van verdragsmisbruik en het verbeteren van geschilbeslechting. De implementatie van deze onderdelen in Nederland is reeds voltooid of is in ontwikkeling. Over andere, niet-bindende, onderdelen was het Nederlandse kabinet van mening dat deze alleen ingevoerd konden worden op Europees niveau (zie paragraaf 2.5.2). De Staatssecretaris heeft in zijn brief van 19 november 2015 toegezegd dat de eventuele lastenverzwaring die zou voortkomen uit de implementatie van de BEPS actiepunten gecompenseerd zal worden wanneer dit nodig blijkt. Een voorbeeld van deze lastenverzwaring is de grondslagverbreding die zal plaatsvinden bij de implementatie van een aantal actiepunten zoals de Controlled Foreign Company bepaling (Hierna: CFC-bepaling). Wanneer deze lastenverzwaring 'beleidsmatig ongewenst' is, zullen volgens de Staatssecretaris compenserende maatregelen getroffen worden.⁷⁹ Een dergelijke compenserende maatregel kan teruggevonden worden in de aangekondigde verlaging van het vpb-tarief in het regeerakkoord van het kabinet Rutte III.

⁷⁶ Kavelaars 2013, p.3.

⁷⁷ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing July 2013.

⁷⁸ OECD, *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, OECD Publishing 2015.

⁷⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, *Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat*, nr. IZV/2015/657 M, V-N 2015/61.12.

Een ander belangrijk instrument van de OECD is het OECD modelverdrag. Ook via dit modelverdrag is de OECD de strijd aangegaan met belastingontwijking. Het OECD modelverdrag is de leidraad voor veel bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Nederland volgt het OECD modelverdrag bijna helemaal bij het sluiten van belastingverdragen.⁸⁰ Ook de Hoge Raad gebruikt het OECD modelverdrag en het bijbehorende commentaar als leidraad bij de uitleg van belastingverdragen. Het OECD modelverdrag is de afgelopen jaren regelmatig aangepast: in 2008, 2010, 2014 en 2017.⁸¹ In de aanpassing van 2017 komen een aantal van de BEPS actiepunten tot uitdrukking. Een belangrijke aanpassing is de toevoeging van een algemene antimisbruikbepaling voor belastingontwijking door middel van verdragen. Ook is een aantal specifieke antimisbruikbepalingen toegevoegd. Daarnaast is een bepaling opgenomen die non-belasting⁸² als gevolg van de toepassing van een belastingverdrag moet voorkomen.⁸³

Om de BEPS actiepunten effectief te implementeren in belastingverdragen heeft de OECD het multilateraal instrument 'Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS' (hierna: MLI) ontwikkeld. Dit moet bijdragen aan de implementatie en handhaving van de BEPS actiepunten in de OECD lidstaten.⁸⁴ Doel van het MLI is om te voorkomen dat de belastingverdragen van de OECD lidstaten allemaal heronderhandeld zouden moeten worden ter implementatie van de BEPS actiepunten die zien op belastingverdragen. Deze heronderhandelingen zouden veel tijd kosten en zouden de implementatie van de BEPS actiepunten daardoor vertragen. Belastingverdragen van meewerkende staten worden daarom onder de werking van het MLI gebracht.⁸⁵ Het MLI zal van toepassing zijn naast de bestaande verdragen. Bestaande verdragen moeten dus gelezen gaan worden in combinatie met het MLI. Het MLI bevat zowel verplichte onderdelen, de zogenaamde minimumstandaard, als niet-verplichte onderdelen. Landen moeten bij de niet-verplichte onderdelen aangeven of ze deze willen laten doorwerken in hun verdragen. De bepalingen zullen dan daadwerkelijk doorwerken in een bepaald verdrag wanneer beide verdragspartijen hebben aangegeven een bepaald onderdeel te willen laten doorwerken in hun verdragen. Onderdeel van de minimum standaard zijn de aanpassing van de preambule van belastingverdragen met een verduidelijking van het doel van het verdrag. Belastingverdragen zijn bedoeld om dubbele heffing te voorkomen, zonder daarmee mogelijkheden te bieden voor dubbele niet-heffing of belastingontduiking of belastingontwijking. Ook een bepaling tegen verdragsmisbruik in de vorm van een principle purpose test (hierna: PPT)⁸⁶ of een limitation

⁸⁰ Nederland maakt een voorbehoud bij art. 18, het pensioenartikel. Voor pensioenuitkeringen streeft Nederland naar een exclusieve bronstaatheffing.

⁸¹ Kavelaars 2017, p. 1-2.

⁸² Non-belasting kan plaatsvinden wanneer een bepaald inkomensbestanddeel helemaal niet wordt belast door toepassing van een belastingverdrag. Dit kan voorkomen wanneer de heffing over een inkomensbestanddeel in het verdrag wordt toegewezen aan de ene staat en de andere staat een vrijstelling moet geven, terwijl de eerste staat het inkomensbestanddeel niet belast in haar nationale wet.

⁸³ Vakstudie Nieuws, *OESO aanvaardt aanpassing OESO-modelverdrag 2017*, 2018/19.12.

⁸⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, *Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat*, nr. IZV/2015/657 M, V-N 2015/61.12.

⁸⁵ Pötgens & Broekhuijsen 2017, p. 1-2.

⁸⁶ De PPT bekijkt de motieven achter de handelingen van een belastingplichtige. Wanneer het verkrijgen van verdragsvoordelen één van de voornaamste motieven van een handeling is, wordt het verdragsvoordeel, zoals een vrijstelling, niet toegekend. Hierop bestaat een uitzondering wanneer het toekennen van het verdragsvoordeel in lijn is met doel en strekking van de relevante verdragsbepaling. Kok 2015, p. 1-2.

on benefits bepaling (hierna: LOB)⁸⁷ is onderdeel van de minimumstandaard (zie hoofdstuk 5).⁸⁸

2.5.2 EU ATAD

Een deel van de niet-bindende uitkomsten van het BEPS project zijn in de EU omgezet in bindende regels. Deze zijn geïmplementeerd in de vorm van een richtlijn: de Anti Tax Avoidance Directive (hierna: ATAD). Het Nederlandse kabinet wilde deze regels niet individueel invoeren. Dit zou minder effectief zijn en zou bovendien slecht zijn voor de Nederlandse fiscale concurrentiepositie. Niet alle parlementariërs waren even blij met de voorgestelde invoering van deze maatregelen door middel van bindende Europese regels. De leden van het CDA waren van mening dat regels die alleen in de EU van toepassing zijn een negatief effect zouden hebben op de aantrekkingskracht van de EU als economische regio om in te investeren.⁸⁹ De urgentie om bindende regels op te stellen tegen belastingontwijking was volgens de lidstaten echter groter dan het risico om een minder interessante investerings- of vestigingsregio te worden. In de ATAD zijn de volgende maatregelen genomen:

- een renteaftrekbepaling in de vorm van een earningsstrippingmaatregel;
- een algemene antimisbruikbepaling voor de fiscale wetgeving van lidstaten;
- een maatregel tegen het gebruik van hybride structuren (entiteiten en financieringen);
- controlled foreign company wetgeving;
- een regeling voor exit heffingen bij emigratie tussen lidstaten.

Deze maatregelen moeten met ingang van 2019 (2020 voor maatregelen tegen hybride structuren) geïmplementeerd zijn in de nationale wet van de EU-lidstaten.⁹⁰

2.6 Conclusie

Ondanks alle economische tegenargumenten belasten de meeste landen bedrijfsinkomsten. Afhankelijk van de mobiliteit van kapitaal en de marktmacht van een bedrijf wordt deze belasting afgewenteld op de werknemers, aandeelhouders en consumenten. Omdat kapitaal niet perfect mobiel is, blijft een deel van de belastingdruk liggen bij het bedrijf. Gevolg hiervan is dat bedrijven hun belastingkosten zo veel mogelijk willen minimaliseren. Dit gebeurt vooral door MNO's door middel van tax planning en door het verplaatsen van activiteiten. Nationale overheden zitten vervolgens met de afweging tussen een goed fiscaal vestigingsklimaat en het betalen van een fair share door MNO's. Waar twintig jaar geleden het fiscale vestigingsklimaat de boventoon leek te voeren, is de fiscale moraal de afgelopen jaren steeds belangrijker geworden. Internationale organisaties stellen maatregelen op om tax planning tegen te gaan en de negatieve effecten op het fiscale vestigingsklimaat van individuele staten te verminderen. Het is echter de vraag of het complexe net aan regels dat hierdoor ontstaat de beste oplossing is voor het probleem van tax planning.

⁸⁷ Bij een LOB worden verdragsvoordelen alleen toegekend aan een belastingplichtige als deze voldoet aan een aantal objectieve voorwaarden en eigenschappen. Pötgens 2018.

⁸⁸ Vakstudie Nieuws, *Bijzonder nummer Multilateraal Instrument (MLI), Memorie van toelichting*, V-N 2018/19.8.

⁸⁹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, *Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat*, nr. IZV/2015/657 M, V-N 2015/61.12.

⁹⁰ In Nederland is per 2019 de earningsstrippingbepaling opgenomen in artikel 15b van de Wet vpb 1969. De CFC-maatregel is opgenomen in artikel 13ab Wet vpb 1969. De bestaande exitheffing bij emigratie van artikel 25b van de Invorderingswet 1990 is naar aanleiding van de ATAD aangepast. De algemene antimisbruikbepaling is niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving omdat Nederland al over het Fraus Legis leerstuk beschikt.

Hoofdstuk 3 Bronbelastingen

3.1 Inleiding

Om het gebruik van bronbelastingen tegen BEPS te analyseren is het van belang om eerst uiteen te zetten wat bronbelastingen precies zijn en hoe ze op dit moment in verschillende landen worden ingezet. In de nationale wet van de meeste landen is een bronbelasting openomen op rente, royalty's of dividenden of een combinatie van deze inkomsten. De heffing van bronbelasting wordt beperkt door de toepassing van bilaterale belastingverdragen. In de EU wordt de heffing beperkt door een tweetal richtlijnen: de moeder-dochterrichtlijn en de rente en royaltyrichtlijn. In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 3.2 behandeld wat bronbelastingen precies zijn en hoe ze in Nederland en in de 36 OECD-lidstaten worden ingezet. In paragraaf 3.3 wordt behandeld hoe de heffing van bronbelastingen wordt beperkt door de toepassing van bilaterale belastingverdragen. In deze paragraaf wordt uiteengezet hoe bronheffingen worden behandeld in het OECD modelverdrag, hoe de verdragsonderhandelingen afhankelijk zijn van de economische verhoudingen tussen de verdragsstaten en welke uitgangspunten Nederland hanteert voor bronheffingen bij verdragsonderhandelingen volgens de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid. Tot slot zal in paragraaf 3.4 worden behandeld hoe bronheffingen in EU-verband beperkt worden onder de moeder-dochterrichtlijn en de rente en royaltyrichtlijn.

3.2 Het heffen van bronbelastingen

3.2.1 Wat zijn bronbelastingen?

Een bronbelasting is een belasting aan de bron. Bij een uitgaande geldstroom wordt de ontvanger van de geldstroom belast door inhouding van een deel van de geldstroom op het moment van de betaling. Bronbelastingen worden toegepast op dividenden, rente en royalty's. Dit worden ook wel passieve inkomsten genoemd.⁹¹ Ten opzichte van actieve bronnen van inkomen behoeven passieve inkomsten geen constante activiteiten. In de bronstaat vinden dan ook meestal geen activiteiten plaats door belastingplichtige. Het heffingsrecht over passieve inkomsten wordt gebaseerd op de afkomst van de inkomsten. Bronheffingen op dividenden, rente en royalty's vinden over het algemeen plaats over het brutobedrag tegen een vast tarief. De tarieven van bronbelastingen zijn meestal niet hoog in vergelijking tot de heffing op de totale inkomsten in de woonstaat. Op deze manier wordt heffingsruimte gelaten aan de woonstaat van de opbrengstgerechtigde van de passieve inkomsten. In de woonstaat wordt vaak een verrekening verleend van de betaalde bronbelasting om dubbele belasting van de passieve inkomsten te voorkomen.⁹²

3.2.2 Bronbelastingen in Nederland

Nederland heft in verhouding tot andere landen weinig bronbelastingen. Het Nederlandse belastingstelsel kent op dit moment alleen een bronbelasting op dividenden en niet op rente en royalty's. Dit heeft te maken met het Nederlandse standpunt van vrijhandelspolitiek.⁹³ Het tarief op dividenden bedraagt 15%.⁹⁴ Dividendbelasting wordt in Nederland geheven over dividenden die worden uitgekeerd door vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. Nederland heft dividendbelasting om belastingheffing bij de uiteindelijke aandeelhouder te waarborgen. Het is van belang dat belastingheffing op het niveau van een buitenlandse

⁹¹ Lips 2016, p.4.

⁹² Pötgens, *Dividenden, rente en royalty's*, Cursus Belastingrecht IBR.0.8.5 2018.

⁹³ Pötgens *Dividenden, rente en royalty's*, Cursus Belastingrecht IBR.0.8.5 2018.

⁹⁴ Art. 5 Wet op de dividendbelasting 1965.

aandeelhouder in een Nederlandse vennootschap plaatsvindt om de concurrentiepositie van in Nederland woonachtige aandeelhouders te waarborgen.⁹⁵ Als buitenlandse aandeelhouders geen belasting zouden betalen over de ontvangen dividenden omdat hun woonland niet heft over deze dividenden, hebben deze aandeelhouders lagere kosten dan Nederlandse aandeelhouders en dus een concurrentievoordeel. Door een heffing aan de bron in Nederland wordt belastingheffing zeker gesteld, onafhankelijk van de woonplaats van de aandeelhouder.

Om economische dubbele belasting op vennootschapsniveau⁹⁶ te voorkomen kent Nederland de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting⁹⁷ en de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting^{98,99}. Hierdoor wordt verzekerd dat de winst van een vennootschap slechts één keer wordt belast. De inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting geldt voor:

- dividendgerechtigden waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is;
- dividendgerechtigden die samen met de uitdeler van het dividend een fiscale eenheid vormen voor de vennootschapsbelasting¹⁰⁰; en
- dividendgerechtigden die een lichaam zijn volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat van de EU of de EER en recht zouden hebben op de deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening als ze in Nederland gevestigd waren geweest.

Vanaf 1 januari 2018 is de inhoudingsvrijstelling aangepast bij de Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling¹⁰¹ met landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten dat een dividendartikel bevat. Daarnaast is de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting uitgebreid en een nieuwe antimisbruikbepaling toegevoegd, waardoor de wet zowel een versoepeling als een aanscherping met zich meebr. De uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling geldt ook voor opbrengstgerechtigden gevestigd op de BES-eilanden indien is voorzien in een regeling ter voorkoming van dubbele belasting die ook ziet op dividenden. Ook voor deze opbrengstgerechtigden geldt de voorwaarde dat zij als ze in Nederland gevestigd zouden zijn, recht zouden hebben op toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deelnemingsverrekening.¹⁰²

Naast een vrijstelling kan een lichaam ook in aanmerking komen voor de teruggave van dividendbelasting waardoor in feite ook geen dividendbelasting wordt betaald. De dividendbelasting bevat een regeling voor de teruggave van dividendbelasting voor in Nederland gevestigde lichamen die niet belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting (behalve voor de vrijgestelde beleggingsinstelling) en lichamen die zijn gevestigd in de EU of EER die niet aan een winstbelasting onderworpen zijn en dat in Nederland ook niet zouden

⁹⁵ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

⁹⁶ Economische dubbele belasting vindt plaats wanneer een belastingplichtige over formeel verschillende, maar in de praktijk dezelfde belastingobjecten twee keer belasting betaalt. Dit is het geval wanneer winsten bij de dochter worden belast en vervolgens opnieuw worden belast bij de uitkering aan de moeder. Van Raad, *Juridisch tegenover economisch dubbele belasting*, *Cursus Belastingrecht IBR.1.1.2 2018*.

⁹⁷ Art. 4 Wet op de dividendbelasting 1965.

⁹⁸ Art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁹⁹ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

¹⁰⁰ Art. 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁰¹ Wet van 20 december 2017 tot wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten in verband met de introductie van een inhoudingsplicht voor houdstercoöperaties, de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting en wijziging van enkele antimisbruikbepalingen in de dividendbelasting en vennootschapsbelasting, *Stb. 2017, 520*.

¹⁰² De Graaf, Kavelaars, Stevens, *Internationaal belastingrecht 2016*, p. 202-206.

zijn.¹⁰³ Voor de Nederlandse fiscale beleggingsinstelling (hierna: FBI)¹⁰⁴ is een inhoudingsvermindering opgenomen voor de dividendbelasting en buitenlandse bronheffingen in art. 11a Wet op de dividendbelasting 1965. FBI's betalen dividendbelasting over de dividenden die ze ontvangen. De betaalde dividendbelasting kunnen ze vervolgens (deels) terugkrijgen doordat ze de betaalde belasting in mindering kunnen brengen op de dividendbelasting die ze moeten inhouden op de dividenden die ze zelf uitkeren. Doel van deze regeling is om geen belemmering te vormen voor investeringen via een FBI. Op deze manier worden opbrengsten uit investeringen via een FBI, net als bij directe investeringen, maar één keer belast met dividendbelasting.¹⁰⁵

De dividendbelasting vormt een eindheffing voor:

- in het buitenland woonachtige ondernemers die geen buitenlands belastingplichtige zijn voor de Nederlandse inkomstenbelasting;
- in het buitenland woonachtige beleggers met een belang van minder dan 5% (ook geen buitenlandse belastingplicht); en
- in het buitenland gevestigde vennootschappen die geen buitenlands belastingplichtige zijn voor de Nederlandse vennootschapsbelasting.

Deze dividendontvangers hebben niet de mogelijkheid om de betaalde dividendbelasting te verrekenen met de Nederlandse vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting.¹⁰⁶

Bronbelastingen en de dividendbelasting in het bijzonder zijn het afgelopen jaar een belangrijk punt van politieke discussie geworden. Deze discussie is aangewakkerd door het plan van kabinet Rutte III om de dividendbelasting af te schaffen.¹⁰⁷ De ophef werd vooral veroorzaakt doordat de maatregel onverwacht was omdat het plan om de dividendbelasting af te schaffen in geen enkel partijplan terug te vinden was. Daardoor werd in de media gespeculeerd over de invloed die een aantal grote bedrijven hebben gehad tijdens de onderhandelingen.¹⁰⁸ De belastingopbrengst die hiermee verloren gaat is volgens het regeerakkoord € 1,4 miljard. Volgens bronnen uit Den Haag liep dit bedrag echter op tot rond de € 2 miljard en volgens Spanjers is uit de Miljoenennota van 2019 op te maken dat de verloren belastingopbrengst kan oplopen tot € 2,5 miljard.¹⁰⁹¹¹⁰

Het kabinet wilde de dividendbelasting echter in stand houden voor dividendbetalingen aan zogenaamde low tax jurisdictions. Dit zijn landen waar de betalingen niet of onvoldoende belast worden bij de ontvanger. Voor uitgaande betalingen aan inwoners van low tax jurisdictions wil het kabinet ook een bronbelasting invoeren op rente en royalty's. Doel van deze maatregel is volgens het regeerakkoord om brievenbusconstructies tegen te gaan.¹¹¹ In het regeerakkoord is niet terug te lezen hoe deze bronbelastingen er precies uit gaan zien. Vleggeert en Vording leggen het verband tussen de voorgestelde regeling in het regeerakkoord en het rapport van de Werkgroep Fiscaliteit (bijlage bij het advies van de Studiegroep

¹⁰³ Van den Dool, Heithuis, Kampschoër, de Smit, Vollebregt, *Compendium Vennootschapsbelasting 2016*, p. 508-510.

¹⁰⁴ Art. 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁰⁵ Vermeulen 2014, p. 245-247.

¹⁰⁶ De Graaf, Kavelaars, Stevens, *Internationaal belastingrecht 2016*, p. 201-202.

¹⁰⁷ Kabinet Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst 2017*, p. 36.

¹⁰⁸ NOS, 'Grote bedrijven zetten onderhandelaars kabinet onder druk', 8 november 2017.

¹⁰⁹ AD 16 augustus 2018.

¹¹⁰ De Telegraaf 17 september 2018.

¹¹¹ Kabinet Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, p. 36.

Duurzame Groei).¹¹²¹¹³ Volgens hen ‘leunt’ het in het regeerakkoord opgenomen plan op dit rapport. Een bronbelasting op rente- en royaltybetalingen aan de inwoners van low tax jurisdictions wordt in dit rapport voorgesteld als alternatief voor de maatregelen die volgen uit de BEPS-actiepunten van de OECD en ATAD van de EU waarbij de focus gelegd wordt op reële activiteiten door het bestrijden van fiscale constructiemogelijkheden. Een land is volgens dit rapport een low tax jurisdiction als het een vpb-tarief heeft dat lager is dan 10%. Hiervoor moet gekeken worden naar het nominale tarief en naar eventuele stelselafwijkingen in de winstbepaling. Uit het wetsvoorstel dat is gepubliceerd op Prinsjesdag 2018 blijkt dat de wet niet helemaal uitwerkt zoals Vleggeert en Vording voorspelden. Van een low tax jurisdiction is sprake bij een winstbelasting met een statutair tarief van 9% of lager of wanneer een land is opgenomen in de blacklist van de EU van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden. Het bronheffingstarief wordt met 22,55% in 2020 en 20,5% in 2021 aanzienlijk hoger dan het tarief van de dividendbelasting.¹¹⁴ Op 15 oktober 2018 is echter bekend geworden dat de dividendbelasting niet wordt afgeschaft en dat de invoering van een bronheffing op dividendbetalingen aan laagbelastende landen wordt uitgesteld.¹¹⁵ In hoofdstuk 4 wordt verder ingegaan op de uitwerking van de voorgestelde bronbelasting op dividenden.

3.2.3 Bronbelastingen in de OECD

Wereldwijd hebben landen uit elkaar lopende bronbelastingen en bronbelastingtarieven. Om een overzicht te geven van het gebruik van bronbelastingen in andere staten, bevat dit hoofdstuk in tabel 1 een overzicht van de aanwezige bronbelastingen en de hoogte van de tarieven in de OECD-lidstaten. De OECD bestaat vooral uit ontwikkelde landen uit vijf verschillende werelddelen. Dit overzicht kan daarom een goed beeld geven van het wereldwijde gebruik van bronbelastingen door ontwikkelde landen. In het overzicht is voor de tarieven geen rekening gehouden met verdragsbepalingen en EU-richtlijnen. Deze factoren worden besproken in paragraaf 3.3 en 3.4.

Tabel 1: Bronbelastingen in OECD lidstaten¹¹⁶

	Dividenden	Rente	Royalty's
Australië	Ja 30%, 0% onder voorwaarden uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en in Australië gelegen vaste inrichtingen.	Ja 10%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en in Australië gelegen vaste inrichtingen.	Ja 30%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
België	Ja 30%, verrekenbaar met de vpb wanneer de aandelen voor ten minste 12 maanden houdt. Geen verrekening wanneer een dividenduitdeling leidt tot een waardevermindering	Ja 30%, verrekenbaar met de vpb wanneer de onderneming het volle eigendom heeft van het uitgeleende geld.	Ja 30%, geldt alleen voor betalingen aan ondernemingen die niet gevestigd zijn in België. Voor Belgische ondernemingen geldt dat de royalty's belast

¹¹² Vleggeert, Vording 2018, p. 6-7.

¹¹³ Werkgroep fiscaliteit, *Rapport ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei*, 2016, p. 60.

¹¹⁴ Invoering van een bronbelasting en afschaffing van de dividendbelasting alsmede wijziging van enige wetten in verband met enkele maatregelen voor het bedrijfsleven (Wet bronbelasting 2020)

¹¹⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, *Heroverweging pakket vestigingsklimaat*.

¹¹⁶ IBFD, *Country Analyses* 2018.

	van de nominale waarde van de aandelen.	Rente op winstdelende obligaties wordt gezien als dividend.	worden als inkomen in de vpb.
Canada	Ja 25%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 25%, alleen voor participatie rente (winstafhankelijke rente afhankelijk van het gebruik van Canadees eigendom) en rente die niet at arm's length is. Uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 25%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Chili	Ja 35%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 4%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 30%, 15% voor het gebruik, gebruiksrecht of exploitatie van uitvinding patenten, gebruiksmodellen, industriële tekeningen en ontwerpen, schetsen van geïntegreerde schakelingen, nieuwe rassen groenten en computerprogramma's. Uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Denemarken	Ja 22%	Nee	Ja 22%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Duitsland	Ja 25%	Ja 25% voor rente betaald door banken, rente betaald op obligaties en anonieme over-the-counter transacties.	Ja 15%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Estland	Nee	Nee	Ja 10%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en vaste inrichtingen.
Finland	Ja 20% of 15% voor beleggingsvermogen, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en EEA	Nee	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.

	landen onder bepaalde voorwaarden.		
Frankrijk	Ja 30%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Nee	Ja 33,33%, verrekenbaar met vpb, maar zonder teruggaaf mogelijkheid. Uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Griekenland	Ja 15%	Ja 15%	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Hongarije	Nee	Nee	Nee
Ierland	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en voor inwoners (natuurlijke personen) van de EU of staten waarmee Ierland een belastingverdrag heeft gesloten.	Ja 20%	Ja 20%
IJsland	Ja 20%	Ja 12%, uitzondering voor bepaalde obligaties bijvoorbeeld staatsobligaties, 20% voor binnenlandse ondernemingen.	Ja ter grootte van het vpb tarief van 22%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Israël	Ja 25% bij een belang van minder dan 10%, 30% bij een groter belang, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 23 %, uitzondering voor overheidsobligaties en niet-commerciële bankrekeningen in vreemde valuta.	Ja 23%
Italië	Ja 26%	Ja 26%	Ja 20% in binnenlandse situaties, in buitenlandse situaties 30% over 75% van het royaltybedrag (effectief 22,5%).
Japan	Ja 20%, 15% voor dividend van bepaalde bedrijven.	Ja 20%, 15% voor rente van banken of andere financiële instellingen, 15 % voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Letland	Ja 20% voor dividendbetalingen aan	Ja 20% voor dividendbetalingen	Ja 20% voor dividendbetalingen aan

	personen of vennootschappen gevestigd in low-tax jurisdictions.	aan personen of vennootschappen gevestigd in low-tax jurisdictions.	personen of vennootschappen gevestigd in low-tax jurisdictions.
Litouwen	Ja 15%	Ja 10%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen en voor overheidsobligaties, deposito rente en achtergestelde leningen.	Ja 10%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Luxemburg	Ja 15%, uitzondering bij een participatie van tenminste €1,2 miljoen voor ten minste 12 maanden voor EU/EEA/Zwitserland en landen waarmee een verdrag is gesloten.	Nee	Nee
Mexico	Ja 10% voor natuurlijke personen en niet-ingezetenen, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 30%, 10%, 15%, 21%, 35% of 4,9% afhankelijk van het soort rente, 0,46% voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 5% voor het gebruik van treinwagons, 35% voor het gebruik van een merknaam of patent en voor reclames en 25% voor andere royalty's, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Nederland	Ja 15% (zie par. 3.2.2)	Nee	Nee
Nieuw-Zeeland	Ja 15% voor toegerekend dividend, aanvullend dividend en dividenden van beleggingsinstellingen, 0% voor niet-cash dividenden, anders 30%.	Ja 15%, 0% wanneer de Approved Issuer Levy (AIL) is betaald. De AIL wordt alleen geheven over leningen van een goedgekeurde verstrekker. De AIL bedraagt 2% over de hoogte van de lening.	Ja 15%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Noorwegen	Ja 25%, 0% voor ondernemingen gevestigd in de EEA zolang ze voldoen aan substance eisen, uitzondering voor	Nee	Nee

	binnenlandse ondernemingen.		
Oostenrijk	Ja 27,5% voor natuurlijke personen en 25% voor vennootschappen .	Ja 25%, uitzondering voor niet in Oostenrijk gevestigde vennootschappen.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Polen	Ja 19%	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Portugal	Ja 25%, 35% voor betalingen met een niet geïdentificeerde beneficial owner en voor uitdelingen aan tax havens. Uitzondering voor landen waarmee Portugal een verdrag heeft gesloten bij deelnemingsverhoudingen van ten minste 10% voor ten minste 1 jaar.	Ja 25%, 35% voor betalingen met een niet geïdentificeerde beneficial owner en voor betalingen aan tax havens.	Ja 25%, 35% voor betalingen met een niet geïdentificeerde beneficial owner en voor betalingen aan tax havens.
Slovenië	Ja 15%,	Ja 15%	Ja 15%
Slowakije	Ja 35%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 19%	Ja 19%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Spanje	Ja 19%, 22,8% voor dividend betaald in natura.	Ja 19%, 22,8% voor rente betaald in natura.	Ja 19%, 22,8% voor dividend betaald in natura. Voor non EU/EEA respectievelijk 24% en 28,8%.
Turkije	Ja 15%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 0 tot 15%, afhankelijk van de duur van de lening.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Tsjechië	Ja 15%	Ja 15% voor EU/EEA en landen waarmee Tsjechië een verdrag gesloten heeft, anders 35%.	Ja 15% voor EU/EEA en landen waarmee Tsjechië een verdrag gesloten heeft, anders 35%.
Verenigd Koninkrijk	Nee	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Verenigde Staten	Ja 30%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 30%, uitzondering voor overheidsobligaties, rente van Amerikaanse	Ja 30%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.

		banken voor leningen en spaarrekeningen, obligaties in een verbonden lichaam waarin minder dan 10% belang gehouden wordt en voor binnenlandse ondernemingen.	
Zuid-Korea	Ja 20%, 14% voor binnenlandse ondernemingen.	Ja 20%, voor binnenlandse ondernemingen: 25% voor privéleningen, 14% voor alle andere leningen.	Ja 20%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.
Zweden	Ja 30%, uitzondering voor binnenlandse ondernemingen.	Nee, geen bronheffing maar wel heffing door middel van een directe inkomstenbelasting 22% in de bronstaat.	Nee
Zwitserland	Ja 35%	Ja 35%, 0% onder voorwaarden	Nee

In tabel 1 is af te lezen dat het gebruik van bronbelastingen erg verschilt per OECD-lidstaat. Bijna alle lidstaten hebben ten minste één bronbelasting. De enige lidstaat die helemaal geen bronheffingen heeft is Hongarije. Uit het schema is af te lezen dat bijna alle staten daarnaast een bronheffing op dividenden hebben. Alleen het Verenigd Koninkrijk en Estland wijken hiervan af. Nederland is vrij uniek in zijn positie met alleen een bronheffing op dividenden. Alleen Noorwegen en Luxemburg hanteren hetzelfde systeem. Dit is voor Nederland daarom ook een van de visitekaartjes van het fiscale vestigingsklimaat.

3.3 Bronbelastingen in verdragen

3.3.1. Bronbelastingen in verdragen algemeen

In de meeste verdragen ter voorkoming van dubbele belasting zijn artikelen opgenomen waarin de heffing van bronbelastingen op passieve inkomsten wordt beperkt. Deze beperkingen zijn ook terug te vinden in artikel 10, 11 en 12 van het OECD modelverdrag, dat voor veel verdragen als uitgangspunt is gebruikt. Artikel 10 van het OECD modelverdrag beperkt de bronheffing op dividenden tot 5% ingeval de ontvanger van het dividend een vennootschap is met een belang van minstens 25% in de uitkerende vennootschap. De bronheffing wordt beperkt tot 15% in alle andere gevallen. Artikel 11 van het OECD modelverdrag beperkt de bronheffing op rente tot maximaal 10%. De bronheffing op royalty's wordt beperkt tot 0% in artikel 12 van het OECD modelverdrag. Verdragsstaten zijn vrij om andere maximale tarieven af te spreken in hun verdragen.

De verdragstarieven voor bronbelastingen komen voort uit onderhandelingen en zijn dus afhankelijk van de voorkeuren van een staat. Verdragen komen vaak voort uit een totaalcompromis van deze verschillende voorkeuren.¹¹⁷ Volgens Rixen zijn de voorkeuren van verdragsstaten bij de onderhandelingen over bronheffingen afhankelijk van de verhouding op de kapitaalrekening tussen de twee staten. De staten kunnen netto meer kapitaal importeren of exporteren.¹¹⁸ Een netto importeur zal met betrekking tot de belastingopbrengst baat hebben bij een hoge bronheffing. Buitenlandse investeerders die investeren in dit land betalen belasting in het bronland over het dividend dat ze ontvangen uit hun investeringen. Kapitaal exporteurs hebben echter baat bij een lagere bronheffing op de kapitaalstromen dividend, rente en royalty's. Hoe hoger de bronheffing in het kapitaal-importland, hoe groter de verrekening van buitenlandse bronheffing die het land aan haar inwoners geeft en hoe lager de belastingopbrengst van het exportland. Ook wanneer het exportland geen verrekening van buitenlandse bronheffing verleent, heeft het land baat bij een lage bronheffing om een lage(re) belastingdruk voor zijn inwoners te bewerkstelligen.

3.3.2 *Het Nederlandse verdragsbeleid omtrent bronbelastingen*

Het Nederlandse verdragsbeleid is vastgelegd in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011. Nederland streeft in zijn verdragen naar uitsluitende belastingheffing in de woonstaat van de ontvanger voor deelnemingsdividenden. Dit betekent dat er geen bronheffing plaatsvindt over uitgekeerde dividenden bij deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, dus bij een belang vanaf 5% van een vennootschap in een andere vennootschap¹¹⁹. Naast de voorkoming van economische dubbele belasting (zie paragraaf 3.2.2), is de reden hierachter dat de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting is vormgegeven als een objectvrijstelling. Dat betekent dat het object, de winst uit die deelneming, is vrijgesteld en dus alle inkomsten en uitgaven van de deelneming vrijgesteld zijn.¹²⁰ Dit betekent echter dat buitenlandse bronheffing op uit het buitenland ontvangen dividenden niet in Nederland kan worden verrekend. Er wordt namelijk alleen een verrekening van bronheffing verleend als het object ook in Nederland belast wordt om dubbele heffing te voorkomen. Van dubbele heffing is dankzij de objectvrijstelling geen sprake. De buitenlandse bronheffing op deze dividenden maakt het voor Nederlandse bedrijven dus minder aantrekkelijk om buitenlandse deelnemingen te hebben en kan de vrije marktwerking dus verstoren. Om de drempel voor deze buitenlandse investeringen te verlagen, streeft Nederland in zijn verdragsonderhandeling naar een vermindering of vrijstelling van dividendbelasting voor deelnemingsdividenden.¹²¹

In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid wordt een kanttekening gemaakt bij de vrijstelling voor deelnemingsdividenden om treaty shopping tegen te gaan. Van treaty shopping is sprake wanneer een kunstmatige constructie wordt opgezet om gebruik te maken van de voordelen in een bepaald verdrag. Het OECD commentaar noemt het voorbeeld wanneer een persoon door middel van een rechtspersoon in aanmerking komt voor bepaalde verdragsvoordelen die niet rechtstreeks beschikbaar zouden zijn voor die persoon.¹²² De uitsluitende woonstaatheffing mag er volgens het Ministerie van Financiën niet toe leiden dat onbelaste doorstroom van dividenden vanuit Nederland via de andere verdragsstaat, die bijvoorbeeld geen winstbelasting heft, naar inwoners van derde staten mogelijk is. Om dit te voorkomen is in veel

¹¹⁷ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, p. 15.

¹¹⁸ Rixen 2010, p. 589–614.

¹¹⁹ Art. 13 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹²⁰ Van Raad, *Objectvrijstelling tegenover belastingvrijstelling*, Cursus Belastingrecht IBR.1.2.3 2018.

¹²¹ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

¹²² OECD, *Commentary on article 1 as it read on 15 July 2014*, par. 8 en 9.

Nederlandse verdragen een bepaling opgenomen tegen treaty shopping.¹²³ Deze bepaling ontzegt de verdragsvoordelen als wordt geconstateerd dat sprake is van misbruik, bijvoorbeeld door met de kunstmatige constructie geen rekening te houden bij toepassing van het verdrag. In het commentaar op het OECD modelverdrag is opgenomen hoe een antimisbruik bepaling tegen treaty shopping vormgegeven kan worden. Er moet dan, in de optiek van de OECD, rekening worden gehouden met het motief van de belastingplichtige. Verdragsvoordelen worden alleen ontzegt wanneer een van de hoofddoelen van een bepaalde transactie of constructie het behalen van de verdragsvoordelen is waar de belastingplichtige rechtstreeks geen recht op zou hebben (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3).¹²⁴

Daarnaast is het uitgangspunt voor niet-deelnemingsdividenden, ook wel portfoliodividenden van zowel vennootschappen als natuurlijke personen, het nationale tarief van 15% bronbelasting. Er wordt dus niet gestreefd naar een verlaagd tarief in belastingverdragen.

Nederland kent geen bronbelasting op rente en royalty's maar heeft desalniettemin verdragsbeleid opgesteld voor deze bronheffingen in de verdragsstaat. Nederland streeft ernaar om een uitsluitende woonstaatheffing op te nemen met betrekking tot rente- en royalty-inkomsten. Dit betekent dat er geen bronheffing plaatsvindt over rente- en royaltybetalingen. Indien de andere verdragsstaat toch vasthoudt aan een bronbelasting op rente of royalty's, dan streeft Nederland ernaar zoveel mogelijk uitzonderingen voor dit bronheffingsrecht op te nemen.¹²⁵

3.4 Bronbelastingen in EU-verband

De EU heeft twee richtlijnen opgesteld die onder andere zien op bronbelastingen in de EU-lidstaten. De moeder-dochterrichtlijn¹²⁶ ziet op de dividendbelasting en de rente en royaltyrichtlijn¹²⁷ ziet op bronheffingen op rente en royalty's. Alle lidstaten zijn verplicht om deze richtlijnen volledig te hebben geïmplementeerd in hun nationale wetgeving.¹²⁸ Beide richtlijnen beperken de lidstaten in hun mogelijkheden om bronbelastingen te heffen binnen EU verhoudingen. In bepaalde gevallen regelt de richtlijn zelfs dat er geen bronheffing geheven worden.

3.4.1 De moeder-dochterrichtlijn

De moeder-dochterrichtlijn, Richtlijn 90/435/EEC van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moeder- en dochtermaatschappijen uit verschillende lidstaten, is opgesteld in 1990 en grondig aangepast in 2003.¹²⁹ Doel van de richtlijn is om de vrijheid van kapitaal en vestiging zeker te stellen in de Europese interne markt. In deelnemingsverhoudingen waarbij de moedervernootschap in een andere staat is gevestigd dan de dochtervernootschap kan dubbele belastingheffing plaatsvinden. De volgende twee vormen van dubbele heffing bij winstuitdelingen in deelnemingsverhoudingen worden opgelost met de moeder-dochterrichtlijn:

¹²³ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

¹²⁴ OECD, *Commentary on article 1 as it read on 15 July 2014*, par. 9.1-9.5.

¹²⁵ Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

¹²⁶ Richtlijn 2011/96/EU gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

¹²⁷ Richtlijn 2003/49/EG betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.

¹²⁸ Stoop 2015, p. 1.

¹²⁹ Richtlijn 2011/96/EU gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

- bronheffing over het dividend in de staat van de dochtervennootschap (economische dubbele belasting) en
- heffing van winstbelasting over het door de dochtermaatschappij uitgekeerde dividend in de vestigingsstaat van de moedermaatschappij waarover ook winstbelasting is geheven bij de dochtermaatschappij.

De moeder-dochterrichtlijn voorkomt deze dubbele heffing door de heffing van bronbelasting op winstuitdelingen in deelnemingsverhoudingen in de staat van de dochtermaatschappij te verbieden. Daarnaast mag de staat van de moedermaatschappij de winstuitdeling helemaal niet belasten dan wel de winstuitdeling wel belasten en de bij de dochtermaatschappij over de uitgedeelde dividenden betaalde winstbelasting verrekenen met de winstbelasting van de moeder.¹³⁰ Nederland heeft ervoor gekozen om de eerste bepaling toe te passen bij de implementatie van het tweede aspect van de moeder-dochterrichtlijn, door middel van een objectieve vrijstelling en de winst van de dochtermaatschappij dus helemaal niet te belasten.¹³¹

Voor de moeder-dochterrichtlijn is sprake van een deelnemingsverhouding bij een belang vanaf 10%. Door de jaren heen is het minimumbelang verlaagd van 25% naar 20% in 2005, 15% in 2007 en 10% in 2009. Dit belang is een minimumstandaard voor de lidstaten. Landen mogen een lager belang kiezen. Nederland heeft gekozen voor een minimumbelang van 5% om te kunnen spreken van een deelneming.¹³² De moeder-dochterrichtlijn geeft landen de mogelijkheid om een minimale periode op te geven waarin de moedermaatschappij het belang in de dochtermaatschappij moet houden om gebruik te mogen maken van de voordelen van de moeder-dochterrichtlijn. Dit criterium is toegevoegd om misbruik te voorkomen. Vennootschappen kunnen zo geen gebruik maken van de voordelen van de richtlijn wanneer ze maar voor een korte periode het minimumbelang aanhouden. De maximale termijn die mag worden opgelegd is 24 maanden. Nederland heeft ervoor gekozen om geen minimale periode op te nemen bij implementatie van de richtlijn. De moeder-dochterrichtlijn bevat in de bijlage een lijst met alle EU vennootschappen waarvoor zij geldt. Voor Nederland zijn dit de N.V., B.V., open C.V., coöperatie, vereniging op coöperatieve grondslag, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging die optreedt als verzekeraar of kredietinstelling en het fonds voor gemene rekening. De moeder-dochterrichtlijn geldt alleen wanneer deze vennootschappen zijn gevestigd in één van de EU-lidstaten. De vennootschap mag geen inwoner zijn in een derde staat op basis van een belastingverdrag met een derde staat. Daarnaast moet de vennootschap onderworpen zijn aan een nationale winstbelasting van de lidstaten. Deze winstbelastingen zijn opgenomen in artikel 2 lid 1 onderdeel c van de moeder-dochterrichtlijn.¹³³

De term bronbelasting is niet toegelicht in de moeder-dochterrichtlijn. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU is gebleken dat de uitleg van het begrip bronbelasting naar nationaal recht niet van belang is. Er is sprake van een bronbelasting voor dividenden bij elke belasting die ziet op de uitkering van dividenden of andere inkomsten uit een deelneming in de bronstaat waarbij de moedermaatschappij de belastingplichtige is. Deze belastingen vallen dan dus onder de moeder-dochterrichtlijn.¹³⁴

¹³⁰ Terra, Wattel, *fed fiscale studieresie European Tax Law* 2008, p. 225-230.

¹³¹ Deelnemingsvrijstelling in art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹³² De Graaf, Kavelaars en Stevens, *Internationaal belastingrecht* 2016, p. 202-203.

¹³³ Terra, Wattel, *fed fiscale studiereseries European Tax Law* 2008, p. 225-230.

¹³⁴ HvJ EG 8 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:302, HvJ EG 4 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:505, HvJ EG 25 september 2003, ECLI:EU:C:2003:495, HvJ EG 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365.

In 2015 is een algemene antimisbruikbepaling toegevoegd aan de moeder-dochterrichtlijn, artikel 1 lid 2. Deze algemene antimisbruikbepaling bestaat uit een subjectieve en een objectieve toets. Het behalen van een belastingvoordeel moet het hoofddoel of één van de hoofddoelen zijn van een bepaalde constructie of transactie. Dit is het geval wanneer een constructie niet is opgezet op grond van zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. De objectieve toets betekent dat een belastingvoordeel behaald wordt in een bepaalde situatie die in strijd is met doel en strekking van de moeder-dochterrichtlijn. Dit is op te maken uit de gekunsteldheid van de constructie. Wanneer aan beide toetsen is voldaan, worden de voordelen van de moeder-dochterrichtlijn ontzegd.¹³⁵

3.4.2 De rente- en royaltyrichtlijn

Ook voor de rente- en royaltyrichtlijn geldt dat het doel is om dubbele belastingheffing binnen de interne markt van de Europese Unie te voorkomen. Net als de moeder-dochterrichtlijn ziet de rente- en royaltyrichtlijn op transacties in deelnemingsverhoudingen. Het belangrijkste verschil tussen de transacties onder de twee richtlijnen is dat rente- en royaltybetalingen in beginsel aftrekbaar van de winst zijn in de bronstaat, terwijl dividendbetalingen dat niet zijn. Dividendbetalingen bevinden zich als vergoedingen voor eigen vermogen namelijk in de kapitaalsfeer, terwijl rente- en royaltybetalingen zich in de winstsfeer van de vennootschap bevinden. Volgens Terra en Wattel is dubbele belasting als gevolg van bronheffingen hierdoor een minder groot probleem bij rente- en royaltybetalingen. Toch kan er nog steeds sprake zijn van dubbele heffing wanneer een verdrag niet voorziet in vermindering in de bronstaat en verrekening in de ontvangststaat en in 'triangular'¹³⁶ situaties. Bovendien brengen de bronheffingen tijdrovende administratieve formaliteiten met zich mee. Deze formaliteiten komen voort uit het systeem waarin vaak in eerste instantie wel bronheffing wordt ingehouden en later moet worden terugbetaald. Ook kan sprake zijn van dubbele heffing wanneer de ingehouden bronheffing hoger is dan de geheven winstbelasting in de ontvangststaat. De bronheffing kan dan niet volledig verrekend worden.¹³⁷

Om de dubbele heffing over rente en royalty's te voorkomen heeft de Europese Unie Richtlijn 2003/49/EC van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van rente en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, opgesteld. De richtlijn biedt een vrijstelling van bronheffing over rente en royalty's bij betalingen van een in een EU-lidstaat gelegen vennootschap aan een verbonden onderneming, gevestigd in een andere EU-lidstaat.

Waar de moeder-dochterrichtlijn alleen geldt voor betalingen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij, geldt de rente en royaltyrichtlijn voor betalingen in beide richtingen. Ook voor de rente en royaltyrichtlijn geldt een brede uitleg voor het begrip bronheffing. Het gaat hierbij om een heffing aan de bron of een heffing bij aanslag in de staat waaruit de betaling plaatsvindt, de bronstaat. De voordelen van de richtlijn gaan alleen op als de 'beneficial owner' (uiteindelijk gerechtigde) van de betaling een verbonden onderneming is. Van verbondenheid is voor de richtlijn sprake bij een belang van ten minste 25%. Dit is het geval wanneer een van de twee partijen 25% van de stemrechten in de ander bezit of wanneer beide ondernemingen voor 25% gehouden worden door dezelfde derde partij. Een onderneming is de uiteindelijk

¹³⁵ Marres, de Groot 2015, p. 2-5.

¹³⁶ Van een triangular situatie is sprake wanneer er een relatie bestaat tussen drie verschillende landen waardoor meerdere bilaterale belastingverdragen van toepassing kunnen zijn. Het is dan onduidelijk wie mag belasten en wie moet vrijstellen. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij een royaltybetaling vanuit land A aan een vaste inrichting in land B, waarvan het hoofdhuis in land C gelegen is. Dit voorbeeld komt uit het Japanse Royalty arrest, HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2825.

¹³⁷ Terra, Wattel, *fed fiscale studieseries European Tax Law* 2008, p. 291-292.

gerechtigde wanneer de onderneming de betaling ontvangt voor zichzelf en niet voor een ander.¹³⁸ In een recent advies van de A-G van het HvJ EU is bepaald dat de onderneming die de rechthebbende van een rente- of royaltybetaling is, in beginsel de uiteindelijk gerechtigde van deze betaling is. Dit geldt alleen niet wanneer de onderneming niet voor eigen rekening handelt, maar voor rekening van een ander. Dit is het geval wanneer de ontvanger verplicht is om de ontvangen rente- of royaltybetaling door te betalen. Bij een lening is de ontvanger van de rente niet de uiteindelijk gerechtigde wanneer niet hijzelf, maar een derde, het risico draagt van niet-terugbetalen van de lening.¹³⁹ Doel van deze bepaling is om te voorkomen dat EU vennootschappen worden tussengeschoven bij transacties tussen een EU vennootschap en een vennootschap in een derde land, om zo gebruik te kunnen maken van de voordelen van de rente- en royaltyrichtlijn.¹⁴⁰

Binnen de EU bestaat discussie over het toevoegen van een bepaling aan de rente- en royaltyrichtlijn waardoor geen vrijstelling van bronheffing gegeven hoeft te worden over de rente of royalty's als er geen effectieve belastingheffing in de lidstaat van de ontvanger plaatsvindt. De Europese Commissie deelde dit voornemen in 2015 mee.¹⁴¹ Over de minimale effectieve heffing die moet plaatsvinden en eventuele uitzonderingsituaties binnen de bepaling is echter nog geen overeenstemming bereikt.¹⁴²¹⁴³ Ook bestaat er nog discussie over de eventuele doorwerking van de regeling voor rente- en royaltybetalingen aan derde landen.¹⁴⁴

3.5 Conclusie

Bronheffingen worden geheven aan de bron in de lidstaat waaruit de betaling wordt gedaan. Lidstaten zijn vrij om een tarief vast te stellen, maar in de regel wordt heffingsruimte gelaten voor de woonstaat van de opbrengstgerechtigde. Daarnaast wordt middels belastingverdragen en richtlijnen rekening gehouden met dubbele belastingheffing, vooral in het geval van deelnemingsdividenden. Het heffingsrecht van landen wordt beperkt door de afgesproken maximale tarieven in belastingverdragen. Voor EU-lidstaten geldt ook nog dat het heffingsrecht beperkt wordt door de moeder-dochterrichtlijn en de rente- en royaltyrichtlijn. Bronheffingen zouden dus door staten gebruikt kunnen worden om BEPS te voorkomen, maar er moet hierbij rekening gehouden worden met deze beperkingen. Deze maatregelen, die zijn opgezet om dubbele belastingheffing te voorkomen, beperken de heffingsmogelijkheden van individuele staten. In het volgende hoofdstuk zal worden onderzocht hoe bronheffingen kunnen worden gebruikt tegen BEPS.

¹³⁸ Terra, Wattel, *fed fiscale studieseries European Tax Law* 2008, p. 291-300.

¹³⁹ A-G HvJ EU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:143.

¹⁴⁰ Terra, Wattel, *fed fiscale studieseries European Tax Law* 2008, p. 292-294.

¹⁴¹ Europese Commissie, mededeling van 17 juni 2015 aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden, COM(2015) 302 final, p. 11.

¹⁴² Raad van de Europese Unie (Ecofin), verslag van 9 december 2015 aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, 15187/15, p. 7.

¹⁴³ Raad van de Europese Unie (Ecofin), Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Interest and Royalties Directive, 16 februari 2016, CM 1413/16, p.5.

¹⁴⁴ Raad van de Europese Unie (Ecofin), verslag van 12 juni 2017 aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, 10046/17, p. 10.

Hoofdstuk 4 Het gebruik van bronbelastingen tegen BEPS

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het gebruik van bronbelastingen als alternatief voor de voorkoming van BEPS in de OECD BEPS actiepunten worden besproken. Bronheffingen worden vaak zo laag mogelijk gehouden om investeringen niet te verstoren. Het motief achter het heffen van een bronbelasting ligt vooral in de gerechtigdheid van de bronstaat om te heffen over winsten die in die staat zijn opgekomen. De afgelopen jaren is het gebruik van bronbelastingen echter ook ter sprake gekomen als instrument om belastingontwijking te voorkomen.¹⁴⁵ Om deze mogelijkheid te analyseren wordt in paragraaf 4.2 ingegaan op de aanvankelijke plannen van het huidige kabinet om een conditionele bronbelasting in te voeren voor betalingen aan laagbelastende landen en indien er sprake is van een misbruiksituatie. Het wetsvoorstel voor de bronheffingen is inmiddels ingetrokken, maar dient voor deze analyse alsnog als een mogelijke inzet van bronbelastingen tegen BEPS.¹⁴⁶¹⁴⁷ Daarna wordt in paragraaf 4.3 gekeken naar een eventueel alternatief op de aanpak van het kabinet in verschillende voorstellen waaronder het voorstel van Vleggeert en Vording. In beide paragrafen wordt beschouwd welke aanpassingen nodig zijn in de nationale wet, bilaterale verdragen en de Europese richtlijnen om de bronheffing op een effectieve manier in te voeren. Vervolgens worden beide voorstellen getoetst aan de kwaliteitseisen voor het overheidsoptreden via wetgeving die zijn vastgesteld in de nota zicht op wetgeving.¹⁴⁸ Aan de hand van deze toetsing kan worden geconcludeerd wat de meest effectieve manier is om bronbelastingen in te zetten tegen BEPS.

4.2 Bronbelastingen tegen BEPS in Belastingplan 2019

4.2.1 Bronheffing op dividenden, royalty's en rente

Op Prinsjesdag 2018 zijn de plannen voor een nieuwe conditionele bronheffing op dividenden, rente en royalty's gepubliceerd. Hierin is aangekondigd dat de dividendbelasting vervalt per 2020 en een nieuwe bronheffing op dividenden wordt ingevoerd. In deze plannen is ook aangekondigd dat in 2019 een wetsvoorstel wordt gepubliceerd voor een bronbelasting op rente en royalty's die in 2021 moet ingaan.¹⁴⁹ In de brief van 15 oktober 2018 heeft de Staatssecretaris van Financiën bekend gemaakt dat de dividendbelasting toch niet zal worden afgeschaft.¹⁵⁰ Het wetsvoorstel voor de nieuwe bronheffing op dividenden is daarom ingetrokken. Wel is in deze brief aangegeven dat de huidige dividendbelasting geïntegreerd zal worden met de voorgestelde bronheffing. Dit zal echter niet plaatsvinden per 2020. Het plan om een bronheffing in te voeren op rente- en royaltybetalingen aan laagbelastende landen of in misbruiksituaties per 2021 blijft staan.¹⁵¹ Ondanks dat het wetsvoorstel is ingetrokken, werk ik het in dit hoofdstuk uit als een mogelijke manier om bronbelastingen in te zetten tegen BEPS.

Omdat nog geen concrete voorstellen bestaan voor de bronheffing op rente en royalty's, ga ik ervan uit dat deze belastingen vergelijkbaar ingevuld zullen worden met de bronheffing op dividenden (zoals deze was opgenomen in de Prinsjesdagstukken 2018). In de memorie van

¹⁴⁵ Vleggeert en Vording 2017, p. 2.

¹⁴⁶ Het kabinet heeft aangegeven dat de invoering van een bronbelasting op rente en royalty's nog steeds doorgaat en dat de huidige dividendbelasting zal worden aangepast.

¹⁴⁷ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, Heroverweging pakket vestigingsklimaat.

¹⁴⁸ Kamerstukken II, *Nota zicht op wetgeving*, Vergaderjaar 1990-1991, 22 008 nr. 2.

¹⁴⁹ Kamerstukken II, Memorie van toelichting, 35 028 nr. 3.

¹⁵⁰ Kamerstukken II, *Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019*, 35 026 nr. 6.

¹⁵¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, *Heroverweging pakket vestigingsklimaat*.

toelichting is aangegeven dat bij de invulling van de bronheffing op dividenden al rekening wordt gehouden met de toekomstige heffing op rente en royalty's. De bronheffing op dividenden wordt in 2021 uitgebreid met een heffing op rente en royalty's.¹⁵²

Met het Belastingplan 2019 wordt afgestapt van het Nederlandse standpunt om rente- en royaltybetalingen nooit te belasten door middel van een bronheffing. Dit is volgens het kabinet nodig om het beeld van Nederland als doorsluisland dat belastingontwijking faciliteert te veranderen. Daarnaast wil het kabinet het risico van belastingontwijking door grondslagverschuiving verkleinen. Daarom moet een bronbelasting geheven worden op dividenden, rente en royalty's tussen verbonden lichamen bij betalingen aan laagbelastende landen en in misbruiksituaties. Van verbondenheid is voor deze heffing sprake bij een kwalificerend belang. Hiervan is sprake als een zodanige invloed bestaat op de besluiten van het andere lichaam dat de activiteiten kunnen worden bepaald, of in ieder geval bij een belang vanaf 50%. Bij de heffing wordt aangesloten bij het hoogste tarief van de vennootschapsbelasting. In het Belastingplan 2019 is ook aangekondigd dat het vpb-tarief gaat veranderen. Per 2020 is het hoogste tarief 23,9%. Dit tarief daalt per 2021 naar 22,25%. In de brief heroverweging pakket vestigingsklimaat van de Staatssecretaris is echter aangekondigd dat doordat de dividendbelasting niet wordt afgeschaft, het vpb-tarief verder kan worden verlaagd. Het hoge tarief wordt verlaagd naar 22,55% in 2020 en 20,5% in 2021.¹⁵³ Dit is aanzienlijk hoger dan de dividendbelasting, waarbij een tarief van 15% geldt.¹⁵⁴ De bronheffing op dividenden is uitgebreid ten opzichte van de huidige dividendbelasting omdat ook wordt geheven over vermogenswinsten bij de vervreemding van aandelen en bij een terugbetaling van kapitaal. Doel hiervan is om te voorkomen dat aandelen worden verkocht om de bronheffing te ontkomen en om de mogelijkheden om kapitaal onbelast terug te storten te versoberen. Om te voorkomen dat aan bronheffing wordt ontkomen in misbruiksituaties, vindt ook heffing plaats bij de verkoop van de aandelen in de kunstmatige tussenhoudster voor zover het bedrag dat bij de vervreemding wordt genoten verband houdt met de zuivere winst van de in Nederland gevestigde vennootschap. Een ander verschil met de dividendbelasting is de manier van heffing. De dividendbelasting is een tijdstipbelasting, terwijl de nieuwe bronheffing een tijdvakbelasting wordt. Er wordt dus geheven over het totaal van betalingen in een kalenderjaar, terwijl heffing onder de dividendbelasting plaatsvindt per betaling. De inhoudingsplichtige, degene die de betaling doet, moet binnen een maand na afloop van het kalenderjaar aangifte doen en de verschuldigde belasting betalen. Bij de vervreemding van aandelen bestaat er geen inhoudingsplichtige omdat het lichaam waarvan de aandelen worden vervreemd geen betaling doet. In die gevallen moet de belastingplichtige, de vervreemder van de aandelen, zelf aangifte doen en de verschuldigde belasting afdragen.

4.2.2 Laagbelastend land

Er wordt bronheffing ingehouden over dividend-, rente- en royaltybetalingen wanneer het ontvangstland een laagbelastend land is. Dit geldt wanneer de ontvangende entiteit in een laagbelastend land is gevestigd of wanneer de aandelen zijn toe te rekenen aan een vaste inrichting in een laagbelastend land. Ook zal heffing plaatsvinden bij betalingen aan hybride entiteiten die ofwel nergens of in een laagbelastend land zijn gevestigd. Voor de bronheffingen is economische aanwezigheid in zowel Nederland als in het laagbelastende land niet van belang. Van een laagbelastend land is sprake wanneer het algemeen geldende statutaire tarief over ondernemingswinsten in een land lager ligt dan 7%. Dit is later aangepast naar een

¹⁵² De bronheffing op dividenden wordt een tijdvakbelasting in plaats van een tijdstipbelasting omdat dit beter aansluit bij de aard van rente- en royaltybetalingen. Kamerstukken II, Memorie van toelichting, 35 028 nr. 3, p. 16.

¹⁵³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, *Heroverweging pakket vestigingsklimaat*.

¹⁵⁴ Artikel 6 Wet op de dividendbelasting 1965.

statutair tarief van 9%.¹⁵⁵ Van deze landen zal ieder jaar, voor het begin van het kalenderjaar, een lijst worden opgesteld. Deze lijst wordt ieder jaar aangeboden ter consultatie. Daarnaast kwalificeren ook de landen die op de zwarte lijst van de EU staan. De EU zwarte lijst is een lijst met niet-medewerkende jurisdicties met betrekking tot belastingdoeleinden.¹⁵⁶ Uit de lijst met laagbelastende landen¹⁵⁷ en de EU zwarte lijst volgt de volgende lijst met landen:

Amerikaans-Samoa, Guam, Samoa, Trinidad en Tobago, Amerikaanse Maagdeneilanden, Anguilla, Bahama's, Bahrein, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Guernsey, eiland Man, Jersey, Kaaimaneilanden, Koeweit, Palau, Qatar, Saudi-Arabië, Turks- en Caicoseilanden, Vanuatu en de Verenigde Arabische Emiraten.

Dit is een uitputtende lijst. Dit betekent dat er in een jaar geen andere landen kunnen kwalificeren als laagbelastende landen als deze niet op de voor dit jaar opgestelde lijst of op de EU zwarte lijst staan. Er kan een probleem ontstaan wanneer een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten op de lijst komt te staan. Er wordt dan namelijk een belasting geheven waarmee geen rekening is gehouden bij het afsluiten van het verdrag. Hierdoor kan het voorkomen dat Nederland zijn heffingsrecht niet kan effectueren.¹⁵⁸

Om deze problemen te voorkomen is in de Memorie van Toelichting bepaald dat Nederland deze verdragspartners zal benaderen om het verdrag aan te passen aan de nieuwe bronbelastingen. Om te voorzien in voldoende tijd om de verdragen aan te passen is bepaald dat in verdragsstaten gevestigde vennootschappen pas aan de bronheffingen zullen worden onderworpen als een vestigingsstaat drie jaar op de lijst met laagbelastende landen staat.¹⁵⁹

4.2.3 Misbruiksituaties

Daarnaast wordt een bronheffing ingehouden als er sprake is van misbruik; dit ziet op situaties waarin tussenhoudsters tussengeschoven zijn tussen de Nederlandse inhoudingsplichtige en het laagbelastende land. Hierbij is niet van belang of er reële economische aanwezigheid is in Nederland. Zelfs betalingen die worden gedaan door een actieve onderneming in Nederland, kunnen kwalificeren als misbruiksituaties. Nederland mag ook voor bijvoorbeeld MNO's met significante economische activiteiten in Nederland niet als doorsluisland fungeren. Er is sprake van misbruik bij een kunstmatige constructie of transactie en wanneer het belang in de inhoudingsplichtige wordt gehouden met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om de heffing van belasting bij een ander te ontgaan op het moment van de betaling. Om dit te toetsen wordt aangesloten bij de objectieve en de subjectieve toets die nu al verwerkt zijn in de antimisbruikbepaling van de dividendbelasting. De objectieve toets houdt in dat een constructie is opgezet met grondige zakelijke redenen indien de tussenhoudster voldoet aan de substance eisen. Voor deze substance eisen is aangesloten bij de substance eisen die gelden voor artikel 17 lid 3 Wet vpb 1969 en artikel 4 lid 12 Wet dividendbelasting 1965.¹⁶⁰ De subjectieve toets beoordeelt of het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de structuur is gelegen in het ontgaan van de heffing van belasting bij een ander. Dit wordt getest door middel

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2018/19, *Amendement van het lid van Weyenberg C.S.*, 35 030 nr. 10.

¹⁵⁶ Council of the EU, *Press release Taxation: Liechtenstein and Peru meet commitments, Palau removed from list of uncooperative jurisdictions*, 2 oktober 2018.

¹⁵⁷ Ministerie van Financiën, *Beleidsnota Consultatie fiscaal verdragsbeleid en aanwijzing van laagbelastende staten*, 25 september 2018.

¹⁵⁸ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, 35 028 nr. 3, p. 11.

¹⁵⁹ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, 36 028 nr. 3, p. 12.

¹⁶⁰ Artikel 1bis van de Uitvoeringsbeschikking dividendbelasting 1965 en Kamerstukken II, *Memorie van toelichting Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling*, 37 788 nr. 3, p. 22.

van de wegdenkgedachte waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de betaalde belasting met en zonder de tussenhouder. Wanneer de tussenhouder is gelegen in de EU/EER kan een beroep worden gedaan op het EU-recht wanneer niet wordt voldaan aan de objectieve en de subjectieve toets. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat voor de toetsing of sprake is van misbruik alle aspecten van het concrete geval moeten worden onderzocht en dus niet kan worden volstaan met vooraf vastgestelde algemene criteria.¹⁶¹

Ik ben van mening dat zowel in het geval van een laagbelastend land als een misbruiksituatie sprake kan zijn van treaty override wanneer Nederland belasting gaat heffen in situaties waarin het dit niet gedaan zou hebben ten tijde van het afsluiten van het verdrag. Op deze manier wordt het heffingsrecht, ongeacht wat er in het verdrag staat, naar Nederland toegetrokken. Dit is bijvoorbeeld het geval bij vervreemdingswinsten die worden gemaakt bij de vervreemding van aandelen. Nederland kent nu namelijk geen heffing over deze winsten als bronstaat. Volgens Smit zal een deel van deze problemen worden opgelost door de antimisbruikbepalingen die worden ingevoerd door middel van het MLI. De conditionele bronheffing zal dan overeenkomen met de antimisbruikbepaling die via het MLI is geïmplementeerd in het verdrag.¹⁶²

Het risico op treaty override is naar mijn mening het grootst in het geval dat Nederland bronbelasting gaat heffen bij de vervreemding van de aandelen van een kunstmatige tussenhouder voor zover het bedrag dat bij de vervreemding wordt genoten verband houdt met de zuivere winst van de in Nederland gevestigde vennootschap. Het gaat dan om de vervreemding van aandelen in een buiten Nederland gelegen vennootschap. Bronheffing moet dan worden ingehouden bij de Nederlandse dochtermaatschappij van de tussenhouder. Ik kan mij geen verdrag voorstellen dat in deze situaties het heffingsrecht toekent aan Nederland. Ook Smit is van mening dat in dat geval gestuit zal worden op het belastingverdrag tussen Nederland en de staat van de tussenhouder waardoor het risico bestaat dat Nederland niet kan heffen.¹⁶³ Ook bij de bronheffing over rente en royalty's zal dit probleem gaan spelen, afhankelijk van de precieze invulling van de wet. Dit zal bijvoorbeeld gaan spelen in situaties met een tussenhouder in een staat waarmee een belastingverdrag is afgesloten waarin bij betalingen tussen gelieerde partijen een tarief van 0% is afgesproken. Nederland zal dan alsnog gaan heffen als sprake is van een misbruiksituatie. Dit is in strijd met het verdrag en dus treaty override. Wanneer het verdrag een antimisbruikbepaling bevat is het nog maar de vraag of deze op dezelfde manier wordt ingevuld als de Nederlandse bepaling in de bronheffingen. Een situatie die door Nederland wordt bestempeld als een misbruiksituatie kan door de verdragsstaat worden gezien als een zakelijke structuur. Ook in dat geval kan dus sprake zijn van treaty override. Dit probleem speelt overigens ook bij de bronheffing over dividenden.

Groot nadeel van het wetsvoorstel is dat geen rekening wordt gehouden met de afwezigheid van bronheffingen in andere landen. Dit doet af aan de effectiviteit van het voorstel (zie toetsing in paragraaf 4.4.2).

4.3 Andere manieren van het gebruik van bronheffingen?

4.3.1 Inleiding

Het gebruik van bronheffingen op dividend, rente en royalty's is al vaker geopperd als oplossing voor BEPS. Dit is gedaan in de fiscale literatuur en door internationale organisaties.

¹⁶¹ HvJ EU 20 december 2017 gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009.

¹⁶² Smit 2018, p 1282.

¹⁶³ Smit 2018 p. 1282.

Een groot deel van deze voorstellen is nooit volledig uitgewerkt of is nog in ontwikkeling. Een aantal voorbeelden van deze voorstellen wordt hier uitgewerkt.

In een rapport van de commissie TAXE 2 voor het Europese Parlement wordt het advies gegeven een algemene bronbelasting op dividend, rente en royalty's te hanteren. Taak van deze commissie was om onderzoek te doen naar staatssteun, rulings en andere fiscale wetgeving die de concurrentie verstoort door bedrijven of transacties aan te trekken ten koste van de lidstaten waar deze bedrijven en transacties anders belast zouden zijn. Het Europees Parlement heeft aan de hand van het rapport van TAXE 2 een verzoek gedaan aan de Europese Commissie om de adviezen om te zetten in wettelijke voorstellen.¹⁶⁴ Kavelaars schreef hierover dat het standpunt van de commissie TAXE 2 een begrijpelijk standpunt is omdat dan ten minste één keer geheven wordt over de uitgaande betalingen. Het staat volgens hem echter haaks op de moeder-dochterrichtlijn en de rente- en royaltyrichtlijn. Kavelaars kan zich voorstellen dat deze bronbelastingen daarom vooral voor derde landen zullen gelden, als er bij de ontvanger geen adequate heffing plaatsvindt. In TAXE 2 worden de vrijstellingen in de moeder-dochterrichtlijn en de rente- en royaltyrichtlijn echter juist genoemd als oorzaak van lekken in het systeem waardoor winsten via de lidstaten onbelast weggevoerd kunnen worden uit de EU.¹⁶⁵

In de commissie van experts voor internationale samenwerking op het gebied van belastingen van de Verenigde Naties is voorgesteld om bronheffingen in te voeren om belastingontwijking te voorkomen en heffing in de bronstaat zeker te stellen.¹⁶⁶ Ook in de Europese Gedragscodegroep is aandacht besteed aan de mogelijkheid van het gebruik van bronheffingen tegen BEPS.¹⁶⁷

Hoe dit precies zou moeten uitwerken en hoe de bronheffingen vormgegeven dienen te worden is echter nog niet veel uitgewerkt. Vleggeert en Vording hebben wel een poging gedaan en ook in het modelverdrag van de Verenigde Staten en in het OECD modelcommentaar is toepassing gegeven aan het gebruik van bronheffingen tegen BEPS.

4.3.2 Modelverdragen en Multilateraal Instrument

Het modelverdrag van de Verenigde Staten bevat een bepaling op grond waarvan de verdragsvoordelen op rente en royalty's onder omstandigheden worden onthouden. Het gaat hierbij om betalingen aan verbonden personen die in de ontvangstaat zijn onderworpen aan een zogenaamd special tax regime. Hiervan is sprake bij een effectief tarief dat lager is dan 60% van het statutaire tarief van dat land of een effectief tarief van 15% als dit lager is.¹⁶⁸¹⁶⁹ Omdat het gaat om een modelverdrag, werkt de bepaling niet automatisch door in de Amerikaanse verdragen. Afhankelijk van de voorkeuren van de verdragspartner zal deze bepaling bij de heronderhandeling van verdragen wel in de Amerikaanse verdragen worden opgenomen.¹⁷⁰ In BEPS actiepunt 6 is een verdragsbepaling voorgesteld die vergelijkbaar is

¹⁶⁴ European Parliament, *Resolution of 16 December 2015 with recommendations to the Commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the Union*, 2015/2010(INL).

¹⁶⁵Kavelaars 2016, p. 169-170.

¹⁶⁶ United Nations, Economic and Social Council, *Further progress in strengthening the work of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, Report of the Secretary-General, 9 may 2013, p. 5.

¹⁶⁷ Europese Gedragscodegroep, voortgangsrapportage van 13 juni 2016, nr. 9912/16, par. 41-42.

¹⁶⁸ Artikel 3 lid 1 sub l, artikel 11 lid 2 sub c, artikel 12 lid 2 sub a en artikel 21 lid 2 sub a, United States Model Income Tax Convention, 2016.

¹⁶⁹ Vleggeert en Vording 2018, p. 4.

¹⁷⁰ Vleggeert en Vording 2017, p. 6.

met de verdragsbepaling van het VS modelverdrag.¹⁷¹ Deze bepaling is overgenomen in het OECD modelverdrag in artikel 29 en in het OECD modelcommentaar van 2017. Landen kunnen deze bepaling dus overnemen in hun bilaterale verdragen.¹⁷² Hiervoor was in het OECD modelcommentaar bij artikel 1 al opgenomen dat het doel van belastingverdragen is om belastingontwijking en –ontduiking te voorkomen.¹⁷³ Dit is concreter geworden door de aanpassingen van het modelverdrag en het bijbehorende commentaar in 2017 naar aanleiding van de OECD BEPS actiepunten 6, 7 en 10. De bepaling van artikel 29 OECD modelverdrag is echter niet opgenomen in het MLI. In het MLI is alleen een algemene antimisbruikbepaling opgenomen in de vorm van een PPT, eventueel in combinatie met een LOB (zie hoofdstuk 5).¹⁷⁴ Deze bepaling ziet dus niet specifiek op rente- en royaltybetalingen aan landen waar de inkomsten niet of nauwelijks belast worden, maar op misbruik in het algemeen. Het verschil tussen de twee bepalingen is dat de voordelen onder de bepaling in het Amerikaanse modelverdrag niet worden gegeven wanneer te weinig wordt geheven in het ontvangstland, terwijl bij de PPT ook wordt gekeken naar de motieven van de betaling. Een betaling aan een laagbelastend land kan dan alsnog onder het verlaagde tarief van het verdrag vallen als er sprake is van zakelijke redenen voor de betaling. Er is besloten om af te wachten hoe de bepaling zal uitwerken in de Amerikaanse verdragen voor implementatie van een specifieke bepaling voor rente en royalty's. De bepaling in actiepunt 6 moet daarom gezien worden als een ontwerp dat nog ter discussie staat.¹⁷⁵ De specifieke bepaling voor rente en royalty's kan in de toekomst wel worden toegevoegd aan het MLI om BEPS te voorkomen. Deze bepaling kan zowel rente en royalty's als dividenden omvatten. Een nadeel van de toepassing van het MLI is echter dat wanneer Nederland verklaart zich aan te sluiten bij een bepaalde bepaling, dit niet betekent dat deze bepaling ook doorwerkt in alle bilaterale verdragen van Nederland. Een bepaling werkt alleen door wanneer beide staten van een verdrag hebben aangegeven zich aan te sluiten bij de bepaling. Wanneer een verdragsstaat zich niet aansluit bij de anti-BEPS bepaling voor rente, royalty's en dividenden, vindt de bepaling geen toepassing.¹⁷⁶

4.3.3 *Aanpassing rente en royaltyrichtlijn*

De Raad van de Europese Unie bespreekt het gebruik van de Europese richtlijnen omtrent bronbelastingen om zo onbelast winsten weg te sluisen uit Europa. Hierbij werd verwezen naar een paper van de Groep gedragscode (belastingregeling ondernemingen). In deze paper wordt aangekaart dat bedrijven royalty's en dividenden vrijgesteld kunnen overhevelen tussen lidstaten. Dit wordt gedaan door een zogenaamde doorstroomentiteit op te richten in een lidstaat met een lage of geen bronbelasting op deze betalingen. Daardoor kunnen de winsten laag of niet-belast weggesluisd worden uit de EU. Nederland is op dit moment zo'n land, omdat geen bronbelasting op rente en royalty's bestaat. In de Raad werd als oplossing gesproken over een bepaling in de rente en royaltyrichtlijn die geen vrijstelling toestaat wanneer de betaling indirect toekomt aan een derde land op de EU-blacklist van niet-coöperatieve rechtsgebieden.¹⁷⁷

Binnen de Europese Commissie bestaat discussie over het toevoegen van een bepaling aan de rente- en royaltyrichtlijn waardoor geen vrijstelling van bronheffing hoeft te worden gegeven

¹⁷¹ BEPS Action 6 Final Report 2015, p. 96.

¹⁷² OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, p. 79-85.

¹⁷³ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2005, p.

¹⁷⁴ OECD Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

¹⁷⁵ BEPS Action 6 2015 Final report, p. 96.

¹⁷⁶ *Brief Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016*, nr. 2016-0000167694.

¹⁷⁷ Verslag van de Raad (Ecofin) aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussels, 12 June 2017, 10046/17, p. 10-11.

als er geen effectieve belastingheffing in een andere lidstaat plaatsvindt. De Europese Commissie deelde dit voornemen in 2015 mee.¹⁷⁸ Voorstel was om een minimale effectieve heffing van 10% toe te passen. Over deze minimale heffing en eventuele uitzonderingssituaties binnen de bepaling is echter nog geen overeenstemming bereikt.¹⁷⁹

4.3.4 Voorstel Vleggeert en Vording: een belasting op agressieve tax planning

Vleggeert en Vording stellen een belasting ‘op agressieve tax planning’ voor. Dit is een verdergaande maatregel dan de voorgestelde maatregel van het kabinet: een 15% bronbelasting op rente en royalty’s die worden betaald aan verbonden vennootschappen, ook als deze betalingen niet worden gedaan aan laagbelastende landen. Hierbij is sprake van verbondenheid bij een belang van minstens 50%. Daarnaast pleiten zij voor een aanpassing in de rente- en royaltyrichtlijn en de Nederlandse belastingverdragen, waardoor de vrijstelling of verlaging van bronheffing geen toepassing vindt bij betalingen aan laagbelastende landen. Van een laagbelastend land is sprake bij een effectief tarief dat lager is dan 15%.¹⁸⁰ Het is hierbij de vraag hoe moet worden omgegaan met speciale fiscale regimes zoals de innovatiebox. Vleggeert en Vording stellen voor om aan te sluiten bij de modified nexus approach van BEPS actiepunt 5.¹⁸¹¹⁸² Daardoor zal een preferentieel regime niet worden gezien als laagbelastend wanneer sprake is van voldoende economische nexus in de ontvangtstaat. Door een combinatie van de drie aspecten van een algemene bronbelasting, een aanpassing in de rente- en royaltyrichtlijn en een aanpassing van belastingverdragen, wordt voorkomen dat gebruik wordt gemaakt van doorstroomentiteiten in lidstaten met een lage of geen bronheffing op rente en royalty’s. Van belang is dat alle lidstaten een bronheffing op rente en royalty’s invoeren in de nationale belastingwetgeving. Dit zou bereikt kunnen worden door dit te verplichten in de rente- en royaltyrichtlijn.¹⁸³ Ook zullen landen door de invulling van de heffing aangespoord worden om ook een (conditionele) bronheffing in te voeren op rente en royalty’s. Dit wordt veroorzaakt door de berekening van het effectieve tarief bij landen die geen bronheffing hebben. Wanneer zij wel een bronheffing hebben wordt hiervoor gekeken naar het saldo van inkomende en uitgaande rente en royalty’s in plaats van alleen naar de inkomende royalty’s. Hierdoor zal sneller sprake zijn van een heffing van ten minste 15%.¹⁸⁴ Daarnaast spoort deze manier van heffing laagbelastende landen aan om alsnog te gaan heffen over de inkomende rente- en royaltybetalingen. Volgens Vleggeert en Vording zullen laagbelastende landen ervoor kiezen om zelf te heffen als anders toch geheven wordt door de bronstaat. Als

¹⁷⁸ Europese Commissie, mededeling aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden, Brussel, 17 juni 2015, COM(2015) 302 final, p. 11.

¹⁷⁹ Raad van de Europese Unie (Ecofin), verslag aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, 9 december 2015, 15187/15, p. 7. Room Documents 2/3, Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Interest and Royalties Directive, 16 februari 2016, p.5.

¹⁸⁰ Het effectieve tarief wordt berekend aan de hand van het statutaire tarief en de grondslagberekening in een land. Om het gebruik van doorstroom entiteiten te voorkomen wordt bij landen die zelf geen (conditionele) bronheffing hebben bij de berekening van het effectieve tarief niet gekeken naar het saldo van ontvangen en betaalde rente en royalty’s, maar alleen naar de ontvangen betalingen. Over het bedrag van de ontvangen rente en royalty’s moet een effectieve heffing van 15% plaatsvinden. Vleggeert en Vording 2017, p. 9-10.

¹⁸¹ Vleggeert en Vording 2017, p. 10-14.

¹⁸² BEPS Action 5 Final Report 2015. De modified nexus approach zorgt ervoor dat winst slechts onder het speciale regime gebracht kan worden indien een substantieel deel van de ontwikkelingswerkzaamheden door de belastingplichtige zelf is verricht.

¹⁸³ Vleggeert en Vording 2018, p. 7-9.

¹⁸⁴ Vleggeert en Vording 2017, p. 10.

toch belasting over het inkomen wordt geheven is het voor de ontvangende staat voordeliger om zelf te heffen, is het idee.¹⁸⁵

Dit voorstel impliceert dus een samenspel van de nationale wetgeving en het bilaterale verdrag van de lidstaten en aanpassing van de EU rente- en royaltyrichtlijn. Deze maatregelen zijn volgens Vleggeert en Vording effectiever dan hetgeen in het regeerakkoord was voorgesteld. De Nederlandse conditionele heffing kan immers eenvoudig omzeild worden door gebruik te maken van een doorstroomentiteit in een andere lidstaat die geen bronbelasting op rente en royalty's kent.

Vleggeert en Vording kiezen bewust voor een bronheffing op rente en royalty's en niet ook op dividenden. Dividenden worden namelijk meestal uitbetaald van de winst na heffing van winstbelasting. Daarnaast is het volgens hen politiek geaccepteerd om de vrijstellingsmethode toe te passen bij de ontvangstaat. Dit maakt de ontvangstaat niet automatisch een laagbelastend land.¹⁸⁶

Volgens Vleggeert en Vording heeft de invoering van zo'n conditionele bronheffing de volgende vier voordelen:

- Er ontstaat een effectieve minimum winstbelasting van 15% die internationaal toepassing kan hebben naar gelang er meer staten participeren.¹⁸⁷
- Het voorstel biedt duidelijke criteria voor de termen speciale fiscale regimes en agressieve tax planning.
- Het voorstel verkleint de wettelijke onzekerheid die ontstaat uit niet-gecoördineerde nationale anti-BEPS wetgeving, er van uitgaande dat deze niet meer nodig is na de implementatie van het voorstel van Vleggeert en Vording.
- Het voorstel verlaagt de toegevoegde waarde van andere complexe BEPS instrumenten.¹⁸⁸

4.4 Goede wetgeving

4.4.1 Inleiding

De verschillende mogelijkheden die bestaan om bronheffingen in te zetten tegen BEPS worden hier getest op de kwaliteitseisen voor het overheidsoptreden via wetgeving die zijn vastgesteld in de nota zicht op wetgeving. Er wordt getest op de volgende kwaliteitseisen:

1. **Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen:** wetten moeten in overeenstemming zijn met het (internationale en Europese) recht en de rechtsbeginselen;
2. **Doeltreffendheid en doelmatigheid:** de wet moet de beoogde doelstelling verwezenlijken en hierbij mag geen te ongunstige verhouding tussen de baten en de lasten ontstaan;

¹⁸⁵ Vleggeert en Vording 2017, p. 5.

¹⁸⁶ Vleggeert en Vording 2017, p. 11.

¹⁸⁷ Zie hiervoor. Het is voor ontvangende laagbelastende staten voordeliger om zelf te heffen als sowieso over het inkomen wordt geheven.

¹⁸⁸ Vleggeert en Vording 2017, p. 1-2.

3. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid: de mogelijkheid om de naleving van de wetten af te dwingen door middel van feitelijke maatregelen en juridische reacties op niet-naleving;
4. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid: de wet moet duidelijk zijn voor degenen die met de wet worden geconfronteerd en voor degenen die de wet moeten toepassen;
5. Subsidiariteit en evenredigheid: waar mogelijk wordt de verantwoordelijkheid bij de maatschappelijke organisaties of decentrale overheden gelegd. Alleen als dit niet mogelijk is wordt het nationale recht ingezet. De wet en de bijkomende baten en lasten moeten proportioneel zijn aan de verantwoordelijkheid.¹⁸⁹

Bij de toetsing van het vijfde punt zal alleen getest worden op evenredigheid. Dat sprake is van subsidiariteit mag duidelijk zijn. BEPS is een probleem dat niet kan worden opgelost door maatschappelijke organisaties. Er zijn bindende regels nodig die gelden voor alle bedrijven die actief zijn in Nederland. Toepassing van het nationale recht is daarom nodig om BEPS tegen te gaan.

4.4.2 Wetsvoorstel Belastingplan 2019

Het aanvankelijke Wetsvoorstel Bronbelasting 2020 gaat uit van een bronheffing op dividend-, rente- en royaltybetalingen aan laagbelastende landen (met een statutair tarief onder 9%) en in misbruiksituaties. Het tarief wordt gelijkgesteld aan het hoogste tarief van de vennootschapsbelasting. Om de heffing tot uitvoering te kunnen brengen moeten belastingverdragen worden heronderhandeld.

1. Rechtmatigheid en verwerking van de rechtsbeginselen:

In de memorie van toelichting is aangegeven dat het Wetsvoorstel Bronbelasting 2020 niet in strijd is met het EU-recht. Om dit te toetsen moet eerst worden gekeken of sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen. In het voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen betalingen aan laagbelastende landen en betalingen aan niet-laagbelastende landen. Concerns met entiteiten in laagbelastende landen worden bij hun interne transacties dus nadeliger behandeld dan vergelijkbare concerns zonder entiteiten in laagbelastende landen. Er is dan sprake van een belemmering van het EU vrije verkeer van kapitaal of van vestiging. Deze vrijheden verschillen in hun toepassingsbereik. De vrijheid van vestiging is alleen van toepassing op transacties binnen de EU, terwijl de vrijheid van kapitaal ook van toepassing is op transacties tussen de EU en derde landen.¹⁹⁰ Op een transactie kan slechts een van de twee EU-vrijheden van toepassing zijn. De vrijheid van vestiging heeft voorrang wanneer sprake is van een 'beslissende invloed' van de ene entiteit in de andere.¹⁹¹ Er is in het wetsvoorstel bewust gekozen voor een verbondenheidscriterium dat aansluit bij het beslissende invloed-criterium van de vrijheid van vestiging. Hierdoor is de vrijheid van kapitaal niet van toepassing.¹⁹² Als de vrijheid van kapitaal van toepassing zou zijn op de bronbelasting, zouden de heffingsmogelijkheden verder beperkt worden omdat de

¹⁸⁹ Kamerstukken II, *Nota zicht op wetgeving*, Vergaderjaar 1990-1991, 22 008 nr. 2.

¹⁹⁰ Peeters 2007, p. 2.

¹⁹¹ Fase 2018, p. 1-3.

¹⁹² De vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal zijn deel van de verkeersvrijheden van de EU. Op bepaalde wetgeving is altijd een van de twee vrijheden van toepassing. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU is gebleken dat de vrijheid van vestiging van toepassing is als een belastingplichtige een zodanige invloed dan wel controle heeft op de besluiten van een vennootschap dat zij de activiteiten ervan kan bepalen. De vrijheid van kapitaal is van toepassing bij elk kleiner belang. HvJ EU 12 december 2006, zaak C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774 (Test Claimants in the FII Group Litigation), r.o. 65 en 81.

vrijheid van kapitaal ook van toepassing is op landen buiten de EU. Een betaling aan een laagbelastende jurisdictie zou dan niet nadeliger behandeld mogen worden dan een binnenlandse betaling. Omdat de laagbelastende landen geen EU-landen zijn, zal er geen strijdigheid zijn met de vrijheid van vestiging.¹⁹³ Volgens het kabinet is daarnaast ook geen sprake van staatssteun.¹⁹⁴

Volgens Vleggeert en Vording bestaat echter wel een staatssteunrisico door de invulling van een laagbelastend land. Omdat wordt aangesloten bij het statutaire tarief wordt er een verschil gemaakt tussen situaties waarin sprake is van een statutair tarief lager dan 9% en een statutair tarief van ten minste 9%, maar met grondslagafwijkingen waardoor het effectieve tarief lager is dan 9%. In het eerste geval zal bronheffing worden ingehouden en in het tweede geval niet. Ten aanzien van de doelstelling van het voorstel om grondslagverschuiving te voorkomen, zou geen onderscheid gemaakt mogen worden tussen deze situaties. Volgens Vleggeert en Vording bestaat daarom het risico dat wordt voldaan aan het selectiviteitscriterium van de staatssteunwetgeving.¹⁹⁵¹⁹⁶

Het voorstel kan daarnaast leiden tot treaty override wanneer het heffingsrecht wordt uitgebreid ten opzichte van het heffingsrecht dat Nederland had onder de nationale wet die gold toen het verdrag gesloten werd (zie par. 4.2.3).

Ook biedt de lijst met laagbelastende landen rechtszekerheid met betrekking tot de toepassing van de bronheffing.

2. Doeltreffendheid en doelmatigheid:

Uit een onderzoek van SEO in opdracht van het Ministerie van Financiën is gebleken dat met de nieuwe bronheffing op dividenden, rente en royalty's een geldstroom van € 22 miljard naar laagbelastende landen wordt geraakt. De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat de bronheffing het probleem van Nederland als doorsluisland heel gericht aanpakt. De cijfers van het onderzoek van SEO geven een startpunt om te kunnen meten of de nieuwe bronheffingen het gewenste effect hebben.¹⁹⁷

Smit is van mening dat de voorgestelde bronheffing gezien haar gestelde doel te beperkt is. Hij ziet geen reden waarom Nederland niet zou moeten blijven heffen in de situaties waarin wordt geheven bij de huidige dividendbelasting, zoals bij dividenduitkeringen aan buitenlandse beleggingsfondsen die hun rendement vervolgens onbelast kunnen oppotten.¹⁹⁸ Ook Vleggeert en Vording hebben zich kritisch uitgelaten over het wetsvoorstel. Volgens hen is het criterium van een minimale statutaire heffing van 7% te soepel. Er zou altijd moeten worden uitgegaan van het effectieve tarief om voldoende heffing zeker te stellen. Het zou volgens hen logischer zijn om aan te sluiten bij het minimale effectieve tarief dat ook wordt gehanteerd in art. 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Daarnaast noemen de auteurs de substance eisen van de antimisbruikbepaling een overkomelijke hindernis. Volgens hen is het voor bedrijven eenvoudig om op deze manier aan de antimisbruikregel te ontkomen.¹⁹⁹

Het grootste struikelpunt van het wetsvoorstel is dat geen rekening wordt gehouden met de afwezigheid van buitenlandse bronheffingen. De implementatie van het

¹⁹³ Kamerstukken II, *Memorie van toelichting*, 35 028 nr. 3, p. 10-11.

¹⁹⁴ Kamerstukken II, *Memorie van toelichting*, 35 028 nr. 3, p. 31.

¹⁹⁵ Vleggeert en Vording 2018, p. 1316.

¹⁹⁶ Artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

¹⁹⁷ Ministerie van Financiën, *Kabinet pakt 22 miljard euro belastingontwijking aan met bronbelasting*, Nieuwsbericht 6 november 2018.

¹⁹⁸ Smit 2018, p. 1283.

¹⁹⁹ Vleggeert en Vording 2018, p. 1318-1319.

wetsvoorstel zal ervoor zorgen dat rente, royalty's en dividenden niet meer vanuit Nederland onbelast kunnen worden doorgesluisd naar laagbelastende landen. Het is echter nog steeds mogelijk om een tussenhoudster in een ander land (EU of met een voordelig belastingverdrag) als doorsluisentiteit tussen te schuiven waar geen bronbelastingen worden ingehouden. Bedrijven hoeven hiervoor slechts hun Nederlandse tussenhoudsters te vervangen met een entiteit in een ander 'voordelig' land. Alleen wanneer Nederland het bronland is, zal de antimisbruikbepaling van de bronheffingen in werking treden. Bij andere Europese bronlanden werkt dit niet. Op deze manier wordt BEPS via Nederland verminderd, maar wordt BEPS zelf niet per se verminderd. Hieruit blijkt dat voor een effectieve aanpak van het probleem een internationale aanpak is vereist.

3. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid:

De uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel is opgenomen in de uitvoeringstoetsen.²⁰⁰ De invoering van de bronheffing heeft volgens deze toetsen grote invloed op de systemen van de belastingdienst en met name op de modernisering van het invorderingssysteem. Hierdoor zouden invorderingsproblemen kunnen ontstaan. Het voorstel heeft over het algemeen een grote impact op de bestaande systemen en processen binnen de Belastingdienst. Daarnaast zal vooroverleg gewenst zijn over de bepaling van de belastingplicht. Het verzamelen van de informatie hiervoor is complex. Deze handhavingsproblemen zullen echter meevallen omdat de groep belastingplichtigen beperkt is. Doelgroep van de bronbelasting zijn namelijk internationaal opererende concerns. Deze doelgroep wordt veelal bijgestaan door adviseurs.²⁰¹ Eindoordeel van de uitvoeringstoetsen is dat het voorstel uitvoerbaar is, waarbij de invorderingsrisico's geaccepteerd moeten worden.

4. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid:

De toepassing van deze conditionele bronbelasting hoeft geen onduidelijkheden met zich mee te brengen ten opzichte van de huidige bronbelasting op dividenden. Alleen de heffing bij de verkoop van de aandelen in de kunstmatige tussenhoudster voor zover het bedrag dat bij de vervreemding wordt genoten verband houdt met de zuivere winst van de in Nederland gevestigde vennootschap kan voor onduidelijkheid zorgen. Partijen in deze situaties zullen er niet bij stil staan dat ze geconfronteerd kunnen worden met Nederlandse heffing.

5. Evenredigheid:

Omdat sprake is van een conditionele heffing zal er weinig dubbele heffing plaatsvinden. Bij de betalingen waarover bronbelasting wordt geheven, wordt in het ontvangstland namelijk niet of weinig geheven omdat de bronheffing zal gelden voor betalingen aan landen met een laag statutair tarief. Alleen in misbruiksituaties met een tussenhoudster in een niet-laagbelastend land kan sprake zijn van dubbele heffing. In deze situaties zal echter vaak een belastingverdrag van toepassing zijn waarin voorkoming van dubbele heffing is geregeld.

²⁰⁰ Kamerstukken II, Bijlage: *Uitvoeringstoetsen wet bronbelasting 2020*, 35 028 nr. 3.

²⁰¹ Kamerstukken II, Bijlage: *Uitvoeringstoetsen wet bronbelasting 2020*, 35 028 nr. 3, p. 6.

Het grootste nadeel van het wetsvoorstel is dat geen rekening wordt gehouden met BEPS via andere landen die geen bronheffingen hebben. Het probleem wordt hierdoor maar gedeeltelijk opgelost of misschien slechts verschoven naar andere landen.

4.4.3 Voorstel Vleggeert en Vording

Het voorstel van Vleggeert en Vording is om een algemene bronheffing in te voeren op rente en royalty's. Vervolgens moet de bronheffing conditioneel worden door de aanpassing van belastingverdragen. In deze verdragen moet worden aangegeven dat alleen een vrijstelling van bronheffing wordt gegeven wanneer ten minste 10% belasting wordt geheven in het ontvangstland. Dit voorstel moet worden geeffectueerd door alle EU-lidstaten te verplichten om een bronbelasting op rente- en royaltybetalingen in te voeren in de rente- en royaltyrichtlijn.

1. Rechtmatigheid en verwerkelijking van de rechtsbeginselen:

Ook in dit geval is door het verbondenheids criterium de vrijheid van vestiging van toepassing. Vleggeert en Vording beargumenteren in hun artikel dat geen sprake is van strijdigheid met de EU-verkeersvrijheden tussen staten, omdat het gemaakte verschil in behandeling voortkomt uit een bilateraal belastingverdrag en niet uit de nationale wet. Hiervoor verwijzen zij naar het arrest D. In dit arrest is bepaald dat het feit dat bepaalde voordelen alleen gelden voor de inwoners van de twee verdragsstaten een inherent gevolg is van de vormgeving van een bilateraal verdrag.²⁰² Daarnaast moet voor de vrijheid van vestiging worden gekeken naar het verschil in belastingdruk tussen binnenlandse en buitenlandse betalingen. Dit zou volgens de auteurs een probleem kunnen vormen omdat sprake is van heffing over de bruto genoten rente en royalty's. Hiervoor worden drie oplossingen aangedragen. De eerste optie is om op bruto basis te heffen en een beroep te doen op de rechtvaardigingsgrond van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid omdat het doel van de regeling het voorkomen van BEPS is. De tweede optie is om te belastingen op netto basis, dus aftrek van relevante kosten toe te staan, in EU-verband en buiten EU-verband op bruto basis te belastingen. De laatste optie is om de heffingsgrondslag vast te leggen in de rente- en royaltyrichtlijn. Volgens de auteurs zou er onafhankelijk van de gekozen oplossing geen probleem moeten zijn met de EU-verkeersvrijheden.²⁰³

Daarnaast is er volgens Vleggeert en Vording geen sprake van staatssteun. Er is wel een staatssteunrisico omdat concerns met entiteiten die zich bevinden in niet-laagbelastende landen worden begunstigd ten opzichte van concerns met entiteiten in laagbelastende landen. Selectiviteit wordt op dezelfde manier bepaald als discriminatie bij het testen van de verkeersvrijheden.²⁰⁴ Daarom is hier geen sprake van selectiviteit. Daarnaast bestaat er een staatssteunrisico met betrekking tot het feit dat geen bronbelasting ingehouden zal worden op betalingen die aan derden worden gedaan. Volgens de auteurs is hiervoor gekozen om BEPS te voorkomen en is er geen sprake van een arbitraire regel. Daarom is hier geen sprake van staatssteun.

Het voorstel van Vleggeert en Vording biedt meer rechtszekerheid wat betreft de invulling van bepaalde termen zoals een laagbelastend land. Daarnaast bestaat onder dit voorstel meer zekerheid ten opzichte van de onzekerheid die wordt veroorzaakt door niet-gecoördineerde nationale anti-BEPS wetgeving. De berekening van het effectieve tarief biedt echter nog wel onzekerheid. Omdat zowel rekening wordt gehouden met de

²⁰² HvJ EU 5 juli 2005, Case C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424, (zaak D).

²⁰³ Vleggeert en Vording 2017, p 17-19.

²⁰⁴ Advies van Advocaat-Generaal Kokott, 7 februari 2009, nr. C-169/08, ECLI:EU:C:2009:709 (Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna), par. 133 en 134.

grondslag als met het tarief, kan het voor belastingplichtigen onduidelijk zijn of een bepaald land kwalificeert als laagbelastend. Dit zou kunnen worden opgelost door de publicatie van een lijst met laagbelastende landen zoals in het voorstel van het Nederlandse kabinet in Belastingplan 2019.

2. Doeltreffendheid en doelmatigheid:

Als het voorstel van Vleggeert en Vording zo uitwerkt als zij voor ogen hebben, is dit voorstel zowel doeltreffend als doelmatig. Wanneer de conditionele bronheffing door een aantal staten wordt ingevoerd, door een aanpassing in de rente en royaltyrichtlijn, zouden andere landen vanzelf moeten volgen. Het is echter de vraag of dit daadwerkelijk zo zal uitwerken. Als deze bronheffing in de hele EU wordt ingevoerd zou dit ook kunnen betekenen dat een deel van de activiteiten wordt verplaatst naar andere rechtsgebieden. Buiten de EU kunnen rente- en royaltybetalingen dan alsnog onbelast aan laagbelastende landen worden gedaan. Dit zou betekenen dat BEPS via rente- en royaltybetalingen zal verminderen binnen de EU, maar buiten de EU onverminderd door kan gaan.

Het voorstel kan echter ook zo uitwerken als Vleggeert en Vording voorspellen. Op deze manier kan zelfs een internationale minimumstandaard ontstaan voor winstbelastingen. Dit is erg effectief tegen BEPS. Om de kans te vergroten dat dit ook daadwerkelijk gebeurt, kunnen afspraken gemaakt worden over de invoering van een conditionele bronheffing in andere internationale organisaties zoals de OECD.

Daarnaast is het de vraag of het voorstel effectief is met betrekking tot het buiten beschouwing laten van dividenden. Zoals Vleggeert en Vording aangeven in hun artikel zijn dividenden anders van aard dan rente en royalty's, maar het kan alsnog nieuwe tax planningsmogelijkheden bieden voor MNO's.

3. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid:

Er zijn twee factoren die de uitvoerbaarheid van de conditionele bronheffing kunnen beperken. Ten eerste moeten ook andere staten een vergelijkbare bronheffing op rente en royalty's invoeren. Dit is mogelijk door het verplicht stellen van deze bronheffingen in de EU rente- en royaltyrichtlijn. Het is echter de vraag of dit mogelijk is omdat hiervoor unanimititeit nodig is van alle lidstaten.²⁰⁵ Vervolgens moeten alle belastingverdragen worden aangepast om het conditionele element van de bronheffing toe te voegen en het risico op dubbele heffing te verkleinen. Het heronderhandelen van verdragen kost veel tijd en er bestaat geen garantie dat alle verdragspartners ook akkoord zullen gaan met de aanpassing van de verdragsbepalingen.

Daarnaast zal de uitvoerbaarheid van de bronheffing overeenkomen met de uitvoeringstoetsen van het voorstel bronbelasting 2020 zoals in de vorige paragraaf beschreven.²⁰⁶ Hoewel de belastingplicht in de nationale wet zal verschillen van het wetsvoorstel, zal de conditionele vrijstelling in verdragen ook in dit geval de behoefte oproepen voor vooroverleg over de belastingplicht.

Het conditionele element wordt toegevoegd in de belastingverdragen. Om dubbele heffing te voorkomen moeten belastingplichtigen dus een beroep doen op het belastingverdrag tussen de bronstaat en de ontvangststaat. Hieraan zijn geen extra handhavingsproblemen verbonden in vergelijking met de reguliere toepassing van belastingverdragen.

²⁰⁵ Weber, Cursus belastingrecht, Europees belastingrecht EBR.2.0.1.B.

²⁰⁶ Kamerstukken II, Bijlage: *Uitvoeringstoetsen wet bronbelasting 2020*, 35 028 nr. 3.

4. Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De toepassing van een conditionele bronheffing hoeft geen onduidelijkheden met zich mee te brengen. Hiervoor moet de manier van de berekening van het effectieve tarief echter wel duidelijk zijn. Een indicatieve lijst voor landen of speciale fiscale regimes met een te laag effectief tarief kan hiervoor een oplossing bieden.

5. Evenredigheid:

Bij een niet-conditionele bronheffing voor betalingen tussen verbonden lichamen zou kunnen worden getwijfeld aan de evenredigheid van de maatregel. Hierdoor zou een risico op dubbele heffing ontstaan die niet terecht is voor zakelijke transacties. Bij de conditionele bronheffing bestaat dit risico niet of in mindere mate omdat alleen bronheffing wordt geheven wanneer geen of weinig belasting wordt geheven in de ontvangststaat. Het voorstel van Vleggeert en Vording kan daarom als evenredige maatregel worden gezien. Voorwaarde hiervoor is echter wel dat de bronheffing wel conditioneel wordt door de aanpassing van belastingverdragen.

Vleggeert en Vording noemen als voordeel van hun voorstel dat geen internationale regels (buiten de EU) hoeven te worden opgesteld om landen verplicht te stellen om ook een conditionele bronheffing in te voeren. De internationale werking zou automatisch voortvloeien uit de implementatie in de EU. Hierdoor is volgens hen geen internationale overeenstemming nodig over de conditionele bronheffing.²⁰⁷ Uit de bovenstaande analyse blijkt dat wel internationale overeenstemming nodig is bij het doorwerken van de bepaling naar rechtsgebieden buiten de EU, de aanpassing van de EU rente en royaltyrichtlijn en de aanpassing van de verdragen. Daarnaast is het de vraag of met het uitsluiten van dividenden in deze bronheffing geen risico wordt gelopen op nieuwe manieren van tax planning door middel van deze dividenden.

4.4.4 Conclusie

Beide voorstellen lijken hetzelfde doel te hebben, het voorkomen van BEPS door middel van een conditionele bronheffing. De voorstellen hebben echter een andere manier van implementatie. Waar het wetsvoorstel van het kabinet de conditionele bronheffing alleen door middel van de nationale wet invoert, maken Vleggeert en Vording gebruik van de nationale wet in combinatie met bilaterale belastingverdragen om de conditionele bronheffing in te voeren. Daarnaast gaat het Nederlandse kabinet voor een bronheffing op dividenden, rente en royalty's, terwijl Vleggeert en Vording alleen voor een bronheffing op rente en royalty's gaan. Beide voorstellen hebben hun nadelen. Doordat het voorstel van het kabinet alleen ziet op de nationale wet, wordt geen rekening gehouden met bronheffingen in andere (EU-)staten. Hierdoor zal BEPS met Nederland als bronstaat minder aantrekkelijk worden, maar kan dezelfde manier van ontwijking nog steeds toegepast worden door middel van een vestiging in een andere staat. Het voorstel van Vleggeert en Vording houdt hier wel rekening mee en geeft een sluitend systeem. Nadeel van dit voorstel is de uitvoerbaarheid. Om het te laten slagen moeten zowel de rente- en royaltyrichtlijn als een groot aantal verdragen worden aangepast. Bovendien gaan de auteurs ervan uit dat rechtsgebieden buiten de EU deze trend zullen volgen. Naar mijn mening is dat helemaal niet zo zeker. Landen kunnen voor hun eigen vestigingsklimaat kiezen. Dit is ook terug te zien bij de OECD BEPS-actiepunten waarbij ook niet alle landen zich hebben aangesloten. Dit is bijvoorbeeld te zien bij het MLI, waaraan de

²⁰⁷ Vleggeert en Vording 2017, p. 10.

Verenigde Staten niet meewerken terwijl ze zich wel hebben aangesloten bij de OECD BEPS-actiepunten.²⁰⁸

4.5 Conclusie

Het gebruik van bronheffing is een veelbesproken onderwerp, maar is weinig uitgewerkt of tot uitvoering gebracht. Het modelverdrag van de VS is het eerste voorbeeld van een conditionele bronheffing. Het invoeren van een verdragsbepaling die alleen voorkoming biedt wanneer voldoende wordt geheven in de ontvangststaat is echter alleen effectief als in beide verdragsstaten ook daadwerkelijk een bronheffing wordt ingehouden op dividenden, rente en royalty's. In hoofdstuk 3 was te zien dat dit niet altijd het geval is. Het gebruik van bronheffingen is uitgebreid uitgewerkt in het, inmiddels weer ingetrokken, wetsvoorstel bronbelasting 2020 en in het voorstel van Vleggeert en Vording. Uit beide voorstellen blijkt hoe complex de problematiek is en hoe moeilijk het is om BEPS op deze manier internationaal aan te pakken. Het Nederlandse wetsvoorstel mist een groot deel van het probleem omdat geen rekening wordt gehouden met de aanwezigheid van bronheffingen in andere staten. Daarnaast bestaan verdragstechnische problemen bij de invoering van dit voorstel. Ik ben daarom van mening dat dit geen structurele oplossing voor het probleem kan zijn. Vleggeert en Vording pakken het probleem wel breder aan. Door middel van EU-wetgeving kan de conditionele bronheffing een internationale standaard worden. Vleggeert en Vording houden naar mijn mening echter te weinig rekening met internationale weerstand die zou kunnen bestaan voor dit voorstel. Deze weerstand kan zowel ontstaan in de EU als in de rechtsgebieden daarbuiten. Voor het tegengaan van BEPS door middel van bronheffingen is dus internationale consensus nodig.

²⁰⁸ OECD, *Members of the Inclusive Framework on BEPS*, oktober 2018.

Hoofdstuk 5 OECD BEPS-actiepunten

5.1 Inleiding

In de OECD en andere internationale organisaties zoals de EU zijn in de afgelopen jaren verschillende maatregelen ontwikkeld om belastingontwijking te voorkomen. In de OECD zijn 15 BEPS actiepunten ontwikkeld. In deze scriptie wordt een vergelijking gemaakt tussen maatregelen die zien op grondslaguitholling door middel van grensoverschrijdende transacties. De OECD actiepunten die zien op deze transacties zijn actiepunt 5 en actiepunt 6 in combinatie met actiepunt 15. Actiepunt 5 ziet op het tegengaan van schadelijke belastingpraktijken door middel van transparantie en substance. Met dit actiepunt wil de OECD bereiken dat bedrijven alleen recht hebben op preferentiële fiscale regimes als ze voldoende substance in een land hebben en dat meer transparantie komt op het gebied van rulings van de bevoegde autoriteiten in de OECD lidstaten.²⁰⁹ In paragraaf 5.2 zal aandacht worden besteed aan deze twee punten en aan de manier waarop actiepunt 5 wordt of is geïmplementeerd in Nederland. Actiepunt 6 ziet op het tegengaan van verdragsmisbruik en actiepunt 15 ziet op het invoeren van een multilateraal instrument om belastingverdragen eenvoudiger te kunnen aanpassen. Het tegengaan van verdragsmisbruik is in het multilateraal instrument ingevoerd door middel van een algemene antimisbruikmaatregel die moet worden ingevoerd in alle belastingverdragen van de deelnemende staten.²¹⁰²¹¹ Paragraaf 5.3 ziet op de uitwerking van actiepunt 6 en 15 door de OECD en hoe Nederland de actiepunten implementeert. Vervolgens wordt in paragraaf 5.4 een conclusie getrokken over de actiepunten.

5.2 OECD BEPS actiepunt 5

5.2.1 Inleiding

BEPS actiepunt 5 is tweeledig en ziet op het gebruik van preferentiële belastingregimes en de uitwisseling van rulings tussen lidstaten. Een voorbeeld van een preferentieel regime is de Nederlandse innovatiebox.²¹² Doel van de innovatiebox is om research en development (hierna: R&D) activiteiten te stimuleren door middel van een lager belastingtarief op winsten uit bepaalde activiteiten. Hiermee wordt het Nederlandse vestigingsklimaat voor bedrijven met innovatieve activiteiten verbeterd.²¹³

5.2.2 OECD BEPS Final report 2015

5.2.2.1 Substance eisen voor de toepassing van een preferentieel regime

In 1998 constateerde de OECD dat veel preferentiële fiscale regimes op een manier waren ontworpen waardoor gebruik kon worden gemaakt van het regime op grond van activiteiten die alleen waren gericht op het behalen van een belastingvoordeel.²¹⁴ Bedrijven zonder economische activiteiten in een land konden op die manier wel gebruik maken van het voordelige belastingregime. De activa waarop deze regimes zagen waren namelijk mobiel en daarom makkelijk verplaatsbaar naar de staat met het meest voordelige fiscale regime. In de BEPS rapporten van 2015 ligt de focus minder op preferentiële fiscale regimes die zijn opgezet om de lokale economie van een land te beschermen zoals in het rapport van 1998, maar meer

²⁰⁹ OECD BEPS action 5 Final report 2015, p. 9-10.

²¹⁰ OECD BEPS action 6 Final report 2015, p. 9-10.

²¹¹ OECD BEPS action 15 Final report 2015, p. 9-10.

²¹² Art. 12b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

²¹³ Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 3, p. 14.

²¹⁴ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, p. 25-26.

op speciale regimes die zien op inkomen uit immateriële activa. Het ontwikkelen en gebruiken van immateriële activa kan volgens de OECD resulteren in economische groei en werkgelegenheid in een land. Landen zijn daarom vrij om R&D-werkzaamheden fiscaal te faciliteren en zo te stimuleren. In het actiepunt worden daarom minimale substance eisen voorgesteld voor deze faciliteiten. Deze eisen moeten ervoor zorgen dat de R&D-faciliteiten geen schadelijke effecten hebben op andere staten. Voor de substance eisen is in actiepunt 5 aangesloten bij de zogenaamde nexus approach. Deze aanpak sluit aan bij de hoeveelheid R&D-activiteiten van een belastingplichtige om het voordeel te berekenen. Dit betekent dat er een verband moet bestaan tussen het R&D-inkomen waarop het preferentiële regime van een bepaalde staat van toepassing is en de kosten die voor dit inkomen zijn gemaakt in dezelfde staat. De nadruk ligt dus op de kosten die worden gemaakt voor de immateriële activa zodat de activiteiten daadwerkelijk in de staat van het preferentiële regime moeten plaatsvinden. De toegevoegde waarde die belast wordt onder het preferentiële regime moet worden vastgesteld op basis van het aandeel van de kosten dat is bestemd voor R&D-activiteiten. Het percentage van de winst dat overeenkomt met het deel van de totale kosten dat bestaat uit deze kwalificerende kosten komt in aanmerking voor het preferentiële regime. Preferentiële regimes in de OECD-lidstaten mogen alleen van toepassing zijn op dat deel van de winst.²¹⁵ Algemene kosten die niet specifiek worden gemaakt voor een immaterieel activum mogen niet worden meegerekend. Algemene of speculatieve R&D kosten die niet direct aan een activum zijn toe te rekenen mogen wel evenredig verdeeld worden over de bestaande immateriële activa en dus worden meegenomen als kwalificerende kosten. De kwalificerende kosten worden in aanmerking genomen in het jaar waarin ze opkomen, onafhankelijk van accounting standaarden of aftrekbepalingen. Dit betekent dat ook gekapitaliseerde kosten meetellen in het jaar waarin ze opkomen en niet in het jaar waarin ze worden afgeschreven. De kosten voor een aangekocht immaterieel activum gelden wel als kwalificerende kosten als het activum is gekocht van een derde partij, maar niet als het activum is gekocht van een gelieerde persoon. Op deze manier wordt zeker gesteld dat niet binnen de groep kan worden geschoven met winsten uit immateriële activa om een belastingvoordeel te behalen. Andere kosten die geen kwalificerende kosten vormen zijn de aankoopkosten van het immaterieel activum. De algemene kosten worden gevormd door de kwalificerende kosten, de kosten voor immateriële activa die zijn aangekocht bij een gelieerde persoon en de aankoopkosten. Lidstaten mogen ervoor kiezen om de kwalificerende kosten met 30% te verhogen tot maximaal de totale kosten voor het immaterieel activum. Hierdoor mag een groter deel van het inkomen onder het preferentiële regime vallen. Het percentage kwalificerende kosten wordt per jaar berekend op basis van een optelling van de totale kwalificerende kosten die tot dan toe gemaakt zijn voor het immaterieel activum in vergelijking met de totale kosten over dezelfde periode. Om het inkomen dat onder het preferentiële regime mag vallen te berekenen, wordt dit percentage vermenigvuldigd met de totale winst die een immaterieel activum opbrengt.²¹⁶ Voor de definitie van immateriële activa wordt aangesloten bij patenten en activa die functioneel gelijk zijn aan patenten. Dit betekent dat de rechten op het gebruik van het activum wettelijk beschermd moeten zijn en er vergelijkbare registratie- en goedkeuringsprocedures moeten zijn als bij het aanvragen van een patent. Een voorbeeld hiervan is software waar een copyright op rust. Alleen belastingplichtigen met een jaarlijkse omzet van maximaal € 7,5 miljoen met groepsomzet onder de € 50 miljoen op basis van het gemiddelde van vijf jaar mogen gebruik maken van een preferentieel regime met activa waarvoor een vergelijkbare registratie- en goedkeuringsprocedure bestaat als voor de aanvraag van patenten. Lidstaten die

²¹⁵ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 23-25 par. 24-31.

²¹⁶ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 27-29 par. 39-41.

gebruikmaken van deze optie moeten informatie met betrekking tot de gebruikers van het preferentiële regime automatisch uitwisselen met andere lidstaten.²¹⁷

Naast deze richtlijn voor preferentiële regimes heeft de OECD ook een tool ontwikkeld om de bestaande preferentiële regimes van staten te toetsen aan deze richtlijn. Op deze manier wordt weergegeven welke regimes nog schadelijke belastingconcurrentie kunnen veroorzaken en nog moeten worden aangepast. Zolang een preferentieel regime niet voldoet aan de nexus approach mogen na 30 juni 2016 geen nieuwe belastingplichtigen worden toegelaten tot het preferentiële regime.²¹⁸ In totaal zijn 246 preferentiële regimes getest met de tool. In de update van november 2018 bleken nog drie regimes schadelijk en drie regimes mogelijk schadelijk. De schadelijke regimes zijn de preferentiële regimes van Frankrijk, Italië en Turkije. De regimes van Italië en Turkije zelf zijn niet schadelijk, maar omdat zij zich niet hebben gehouden aan de bepaling om geen nieuwe belastingplichtigen toe te laten na 30 juni 2016 worden deze regimes alsnog als schadelijk gezien. De drie preferentiële regimes van Jordanië zijn mogelijk schadelijk. Daarnaast is er nog een groot aantal regimes waarvan nog wordt onderzocht of ze (mogelijk) schadelijk zijn.²¹⁹

De substance eisen van actiepoint 5 moeten ook gaan gelden voor andere preferentiële regimes die niet zien op immateriële activa. Het gaat hierbij om de schadelijke regimes zoals geïdentificeerd in het OECD rapport van 1998.²²⁰ Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen regimes voor hoofdkantoren, voor distributiecentra, voor financierings- of leasingswerkzaamheden, voor fondsenmanagement, voor banken en verzekeringen, voor transportwerkzaamheden en voor holdingmaatschappijen. Bij deze regimes moet ook gaan gelden dat de voordelen van het regime alleen van toepassing zijn wanneer de belangrijkste activiteiten ook daadwerkelijk in de lidstaat waarin beroep wordt gedaan op het preferentiële regime, plaatsvinden.²²¹

5.2.2.2 *Transparantie omtrent rulings*

Het tweede deel van actiepoint 5 ziet op het verplicht spontaan uitwisselen van rulings door belastingautoriteiten. Een ruling is een afspraak die een belastingplichtige maakt met een belastingautoriteit, in Nederland met de Belastingdienst. De definitie van een ruling voor actiepoint 5 is: *'every advice, information or undertaking provided by a tax authority to a specific taxpayer or group of taxpayers concerning their tax situation and on which they are entitled to rely'*.²²² Een ruling ziet dus op de toepassing van bepaalde (wettelijke) bepalingen op de specifieke situatie van een belastingplichtige of groep belastingplichtigen. Rulings worden gegeven naar aanleiding van een verzoek van de belastingplichtige. Er zijn drie soorten rulings: advanced pricing agreements (hierna: APA's), Advanced Tax Rulings (hierna: ATR's) en algemene rulings. APA's zien op de toepassing van verrekenprijzeregels waaronder de OECD richtlijnen voor verrekenprijzen.²²³ Belastingplichtigen kunnen op deze manier een goedkeuring krijgen voor de manier waarop de prijzen voor transacties met verbonden personen worden vastgesteld. ATR's geven zekerheid over de fiscale gevolgen van bepaalde geplande transacties. ATR's hebben een erg breed karakter omdat ze op veel verschillende

²¹⁷ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 26-27, par. 34-37.

²¹⁸ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 34-35, par. 62-66.

²¹⁹ OECD, *Harmful Tax Practices –Peer Review Results on Preferential Regimes, Update (as of November 2018)*.

²²⁰ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, p. 25-35.

²²¹ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 37-40, par. 70-88.

²²² OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 47, par 95.

²²³ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017.

transacties kunnen zien. Algemene rulings zien op dezelfde problematiek als ATR's en APA's, maar zijn niet geschreven voor bepaalde belastingplichtigen of groepen belastingplichtigen. Algemene rulings zien daarom, anders dan ATR's en APA's, niet op de specifieke omstandigheden van één belastingplichtige.²²⁴ Volgens de internetconsultatie voor de herziening van de Nederlandse rullingpraktijk gaat het hierbij om *'beleidsmatige uitgangspunten die op meerdere belastingplichtigen betrekking hebben'*.²²⁵

Het gaat voor actiepunt 5 niet alleen om rulings met betrekking tot preferentiële regimes, maar om alle rulings die door een belastingautoriteit worden gesloten. Alle rulings met een BEPS-risico moeten worden gedeeld. Volgens de OECD speelt een BEPS-risico bij de volgende soorten rulings:

- Rulings met betrekking tot preferentiële regimes;
- Rulings met betrekking tot unilaterale of grensoverschrijdende verrekenprijzen (APA of ATR);
- Grensoverschrijdende rulings die resulteren in een verlaging van de belastbare winst;
- Rulings met betrekking tot een vaste inrichting;
- Conduit rulings voor gelieerde personen²²⁶;
- Elke andere rulling die een BEPS-risico met zich meebrengt wanneer deze niet wordt gedeeld.

Dit betekent niet dat deze rulings schadelijk zijn, maar slechts dat staten het belang van transparantie in het kader van BEPS onderkennen.²²⁷

Deze rulings moeten worden verstrekt aan alle landen waarin een van de verbonden partijen van de betreffende transactie inwoner is en aan de landen waarin de moedermaatschappij en uiteindelijke moedermaatschappij van de betreffende belastingplichtige inwoners zijn. Van verbondenheid is sprake bij een belang van ten minste 25%. De uitwisselingsverplichting van actiepunt 5 geldt niet alleen voor nieuwe rulings maar ook voor oude rulings. Rulings die gesloten zijn vanaf 1 januari 2010 moeten worden gedeeld. Lidstaten moeten een korte samenvatting van de inhoud van de rulling delen. Hiervoor is door de OECD een standaardformulier ontwikkeld.²²⁸ Naast de regels voor de automatische uitwisseling van rulings heeft de OECD in actiepunt 5 ook een richtlijn gegeven voor het afgeven van rulings om de transparantie omtrent rulings verder te verbeteren door middel van de 'best practices' voor rulings.²²⁹

5.2.3 Nederlandse implementatie actiepunt 5

5.2.3.1 Wijziging van de Nederlandse innovatiebox

Op 1 januari 2017 is het Nederlandse regime van de innovatiebox gewijzigd naar aanleiding van BEPS actiepunt 5 van de OECD.²³⁰ De innovatiebox bewerkstelligt dat winsten uit immateriële activa worden belast tegen een verlaagd vennootschapsbelastingtarief van 7%.²³¹

²²⁴ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 45-48 par. 102.

²²⁵ Ministerie van Financiën, Internetconsultatie Herziening van de rullingpraktijk, Werkdocument d.d. 30 augustus 2018, p. 37, par. 4.2.1.

²²⁶ Een conduit is een doorstroomentiteit. Geldstromen kunnen via een conduit lopen om zo gebruik te maken van een voordeliger belastingverdrag. Een conduit rulling is een rulling die ziet op de belasting van deze inkomensstromen en is afgegeven door de vestigingsstaat van de conduit. OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 51, par. 118.

²²⁷ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 48-51, par. 103-120.

²²⁸ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 51-54, par. 121-131.

²²⁹ OECD BEPS action 5 Final reports 2015, p. 56-58, par. 141.

²³⁰ Wet van 21 december 2016, houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2017), Staatsblad van het Koninkrijk der Nederland 2016, nr. 544.

²³¹ Artikel 12b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Vóór deze wijziging was de innovatiebox ook alleen bestemd voor zelf voortgebrachte immateriële activa met een octrooi of een S&O-verklaring, maar golden andere voorwaarden dan in BEPS actiepoint 5. De innovatiebox is met de wijziging strenger en minder eenvoudig geworden op een aantal punten. Er is een onderscheid gemaakt tussen kleine en grote belastingplichtigen. Hiervoor is in artikel 12ba lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aangesloten bij een individueel bedrag aan voordelen dat de belastingplichtige geniet uit hoofde van immateriële activa waarvoor een S&O-verklaring is afgegeven van maximaal 37,5 miljoen euro over vijf jaar en een groepsomzet van maximaal 50 miljoen euro. Zowel grote als kleine belastingplichtigen moeten een S&O-verklaring hebben voor de immateriële activa die onder de innovatiebox vallen. Grote belastingplichtigen moeten daarnaast nog over een ander 'toegangsticket' beschikken. Toegangstickets zijn programmatuur, een toegelaten methode op grond van artikel 18 van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden en een EU-geneesmiddelenvergunning zijn opgenomen in artikel 12ba lid 1 onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Vóór 2017 was het beschikken over een S&O-verklaring of octrooi voldoende en werd geen onderscheid gemaakt tussen grote en kleine belastingplichtigen. Onder het oude regime moesten de verwachte voordelen van een immaterieel activum voor ten minste 30% bestaan uit voordelen die voortkwamen uit het octrooi. Voor belastingplichtigen met alleen een S&O-verklaring gold geen beperking. Onder het nieuwe regime wordt aangesloten bij het begrip voordelen uit kwalificerende immateriële activa van actiepoint 5. Uitgaven voor het immaterieel actief geven onder het nieuwe regime een indicatie voor substance voor de innovatiebox. Nederland heeft gekozen voor de optie om de kwalificerende kosten met 30% te verhogen voor het berekenen van het percentage van de voordelen dat onder de innovatiebox mag vallen. Hierdoor wordt gecompenseerd voor voordelen uit immateriële activa die worden voortgebracht in samenwerking met gelieerde ondernemingen. Deze voordelen konden vóór 2017 wel onder de innovatiebox vallen, maar nu niet meer.²³² Tot slot kent de innovatiebox een drempel. De innovatiebox is alleen van toepassing voor zover het saldo van de jaarlijks genoten voordelen van een immaterieel activum deze drempel overstijgt. Vóór 2017 kon deze drempel berekend worden voor het totaal van alle immateriële activa die onder de innovatiebox vielen. Vanaf 2017 moet deze drempel op grond van BEPS actiepoint 5 worden berekend per kwalificerend immaterieel activum. Slechts wanneer het niet mogelijk is om de drempel per activum te bepalen mag de drempel worden bepaald per groep van samenhangende activa.²³³ Ik ben met Straaten en Emonts van mening dat de innovatiebox er niet eenvoudiger op geworden is.²³⁴ Het kabinet heeft ervoor gekozen om zo veel mogelijk de bestaande systematiek en uitgangspunten te behouden en te verstrakken waar nodig en te versoepelen waar dat mogelijk was.²³⁵ Naar mijn mening is de regeling complexer geworden doordat is vastgehouden aan de bestaande systematiek en daaraan een nieuwe systematiek, de nexus approach, is toegevoegd. Door de innovatiebox opnieuw vorm te geven zou meer rekening gehouden kunnen zijn met de complexiteit en zou een meer overzichtelijke regeling ontstaan kunnen zijn. Straaten en Emonts zijn van mening dat het kabinet een kans heeft gemist voor het Nederlandse vestigingsklimaat door een S&O-verklaring verplicht te stellen voor kleinere belastingplichtigen. Onder actiepoint 5 had deze regeling volgens de auteurs nog soepeler gekund.²³⁶ Ik kan mij voorstellen dat niet is gekozen

²³² Grzelewska 2017, p. 1-5.

²³³ Kamerstukken II, *Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2017)*, 34 552 nr. 3, p. 20.

²³⁴ Straaten en Emonts 2017, p. 2.

²³⁵ Kamerstukken II, *Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2017)*, 34 552, nr. 3, p. 35.

²³⁶ Straaten en Emonts 2017, p. 10.

voor een soepeler criterium op basis van budgettaire overwegingen en de een eenvoud van het al bestaande S&O-systeem.

5.2.3.2 *Wijziging van de Nederlandse rullingpraktijk*

Het automatisch uitwisselen van internationale rulings is per 2017 opgenomen in artikel 6d Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: WIB). Vervolgens is op 30 augustus 2018 een internetconsultatie voor de herziening van de rullingpraktijk geopend. Tot 20 september 2018 konden alle belanghebbenden reageren op het consultatiedocument met voorstellen over de invulling van de herziening.²³⁷ In de bijlage bij de consultatie wordt opgemerkt dat de rullingpraktijk herzien moet worden om te voldoen aan actiepunt 5 van het BEPS-project. De herziening ziet op transparantie, proces en inhoud van de rullingpraktijk. Voor het proces wordt aansluiting gezocht bij de 'best practices' van actiepunt 5. De herziening ziet alleen op rulings met een internationaal karakter. Met betrekking tot de transparantie zullen drie onderdelen worden ingevoerd in het nieuwe rullingbeleid. Van rulings met een internationaal karakter wordt in de eerste plaats een geanonimiseerde samenvatting gepubliceerd. Voorts zal de Belastingdienst jaarlijks een verslag publiceren over al deze rulings en zal een periodiek onderzoek plaatsvinden met onafhankelijke experts naar de afgegeven internationale rulings. De geheimhouding door de Belastingdienst zal hierbij gewaarborgd worden. Het delen van rulings met andere belastingdiensten en het opstellen van een jaarverslag gebeurde al eerder, maar de samenvattingen van de rulings zullen nu ook worden gepubliceerd. Daarnaast zal het jaarverslag worden uitgebreid van alle internationale ATR's en APA's naar alle internationale rulings. Het proces wordt aangepast door een centraal team in te zetten binnen de Belastingdienst voor alle tweedehandtekeningszeters, degenen die de rulings controleren en ondertekenen voordat ze worden afgegeven, van internationale rulings. Op deze manier moet de kwaliteit en eenheid van beleid en uitvoering worden verhoogd.²³⁸

Inhoudelijk zullen de eisen voor het aanvragen van een internationale rulling worden aangepast. Op dit moment worden substance eisen gehandhaafd met betrekking tot bestuursleden, personeel, bankrekening, functies (eigen vermogen), boekhouding en plaats van de bestuursbesluiten.²³⁹ In de plaats van deze substance eisen komt het criterium dat vennootschappen voldoende economische nexus moeten hebben in Nederland voor het aanvragen van een rulling met een internationaal karakter. Hierbij lijkt aansluiting gezocht te zijn bij de nexus approach van BEPS actiepunt 5. Volgens de Staatssecretaris is nu sprake van economische nexus wanneer de operationele activiteiten daadwerkelijk voor rekening en risico van de Nederlandse vennootschap moeten worden uitgeoefend. Hiervoor moet voldoende personeel aanwezig zijn bij de vennootschap. Ook moet de hoeveelheid personeel in verhouding zijn met de totale hoeveelheid personeel in het concern. De hoogte van de operationele kosten moet passen bij de activiteiten van de Nederlandse vennootschap. De precieze invulling van de nieuwe criteria moet nog worden uitgewerkt in duidelijke standaarden. Daarnaast zullen beleidsregels en voorbeelden gepubliceerd worden. Of sprake is van economische nexus moet worden beoordeeld door de Belastingdienst aan de hand van gegevens die worden verstrekt door de belastingplichtige die de rulling aanvraagt. Verdere invulling van economische nexus zal gegeven worden in een nog te publiceren beleidsbesluit. Volgens de Staatssecretaris geeft het vereiste van economische nexus een hogere drempel voor het aanvragen van een internationale rulling dan nu het geval is onder de substance eisen. Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws kan het ontbreken van objectieve criteria zoals bij het

²³⁷ www.internetconsultatie.nl/rullingpraktijk.

²³⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, *Vernieuwde rullingpraktijk*, p. 1-4.

²³⁹ Besluit van 3 juni 2014, *Dienstverleningslichamen en zekerheid vooraf*, DGB 2014/3101.

criterium van economische nexus resulteren in subjectieve discussies ‘*waar niemand op zit te wachten*’. Daarnaast zou een open norm waarbij de Belastingdienst selecteert welke belastingplichtigen in aanmerking komen voor een ruling de rullingpraktijk kwetsbaar maken vanuit staatssteun perspectief.²⁴⁰

Naast het vereiste van economische nexus zal ook strenger gekeken worden naar het doel van de transactie waarvoor een ruling aangevraagd wordt. Op dit moment wordt de ruling alleen nog geweigerd als het doel van de transactie is om Nederlandse heffing te ontgaan. In de toekomst moeten ook geen rulings worden afgegeven wanneer het doel van de transactie is om buitenlandse belasting te ontgaan. Daarnaast zullen in beginsel alle internationale rulings een maximale looptijd krijgen van 5 jaar. In uitzonderlijke gevallen zoals bij langlopende contracten kan een maximale looptijd van 10 jaar gelden. Ten slotte moeten rulings in de toekomst worden afgegeven met een vaste vormgeving in een vaststellingsovereenkomst om het delen van de rulings te versimpelen. De Staatssecretaris wil deze maatregelen in werking laten treden vanaf 1 juli 2019.²⁴¹

Door de invoering van artikel 6d WIB voldoet Nederland aan de eisen van de automatische uitwisseling van internationale rulings. Met de aanpassing van de rullingpraktijk zoals aangekondigd in de brief van 22 november 2018 gaat Nederland echter nog verder. Op deze manier moet het wantrouwen in de rullingpraktijk worden weggenomen. Volgens de redactie Vakstudie Nieuws was het internationaal delen van rulings en het publiceren van het jaarverslag niet voldoende om het wantrouwen weg te nemen. Het wantrouwen ziet immers niet op de processen, maar op de inhoud van de afgegeven rulings. Het verdergaand delen van rulings zou ook kunnen bijdragen aan de kwaliteits- en procesbewaking.²⁴² Het criterium van economische nexus geeft de nodige onduidelijkheid. Het verdwijnen van objectieve criteria kan zorgen voor onzekerheid. Daarnaast is bij de aanvraag van bepaalde rulings juist geen economische nexus met Nederland. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een ruling omtrent het bestaan van buitenlandse belastingplicht voor werkzaamheden die een vaste inrichting kunnen vormen.²⁴³ Het verscherpen van de eisen en het verhogen van transparantie brengen het risico met zich mee dat minder rulings worden aangevraagd en daardoor dus het inzicht van de Belastingdienst kleiner wordt. Naar mijn mening is te weinig rekening gehouden met deze gevolgen.

5.3 OECD BEPS actiepunten 6 en 15

5.3.1 Inleiding

In paragraaf 4.4.2 van het vorige hoofdstuk is genoemd dat SEO voor het Ministerie van Financiën een onderzoek heeft uitgevoerd met het oog op de invoering van een conditionele bronbelasting op rente en royalty's. Uit dit onderzoek bleek dat in 2016 € 199 miljard aan dividenden, rente en royalty's uit Nederland is gestroomd. Hiervan gaan geldstromen met een waarde van € 22 miljard naar laagbelastende landen. In het nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën van 6 november 2018 werd genoemd dat van de overgebleven € 177 miljard ook een deel een misbruikarakter zou hebben.²⁴⁴ Als oplossing voor de doorstroom van dividenden, rente en royalty's met een misbruikarakter die niet naar laagbelastende landen gaan, werd de algemene antimisbruikbepaling genoemd die wordt geïntroduceerd in

²⁴⁰ Vakstudie Nieuws, *Herziening van de rullingpraktijk*, V-N 2018/11.13, p. 59.

²⁴¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, *Vernieuwde rullingpraktijk*, p. 4-8.

²⁴² Vakstudie Nieuws, *Herziening van de rullingpraktijk*, V-N 2018/11.13, p. 59.

²⁴³ Vakstudie Nieuws, *Vernieuwde rullingpraktijk: 'substance-eis' wordt 'economische nexus'*, V-N 2018/62.6, p. 31.

²⁴⁴ Ministerie van Financiën, *Kabinet pakt 22 miljard euro belastingontwijking aan met bronbelasting*, Nieuwsbericht 6 november 2018.

verdragen via het MLI. Deze antimisbruikbepaling geeft uitvoering aan OECD BEPS actiepunten 6 en 15.

5.3.2 OECD BEPS Final reports 2015 actiepunt 6

BEPS actiepunt 6 ziet op de voorkoming van verdragsmisbruik door middel van bepalingen in verdragen of in nationale wetgeving. Verdragsmisbruik is volgens de OECD een van de belangrijkste bronnen van BEPS en ziet vooral op 'treaty shopping'. Van treaty shopping is sprake wanneer belastingplichtigen gebruik maken van de voordelen van een verdrag terwijl deze voordelen niet voor de situatie van die belastingplichtige bedoeld zijn, bijvoorbeeld omdat deze belastingplichtige geen inwoner is van een van de verdragsluitende staten. Belastingplichtigen kunnen dan toch aanspraak maken op de verdragsvoordelen door bijvoorbeeld een brievenbusfirma op te richten in een van de verdragsluitende staten.²⁴⁵

De aanpak van verdragsmisbruik is driedelig. Ten eerste kunnen staten hun verdragen aanpassen door in de preambule van het verdrag op te nemen dat het doel van het verdrag van het voorkomen van dubbele belasting niet mag leiden tot non-belasting of een lagere belasting die niet onder doel en strekking van het verdrag valt. Op die manier moet vastgelegd worden dat belastingverdragen niet bedoeld zijn om belastingontwijking of belastingontduiking, inclusief treaty shopping te faciliteren. Het moet in het verdrag worden vastgelegd dat het doel van het verdrag is om treaty shopping te voorkomen. Dit is ook zo aangepast in de preambule van het OECD modelverdrag bij de update van 2017.²⁴⁶ Aanpassing van de preambule is van belang voor de interpretatie van het verdrag. De preambule kan bijdragen aan de beantwoording van vragen met betrekking tot doel en strekking van verdragsbepalingen.²⁴⁷

Ten tweede wordt een specifieke bepaling met het oog op de voorkoming van verdragsmisbruik voorgesteld. Het gaat om de zogenaamde LOB. Deze moet altijd worden toegepast in combinatie met een PPT (zie hierna). De LOB bepaalt dat verdragsvoordelen alleen worden toegekend wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Voorbeelden van deze voorwaarden zijn voorwaarden met betrekking tot de juridische vormgeving, eigendom en algemene activiteiten van een onderneming. De LOB die is toegevoegd aan het OECD modelverdrag bij de update van 2017, is gebaseerd op de bestaande LOB uit onder andere verdragen van de Verenigde Staten en Japan. De LOB bepaalt dat verdragsvoordelen alleen worden toegezegd aan bepaalde kwalificerende personen en in enkele uitzonderingsgevallen. Kwalificerende personen zijn:

- Natuurlijke personen;
- Overheidslichamen;
- Bedrijven waarvan de aandelen regelmatig worden verhandeld op een effectenbeurs;
- Bedrijven waarvan de aandelen worden gehouden door een bedrijf waarvan de aandelen regelmatig worden verhandeld op een effectenbeurs en het uiteindelijk belang in die bedrijven zich bevindt in de aandelen van het beursgenoteerde bedrijf;
- Relevante non-profit organisaties, aangewezen door de nationale overheden van de verdragsluitende staten;
- Kwalificerende pensioenfondsen;
- Een entiteit die voor ten minste 50% wordt gehouden door inwoners van een van de verdragsluitende staten die een kwalificerend persoon zijn;
- Kwalificerende beleggingsinstellingen (optioneel).

²⁴⁵ OECD BEPS action 6 Final report, p. 9-10.

²⁴⁶ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital as it read on 21 November 2017, p. 27.

²⁴⁷ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p. 91-92, par 68-73.

Daarnaast kunnen bedrijven die geen kwalificerend persoon zijn alsnog gebruik maken van de verdragsvoordelen wanneer ze voldoen aan een van de volgende tests:

- De ‘active trade or business test’: Een bedrijf kan alsnog gebruik maken van de verdragsvoordelen wanneer het kan aantonen dat het een actieve onderneming uitoefent in haar vestigingsstaat. Ook wanneer een actieve onderneming wordt uitgeoefend in een andere staat dan de vestigingsstaat kan gebruik worden gemaakt van de verdragsvoordelen. De activiteiten in die staat moeten dan substantieel zijn ten opzichte van de activiteiten in de vestigingsstaat. De verdragsvoordelen zijn alleen van toepassing op inkomen dat voortkomt uit de actieve bedrijfsuitoefening en niet uit beleggingsactiviteiten.
- De ‘derivative benefit test’: Een bedrijf kan alsnog gebruik maken van de verdragsvoordelen wanneer ten minste 75% van de achterliggende aandeelhouders van het bedrijf recht zou hebben op dezelfde voordelen als onder het toepasselijke verdrag. Hiervoor moet door het bedrijf heen gekeken worden. De vergelijking wordt dan gemaakt tussen het belastingverdrag tussen de staat waar de achterliggende aandeelhouders inwoner zijn en de bronstaat en het belastingverdrag tussen de staat waar het bedrijf inwoner is en de bronstaat. Wanneer het eerste verdrag ten minste net zo voordelig uitwerkt als het tweede, kan het bedrijf alsnog gebruik maken van de verdragsvoordelen.
- Vangnetbepaling: Een bedrijf kan alsnog gebruik maken van de verdragsvoordelen wanneer het geen kwalificerend persoon is en niet voldoet aan de twee bovengenoemde tests, maar wanneer het kan aantonen dat het hoofddoel van de transactie niet is om gebruik te maken van de voordelen van het verdrag. Wanneer aangetoond is dat geen sprake is van treaty shopping kan de competente belastingautoriteit van een van de verdragsluitende staten beslissen dat de verdragsvoordelen alsnog aan het bedrijf worden toegekend.²⁴⁸

Wanneer is voldaan aan de LOB kan echter nog steeds sprake zijn van treaty shopping. Enkel voldoen aan de LOB is daarom niet voldoende. Naast de LOB is ook een algemene antimisbruikbepaling voorgesteld in actieplan 6: de PPT. Deze bepaling test het doel van een belastingplichtige bij een transactie waar het verdrag op van toepassing kan zijn. Als gezien de relevante feiten en omstandigheden het belangrijkste of een van de belangrijkste doelen van de transactie is het verkrijgen van de verdragsvoordelen, worden de verdragsvoordelen niet toegekend. Alleen wanneer het in lijn is met doel en strekking van een verdragsbepaling om de verdragsvoordelen ook in deze situatie toe te kennen, zullen de verdragsvoordelen alsnog worden toegekend.²⁴⁹

De OECD zet deze antimisbruikbepalingen in als minimumstandaard voor haar lidstaten. Alle lidstaten moeten een bepaling over treaty shopping opnemen in de preambule bij hun verdragen en moeten een combinatie van antimisbruikbepalingen opnemen in hun verdragen. Daarbij kan worden gekozen voor een combinatie tussen een versimpelde LOB met een PPT, een LOB met een bepaling tegen conduit financiering of alleen een PPT.²⁵⁰

²⁴⁸ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p. 20-46, par 25-69.

²⁴⁹ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p. 55-58, par. 1-13.

²⁵⁰ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p.10.

Naast deze misbruikbepalingen worden ook andere specifieke vormen van misbruik aangepakt in BEPS actiepunt 6. Het gaat hierbij om misbruikgevallen die ook geraakt kunnen worden door de PPT. Door het invoeren van een specifieke antimisbruikbepaling wil de OECD belastingplichtigen en belastingautoriteiten echter meer zekerheid geven. Deze antimisbruikbepalingen zien op de volgende voorbeelden: het opsplitsen van contracten om het bestaan van een vaste inrichting te voorkomen, transacties die zijn bedoeld om te voorkomen dat bepaalde inkomensstromen als dividend kwalificeren, transacties om de belasting van onroerend goed-lichamen te voorkomen en dubbel inwonerschap.²⁵¹

Om te voorkomen dat belastingplichtigen belastingverdragen gebruiken om belasting in hun vestigingsstaat te voorkomen kunnen staten ervoor kiezen om hiervoor een voorbehoud te maken. Er kan dan een bepaling aan het verdrag worden toegevoegd waarin wordt vastgesteld dat het verdrag een staat niet belemmert om inkomen van haar eigen inwoners te belasten. Deze bepaling is vooral bedoeld voor nationale antimisbruikbepalingen. Belastingplichtigen kunnen onder deze bepaling geen gebruik maken van belastingvoordelen als onder de nationale wet is vastgesteld dat sprake is van misbruik en dus geheven moet worden.²⁵² Daarnaast is een bepaling opgenomen voor exit belastingen.²⁵³ In actiepunt 6 is opgenomen dat een verdrag dit heffingsrecht niet beperkt voor zover wordt geheven op het moment dat de belastingplichtige nog inwoner is en niet wordt geheven over vermogen of inkomen dat ontstaat na de emigratie.²⁵⁴

5.3.3 *Het multilateraal instrument*

Het voornemen om een multilateraal instrument voor het aanpassen van belastingverdragen te ontwikkelen is opgenomen in BEPS actiepunt 15. Het MLI is bedoeld om de uitkomsten van het OECD BEPS project op een efficiënte manier te implementeren in bestaande belastingverdragen. Ook de uitkomsten van actiepunt 6 worden geïmplementeerd door middel van het MLI. Door toepassing van het MLI moeten problemen die ontstaan bij belastingverdragen eenvoudig opgelost kunnen worden zonder heronderhandeling van een verdrag. Dit is onder het huidige OECD modelverdrag nog niet het geval. Wanneer het OECD modelverdrag wordt aangepast, kan dit pas doorwerken in een belastingverdrag wanneer dit is heronderhandeld of door middel van een protocol, tenzij het gaat om een verduidelijking van een bestaande bepaling.²⁵⁵ Om BEPS effectief aan te pakken was daarom een instrument nodig waarmee bilaterale belastingverdragen eenvoudig aangepast kunnen worden. Op deze manier moet de internationale belastingpraktijk aangepast worden aan de snel veranderende wereldeconomie. Uitkomst van het rapport is dat het invoeren van een multilateraal instrument wenselijk en haalbaar is. Daarom is een speciale groep aangesteld om een multilateraal instrument te ontwikkelen en tot uitvoering te brengen.²⁵⁶

De OECD heeft op 24 november 2016 het voorstel voor het MLI aangenomen. Officieel gaat het MLI in vanaf 1 juli 2018. De daadwerkelijke implementatiedatum van het MLI in de

²⁵¹ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p. 69-74, par 27-48.

²⁵² OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p 78-86, par 53-59.

²⁵³ Exit belastingen zijn belastingen die worden geheven wanneer een inwoner (rechtspersoon of natuurlijk persoon) emigreert en daardoor vermogen of inkomen onttrekt uit de vestigingsstaat. De oude vestigingsstaat kan dan vaak niet meer heffen over dat vermogen of inkomen en heft dus op het moment van emigratie.

²⁵⁴ OECD BEPS action 6 Final reports 2015, p. 89-90, par. 65-67.

²⁵⁵ De Staatssecretaris van Financiën heeft de toepassing van de zogenaamde dynamische methode met betrekking tot het OECD-commentaar bevestigd in zijn Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Strct. 2011, 1375. De Hoge Raad heeft zich echter nooit definitief uitgelaten over de toepassing van de dynamische methode en lijkt zelfs een voorstander van de statische methode in bijvoorbeeld HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2703, r.o. 5.4.

²⁵⁶ OECD BEPS action 15, p. 9-10.

verdragen is echter afhankelijk van de verdragssluitende staten. In het MLI participeren al 85 staten en er zullen meer staten volgen.²⁵⁷ Het MLI bevat een verplicht deel en een optioneel deel. Het invoeren van een antimisbruikbepaling en het aanpassen van de preambule zoals voorgesteld in actiepunt 6 is een voorbeeld van het verplichte deel van het MLI. Landen kunnen kiezen welke verdragen ze onder de toepassing van het MLI willen brengen. Een reden om bepaalde verdragen niet onder het MLI te brengen kan zijn dat al verdragsheronderhandelingen bezig zijn waarbij ook wordt onderhandeld over implementatie van de BEPS-uitkomsten in het verdrag. Dit is de reden dat Nederland de belastingverdragen met België, Brazilië, Bulgarije, Denemarken, Ierland, Oekraïne, Polen, Spanje en Zwitserland niet onder de werking van het MLI heeft gebracht.²⁵⁸ Staten kunnen per optionele bepaling aangeven dat ze de bepaling volgen of dat ze een voorbehoud maken. Een optionele bepaling is alleen van toepassing wanneer beide verdragssluitende staten hebben gekozen om de bepaling toe te passen. Daarnaast is er een aantal bepalingen met een keuzemogelijkheid voor staten. Deze bepalingen vinden alleen toepassing wanneer beide verdragssluitende staten dezelfde optie hebben gekozen.²⁵⁹²⁶⁰

Het MLI bevat de volgende artikelen:

- Artikel 1 en 2 geven het toepassingsbereik van het MLI en de relevante definities weer;
- Artikel 3 ziet op hybride mismatches²⁶¹ en voorkomt dat non-belasting of dubbele aftrek kan plaatsvinden in deze gevallen (BEPS actiepunt 2);
- Artikel 4 ziet op personen met een dubbele vestigingsplaats en bepaalt dat staten in onderling overleg door middel van de ‘mutual agreement procedure’ moeten bepalen welk van de twee staten de vestigingsplaats is voor toepassing van het verdrag;
- Artikel 5 biedt twee mogelijkheden om voorkoming van dubbele belasting te verlenen in gevallen dat de vrijstellingsmethode geldt, maar niet wordt geheven in de bronstaat. Door een andere manier van verrekening te gebruiken, de credit methode, kan worden voorkomen dat non-heffing ontstaat over het inkomen;
- Artikel 6 bepaalt hoe aan de preambule moet worden toegevoegd dat het belastingverdrag als doel heeft om belastingontwijking en –ontduiking te voorkomen zoals bepaald in BEPS actiepunt 6;
- Artikel 7 ziet op de toepassing van de antimisbruikbepalingen van BEPS actiepunt 6 en werkt de PPT en LOB uit voor implementatie in belastingverdragen;

²⁵⁷ Algerije, Eswatini (Swaziland), Kenia, Libanon, Oman en Thailand hebben aangegeven het MLI te willen ondertekenen. OECD, *Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting* (Status as of 4 December 2018), p. 3-4.

²⁵⁸ Pötgens en Kool 2018, p. 1426.

²⁵⁹ De keuzes van de participerende staten zijn vastgelegd in: OECD, *Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting* (Status as of 4 December 2018).

²⁶⁰ OECD, *Multilateral Instrument, Information Brochure*, p. 3-7.

²⁶¹ Van een hybride mismatch is sprake wanneer de twee verdragssluitende staten een entiteit of transactie verschillend kwalificeren in de nationale wet voor toepassing van het verdrag. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat het heffingsrecht volgens beide staten wordt toegewezen aan de andere staat en dus niet wordt geheven. OECD BEPS action 2 Final reports 2015, p. 11.

- Artikel 8 bevat een minimale periode van 365 dagen van het houden van een bepaald, in het verdrag bepaald, percentage van de aandelen voordat recht ontstaat op de voordelen van het verdrag met betrekking tot dividenden;
- Artikel 9 bepaalt dat de voordelen uit aandelen in entiteiten die vooral uit onroerend goed bestaan ook belast mogen worden in de staat waar het onroerend goed is gelegen;
- Artikel 10 voorkomt non-heffing of dubbele aftrek in situaties met een vaste inrichting in een derde staat (niet een van de verdragsluitende staten);
- Artikel 11 bepaalt dat een verdragsluitende staat er in bepaalde gevallen voor kan kiezen om het recht haar eigen inwoners te belasten te behouden, ongeacht de toepasselijke verdragsbepalingen. Dit is de zogenaamde saving clause;
- Artikel 12 tot en met 15 bevatten bepalingen die het voorkomen van de vaste inrichting-status tegengaan in situaties dat sprake is van een vaste inrichting;
- Artikel 16 en 17 dienen als verbetering van de ‘mutual agreement procedure’ en van corresponderende veranderingen met betrekking tot transfer pricing;
- Artikel 18 tot en met 26 zien op verplichte arbitrage in het geval dat de belastingautoriteiten van de verdragsluitende staten geen overeenkomst kunnen bereiken over een bepaald geval.²⁶²²⁶³

5.3.4 *Nederland en het multilateraal instrument*

Nederland heeft het MLI ondertekend op 7 juni 2017 en daarbij ook aangegeven welke keuzes en voorbehouden er gemaakt worden. Daarbij heeft Nederland 82 belastingverdragen onder de toepassing van het MLI gebracht.²⁶⁴ De gemaakte keuzes kunnen nog worden herzien tot de akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring bij de Secretaris-Generaal van de OECD wordt neergelegd.²⁶⁵ Naar verwachting zal het MLI voor Nederland in werking treden vanaf 1 januari 2020.²⁶⁶ Het wetsvoorstel ter goedkeuring van het MLI is ingediend op 19 december 2017 en is op dit moment in behandeling bij de Tweede Kamer.²⁶⁷ Nederland heeft een beperkt aantal voorbehouden gemaakt bij het MLI. Dat betekent dat bijna alle MLI-artikelen toepassing gaan vinden op 82 Nederlandse verdragen. Nederland heeft vier voorbehouden gemaakt. Zo heeft Nederland een voorbehoud gemaakt op de bepaling die vaststelt dat geen aanpassing van een verdrag benodigd is wanneer er al een artikel over hybride mismatches is opgenomen in het verdrag (art. 3 lid 5 MLI). Dit betekent dat het artikel met betrekking tot non-belasting als gevolg van een hybride mismatch van toepassing zal zijn op alle Nederlandse verdragen, tenzij een voorbehoud is gemaakt door de andere verdragsluitende staat. Ten tweede heeft Nederland een voorbehoud gemaakt bij de toepassing van de saving clause. Dit betekent dat Nederland het recht niet behoudt om haar eigen inwoners te belasten ongeacht het verdrag (art. 11 lid 3 MLI). Ten derde heeft Nederland een

²⁶² OECD, *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*.

²⁶³ OECD, *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, p. 12-55.

²⁶⁴ OECD, *The Netherlands Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature*.

²⁶⁵ Kamerstukken II, 34 853, nr. 3, p. 4.

²⁶⁶ Pötgens en Kool 2018, p. 1424.

²⁶⁷ Goedkeuring van het op 24 november 2016 te Parijs tot stand gekomen Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslaguitholling en winstverschuiving, Trb. 2017, 86, en Trb. 2017, 194.

voorbehoud gemaakt op artikel 14 over het opsplitsen van contracten om de kwalificatie vaste inrichting te voorkomen. Met elkaar verband houdende contracten moeten daarom bij elkaar worden opgeteld om vast te stellen of sprake is van een vaste inrichting. Nederland heeft ervoor gekozen om deze bepaling niet toe te passen met betrekking tot bepalingen die zien op offshore vaste inrichtingen (de exploitatie van natuurlijke bronnen) (art. 14 lid 3 MLI). Tot slot heeft Nederland een beperkt voorbehoud gemaakt bij de toepassing van de verplichte arbitrageregels van artikel 18 tot en met 26 van het MLI (art. 18 tot en met 26 MLI). Met dit voorbehoud worden bestaande bepalingen in de Nederlandse belastingverdragen over verplichte bindende arbitrage behouden.²⁶⁸²⁶⁹

Nederland heeft ervoor gekozen om alleen de PPT toe te passen als algemene misbruikbepaling in verdragen. Daarnaast wordt de ‘discretionary relief-bepaling’ van artikel 7 lid 4 MLI toegepast. Deze bepaling houdt in dat een belastingplichtige die een verdragsvoordeel wordt ontzegd omdat hij onder de PPT valt alsnog gebruik kan maken van bepaalde verdragsvoordelen. Hiervan is sprake wanneer de belastingautoriteit vaststelt dat deze voordelen ook waren toegekend wanneer de transactie die was gericht op het behalen van een belastingvoordeel niet had plaatsgevonden. In de parlementaire behandeling van het MLI is bekend geworden dat de PPT hetzelfde uitgelegd moet worden als de Nederlandse nationale antimisbruikbepalingen.²⁷⁰²⁷¹ De Staatssecretaris heeft bevestigd dat aansluiting wordt gemaakt bij de objectieve en subjectieve toets van deze antimisbruikbepalingen wanneer Nederland de bronstaat is.

De invoering van de PPT kan worden gezien als de codificering van het Nederlandse leerstuk van *fraus conventionis*. *Fraus conventionis* is als volgt gedefinieerd: ‘*Er is sprake van handelen in fraudem conventionis in het belastingrecht, indien een belanghebbende zich bedient van een uitsluitend, althans volstrekt overwegend, met het oog op de gewenste fiscale gevolgen gekozen zodanige vormgeving, dat de door belanghebbende gewenste fiscale gevolgen op grond van het geïnterpreteerde belastingverdrag moeten intreden, terwijl die vormgeving in strijd is met doel en strekking van het verdrag.*’²⁷² Uit deze definitie blijkt dat van *fraus conventionis* alleen sprake is bij het uitsluitende althans volstrekt overwegende doel van een fiscaal voordeel, terwijl het bij de PPT gaat om een van de hoofddoelen. De PPT kan daarom een breder toepassingsbereik hebben dan het al bestaande Nederlandse leerstuk. Daarnaast is bij *fraus conventionis* sprake van een dubbele toets: motief en strijd met doel en strekking. Bij de PPT is sprake van een hoofdregel, motief, en een uitzondering, in lijn met doel en strekking. Dit betekent dat wanneer doel en strekking van een verdragsbepaling onduidelijk zijn, *fraus conventionis* niet kan worden toegepast terwijl de PPT wel kan worden toegepast. Ook hier is dus sprake van een breder toepassingsbereik van de PPT. Het leerstuk van *fraus conventionis* is echter nooit bevestigd door de Hoge Raad. Het is daarom de vraag wat de betekenis van dit leerstuk is voor het Nederlandse recht.²⁷³ Omdat Nederland de PPT zo interpreteert dat de PPT wordt toegepast door middel van de objectieve en subjectieve toets, ontstaat echter weer een dubbele toets die in lijn lijkt met het leerstuk van *fraus conventionis*. Het toepassingsbereik van deze toetsing is minder breed dan van de PPT zoals uitgelegd in actiepunten 6. De Nederlandse

²⁶⁸ OECD, *The Netherlands Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature*.

²⁶⁹ Pötgens en Kool 2018, p. 1425-1426.

²⁷⁰ art. 17 lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 en art. 4 lid 3 onderdeel c Wet DB 1965.

²⁷¹ Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6

²⁷² Zie conclusie A-G Van Ballegooijen bij HR 12 mei 2006, nrs. 40 452 en 40 453, V-N 2005/3-5

²⁷³ Kok 2015, p.2.

implementatie van de PPT lijkt dus soepeler voor belastingplichtigen dan het doel van de OECD.

5.4 Conclusie

Actiepunten 5, 6 en 15 zien op de voorkoming van BEPS bij grensoverschrijdende transacties en bij immateriële activa die makkelijk verplaatsbaar zijn. De onderdelen van actiepunt 5 moeten door de lidstaten zelf geïmplementeerd worden in de nationale wet. Actiepunt 6 wordt, tezamen met een aantal andere actiepunten, in bilaterale belastingverdragen geïmplementeerd door middel van het MLI van actiepunt 15. Al deze actiepunten maken de belastingwet niet eenvoudiger. Het MLI lijkt een erg effectieve tool, maar kan ook zijn nadelen hebben omdat de staten veel vrijheid houden in hun keuzes en in de interpretatie van de bepalingen. Daarom zal in het volgende hoofdstuk de vergelijking worden gemaakt tussen de toepassing van actiepunt 5, 6 en 15 en het invoeren van een (conditionele) bronbelasting om BEPS te voorkomen.

Hoofdstuk 6 Vergelijking OECD BEPS actiepunten en bronbelasting

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een vergelijking worden gemaakt tussen een (conditionele) bronheffing en de in hoofdstuk 5 uitgewerkte BEPS actiepunten 5, 6 en 15. Hierbij zal een vergelijking worden gemaakt aan de hand van de kwaliteitseisen voor overheidsoptreden via wetgeving zoals vastgesteld in de Nota Zicht op wetgeving. Speciale aandacht zal bij deze vergelijking worden gegeven aan de effectiviteit van een maatregel om BEPS tegen te gaan. In paragraaf 6.2 zullen actiepunten 5, 6 en 15 worden getest op de kwaliteitseisen voor wetgeving. Vervolgens zullen de maatregelen worden vergeleken met de (conditionele) bronheffingen zoals besproken in hoofdstuk 4 in paragraaf 6.3.

6.2 Goede wetgeving

6.2.1 Nota zicht op wetgeving

Actiepunten 5, 6 en 15 worden getest aan de kwaliteitseisen voor overheidsoptreden via wetgeving die zijn vastgesteld in de nota zicht op wetgeving. Er wordt getoetst aan de volgende kwaliteitseisen:

- Rechtmatigheid en verwerking van rechtsbeginselen: wetten moeten in overeenstemming zijn met het (internationale en Europese) recht en de rechtsbeginselen.
- Doeltreffendheid en doelmatigheid: de wet moet de beoogde doelstelling verwezenlijken en hierbij mag geen te ongunstige verhouding tussen de baten en de lasten ontstaan.
- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid: de mogelijkheid om de naleving van de wetten af te dwingen door middel van feitelijke maatregelen en juridische reacties op niet-naleving.
- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid: de wet moet duidelijk zijn voor degenen die met de wet worden geconfronteerd en voor degenen die de wet moeten toepassen.
- Subsidiariteit en evenredigheid: waar mogelijk wordt de verantwoordelijkheid bij de maatschappelijke organisaties of decentrale overheden gelegd. Alleen als dit niet mogelijk is wordt het nationale recht ingezet. De wet en de bijkomende baten en lasten moet proportioneel zijn aan de verantwoordelijkheid.

Bij de toetsing van het laatste punt zal, net als in hoofdstuk 4, alleen getest worden op evenredigheid. Dat sprake is van subsidiariteit mag duidelijk zijn. BEPS is een probleem dat niet kan worden opgelost door maatschappelijke organisaties. Er zijn bindende regels nodig die gelden voor alle bedrijven die actief zijn in Nederland. Toepassing van het nationale recht is daarom nodig om BEPS tegen te gaan.

6.2.2 BEPS actiepunt 5

BEPS actiepunt 5 introduceert de nexus approach voor de toepassing van preferentiële regimes en verbetert de transparantie omtrent internationale rulings. Deze twee punten zullen los van elkaar behandeld worden om zo goed mogelijk vast te stellen of wordt voldaan aan de kwaliteitseisen voor goede wetgeving. Als eerste wordt ingegaan op de nexus approach voor preferentiële regimes. Hierbij wordt alleen ingegaan op de nexus approach voor preferentiële regimes voor immateriële activa en niet voor andere preferentiële regimes. Toepassing van de nexus approach op preferentiële regimes voor immateriële activa is het meest relevant voor Nederland.

- Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Preferentiële regimes kunnen geassocieerd worden met staatssteun omdat bepaalde belastingplichtigen een fiscaal voordeel krijgen van de overheid terwijl andere belastingplichtigen dat voordeel niet krijgen. Een van de voorwaarden van staatssteun is dat sprake moet zijn van selectiviteit. Een bepaalde groep belastingplichtigen of groep producten moet het voordeel krijgen. De innovatiebox geldt alleen voor belastingplichtigen die hun eigen immaterieel actief ontwikkelen en geldt dus niet voor alle belastingplichtigen. Het is echter de vraag of dit ook als selectiviteit gezien kan worden omdat in beginsel alle belastingplichtigen R&D werkzaamheden kunnen opzetten en dan een beroep kunnen doen op de innovatiebox. De conclusie van de Europese Commissie omtrent de Spaanse octrooibox was dat geen sprake was van staatssteun omdat alle economisch actieve belastingplichtigen zich konden beroepen op de regeling, ongeacht de aard van de R&D werkzaamheden of de immateriële activa.²⁷⁴

De Ecofinraad heeft EU-lidstaten na de publicatie van BEPS actiepunt 5 verzocht om de aanpassing van hun octrooiboxstelsels. Deze aanpassing is doorgevoerd door een aanpassing van de EU gedragscode door de Gedragscodegroep van de Raad van de EU.²⁷⁵ Het is niet te verwachten dat actiepunt 5 in strijd is met het EU-recht wanneer de Ecofinraad lidstaten verzoekt om de uitkomst van het actiepunt te implementeren in de nationale wetgeving.

- Doeltreffendheid en doelmatigheid

Doel van het eerste deel van actiepunt 5 is om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van preferentiële regimes door het schuiven met mobiele activa. Toegang tot preferentiële regimes moet daarom alleen nog verleend worden wanneer het activum ook daadwerkelijk in die staat gecreëerd is door de belastingplichtige zelf. Volgens Vleggeert is het voordeel van de innovatiebox door de implementatie van actiepunt 5 verkleind voor belastingplichtigen door toepassing van de nexus ratio. Hierdoor vallen minder voordelen onder de innovatiebox, zoals voordelen uit immateriële activa die zijn verworven van gelieerde partijen.²⁷⁶ Hiermee wordt het doel van BEPS actiepunt 5 dus bereikt. De redactie Vakstudie Nieuws is echter van mening dat door de aanpassing van de innovatiebox ook bedrijven worden geraakt die wel onder het doel van actiepunt 5 zouden vallen. Zo kunnen grote innoverende ondernemingen met immateriële activa (geen software) die goede redenen hebben om geen patent aan te vragen, geen gebruik meer maken van de innovatiebox.²⁷⁷ De implementatie van actiepunt 5 kan zo dus tot overkill leiden. Het argument van de redactie Vakstudie Nieuws dat belastingplichtigen goede redenen kunnen hebben om geen patent aan te vragen is volgens mij geen sterk argument. Het kunnen kwalificeren voor toepassing van de innovatiebox is een voordeel dat moet gaan opwegen tegen de eventuele nadelen van het aanvragen van een patent. De toegang tot de innovatiebox wordt deze belastingplichtigen niet volledig ontzegd. De strenge voorwaarden kunnen echter wel leiden tot overkill wanneer grote belastingplichtigen met R&D-werkzaamheden die geen patent kunnen aanvragen geen

²⁷⁴ Europese Commissie, State aid N 480/2007 - Spain – The Reduction of Tax from Intangible Assets, Brussels, 13.II.2008 C(2008)467 final.

²⁷⁵ Raad van de Europese Unie, Brussel, 11 december 2014, 16846/14 FISC 233, ECOFIN 1196.

²⁷⁶ Vleggeert 2016, p. 330.

²⁷⁷ Vakstudie Nieuws 2015, p. 63.

gebruik kunnen maken van een preferentieel regime. Het is echter de vraag hoe groot deze groep belastingplichtigen is.

Een studie van het CPB in samenwerking met verschillende EU organisaties over de effectiviteit van fiscale prikkels voor R&D werkzaamheden wees uit dat R&D faciliteiten alleen doelmatig zijn wanneer de maatregel ziet op de input in R&D (zoals uitgaven) in plaats van op de output (het resultaat van de R&D).²⁷⁸ De systematiek van actiepoint 5 sluit aan bij de R&D uitgaven die worden gedaan voor een immaterieel actief en geeft vervolgens een voordeel bij het belasten van het resultaat van dit activum. Doordat wordt aangesloten bij de input in R&D werkzaamheden, zouden actiepoint 5 en de herziene innovatiebox doelmatig moeten zijn volgens dit onderzoek.

- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Uit de uitvoeringstoetsen bij de wet ter implementatie van BEPS actiepoint 5 in de innovatiebox blijkt dat in het proces van de toepassing van de innovatiebox niet veel zal veranderen. Onder de oude systematiek werd voor toepassing van de innovatiebox vrijwel altijd zekerheid vooraf gevraagd bij de Belastingdienst en een vaststellingsovereenkomst gesloten. Dit proces zal hetzelfde blijven onder de aangepaste innovatiebox. De handhaafbaarheid van de regeling blijft dus ongeveer hetzelfde. Voor de bepaling of sprake is van voldoende economische nexus is echter intensiever vooroverleg nodig omdat gedetailleerder informatie moet worden beoordeeld. De innovatiebox is hiermee arbeidsintensiever geworden voor de Belastingdienst. Het controleren of sprake is van economische nexus is complexer dan het controleren of is voldaan aan de oude eisen. De werkwijze van de Belastingdienst is daarom aangepast. Daarnaast zullen nieuwe vaststellingsovereenkomsten moeten worden gesloten die in lijn zijn met de nieuwe voorwaarden van de innovatiebox. Ondanks de aanpassing van de werkprocessen van de Belastingdienst voor de innovatiebox is het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar bevonden.²⁷⁹

- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De aanpassing van de Nederlandse innovatiebox aan actiepoint 5 heeft de regeling complexer gemaakt. Om aan te tonen dat sprake is van voldoende economische nexus moeten belastingplichtigen meer gedetailleerde informatie delen met de Belastingdienst. Belastingplichtigen krijgen er hierdoor een administratieve verplichting bij.²⁸⁰ Toepassing van de innovatiebox is minder zeker geworden voor veel belastingplichtigen. Vooral de voorwaarde dat er een verband moet zijn tussen het immaterieel actief en de uitgaven maakt toepassing van de innovatiebox complexer.²⁸¹ In de toelichting bij actiepoint 5 wordt ervan uitgegaan dat belastingplichtigen deze complexiteit voor lief nemen in ruil voor de mogelijkheid een fiscaal voordeel te behalen. Daarnaast zou de complexiteit van de octrooiboxen op lange termijn moeten verminderen omdat de voorwaarden voor preferentiële regimes in veel staten gestandaardiseerd worden door de toepassing van actiepoint 5.²⁸² Naar mijn mening zijn deze argumenten niet heel sterk. Dat de complexiteit voor lief wordt genomen

²⁷⁸ CPB 2014, p. 5-7.

²⁷⁹ *Uitvoeringstoetsen Belastingplan 2017*, Kamerstukken II 34 552 nr. 3, p. 8.

²⁸⁰ *Uitvoeringstoetsen Belastingplan 2017*, Kamerstukken II 34 552 nr. 3, p. 8.

²⁸¹ Vleggeert 2016, p. 59.

²⁸² OECD BEPS final reports action 5, p. 31.

omdat een belastingvoordeel behaald kan worden, betekent niet dat de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid van wetgeving niet meer gewaarborgd hoeft te worden. Wetgeving moet voor alle belastingplichtigen toegankelijk blijven. Daarnaast gaat het argument van een lange termijn vermindering van de complexiteit naar mijn mening alleen op voor MNO's. Alleen internationaal opererende bedrijven hebben er een voordeel bij als de preferentiële regimes in alle meewerkende staten dezelfde voorwaarden kennen. Het Nederlandse MKB dat gebruik maakt van de innovatiebox heeft hier geen profijt van en heeft alleen te maken met de vergrote complexiteit.

- Evenredigheid

Het is de vraag of het doel om de voordelen van de innovatiebox alleen toe te kennen aan immateriële activa die in Nederland zijn voortgebracht opweegt tegen de potentiële overkill van de nieuwe eisen voor de toepassing van de innovatiebox. Naar mijn mening is dat wel het geval. De innovatiebox blijft toegankelijk voor alle belastingplichtigen waarvoor hij is bedoeld. Naar mijn mening is de regeling echter wel te complex geworden door de invoering van het criterium van economische nexus. Belastingplichtigen zouden uit de wettekst moeten kunnen aflezen of de innovatiebox van toepassing is, zonder het aanvragen van zekerheid vooraf.

BEPS actiepunt 5 behaalt het doel om preferentiële regimes alleen van toepassing te laten zijn op immateriële activa die zijn voortgebracht in de staat waarin een beroep wordt gedaan op het preferentiële regime. Daarnaast wordt innovatie aangemoedigd omdat aansluiting plaatsvindt bij de input in het immaterieel activum. De nexus approach is dus effectief in haar aanpak om (dit deel van) BEPS aan te pakken. Nadeel van de nexus approach is dat toepassing van de innovatiebox onduidelijker en complexer is geworden.

Vervolgens wordt dezelfde toetsing uitgevoerd voor het deel van het actiepunt over transparantie omtrent internationale rulings. Hierbij wordt zowel aandacht besteed aan de voorstellen van de OECD als aan de verdergaande plannen van Nederland om geanonimiseerde rulings te gaan publiceren en om de nexus approach als eis te stellen om in aanmerking te komen voor een ruling.

- Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Volgens Breuer, Boer en Douma wordt de rechtsbescherming beperkt door de automatische uitwisseling van internationale rulings tussen belastingautoriteiten. Volgens de auteurs worden belastingplichtigen namelijk niet geïnformeerd als er informatie over ze wordt uitgewisseld. Dit kan leiden tot verrassingen wanneer naar aanleiding van deze uitwisseling een buitenlands onderzoek wordt ingesteld. Om zich te verdedigen moet de belastingplichtige naar de lokale rechter. Wanneer door onterechte uitwisseling schade wordt gelopen, kan een belastingplichtige de Belastingdienst aansprakelijk stellen. Dit zal volgens de auteurs echter niet eenvoudig zijn. Daarnaast bestaat er geen mechanisme voor het verbeteren van eventueel gemaakte fouten bij het uitwisselen van rulings, bijvoorbeeld door een ruling te delen met de belastingautoriteit van het verkeerde land of met een belastingautoriteit die de geheimhouding niet kan waarborgen. Het kan niet meer worden teruggedraaid wanneer informatie eenmaal is gedeeld. Hierdoor staan de bedrijfsgeheimen van belastingplichtigen op het spel.²⁸³ Dit argument is naar mijn mening niet erg sterk.

²⁸³ Breuer, Boer en Douma 2016, p. 340-341.

Belastingplichtigen worden niet geïnformeerd wanneer hun ruling wordt gedeeld, maar weten vanaf het moment van de invoering van artikel 6d WIB dat dat gebeurt. Vervolgens zal alleen een onderzoek worden ingesteld wanneer de buitenlandse belastingautoriteit een vermoeden heeft dat dit nodig is. Om zich te verdedigen moet de belastingplichtige zich richten tot de lokale rechter, maar dat was ook al het geval als een buitenlands onderzoek werd ingesteld voordat rulings automatisch werden gedeeld. Buitenlandse belastingautoriteiten zullen nu misschien eerder een onderzoek instellen omdat ze meer inzicht hebben in de belastingplichtige. Dit is echter precies het doel van actiepunt 5. De rechtsgang zal inderdaad minder eenvoudig lopen dan bij een binnenlands onderzoek, maar dat is niet het gevolg van het feit dat rulings automatisch worden gedeeld.

De NOB is van mening dat de Nederlandse uitbreiding ten opzichte van BEPS actiepunt 5 van het publiceren van geanonimiseerde rulings in strijd is met de geheimhoudingsplicht van artikel 67 AWR. Uit het feitencomplex zal af te lezen zijn om welke belastingplichtige het gaat, waardoor de privacy van de belastingplichtige op het spel staat en de geheimhoudingsplicht van de Belastingdienst wordt geschonden.²⁸⁴ Of sprake is van schending van de geheimhoudingsplicht is afhankelijk van de mate van anonimisering van de ruling. Ook de effectiviteit is hiervan afhankelijk. Hiervoor moet een juiste balans worden gevonden.

Volgens Ubachs en Sinx is economische nexus als norm voor rulings een open norm. Deze norm biedt belastingplichtigen te weinig houvast ten opzichte van de huidige substance eisen die een concrete norm vormen.²⁸⁵ Er is dus weinig rechtszekerheid over de vraag of belastingplichtigen in aanmerking komen voor een ruling. Dit zal echter vooral voor de Belastingdienst een negatief effect hebben. Als belastingplichtigen niet zeker weten of ze in aanmerking komen voor een ruling, kunnen ze er alsnog één aanvragen. De Belastingdienst moet vervolgens gaan onderzoeken of de belastingplichtige voldoende economische nexus met Nederland heeft. Hiervoor moet de Belastingdienst de feiten en omstandigheden van de belastingplichtige onderzoeken. Onder de huidige substance eisen is het duidelijker wanneer belastingplichtigen in aanmerking komen voor een ruling en zal de Belastingdienst dus ook minder werk hebben.

- Doeltreffendheid en doelmatigheid

Volgens de NOB is transparantie van rulings naar buitenlandse belastingautoriteiten erg belangrijk voor het juist opleggen van aanslagen en een goede internationale uitstraling. De automatische uitwisseling van internationale rulings is daarom een goede stap.²⁸⁶

Volgens Breuer, Boer en Douma kan de uitwisseling van rulings tussen belastingautoriteiten ook impact hebben op de navorderingsmogelijkheden van artikel 16 AWR. Het is de vraag of het niet opvragen van meer informatie over een gedeelde ruling kan leiden tot ambtelijk verzuim en of er in dat geval nog sprake kan zijn van een nieuw feit. Wanneer geen sprake is van een nieuw feit als de inspecteur niet in eerste

²⁸⁴ NOB 2018, p. 4.

²⁸⁵ Ubachs en Sinx 2018.

²⁸⁶ NOB 2018, p. 4.

instantie meer informatie heeft opgevraagd naar aanleiding van een gedeelde ruling, zal de onderzoeksplicht voor de inspecteur flink worden uitgebreid.²⁸⁷

Het verdergaande plan van de Staatssecretaris om een geanonimiseerde samenvatting van rulings te publiceren heeft volgens Ubachs en Sinx geen zin. Er zal of te weinig informatie gepubliceerd worden om de ruling te begrijpen, of er zal te weinig geanonimiseerd worden. Wanneer uit de rulings blijkt op welke belastingplichtige de ruling ziet, zal de geheimhoudingsplicht van artikel 67 AWR worden geschonden. Volgens de auteurs wordt daarnaast de mogelijkheid om zekerheid vooraf te krijgen te ver beperkt door het aanscherpen van de regels voor het krijgen van een ruling. De rulingpraktijk is volgens hen straks alleen toegankelijk voor MNO's met fiscaal adviseur en niet meer voor het MKB dat geen adviseur zou kunnen betalen. Het aantal rulings is vorig jaar al flink gedaald, volgens Ubachs en Sinx door onzekerheid rond de rulingpraktijk. Bovendien geven rulings naast zekerheid aan belastingplichtigen ook zekerheid aan de Belastingdienst. De Belastingdienst krijgt door de aanvragen van zekerheid vooraf ook meer inzicht in de structuren en activiteiten van belastingplichtigen. De betrokkenheid van de Belastingdienst zal verminderen wanneer minder belastingplichtigen gebruik gaan of mogen maken van zekerheid vooraf. Hierdoor zullen meer structuren worden doorgevoerd zonder overleg met de Belastingdienst en dus ook zonder zicht van de Belastingdienst. De Belastingdienst houdt echter wel haar inzicht door het toenemend gebruik van Horizontaal Toezicht.²⁸⁸ Wanneer belastingplichtigen geplande transacties of structuren met de Belastingdienst delen onder een Horizontaal Toezicht convenant, is het aanvragen van een ruling geen vereiste voor de Belastingdienst om inzicht te verkrijgen in de fiscale structurering van een belastingplichtige.

Volgens Ubachs en Sinx heeft te veel transparantie in de rulingpraktijk een averechtse werking. Het aantal rulings zal dalen wanneer hogere eisen worden gesteld en wanneer de geheimhouding in gevaar komt. Als nauwelijks rulings meer worden afgegeven heeft transparantie geen zin.²⁸⁹

- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Het automatisch delen van rulings gebeurt al samen met de uitwisseling van andere informatie tussen staten onder onder andere het OECD modelverdrag en de EU-richtlijn inzake administratieve samenwerking op het gebied van belastingen die vanaf 2018 is uitgebreid met de uitwisseling van rulings.²⁹⁰ Het automatisch uitwisselen van internationale rulings is per 2017 opgenomen in artikel 6d WIB.²⁹¹ Uit de uitvoeringstoetsen bij dit wetsvoorstel blijkt dat de automatische uitwisseling van rulings goed uitvoerbaar is. Alleen de uitwisseling van bestaande rulings zal veel extra

²⁸⁷ Breuer, Boer en Douma 2016, p. 341.

²⁸⁸ Horizontaal Toezicht is een methode van fiscaal toezicht die is gebaseerd op wederzijds vertrouwen en transparantie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. De Belastingdienst maakt gebruik van horizontaal toezicht sinds 2005. Voorwaarde voor de toepassing van Horizontaal Toezicht is dat belastingplichtigen hun fiscale zaken op orde hebben. Belastingplichtigen leveren onder Horizontaal Toezicht vrijwillig actuele fiscaal relevante informatie aan de Belastingdienst in ruil voor snelle zekerheid over de fiscale positie en geen controlemaatregelen van de Belastingdienst achteraf. Dit wordt vastgelegd in een convenant. Huiskers-Stoop 2013, p. 1.

²⁸⁹ Ubachs en Sinx 2018.

²⁹⁰ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG. En Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied.

²⁹¹ Wet uitwisseling inlichtingen over rulings, 34.527 nr. 2.

capaciteit kosten. Het delen van de rulings kan worden gedaan door middel van de bestaande IT-voorzieningen die zijn gemaakt voor gegevensuitwisseling voor de Foreign Account Tax Compliance Act, Common Reporting Standard en Country by Country Reporting. Daardoor zijn geen nieuwe systemen nodig en is uitvoering relatief eenvoudig. De ontvangen rulinginformatie van andere staten is meteen beschikbaar voor toezichtdoeleinden.²⁹²

Uitvoerbaarheid van economische nexus als norm voor rulings zal voor de Belastingdienst ongeveer hetzelfde zijn als bij de innovatiebox. Er moet meer en gedetailleerder informatie worden onderzocht om te controleren of een belastingplichtige in aanmerking komt voor een ruling. Het proces wordt daarom ten opzichte van het huidige proces onder de substance eisen arbeidsintensiever.

- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De NOB begrijpt de politieke keuze om de toegang tot rulings te beperken om een internationaal negatieve uitstraling van de Nederlandse rulingpraktijk te voorkomen. De NOB is echter voorstander van het behouden van de huidige substance eisen met een aanscherping voor specifieke situaties. Daarnaast zouden concerns met voldoende economische nexus in Nederland ook in aanmerking moeten komen voor een ruling. Nexus moet dan worden bekeken per concern in plaats van per vennootschap omdat goede economische en juridische redenen bestaan om de activiteiten in Nederland te verdelen over verschillende entiteiten binnen het land.²⁹³ Uit de brief van de Staatssecretaris blijkt echter dat wordt aangesloten bij economische nexus per vennootschap in plaats van per concern (zie paragraaf 5.2.3.2).²⁹⁴

- Evenredigheid

Het voorstel van BEPS actiepunt 5 inzake de transparantie is evenredig. Het grootste voordeel van de automatische uitwisseling van rulings is dat meer overzicht komt in de (buitenlandse) activiteiten van belastingplichtigen in verschillende staten. Het argument van Breuer, Boer en Douma over rechtsbescherming is naar mijn mening niet heel sterk.

De evenredigheid van de voorgestelde Nederlandse maatregelen waarmee verder wordt gegaan dan actiepunt 5 is meer onzeker. Het aanscherpen van de eisen om een ruling te krijgen met de nexus approach maakt de groep belastingplichtigen die in aanmerking komt voor een ruling beperkter. Er zullen echter steeds meer rulings nodig zijn door de verhoogde complexiteit van een aantal regelingen, bijvoorbeeld de innovatiebox en de PPT uit het MLI. Daarnaast is het de vraag of het publiceren van rulings nuttig is. Als de rulings vergeanonimiseerd worden zal niet beoordeeld kunnen worden of een regeling correct is toegepast omdat daar de relevante feiten voor missen. Wanneer deze feiten wel gepubliceerd worden bestaat de kans dat de geheimhoudingsplicht wordt geschonden. Naar mijn mening zou het echter wel mogelijk moeten zijn om het feitencomplex anoniem, maar toch volledig genoeg te publiceren. Dit is immers ook mogelijk bij de publicatie van rechtszaken. Toch ben ik geen voorstander van het delen van individuele rulings. Er moet rekening worden gehouden met het afschrikkende

²⁹² Uitvoeringstoetsen Wet uitwisseling inlichtingen over rulings, 34.527 nr. 3.

²⁹³ NOB 2018, p. 1.

²⁹⁴ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, Vernieuwde rulingpraktijk, p. 4-8.

effect dat te veel transparantie omtrent rulings kan hebben. Wanneer belastingplichtigen geen rulings meer gaan aanvragen omdat rulings gepubliceerd worden, heeft de transparantie geen nut meer en verliest de Belastingdienst bovendien het inzicht in de structuren van belastingplichtigen. Om dit te voorkomen en toch transparant te blijven, lijkt de publicatie van een jaarverslag met een overzicht van de soorten rulings die zijn afgegeven mij voldoende. Naar mijn mening slaat de overheid dus door in de hervorming van de rulingpraktijk.

6.2.3 BEPS actiepunten 6 en 15

Actiepunten 6 en 15 zien op verdragsmisbruik en met name op treaty shopping. Dit wordt aangepakt door middel van een aanpassing van de preambule van bilaterale belastingverdragen en het invoeren van een antimisbruikbepaling in verdragen. Deze wijzigingen worden doorgevoerd door middel van het multilateraal instrument van BEPS actiepunt 15.

- Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen

Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen is een van de meest kwetsbare punten van actiepunten 6 en 15 en met name van de PPT. De NOB beargumenteerde in haar reactie op de Discussion Draft over actiepunt 6 van 2014 dat de PPT in strijd is met het EU-recht. De PPT zou namelijk niet proportioneel zijn in de strijd tegen treaty shopping omdat deze te veel rechtsonzekerheid met zich meebrengt. De PPT zou te vaag en te subjectief zijn.²⁹⁵ Ook Pötgens en Kool wijzen op de rechtsonzekerheid die ontstaat door de toepassing van de PPT. Volgens hen wordt door de Staatssecretaris in het midden gelaten hoe de afweging omtrent de hoofdzakelijke doelen van een transactie in een concreet geval moet plaatsvinden. Er moet volgens hen worden verduidelijkt in hoeverre Nederland het OECD modelcommentaar bij de PPT van artikel 29 van het OECD modelverdrag volgt. Volgens hen blijft zelfs wanneer dit duidelijk is rechtsonzekerheid bestaan.²⁹⁶ De PPT wordt door Nederland ingevuld door middel van de objectieve en subjectieve toets.²⁹⁷ Op deze manier wordt de werking van de PPT gelijk gesteld met de werking van bestaande antimisbruikbepalingen. Ook het leerstuk van *fraus legis* maakt gebruik van deze twee toetsen.²⁹⁸²⁹⁹ Deze twee toetsen zijn daarom algemeen bekend en worden niet als onrechtmatig of rechtsonzeker ervaren. Toch blijft onzeker wat de positie van het commentaar bij het OECD modelverdrag dan is. Bovendien toont de Nederlandse, voor belastingplichtigen soepelere invulling, van de PPT aan dat toepassing van de PPT afhankelijk is van de interpretatie per land. Dit brengt veel rechtsonzekerheid met zich mee omdat twee verdragsstaten de PPT verschillend kunnen interpreteren en dus verschillend kunnen invullen. Hierdoor bestaat voor belastingplichtigen alsnog rechtsonzekerheid over de toepassing van de PPT.

Rosenberg wijst op de afweging tussen rechtszekerheid en doeltreffendheid die moet worden gemaakt bij de keuze van een misbruikbepaling in verdragen. Volgens hem ligt in Nederland de nadruk meer op de doeltreffendheid door de keuze voor de PPT.

²⁹⁵ OECD, *Comments Received on Public Discussion Draft Follow-Up Work on BEPS action 6: Prevent Treaty Abuse*, 12 January 2015, p. 241-246.

²⁹⁶ Pötgens en Kool 2018, p. 1429-1430.

²⁹⁷ Kamerstukken II 2017/18, 34 788, nr. 3, p. 6.

²⁹⁸ De Werd, *Toepassingsvereisten van fraus legis*, *Cursus belastingrecht*, FBR.7.5.2.

²⁹⁹ Hoge Raad 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32.

Volgens hem kan de MLI PPT tot overkill leiden. In vergelijking met de PPT van de EU-richtlijnen mist namelijk het criterium van kunstmatigheid. Doordat geen rekening wordt gehouden met mogelijke zakelijke redenen wanneer een van de hoofdredenen een fiscale reden is, is het mogelijk dat een economische structuur onder de PPT valt.³⁰⁰ Kavelaars onderschrijft dit.³⁰¹ Rosenberg is meer een voorstander van de LOB omdat deze nauwkeurig en objectief vast te stellen is waardoor minder rechtsonzekerheid ontstaat. Eventuele overkill kan volgens hem worden opgevangen door een vangnetbepaling. Volgens Rosenberg heeft de Nederlandse overheid de optie van een LOB in combinatie met een antidoorstroombepaling te makkelijk aan de kant gezet.³⁰² Kavelaars is het daar niet mee eens. Het wegcijferen van de LOB als optie is volgens hem wel te kort door de bocht, maar de toepassing van een antidoorstroommaatregel heeft volgens Kavelaars geen kans van slagen. Omdat deze bepaling door de OECD niet is uitgewerkt is het de vraag of de antidoorstroombepaling wel zou kunnen worden toegepast in grensoverschrijdende situaties en dus of deze bepaling treaty shopping wel kan voorkomen.³⁰³

- Doeltreffendheid en doelmatigheid

Het MLI is over het algemeen erg effectief voor de toepassing van de verplichte onderdelen. Voor de niet-verplichte onderdelen en onderdelen waarin staten een bepaalde keuze moeten maken, is het MLI niet altijd even effectief. Wanneer staten een voorbehoud maken of verschillende opties kiezen, kan dit betekenen dat een bepaalde bepaling in zijn geheel geen toepassing vindt. Staten hebben in het MLI geen onderhandelingsmogelijkheid waardoor elke staat zijn eigen keuzes maakt zonder dat compromissen kunnen worden gesloten tussen verdragsluitende staten. Hierdoor bestaat de kans dat staten die het in onderhandelingen wel met elkaar eens zouden kunnen worden, verschillende keuzes maken in het MLI en dus niet tot overeenstemming kunnen komen. In dat opzicht is het MLI dus minder doelmatig dan de klassieke manier van het sluiten van een verdrag.

Door de algemene bewoording van de PPT kan hij in veel gevallen van toepassing zijn. Er hoeft alleen een gegronde vermoeden te zijn dat een fiscaal motief een van de belangrijkste motieven van een bepaalde structuur is. Er hoeft niet van tevoren te worden vastgesteld op welke situaties de PPT van toepassing is. Dit maakt de PPT erg effectief. Naast onzekerheid voor de belastingplichtigen brengt de PPT ook onzekerheid met zich mee voor de overheid. Omdat misbruik in de PPT niet duidelijk is afgebakend, is de overheid sterk afhankelijk van de rechter om de reikwijdte van de PPT te bepalen bij geschilbeslechting. De onzekerheid van belastingplichtigen kan echter ook in het voordeel van de overheid werken. Door deze onzekerheid bestaat de kans dat belastingplichtigen het niet tot een procedure willen laten komen. Dit kunnen zij voorkomen door zekerheid vooraf te vragen aan de Belastingdienst of door constructies waarover twijfel bestaat omtrent de PPT niet door te voeren.³⁰⁴ Op deze manier is de PPT voor de overheid erg effectief omdat de Belastingdienst dan de reikwijdte van de PPT kan bepalen. De PPT kan ook gaan werken als een soort verbodsbepaling voor bepaalde grensgevallen van misbruik. De vraag blijft echter bestaan of de voordelen van

³⁰⁰ Rosenberg 2017, p. 588-589.

³⁰¹ Kavelaars 2018, p. 114-115.

³⁰² Rosenberg 2017, p. 592-593.

³⁰³ Kavelaars 2018, p. 114-115.

³⁰⁴ Kavelaars 2018, p. 114-115.

de algemene bewoording en dus van de onzekerheid opwegen tegen de nadelen van de rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen.

Nadeel van de algemene bewoording van de PPT is dat de interpretatie door verdragstaten kan verschillen. Wanneer de ene staat een hoofdzakelijk fiscaal motief ziet in een bepaalde structuur en een andere staat niet kan dit leiden tot een geschil met betrekking tot de toekenning van verdragsvoordelen. Deze staten zullen vervolgens terecht komen in een arbitrageprocedure die lang kan duren en afdoet aan de doelmatigheid van de PPT.

Pötgens en Kool wijzen op een aantal andere gebreken in de doelmatigheid van het MLI. Zo kan de ‘mutual agreement procedure’ van artikel 4 in geval van een dubbele woonplaats leiden tot dubbele heffing in de periode van het overleg. De belastingplichtige heeft dan namelijk tijdelijk een dubbele woonplaats waardoor bepaalde verdragsbepalingen geen toepassing kunnen vinden. Daarnaast gaat deze procedure slechts lopen wanneer een belastingplichtige met dubbele woonplaats hier een verzoek toe indient. Een belastingplichtige kan echter een voordeel hebben bij zijn dubbele woonplaats wanneer daardoor aanspraak gemaakt kan worden op verdragen met derde staten met beide vestigingsstaten. De belastingplichtige zal dan geen verzoek indienen waardoor de dubbele woonplaats blijft bestaan. Onder de tie-breaker in het oude OECD modelverdrag die nog in veel Nederlandse verdragen wordt gehanteerd, wordt altijd één staat aangewezen als vestigingsstaat aan de hand van de ‘place of effective management’.³⁰⁵ Daarnaast kan de vaste inrichting-begripsuitbreiding naar commissionair structuren nog niet worden geëffectueerd onder Nederlands nationaal recht en is hieruit nieuwe winsttoerekeningsproblematiek ontstaan. Er is nog geen internationale consensus over hoe winsten moeten worden toegerekend aan de nieuwe vaste inrichtingen. Onder de huidige systematiek van winsttoerekening zal weinig extra winst worden toegerekend aan de commissionair die een vaste inrichting gaat vormen.³⁰⁶

- Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Doordat de Staatssecretaris heeft aangegeven dat de PPT wordt toegepast zoals de Nederlandse antimisbruikbepaling in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting (zie hoofdstuk 5), zal de PPT voor Nederland goed uitvoerbaar zijn. De huidige werking van deze antimisbruikbepalingen met de objectieve en subjectieve toets moet slechts worden doorgetrokken naar alle transacties waarbij een beroep wordt gedaan op verdragsvoordelen. Zoals ook is aangegeven onder doeltreffendheid en doelmatigheid is het echter de vraag of alle landen de PPT op dezelfde manier gaan interpreteren. Hierdoor kunnen uitvoeringsproblemen ontstaan die zorgen voor meer geschillen tussen verdragstaten.

- Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Over het algemeen is het MLI niet heel eenvoudig, duidelijk en toegankelijk. De keuzemogelijkheden en voorbehouden van staten maken het MLI minder toegankelijk omdat steeds de vergelijking moet worden gemaakt tussen de keuzes van twee verdragsluitende staten. In plaats van een duidelijk bilateraal belastingverdrag moet nu

³⁰⁵ OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Condensed Version (as it read on 1 July 2014), p. 90-92.

³⁰⁶ Pötgens en Kool 2018, p.1434-1435.

naast veel verdragen ook het MLI worden gelezen. Dit maakt het concept van een belastingverdrag complexer dan het nu is. Daarnaast kunnen participerende staten de MLI bepalingen verschillend interpreteren en toepassen. Staten kunnen het OECD modelcommentaar bij de MLI artikelen volgen voor de toepassing van het MLI, maar hierover zijn geen afspraken gemaakt.

Zoals eerder genoemd is de PPT erg algemeen en kan deze daarom onduidelijk en niet-toegankelijk zijn voor belastingplichtigen. De Staatssecretaris van Financiën heeft meer duidelijkheid geschapen door aansluiting te zoeken bij bestaande antimisbruikbepalingen. Daarnaast kunnen belastingplichtigen meer duidelijkheid krijgen door zekerheid vooraf te vragen bij de Belastingdienst in de vorm van een ruling. Hiervoor moet voortaan wel worden voldaan aan de nieuwe voorwaarden.

- Evenredigheid

Het MLI is naar mijn mening een evenredig instrument. Het heeft zijn nadelen omdat het zorgt voor meer complexiteit bij het lezen van bilaterale belastingverdragen, maar het is een instrument dat effectief kan zijn in de strijd tegen treaty shopping. Het MLI is nu vooral effectief op de verplichte onderdelen. In de toekomst kan worden besloten om meerdere onderdelen verplicht te stellen om zo het nadeel van de mismatches tussen verdragsstaten te verkleinen. Hiervoor is internationale consensus nodig over deze onderdelen.

Bij de PPT speelt de afweging tussen doelmatigheid en rechtszekerheid. De open norm van de PPT is doelmatig omdat treaty shopping niet gedefinieerd is tot specifieke situaties en belastingplichtigen er daarom niet 'omheen kunnen structureren'. Omdat is gekozen voor een open norm zijn belastingplichtigen niet meer zeker of ze gebruik kunnen maken van verdragsvoordelen. Wanneer de PPT van toepassing is kan dit leiden tot dubbele heffing over bepaalde inkomsten. Dit kan grote gevolgen hebben voor belastingplichtigen. De rechtsonzekerheid wordt bij de implementatie van de PPT door Nederland verminderd omdat de Staatssecretaris van Financiën heeft verklaard dat de systematiek van reeds bestaande Nederlandse antimisbruikbepalingen wordt gehanteerd. Hierdoor weten belastingplichtigen iets beter waar ze aan toe zijn. De rechtszekerheid onder de PPT blijft echter een heikel punt.

6.3 Vergelijking met (conditionele) bronheffingen

6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf zal op grond van de kwaliteitseisen de vergelijking worden gemaakt tussen BEPS actiepunten 5, 6 en 15 en twee voorstellen van een conditionele bronheffing van hoofdstuk 4.

Ten eerste hebben de BEPS actiepunten 5, 6 en 15 ten opzichte van een conditionele bronheffing een groot voordeel op het gebied van implementatie. Op grond van de actiepunten worden en zijn reeds belastingwetten aangepast in de OECD-lidstaten en in andere meewerkende staten. Ook de EU heeft actie ondernomen in de vorm van richtlijnen en gedragscodes naar aanleiding van de BEPS actiepunten. Er bestaat nog geen internationaal voorstel voor een conditionele bronheffing en het is nog maar de vraag of de internationale steun voor dat voorstel even groot zal zijn als de steun die nu bestaat voor de BEPS actiepunten. De BEPS actiepunten zijn echter voortgekomen uit een langlopend proces waar

ook niet meteen steun voor was.³⁰⁷ Als een conditionele bronheffing voorgesteld zou worden zou eenzelfde langlopend proces beginnen. Om zuiver te toetsen op de effectiviteit van de maatregel zelf wordt daarom met dit verschil geen rekening gehouden in de vergelijking. In de conclusie zal wel terugkomen of een eventueel voordeel van een conditionele bronheffing opweegt tegen het voordeel dat de BEPS actiepunten al voor een groot deel zijn geaccepteerd en geïmplementeerd.

6.3.2 Vergelijking

6.3.2.1 *Rechtmatigheid en verwerkelijking van rechtsbeginselen*

Het wetsvoorstel voor een conditionele bronbelasting op dividenden (en later op rente en royalty's) is niet in strijd met de EU-vestigingsvrijheid. Er is echter wel een grote kans op treaty override wanneer Nederland bronheffing gaat inhouden op grensoverschrijdende betalingen waar dit niet zou zijn gebeurd ten tijde van het afsluiten van het verdrag met de ontvangstaat. Het heffingsrecht wordt op die manier naar Nederland toegetrokken.

Ook het voorstel voor een conditionele bronheffing van Vleggeert en Vording is niet in strijd met het EU-recht. Wel is er sprake van rechtsonzekerheid omdat de vrijstelling wordt bepaald aan de hand van het effectieve tarief en niet duidelijk is hoe dit tarief precies wordt berekend. Dit kan worden opgelost door een lijst met laagbelastende jurisdicties te publiceren zoals in het wetsvoorstel.

Actiepunt 5 met betrekking tot de nexus approach voor preferentiële regimes is rechtmatig en niet in strijd met de rechtsbeginselen. Hetzelfde geldt voor actiepunt 5 met betrekking tot de automatische uitwisseling van rulings. De rechtsbescherming bij geschillen met buitenlandse belastingautoriteiten is complexer, maar dit wordt niet veroorzaakt door de uitwisseling van rulings.

Dit criterium ligt bij actiepunt 6 en 15 gevoeliger. Dit geldt niet zo zeer voor het MLI zelf, maar wel voor de PPT als antimisbruikmaatregel. De PPT is een open norm en veroorzaakt daarom rechtsonzekerheid voor belastingplichtigen. Dit is vooral van belang omdat de gevolgen van toepassing van de PPT, dubbele heffing over bepaalde inkomens, groot kunnen zijn voor belastingplichtigen. Bij de LOB krijgen belastingplichtigen meer rechtszekerheid omdat deze in meer detail uitgewerkt is. De LOB moet echter altijd in combinatie met de PPT of een antidoorstroombepaling worden ingevoerd. De OECD heeft geen mogelijke antidoorstroombenadering uitgewerkt en deze mogelijkheid is ook niet overwogen door Nederland. Door de keuze voor de PPT wordt een deel van de rechtszekerheid ingeleverd voor de effectiviteit van de antimisbruikbepaling.

6.3.2.2 *Doeltreffendheid en doelmatigheid*

Het wetsvoorstel voor een conditionele bronheffing is doeltreffend als het gaat om het aanpakken van Nederland als doorsluisland. Het voorstel is alleen niet doeltreffend als het gaat om de aanpak van BEPS. Omdat geen rekening wordt gehouden met de afwezigheid van bronheffingen in andere (EU-)staten, zullen dividenden, rente en royalty's nog steeds onbelast kunnen worden weggesluisd naar laagbelastende landen. Dit kan alleen niet meer via Nederland, maar wel via andere lidstaten zonder bronheffing, bijvoorbeeld via Hongarije, Noorwegen of Luxemburg (zie paragraaf 3.2.3). Daarnaast is het de vraag of BEPS via Nederland voldoende wordt aangepakt met dit voorstel. Het tarief van 9% dat geldt als

³⁰⁷ Bijvoorbeeld in Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, nr. IZV/2015/936 U, waarin de Staatssecretaris van Financiën reageert op de zorgen van het kabinet over de invloed die implementatie van de BEPS actiepunten zou kunnen hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat.

laagbelastend is relatief laag. Bovendien gaat het om een statutair tarief. Betalingen die effectief niet worden belast in een ontvangstland met een statutair tarief boven de 9%, zullen niet worden belast met bronheffingen.

Het voorstel van Vleggeert en Vording is erg doeltreffend en doelmatig als het zo uitwerkt als zij beargumenteren. Er kan zelfs een internationaal minimumtarief ontstaan voor de winstbelasting naar aanleiding van dit voorstel. Er zijn echter een aantal beperkingen aan het voorstel die Vleggeert en Vording niet (genoeg) lijken te zien. Voor een aanpassing van de rente en royalty-richtlijn is unanimititeit nodig binnen de EU. Vervolgens moeten alle belastingverdragen van de EU-lidstaten worden heronderhandeld. Dit kan eventueel via het MLI, maar ook daarvoor is internationale consensus nodig. Vervolgens moeten niet-EU-landen dit gaan volgen en ook allemaal bronheffingen in gaan voeren en hun belastingverdragen aanpassen. Als de EU en een aantal invloedrijke OECD-landen achter dit voorstel komen te staan, is naar mijn mening de kans groot dat het voorstel zal slagen. Het is echter de vraag of dit voorstel überhaupt geaccepteerd zal worden binnen de EU. Tot slot kiezen Vleggeert en Vording ervoor om dividenden niet onder de bronheffing te laten vallen. Hierdoor kunnen alsnog ontgaansstructuren worden opgezet door middel van dividenden.

Het stellen van de eis van economische nexus voor de toepassing van een preferentieel regime is erg doeltreffend omdat wordt aangesloten bij de kosten die zijn gemaakt voor een immaterieel activum. De nieuwe eisen kunnen zelfs leiden tot overkill. Belastingplichtigen moeten rekening gaan houden met de nieuwe eisen in hun overwegingen voor het aanvragen van een patent.

De automatische uitwisseling van rulings is erg doelmatig omdat belastingautoriteiten internationaal meer zicht krijgen op de structuren en transacties van belastingplichtigen. Er moet echter wel rekening mee worden gehouden dat te veel transparantie averechts kan werken omdat een risico op het uitlekken van bedrijfsgeheimen ertoe kan leiden dat belastingplichtigen geen gebruik meer zullen maken van de rulingpraktijk.

Het MLI zelf is vooral doeltreffend op de verplichte onderdelen. Op de andere onderdelen zorgen mismatches tussen verdragsstaten er vaak voor dat een regeling geen toepassing vindt. Klassieke verdragsonderhandelingen lijken dan effectiever. De PPT is erg doeltreffend omdat treaty shopping niet wordt gedefinieerd en er dus niet 'om de bepaling heen kan worden gestructureerd'. Daarnaast zullen belastingplichtigen geen procedures willen en dus kan de PPT als verbodsbepaling functioneren of leiden tot meer inzicht door de aanvraag van zekerheid vooraf. Nadeel van de open norm van de PPT is dat verdragsstaten de regeling verschillend kunnen interpreteren. Hierdoor kunnen geschillen ontstaan tussen verdragsstaten.

6.3.2.3 *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*

Het wetsvoorstel voor een conditionele bronheffing zal voor invorderingsproblemen zorgen bij de Belastingdienst en meer belastingplichtigen zullen behoefte hebben aan vooroverleg. Het voorstel is echter uitvoerbaar bevonden omdat de groep belastingplichtigen die geraakt zal worden relatief klein is.³⁰⁸

De uitvoerbaarheid van het voorstel van Vleggeert en Vording is afhankelijk van consensus binnen de EU voor de aanpassing van een wetsvoorstel en internationale consensus voor het

³⁰⁸ Kamerstukken II, Bijlage: Uitvoeringstoetsen wet bronbelasting 2020, 35 028 nr. 3, p. 6.

aanpassen van belastingverdragen en het ook implementeren van bronbelastingen. Het is de vraag of dit allemaal haalbaar is.

Het invoeren van economische nexus als criterium voor toepassing van de innovatiebox maakt toepassing van de innovatiebox complexer en intensiever voor de Belastingdienst. De hoeveelheid vooroverleg zal hetzelfde blijven, maar de Belastingdienst zal meer en gedetailleerder informatie moeten gaan beoordelen.

Het automatisch uitwisselen van rulings is goed uitvoerbaar omdat reeds bestaande IT-systemen kunnen worden gebruikt.

De PPT is voor Nederland goed uitvoerbaar omdat aansluiting wordt gezocht bij reeds bestaande antimisbruikbepalingen waar de Belastingdienst al bekend mee is.

6.3.2.4 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Het wetsvoorstel voor een conditionele bronbelasting is eenvoudig en duidelijk voor belastingplichtigen doordat een lijst is opgesteld met landen die kwalificeren als laagbelastende landen. Hierdoor weten belastingplichtigen precies over welke betalingen de bronheffing wordt ingehouden. De enige situatie die complex en daarom onduidelijk voor belastingplichtigen kan zijn is wanneer wordt geheven over vervreemdingswinsten in misbruiksituaties. De vervreemding van aandelen bij een tussenhoudster in een ander land kan dan leiden tot heffing bij de indirecte aandeelhouder in Nederland. De kans bestaat dat belastingplichtigen hier geen rekening mee houden.

Het voorstel van Vleggeert en Vording sluit aan bij het effectieve tarief. Dit kan zorgen voor onduidelijkheid omdat niet duidelijk is hoe dit effectieve tarief precies wordt berekend. Dit kan worden voorkomen door net als in het wetsvoorstel een lijst met laagbelastende staten te publiceren.

De eis van voldoende economische nexus voor toepassing van preferentiële regimes is erg complex. Daarnaast is moeilijk vast te stellen of er voldoende verband is tussen de gemaakte kosten en een immaterieel activum. Hierdoor is de innovatiebox slecht toegankelijk voor belastingplichtigen zonder fiscaal adviseur.

Het automatisch uitwisselen van rulings brengt geen extra complexiteit met zich mee voor belastingplichtigen, de door Nederland toegevoegde eis van economische nexus voor het aanvragen van een rulling daarentegen wel. De rullingpraktijk wordt door deze eis minder toegankelijk voor belastingplichtigen.

Het MLI maakt het lezen van een belastingverdrag aanzienlijk complexer. Naast het reguliere belastingverdrag moeten ook de MLI-ondertekeningen van beide verdragsluitende staten worden gelezen en moet gecontroleerd worden of de gemaakte keuzes overeenkomen. Dit maakt belastingverdragen onduidelijker voor belastingplichtigen. Ook de open norm van de PPT is complex en zorgt voor onzekerheid.

6.3.2.5 Evenredigheid

Zowel het wetsvoorstel voor een conditionele bronheffing als het voorstel van Vleggeert en Vording zijn evenredig. Er wordt rekening gehouden met de heffing in de ontvangststaat waardoor geen of weinig ongewenste dubbele heffing zal plaatsvinden. Daarnaast zijn beide voorstellen duidelijk waardoor de rechtszekerheid gerespecteerd wordt. Het laatste voordeel is dat geen sprake is van een complexe regeling of samenstel van regelingen om BEPS te

voorkomen. Het probleem van BEPS bij grensoverschrijdende betalingen wordt bij de bron aangepakt door zeker te stellen dat altijd ergens wordt geheven over de geldstromen.

De nexus approach voor de toepassing van preferentiële regimes maakt de regelingen complex en kan leiden tot overkill, maar stelt wel zeker dat slechts gebruik gemaakt kan worden van het regime in de gevallen waarvoor het regime bedoeld is. Omdat slechts gebruik kan worden gemaakt van een preferentieel regime wanneer het activum in het land zelf is ontwikkeld, kan niet worden geschoven met immateriële activa om een belastingvoordeel te behalen.

De automatische uitwisseling van internationale rulings met andere belastingautoriteiten is doelmatig en heeft weinig bijkomende nadelen voor belastingplichtigen. Wanneer te veel informatie wordt gedeeld is dit niet terug te draaien. Naar mijn mening zou dit echter geen groot probleem moeten zijn, er van uitgaande dat de Belastingdienst zorgvuldig omgaat met de gegevens van belastingplichtigen.

Het MLI is evenredig. Het lezen van belastingverdragen is minder eenvoudig geworden, maar dit wordt opgelost door de ontwikkeling van tools die het MLI overzichtelijker moeten maken.³⁰⁹ Het MLI is doelmatig, vooral op de verplichte punten. Hierdoor is het een erg nuttig instrument voor in de toekomst waarin eventueel meer of nieuwe onderdelen verplicht gesteld zullen worden. De PPT heeft daarentegen grote nadelen voor belastingplichtigen door de rechtsonzekerheid die het met zich meebrengt. De PPT is een erg doeltreffend instrument voor het tegengaan van treaty shopping door de vormgeving. De open norm heeft echter als nadeel dat verdragsstaten de PPT verschillend kunnen interpreteren waardoor de PPT weer minder doeltreffend zal zijn.

6.4 Conclusie

Uit de vergelijking in dit hoofdstuk blijkt dat de verschillende maatregelen om BEPS te voorkomen allemaal hun eigen nadelen hebben voor belastingplichtigen. Naar mijn mening is het wetsvoorstel voor een conditionele bronbelasting zoals door de regering gepubliceerd op Prinsjesdag 2018 niet geschikt om BEPS te voorkomen. Er wordt alleen gezorgd dat doorsluisconstructies niet meer via Nederland zullen lopen, maar BEPS zelf wordt niet aangepakt. Bovendien is het de vraag of de voorwaarden van de wet wel streng genoeg zijn om doorsluisconstructies via Nederland te voorkomen.

Het voorstel voor een conditionele bronheffing van Vleggeert en Vording is niet complex of onduidelijk en lijkt het probleem van BEPS bij de bron aan te pakken. Groot nadeel van dit voorstel is echter de uitvoering. Hiervoor is grote internationale consensus nodig. Wanneer deze consensus niet wordt gevonden, zal het voorstel niet toepasbaar zijn in de strijd tegen BEPS omdat implementatie in Nederland zonder internationale afspraken hetzelfde zal uitpakken als het wetsvoorstel.

De uitkomsten van de BEPS actiepunten zijn veelal complex of schenden de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Hierdoor zijn deze actiepunten echter wel effectief in de strijd tegen BEPS. In de afweging tussen complexiteit en zekerheid tegenover doelmatigheid lijkt steeds te zijn gekozen voor doelmatigheid. Dit maakt de belastingwet echter steeds moeilijker te begrijpen voor belastingplichtigen. Naar mijn mening is deze keuze dus niet helemaal terecht. Groot voordeel van de BEPS actiepunten is echter dat er internationale consensus over bestaat

³⁰⁹ De OECD is op dit moment bezig met het ontwikkelen van een database waarmee zichtbaar wordt hoe het MLI bepaalde belastingverdragen aanpast. De eerste versie van deze database is al te gebruiken op: <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>.

en dat ze breed worden geïmplementeerd. Daarom zijn de BEPS actiepunten (voor nu) een goede manier om BEPS aan te pakken.

Hoofdstuk 7 Conclusie

De probleemstelling die in dit onderzoek centraal stond is:

Hoe kan base erosion en profit shifting verminderd worden door het gebruik van bronbelastingen en is dit een goed alternatief voor andere maatregelen voorgesteld in de OECD BEPS actiepunten?

Deze probleemstelling is behandeld in vijf hoofdstukken. Hoofdstuk 2 ziet op de belasting van bedrijfsinkomsten en belastingontwijking. Bedrijfsinkomsten worden in Nederland belast door middel van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het belasten van bedrijfsinkomsten heeft een aantal nadelen en voordelen. De nadelen van het belasten van bedrijfsinkomsten zijn onder andere de beïnvloeding van de economische beslissingen van bedrijven en een inbreuk op de vrije marktwerking. Belastingheffing verstoort de efficiënte allocatie van productiefactoren, omdat bedrijven de productiefactoren zo gaan verdelen dat minder belasting verschuldigd is. Daarnaast wordt een groot deel van de belasting op bedrijfsinkomsten afgewenteld op de achterliggende personen. Tot slot kan het heffen van een belasting op bedrijfsinkomsten slecht zijn voor de economie van een land, omdat bedrijven ervoor kunnen kiezen om zich te vestigen in een ander land met een lagere belasting. Een voordeel van het heffen van een belasting op bedrijfsinkomsten is dat deze belasting kan functioneren als een voorheffing op de inkomstenbelasting en ook heffing over de inkomsten van buitenlandse investeerders mogelijk maakt. Daarnaast kan een deel van de winst van bedrijven worden wegbelast zonder de economische beslissingen te beïnvloeden. Dit deel heet de overwinst. Bedrijven behalen deze winst onafhankelijk van de beslissingen die ze maken, bijvoorbeeld door schaalvoordelen.

Het heffen van een belasting op bedrijfsinkomsten veroorzaakt een kostenpost bij bedrijven. Om de winst te maximaliseren zullen bedrijven deze kostenpost willen minimaliseren. MNO's doen dit door middel van tax planning, waarbij de productiefactoren zo over verschillende landen worden verdeeld dat minder belasting is verschuldigd. Deze base erosion and profit shifting of belastingontwijking krijgt steeds meer publiciteit in de samenleving, de media en de politiek. Overheersende gedachte in deze discussie lijkt te zijn dat alle belastingplichtigen hun 'fair share' moeten betalen. Wat het betekent dat MNO's hun fair share moeten betalen blijft echter onduidelijk. Aan de andere kant van deze discussie staan de voorstanders van een voordelig fiscaal vestigingsklimaat. Dit zou goed zijn voor de Nederlandse economie omdat meer bedrijven zich dan in Nederland zullen vestigen. De belastingdruk voor MNO's in Nederland moet daarom niet hoger worden dan in andere landen. Als dit wel het geval is zullen MNO's zich verplaatsen naar deze landen.

Door een gecoördineerde aanpak van BEPS kan het nadelige effect van het aanpakken van belastingontwijking op het fiscale vestigingsklimaat worden beperkt. Wanneer landen BEPS samen aanpakken en overal de belastingdruk voor MNO's op dezelfde manier wordt verhoogd, kunnen de MNO's geen voordeel behalen door zich te verplaatsen naar een ander land dat participeert aan de BEPS actiepunten. Deze gecoördineerde aanpak is onder andere terug te zien in het OECD BEPS actieplan en de EU ATAD. Het OECD BEPS actieplan bestaat uit 15 actiepunten die een samenstel van regelingen vormen. Met dit samenstel van regelingen moet BEPS worden verminderd of zelfs worden voorkomen.

In hoofdstuk 3 is uiteengezet wat een bronbelasting is en hoe bronbelastingen worden ingezet. Een andere mogelijkheid voor het verminderen van BEPS is door het heffen van een

bronbelasting. Bronbelastingen worden bij uitgaande betalingen geheven in de bronstaat. Over het algemeen worden bronbelastingen ingehouden over dividend-, rente- en royaltybetalingen. Bijna alle OECD-lidstaten heffen een bronbelasting op een of meer van deze betalingen. In Nederland wordt alleen bronbelasting geheven over dividenden in de Wet op de dividendbelasting 1965. De heffing van bronbelastingen bij betalingen tussen verbonden lichamen wordt echter vaak beperkt. Deze beperkingen bevinden zich in de EU moederdochterrichtlijn, de EU rente- en royaltyrichtlijn en in bilaterale belastingverdragen.

In hoofdstuk 4 worden de verschillende manieren om bronbelastingen in te zetten tegen BEPS geanalyseerd. Hierbij zijn het voorstel in het Belastingplan 2019 en het voorstel van Vleggeert en Vording bekeken. Ondanks het Nederlandse beleid om geen bronbelasting in te houden op rente en royalty's is in het Belastingplan 2019 voorgesteld om een conditionele bronheffing te introduceren op dividenden, rente en royalty's. Dit plan maakte deel uit van het initiële plan om de dividendbelasting af te schaffen. Ondanks dat deze afschaffing niet doorgaat, is het plan om een conditionele bronbelasting in te voeren in stand gebleven. Deze belasting moet alleen worden geheven bij betalingen aan 'low tax jurisdictions' en in misbruiksituaties met een kunstmatige tussenhouder. Van een low tax jurisdiction is sprake bij een statutair belastingtarief op bedrijfsinkomsten van lager dan 9%. Het tarief van de conditionele bronbelasting wordt gelijkgesteld aan het tarief van de vennootschapsbelasting. Op dit voorstel kwam veel kritiek. Ten eerste was er kritiek op de definitie van een low tax jurisdiction. Een statutair tarief van 7% (het initiële voorstel) zou te laag zijn in vergelijking met andere antimisbruikregelingen in de Nederlandse wetgeving. Daarnaast zou het onjuist zijn dat wordt uitgegaan van het statutaire tarief in plaats van het effectieve tarief. Betalingen die door bepaalde aftrekposten of speciale regelingen effectief niet of nauwelijks worden belast in een land met een statutair tarief van 9% of hoger worden niet belast onder de conditionele bronbelasting. Er kwalificeren daardoor te weinig landen als low tax jurisdiction. Ten tweede wordt in het voorstel geen rekening gehouden met de afwezigheid van bronbelastingen in andere landen. Bedrijven kunnen de conditionele bronbelasting daarom eenvoudig ontwijken door de betalingen door een entiteit in een ander land te laten doen, waar geen bronbelasting wordt ingehouden of waar sprake is van een voordelig belastingverdrag. Op deze manier wordt BEPS via Nederland als doorsluisland wel voorkomen, maar wordt het probleem alleen verschoven naar andere landen. Ten slotte is het de vraag of Nederland de conditionele bronbelasting wel zal kunnen effectueren. Bij grensoverschrijdende betalingen wordt rekening gehouden met het bilaterale belastingverdrag zoals het is gesloten voor de invoering van de conditionele bronbelasting. Door de nieuwe bronbelasting trekt Nederland het heffingsrecht naar zich toe, waar dit ten tijde van het ontstaan van het verdrag niet het geval was. Er kan dan sprake zijn van treaty override, waardoor Nederland niet mag heffen. Dit voorstel is dus niet effectief in de internationale aanpak van BEPS.

Een alternatieve manier om bronbelastingen te gebruiken tegen BEPS wordt voorgesteld door Vleggeert en Vording. Zij stellen een algemene bronbelasting op rente en royalty's voor. Deze bronbelasting moet conditioneel gemaakt worden door het aanpassen van bilaterale belastingverdragen. In de verdragen moet de vrijstelling of vermindering van bronbelasting alleen van toepassing worden verklaard wanneer de betaling voldoende belast wordt in de ontvangstaat. Vleggeert en Vording stellen hiervoor een minimale effectieve heffing van 10% voor. Deze conditionele bronbelasting kan alleen worden geëffectueerd door middel van een aanpassing van de EU rente- en royaltyrichtlijn. In de richtlijn moet worden opgenomen dat geen vrijstelling van bronbelasting wordt verleend wanneer de betaling niet voldoende wordt belast in de ontvangstaat. Daarnaast moet een bepaling worden opgenomen in de richtlijn die het verplicht stelt voor EU-lidstaten om bronbelasting in te houden op rente en royalty's.

De implementatie van dit voorstel zou volgens Vleggeert en Vording zelfs kunnen leiden tot een internationale minimale heffing van 10%. Vleggeert en Vording houden hierbij echter (te) weinig rekening met de complexiteit van het aanpassen van de EU rente- en royaltyrichtlijn en de bilaterale belastingverdragen. Voor de aanpassing van EU richtlijnen is namelijk unanimititeit van alle EU lidstaten nodig. Om dit voorstel te effectueren moeten alle lidstaten dus geloven in de effectiviteit van het voorstel en moeten alle lidstaten een bronbelasting op rente en royalty's willen invoeren. Het aanpassen van belastingverdragen kan plaatsvinden door het heronderhandelen van alle belastingverdragen van alle EU lidstaten. Dit is een zeer tijdrovend proces. De wijziging kan eventueel worden geïmplementeerd door middel van het MLI, maar ook dit is een complex proces. Tot slot veronderstellen Vleggeert en Vording dat, wanneer het voorstel in de EU is geïmplementeerd, andere landen vanzelf zullen volgen. Ook dit is maar de vraag.

In hoofdstuk 5 zijn de maatregelen tegen BEPS geanalyseerd die zijn vastgelegd in OECD BEPS actiepunten 5, 6 en 15. Door middel van actiepunt 5 probeert de OECD te voorkomen dat winsten worden verplaatst door substance eisen te stellen aan entiteiten voor het gebruik van preferentiële belastingregimes. Deze substance eisen worden ingevuld door middel van de modified nexus approach. Dit betekent dat entiteiten die willen kwalificeren voor een preferentieel regime, daadwerkelijk een economische functie moeten hebben. Dit wordt aangetoond door middel van gemaakte kosten voor zelf voortgebrachte immateriële activa. Deze test is een stuk complexer in vergelijking tot de test die hiervoor werd gehanteerd voor de innovatiebox. Er is daardoor meer rechtsonzekerheid en onduidelijkheid ontstaan voor belastingplichtigen. Daarnaast ziet actiepunt 5 op de automatische uitwisseling van internationale rulings. De belastingautoriteiten van de OECD lidstaten moeten een samenvatting delen van rulings met een internationaal karakter aan het land waarop de ruling betrekking heeft. De Nederlandse overheid heeft ervoor gekozen om nog verder te gaan met het delen van haar rulings. De staatssecretaris heeft het voornemen gedeeld om een geanonimiseerde samenvatting van rulings te publiceren. Daarnaast komen belastingplichtigen alleen nog in aanmerking voor een ruling wanneer ze voldoende economische nexus hebben met Nederland. Dit zorgt voor meer rechtsonzekerheid bij de aanvraag van een ruling. Ook kan het delen en publiceren een afschrikkende werking hebben voor belastingplichtigen. De rullingpraktijk geeft de Belastingdienst meer grip op de fiscale structuur van belastingplichtigen. De belastingdienst kan deze grip verliezen wanneer deze belastingplichtigen geen rulings meer aanvragen door het risico op een buitenlands onderzoek of de publicatie van bedrijfsgeheimen.

BEPS actiepunt 6 streeft ernaar om verdragsvoordelen te weigeren in situaties van oneigenlijk of onbedoeld gebruik van een verdrag. Hiervoor is het volgende voorgesteld: de preambule en considerans van belastingverdragen moeten benoemen dat het verdrag het voorkomen van het ontgaan van belastingen mede ten doel heeft en belastingverdragen moeten een algemene antimisbruikbepaling gaan bevatten. Deze antimisbruikbepaling kan worden vormgegeven als een PPT of een LOB in combinatie met een PPT waardoor alleen inwoners van een staat die daadwerkelijk binding met die staat hebben de verdragsvoordelen kunnen claimen. Nederland heeft gekozen voor de toepassing van alleen de PPT. De manier waarop de PPT wordt uitgelegd door de OECD, geeft de PPT een breder toepassingsbereik dan de huidige Nederlandse antimisbruikbepaling. De Nederlandse overheid heeft er echter voor gekozen om de PPT uit te leggen in overeenstemming met de objectieve en subjectieve toets van de bestaande antimisbruikbepalingen. Dit betekent echter dat alle landen de PPT verschillend kunnen interpreteren. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee voor belastingplichtigen.

BEPS actiepoint 6 kan niet los gezien worden van BEPS actiepoint 15, het invoeren van een multilateraal instrument (hierna: MLI) ter wijziging van bilaterale belastingverdragen. De voorgestelde wijzigingen van actiepoint 6 kunnen door middel van het MLI worden doorgevoerd in bilaterale belastingverdragen. Daarnaast bevat het MLI een aantal andere specifieke bepalingen tegen verdragsmisbruik. Het MLI is een effectieve manier van het implementeren van de OECD BEPS actiepunten in belastingverdragen. Dit geldt vooral voor de verplichte onderdelen voor het MLI. De niet verplichte onderdelen kunnen niet worden toegepast wanneer verdragsstaten een verschillende keuze maken. Het MLI biedt geen onderhandelingsmogelijkheden, waardoor geen compromissen kunnen worden gesloten zoals bij het sluiten van het verdrag. Dit maakt het MLI minder efficiënt.

In hoofdstuk 5 is de mogelijkheid om een bronheffing in te zetten tegen BEPS vergeleken met OECD BEPS actiepunten 5, 6 en 15. De twee mogelijkheden om bronbelastingen in te zetten tegen BEPS en de OECD BEPS actiepunten zijn getest aan de kwaliteitseisen voor overheidsop treden die zijn opgenomen in de nota zicht op wetgeving. De uitkomst van deze toetsing is opgenomen tabel 2.

Tabel 2.

Conditionele bronbelasting wetsvoorstel	
Rechtmatigheid en verwerkelijking rechtsbeginselen	Kans op treaty override en daarom in strijd met het rechtsbeginselen van de goede verdragstrouw.
Doeltreffendheid en doelmatigheid	Door treaty override kan misschien niet worden geheven. Er wordt geen rekening gehouden met de afwezigheid van bronbelastingen in andere landen. Door 'om Nederland heen te structureren' is BEPS door middel van dividend-, rente- en royaltybetalingen via andere landen nog steeds mogelijk.
Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	Invorderingsproblemen en meer vooroverleg gewenst, maar uitvoerbaar door kleine groep belastingplichtigen.
Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Kan onduidelijk zijn bij heffing in Nederland in misbruiksituaties met een tussenhouder, waarbij in Nederland feitelijk niets gebeurt.
Evenredigheid	Kleine kans op dubbele heffing dus evenredig.
Conditionele bronbelasting voorstel Vleggeert en Vording	
Rechtmatigheid en verwerkelijking rechtsbeginselen	Geen strijd met EU-vrijheden, geen staatssteun, verhoogde rechtszekerheid.
Doeltreffendheid en doelmatigheid	Effectief tegen internationale BEPS, wanneer internationale steun wordt gevonden voor het voorstel. Of dit mogelijk is, is onduidelijk.
Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	Het is waarschijnlijk lastig om unanimiteit te krijgen voor het aanpassen van de EU rente- en royaltyrichtlijn. Daarnaast is het aanpassen van bilaterale belastingverdragen een langdurig en complex proces.

Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	Niet complex of onduidelijk voor belastingplichtigen als duidelijk wordt vastgesteld hoe het effectieve tarief van 10% wordt berekend.
Evenredigheid	Kleine kans op dubbele heffing dus evenredig.
OECD BEPS actiepunt 5	
Rechtmatigheid en verwerking rechtsbeginselen	- De nexus approach voor preferentiële regimes is niet in strijd met het EU-recht, geen staatssteun. - De uitwisseling van rulings is rechtmatig. Complexiteit in de geschilbeslechting wordt niet veroorzaakt door actiepunt 5.
Doeltreffendheid en doelmatigheid	- De nexus approach is effectief omdat wordt aangesloten bij de kosten die worden gemaakt voor een immaterieel actief. De strenge voorwaarden kunnen echter wel leiden tot overkill wanneer grote belastingplichtigen met R&D werkzaamheden, maar zonder patent geen gebruik kunnen maken van een preferentieel regime. - De uitwisseling van rulings is doeltreffend omdat belastingautoriteiten meer inzicht krijgen in structuren van buitenlandse belastingplichtigen. Te veel transparantie kan echter averechts werken. Wanneer belastingplichtigen geen rulings meer aanvragen door de verhoogde transparantie verdwijnt dit inzicht.
Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	- Even handhaafbaar als de innovatiebox voor de wijziging. Alleen het vooroverleg is complexer geworden. - Het uitwisselen van rulings is goed uitvoerbaar omdat bestaande IT-systemen kunnen worden gebruikt.
Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	- Toepassing van de innovatiebox is door de nexus approach complexer geworden. Dit zorgt voor rechtsonzekerheid onder belastingplichtigen. - Het delen van rulings verandert de complexiteit voor belastingplichtigen niet. Het invoeren van de nexus approach voor rulings door de Nederlandse overheid echter wel. Dit criterium zorgt voor rechtsonzekerheid omtrent het in aanmerking komen voor een ruling.
Evenredigheid	- Evenredig door haar effectiviteit, maar wel te complex. - Het uitwisselen van rulings heeft geen bijkomende nadelen voor belastingplichtigen en is dus evenredig.
OECD BEPS actiepunt 6 en 15	
Rechtmatigheid en verwerking rechtsbeginselen	De PPT kan zorgen voor rechtsonzekerheid omdat sprake is van een open norm waaronder snel sprake is van misbruik. De Nederlandse invulling maakt de PPT iets minder breed toepasbaar. Ondanks dat de Nederlandse invulling de rechtsonzekerheid vermindert, zorgt deze vrije invulling ook voor meer

	rechtsonzekerheid. Wanneer staten de PPT verschillend interpreteren weten belastingplichtigen niet waar ze aan toe zijn.
Doeltreffendheid en doelmatigheid	De PPT is erg effectief door haar algemene bewoording en omdat het een verplicht onderdeel van het MLI is. Door de verschillende interpretatiemogelijkheden van staten wordt de PPT echter weer minder effectief. Wanneer landen de PPT verschillend interpreteren, kan een geschil ontstaan dat moet worden beslecht. Het MLI is vooral doeltreffend met betrekking tot de verplichte onderdelen. Veel niet verplichte onderdelen vinden geen toepassing omdat landen vaak verschillende keuzes hebben gemaakt. Hierover kan niet worden onderhandeld.
Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	De handhaafbaarheid van de PPT is goed, omdat aansluiting wordt gezocht bij bestaande antimisbruikbepalingen.
Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	De Nederlandse invulling van de PPT maakt de PPT duidelijk voor belastingplichtigen. De MLI is echter niet eenvoudig. Belastingverdragen moeten nu worden gelezen in combinatie met het MLI. Dit maakt verdragen moeilijker leesbaar voor belastingplichtigen.
Evenredigheid	Het MLI is een evenredig instrument. Het maakt belastingverdragen minder leesbaar, maar is effectief in het implementeren van de (verplichte onderdelen van) de BEPS actiepunten. De PPT brengt rechtsonzekerheid met zich mee door de algemene bewoording, het brede toepassingsbereik en de verschillende interpretatiemogelijkheden van lidstaten. Het is echter wel een erg effectief instrument in de strijd tegen treaty shopping. De doelmatigheid van de PPT heeft de overhand gekregen over het nadeel van de rechtsonzekerheid.

Uit tabel 2 is af te lezen dat de OECD BEPS actiepunten hoog scoren op de doelmatigheid van de regelingen. Dit wordt deels bewerkstelligd door een breed toepassingsbereik. Door regelingen en antimisbruikbepalingen breed op te zetten ontstaat echter ook snel rechtsonzekerheid. Het niet volledig afbakenen van een regeling met geobjectiveerde criteria zorgt ervoor dat belastingplichtigen niet eenvoudig kunnen bepalen of de regeling op hen van toepassing is. Om te voorkomen dat de belastingplichtige onder een regeling valt (of om hiervoor juist te zorgen zoals bij de innovatiebox) kan hij niet de grenzen van de regeling opzoeken omdat deze grenzen niet volledig afgebakend zijn. In plaats daarvan zal een belastingplichtige ver van deze grenzen willen blijven om niet het risico te lopen om geen gebruik te kunnen maken van de innovatiebox of om onder de PPT te vallen en dus geen gebruik te kunnen maken van de voordelen van een belastingverdrag. Deze bepalingen kunnen daarom werken als een verbodsbepaling tegen ongewenst gedrag, zoals BEPS. Het

rechtsbeginsel van rechtszekerheid krijgt in deze regelingen geen voorrang omdat de regelingen zo doelmatiger zijn dan bij een duidelijke afbakening van de regelingen.

Aan de hand van deze analyse is een antwoord op de volgende probleemstelling gevonden:

Hoe kan base erosion en profit shifting verminderd worden door het gebruik van bronbelastingen en is dit een goed alternatief voor andere maatregelen voorgesteld in de OECD BEPS actiepunten?

Een (conditionele) bronbelasting op dividenden, rente en royalty's zoals voorgesteld door Vleggeert en Vording kent de problematiek van rechtsonzekerheid van de OECD BEPS actiepunten niet. Het conditionele gedeelte van de bronbelasting moet hiervoor echter wel duidelijk vastgelegd zijn, bijvoorbeeld zoals is gedaan in de lijst met 'low tax jurisdictions' bij het wetsvoorstel voor een conditionele bronbelasting. Wanneer dit is vastgelegd weten belastingplichtigen waar ze aan toe zijn wanneer ze een grensoverschrijdende dividend-, rente- of royaltybetaling doen. Een conditionele bronbelasting stelt zeker dat deze betalingen altijd ergens worden belast, ongeacht de uiteindelijke ontvangststaat. Wanneer deze betalingen aan laagbelastende landen worden belast in de bronstaat op basis van de heffing in de ontvangststaat kan dit voor de ontvangststaat een reden zijn om toch meer belasting te gaan heffen. Betalingen aan deze laagbelastende landen worden dan minder aantrekkelijk, omdat ze toch belast worden. Als deze belastingen vervolgens toch belast worden, is het voor een laagbelastende ontvangststaat aantrekkelijker om deze belasting zelf te heffen omdat het land dan zelf profiteert van de belastingontvangsten. Dit ontmoedigt BEPS door MNO's en kan dus een goed alternatief vormen voor de OECD BEPS actiepunten.

Om deze conditionele bronbelasting te bewerkstelligen is echter internationale consensus nodig over de effectiviteit en de noodzaak van zo'n heffing. Het voorstel van Vleggeert en Vording om de EU rente- en royaltyrichtlijn en bilaterale belastingverdragen aan te passen is een goede eerste stap naar een effectieve conditionele bronbelasting. Het is echter de vraag of deze eerste stap haalbaar is. Vervolgens is het de vraag of de minimale heffing, zoals Vleggeert en Vording hem noemen, inderdaad internationaal wordt aangenomen.

Voordeel van de BEPS actiepunten ten opzichte van het voorstel van een bronbelasting, is dat deze het internationale proces van discussies al doorlopen hebben. De BEPS actiepunten worden al in veel landen geïmplementeerd, ondanks de rechtsonzekerheid en complexiteit die de actiepunten met zich meebrengen. De 15 BEPS actiepunten vormen een samenstel van complexe regelingen die samen BEPS moeten verminderen. Al deze verschillende regelingen maken het nationale en internationale belastingrecht aanzienlijk complexer. De kwaliteitseisen voor goede wetgeving van rechtszekerheid, eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid lijken hierdoor een steeds kleinere rol te spelen. Het alternatief van een conditionele bronheffing die moet zorgen voor een internationale minimumheffing lijkt hiervoor een goede oplossing. Het is echter de vraag of de internationale consensus hiervoor haalbaar is. Het opstellen van de BEPS actiepunten is een langdurig proces geweest. Eenzelfde soort proces zou moeten worden opgestart voor een conditionele bronbelasting. Het is de vraag of de nadelen van de complexiteit en rechtsonzekerheid van de OECD BEPS actiepunten opweegt tegen de nadelen van het opnieuw opstarten van het proces van internationale discussie voor een nieuwe oplossing voor BEPS. Wanneer weinig waarde wordt gehecht aan de nadelen van de OECD BEPS actiepunten, zal weinig behoefte bestaan aan een nieuwe oplossing.

Tot slot komt de complexiteit van de OECD BEPS actiepunten deels voort uit de complexiteit van het (internationale) fiscale systeem. Een internationale minimumheffing die wordt gecreëerd door een conditionele bronbelasting, biedt geen oplossing voor bijvoorbeeld de problematiek van de belasting van de digitale economie en hybride structuren die voortkomen uit de mismatches tussen het nationale recht. Om deze problematiek zonder complexe maatregelen bij de bron aan te pakken is een herziening van het complete internationale belastingrecht nodig. Een conditionele bronbelasting op dividenden, rente en royalty's zou in deze herziening een effectieve maatregel zijn tegen tax planning door middel van grensoverschrijdende betalingen aan laagbelastende landen.

7 Literatuur

Artikelen

- A.W.A. Boot, *De financieringstheorie na Limperg*, Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie februari 2005.
- A.C. Breuer, J.P. Boer, S.C.W. Douma, *Uitwisseling van rulings*, WFR 2016/50.
- A.A. Fase, *Het rangordevraagstuk in derdelandenverhoudingen*, WFR 2008/687.
- C.M. Dijkstra, *De plicht om géén belasting te betalen*, WFR 2018/130.
- M.E. Grzelewska, *Innovatiebox – de Nederlandse versie van OESO-proof*, NTFR 2017/10/42.
- R.H. Happé, *Fiscale ethiek voor multinationals*, WFR 2015/938.
- E.A.M. Huiskers-Stoop, *Fiscale grensverkenning binnen een convenant horizontaal toezicht*, MBB 2013/01-05.
- B. Jacobs, *Blind gokken met de dividendbelasting*, 13 november 2017.
- P. Kavelaars, *De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking II*, NTFR Beschouwingen 2013/24.
- P. Kavelaars, *Earningstripping, cfc en enkele andere ontwikkelingen*, TFO 2016/147.1.
- P. Kavelaars, *Omslag op het internationaal en Europees belastingrecht*, NTFR Beschouwingen 2017/7.
- P. Kavelaars, *Antimisbruikbepalingen in het MLI*, TFO 2018/159.1.
- Q.W.J.C.H. Kok, *Enkele aspecten van de ‘principal purpose test’*, WFR 2015/184.
- W. Lips, *De dubbele houding van de VS in de internationale belastingagenda*, Clingendael Spectator maart 2016.
- O.C.R. Marres, I.M. de Groot, *De algemene antimisbruikbepaling in de Moederdochterraichtlijn (deel 1)*, WFR 2015/886.
- G.T.K. Meussen, *Fiscale ethiek in opmars*, NTFR 2013/210.
- G.T.K. Meussen, *Regeerakkoord kabinet-Rutte III: enkele fiscale bespiegelingen*, NTFR 2017/2607.
- J. Mintz, *The corporation tax: a survey*, *Fiscal Studies*, Vol. 16, No. 4, 1995.
- P.J.J.M. Peeters, *Meerderheidsdeelnemingen: bestaat er een rangorde tussen art. 43 en 56 EG?*, WFR 2007/777.
- M. Pieterse, *BEPS; Grensoverschrijdende fiscale grondslaguitholling en winstverschuiving*, NJB 2015/2004.
- F.P.G. Pötgens en D.M. Broekhuijsen, *Het Multilaterale Instrument met zijn vele bilaterale schakeringen*, WFR 2017/76.

- F.P.G. Pötgens, *Dividenden, rente en royalty's*, Cursus Belastingrecht IBR.0.8.5 2018.
- F.P.G. Pötgens, *Limitation-on-benefits-bepaling (art. 29 lid 1-7)*, Cursus Belastingrecht IBR.3.5.6.C, 2018.
- F.P.G. Pötgens, *E.M.L. Kool, Nederland en het multilateraal instrument: een stand van zaken*, WFR 2018/206.
- C. van Raad, *Juridisch tegenover economisch dubbele belasting*, Cursus Belastingrecht IBR.1.1.2 2018.
- C. van Raad, *Objectvrijstelling tegenover belastingvrijstelling*, Cursus Belastingrecht IBR.1.2.3 2018.
- T. Rixen, *Bilateralism or multilateralism? The political economy of avoiding international double taxation*, European Journal of International Relations, 2010 Volume 16 Issue 4.
- M.C. Rosenberg, *Antimisbruik in verdragen: dat kan specifieker!*, WFR 2017/93.
- D.S. Smit, *Hoofdlijnen fiscaal pakket 2019 voor multinationalaal bedrijfsleven: verliezen fiscale kroonjuwelen hun glans?*, WFR 2018/185.
- G.H. de Soeten en R.H.M. Roumen, *Het Nederlands fiscaal vestigingsklimaat: storm op komst!?*, WFR 2011/742.
- P.B. Sørensen, *Can capital income taxes survive? And should they?*, EPRU Working Paper Series, University of Copenhagen, No. 06, 2006.
- J. Stoop, *Positieve integratie: implementatie van het EU-milieubeleid door de lidstaten*, Milieurecht totaal 6208 2015.
- T.H.P. Straaten, *M.J. Emonts, Innovatiebox 2.0*, MBB 2017/01-04.
- S. Ubachs, R. Sinx, *Huidige rulingpraktijk niet aan herziening toe*, Tax live 17 september 2018.
- Vakstudie Nieuws, *Samenvatting '2015 Final Reports' 15 BEPS-actiepunten*, V-N 2015/56.2.
- Vakstudie Nieuws, *Reactie Staatssecretaris van Financiën op 'Final Reports' van BEPS-actiepunten*, V-N 2015/56.4.
- Vakstudie Nieuws, *Herziening van de rulingpraktijk*, V-N 2018/11.13.
- Vakstudie Nieuws, *Bijzonder nummer Multilateraal Instrument (MLI), Memorie van toelichting*, V-N 2018/19.8.
- Vakstudie Nieuws, *OESO aanvaardt aanpassing OESO-modelverdrag 2017*, V-N 2018/19.12.
- Vakstudie Nieuws, *Vernieuwde rulingpraktijk: 'substance-eis' wordt 'economische nexus'*, V-N 2018/62.6.
- H. Vermeulen, *De fiscale beleggingsinstelling*, TFO 2014/135.1.

J. Vleggeert, *Over rente en royalty's: de BEPS-acties 4 en 5*, WFR 2016/49.

J. Vleggeert en H. Vording, *A Tax on Agressive Tax Planning*, 10 april 2017.

J. Vleggeert en H. Vording, *Naar een bronbelasting op rente en royalty's: een stap verder dan het regeerakkoord*, WFR 2018/3

J. Vleggeert en H. Vording, *Bronbelasting 2020: een wassen neus*, WFR 2018/190.

H. Vrijburg, *The Effect of 'Excessive' Tax Planning and Tax Setting on Welfare: Action Needed?*, Erasmus Law Review, may 2014 no. 1.

D.M. Weber, *Unanimiteit versus nauwere samenwerking*, Cursus belastingrecht, Europees belastingrecht 2.0.1.B.

M.M. de Werd, *Toepassingsvereisten van fraus legis*, Cursus belastingrecht, FBR.7.5.2.

Boeken

R.P. van den Dool, E.J.W. Heithuis, G.W.J.M. Kampschoër, R.C. de Smit, H.A. Vollebregt, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

B.M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago University Press, 1962.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *fed fiscale studieserie Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

R.H. Happé, *Belastingrechter, belastingontwijking en maatschappelijke opvattingen*, Van Amersfoort-bundel, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid*, Prometheus Bert Bakker Amsterdam 2015, H7, p. 255-260.

L. Stevens, *Vertrouwen in de toekomst; vertrouwen in elkaar: Persoonlijke reflecties op belastingheffing in turbulente omstandigheden*, VMHF-symposium 2018.

.J.M. Terra, P.J. Wattel, *fed fiscale studieserie European Tax Law 2008*, Deventer: Kluwer 2008.

Rapporten e.d.

Besluit van 3 juni 2014, *Dienstverleningslichamen en zekerheid vooraf*, nr. DGB 2014/3101.

Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011, 1375.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2002, nr. AFP 2002-865U, V-N 2003/2.4.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, *Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat*, nr. IZV/2015/657 M, V-N 2015/61.12.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 november 2015, nr. IZV/2015/936 U.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 28 oktober 2016, nr. 2016-0000167694.

Brief de Staatssecretaris van Financiën van 23 februari 2018 *Aanpak belastingontduiking en belastingontwijking*.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 2018, Heroverweging pakket vestigingsklimaat.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 22 november 2018, *Vernieuwde rullingpraktijk*.

Council of the EU, Press release Taxation: Liechtenstein and Peru meet commitments, Palauremoved from list of uncooperative jurisdictions, 2 oktober 2018.

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Nederland in Europese top economische internationalisering*, 16 september 2014.

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Overheid; ontvangen belastingen 1995-2017*, 26 maart 2018.

Centraal Plan Bureau, *A Study on R&D Tax Incentives, Final report*, Taxation Papers, Working Paper N. 52 – 2014.

European Commission, *Proposal for a council directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, {SWD(2018) 81} - {SWD(2018) 82}.

European Commission, *Proposal for a council directive, laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, {SWD(2018) 81 final} - {SWD(2018) 82 final}.

Europese Commissie, State aid N 480/2007 - Spain – The Reduction of Tax from Intangible Assets, Brussels, 13.II.2008 C(2008)467 final.

Europese Commissie, *mededeling van 17 juni 2015 aan het Europees Parlement en de Raad: Een eerlijk en doeltreffend vennootschapsbelastingstelsel in de Europese Unie: vijf belangrijke actiegebieden*, COM(2015) 302 final.

Europese Gedragscodegroep, voortgangsrapportage van 13 juni 2016, nr. 9912/16.

European Parliament, *Resolution of 16 December 2015 with recommendations to the Commission on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the Union*, 2015/2010(INL).

G20 Leaders Declaration, Los Cabos, Mexico, 19 juni 2012.

Goedkeuring van het op 24 november 2016 te Parijs tot stand gekomen Multilateraal Verdrag ter implementatie van aan belastingverdragen gerelateerde maatregelen ter voorkoming van grondslaguitholling en winstverschuiving (Trb. 2017, 86, en Trb. 2017, 194).

International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), *Country Analyses* 2018.

J. Jonker, *'Afschaffen dividendtaks nog duurder'*, De Telegraaf 17 september 2018.

Kabinet Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021.

Kamerstukken II, Nota zicht op wetgeving, vergaderjaar 1990-1991, 22 008 nr. 2.

Kamerstukken II 1992/93, *Oriëntatienota fiscaal vestigingsklimaat*, 22 860, nr. 2, V-N 1992/3022.

Kamerstukken II 2016/17, Bijlage: *Uitvoeringstoetsen Wet uitwisseling inlichtingen over rulings*, 34.527 nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, *Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2017)*, 34 552 nr. 2.

Kamerstukken II 2017/18, *Memorie van toelichting Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling*, 37 788 nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34 853, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18 34 853, nr. 6.

Kamerstukken II 218/19, *Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019*, 35 026 nr. 6.

Kamerstukken II 2018/19, *Memorie van toelichting*, 35 028 nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, *Bijlage: Uitvoeringstoetsen wet bronbelasting 2020*, 35 028 nr. 3.

Kamerstukken II 2018/19, *Amendement van het lid van Weyenberg C.S.*, 35 030 nr. 10.

L. Kok en Jan Hoedeman, *Einde dividendbelasting wordt nóg duurder*, AD 16 augustus 2018.

Ministerie van Financiën, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*.

Ministerie van Financiën, *Internetconsultatie Herziening van de rullingpraktijk, Werkdocument d.d. 30 augustus 2018*.

Ministerie van Financiën, *Beleidsnota Consultatie fiscaal verdragsbeleid en aanwijzing van laagbelastende staten*, 25 september 2018.

Ministerie van Financiën, *Kabinet pakt 22 miljard euro belastingontwijking aan met bronbelasting*, Nieuwsbericht 6 november 2018.

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB), *Commissie Wetsvoorstellen, Internetconsultatie Herziening rullingpraktijk*, 20 september 2018.

NOS, *Grote bedrijven zetten onderhandelaars kabinet onder druk*, 8 november 2017.

OECD, *Fundamental Reform of Corporate Income Tax*, No. 16, 2007.

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD publishing 2013.

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing 2013.

OECD, *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, OECD Publishing 2015.

OECD BEPS action 2 Final reports 2015.

OECD BEPS action 5 Final reports 2015.

OECD BEPS action 6 Final reports 2015.

OECD BEPS action 15 Final reports 2015.

OECD, *Harmful Tax Practices –Peer Review Results on Preferential Regimes*, Update (as of November 2018).

OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998.

OECD, Members of the Inclusive Framework on BEPS, oktober 2018.

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017.

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital as it read on 15 July 2014, Commentary on article 1*, par. 8 en 9.

OECD Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

OECD, *Multilateral Instrument, Information Brochure*.

OECD, *Tax planning by multinational firms: firm-level evidence from a crosscountry database*, No. 1355, 2017.

OECD, *Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting* (Status as of 4 December 2018).

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017.

Raad van de Europese Unie, Brussel, 11 december 2014, 16846/14 FISC 233, ECOFIN 1196.

Raad van de Europese Unie (Ecofin), *Verslag van 9 december 2015 aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden*, 15187/15.

Raad van de Europese Unie (Ecofin), *verslag aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden, Brussel, 9 december 2015, 15187/15, p. 7. Room Documents 2/3, Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Interest and Royalties Directive*, 16 februari 2016.

Raad van de Europese Unie (Ecofin), *verslag aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden*, Brussel, 12 december 2016, 15254/16, p. 21.

Raad van de Europese Unie (Ecofin), *verslag van 12 juni 2017 aan de Europese Raad over belastingaangelegenheden*, 10046/17.

Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG.

Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied

Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

Special Committee on Tax Rulings (TAXE 2), 2016/2038(INI), Strasbourg 6 juli 2016.
Werkgroep fiscaliteit, *Rapport ten behoeve van de Studiegroep Duurzame Groei*, 2016.

Wet van 21 december 2016, houdende wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2017), Staatsblad van het Koninkrijk der Nederland 2016, nr. 544.

Jurisprudentie

Advies van Advocaat-Generaal Kokott, 7 februari 2009, nr. C-169/08, ECLI:EU:C:2009:709 (Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna).

A-G HvJ EU 1 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:143 (conclusie A-G Kokott).

HvJ EG 8 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:302.

HvJ EG 4 oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:505.

HvJ EG 25 september 2003, ECLI:EU:C:2003:495.

HvJ EU 5 juli 2005, Case C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424, (zaak D).

HvJ EU 12 december 2006, zaak C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774 (Test Claimants in the FII Group Litigation).

HvJ EG 26 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:365.

HvJ EU 20 december 2017 gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009.

Hoge Raad 17 maart 1982, nr. 20 629, ECLI:NL:HR:1982:AW9351, BNB 1982/142.

Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32.

Hoge Raad 7 februari 1990, nr. 26 099, ECLI:NL:HR:1990:ZC4224, BNB 1990/123.

Hoge Raad 21 april 2017, nr. 15/05357 & 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:638, BNB 2017/162, (*Credit Suisse*).