

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

Titel: Een analyse van de proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid van de Principal Purpose Test en Limitation on Benefits in het MLI

Naam student: Bruno van der Wel

Studentnummer: 388893

Begeleider: Mr. Y. Vink

Tweede beoordelaar: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 29-03-2020

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

1.1.	Verdragsmisbruik	6
1.2.	De oplossing?	6
1.3.	Onderzoeksvraag	9
1.4.	Deelvragen	9
1.5.	Opzet en toetsing	10
1.6.	Afbakening	10
2.	Wat is verdragsmisbruik en via welke initiatieven wordt dit tegengegaan?	11
2.1.	Inleiding	11
2.2.	Internationale belastingheffing	11
2.2.1.	Beginnelsen van internationale belastingheffing	11
2.2.2.	Dubbele belastingheffing	12
2.2.3.	Belastingverdragen en het OESO-MV	12
2.2.4.	Guiding Principle	13
2.3.	Verdragsmisbruik en het BEPS Project	14
2.3.1.	Verdragsmisbruik	15
2.3.2.	BEPS-Actie 6	17
2.3.3.	Multilateraal Instrument – BEPS Actie 15	17
2.4.	Subconclusie	20
3.	Wat is de inhoud van de PPT en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?	21
3.1.	Inleiding	21
3.2.	Tekst van de PPT	21
3.3.	Toetsingselementen van de PPT	21
3.3.1.	Subjectieve toets	21
3.3.2.	Objectieve toets	25
3.3.3.	Observaties naar aanleiding van de toetsingselementen	26
3.4.	De PPT in het MLI	27
3.4.1.	Uitwerking in het MLI	27
3.4.2.	Eventuele samenloop met LOB	27
3.4.3.	Gevolg weigering verdragsvoordelen door PPT	28
3.5.	Subconclusie	29
4.	Wat is de inhoud van de LOB en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?	30
4.1.	Inleiding	30
4.1.1.	LOB-bepalingen en opbouw hoofdstuk	30
4.1.2.	Origine: de LOB van de VS	30

4.2.	Kern en reikwijdte van de LOB	31
4.2.1.	Kern van de relevante LOB	31
4.2.2.	Reikwijdte qua verdragsvoordelen	31
4.3.	Toetsingselementen van de LOB	32
4.3.1.	Kwalificerende personen	32
4.3.2.	Actieve bedrijfsuitoefeningstoets	34
4.3.3.	Derivative Benefits-toets	36
4.4.	De LOB in het MLI	36
4.4.1.	Artikelen	36
4.4.2.	LOB-vorm	36
4.4.3.	Anti-doorstroombepaling	37
4.5.	Subconclusie	38
5.	Hoe proportioneel, doelmatig en doeltreffend is de PPT?	40
5.1.	Inleiding	40
5.2.	De subjectieve toets van de PPT	40
5.2.1.	De reasonableness test	40
5.2.2.	EU-recht: reasonableness test in strijd met fundamentele vrijheden en beginselen?	42
5.2.3.	Overkill door “een van de hoofdredenen”	45
5.3.	Objectieve toets	46
5.4.	Bewijslast	48
5.5.	Interpretatieverschillen	49
5.6.	Rechtsgevolgen weigering PPT	50
5.7.	Beoordeling van de PPT	51
5.7.1.	Proportionaliteit	51
5.7.2.	Doeltreffendheid	52
5.7.3.	Doelmatigheid	52
5.8.	Subconclusie	53
6.	Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de LOB?	54
6.1.	Inleiding	54
6.2.	Kwalificerende personen	54
6.2.1.	De beursgenoteerde entiteitentoets	54
6.2.2.	Dochterentiteiten van kwalificerende personen	56
6.3.	De actieve bedrijfsuitoefeningstoets	57
6.4.	Derivative benefits-toets	58
6.5.	Discretionary relief	59

6.6.	Beoordeling van de LOB	59
6.6.1.	Proportionaliteit	59
6.6.2.	Doeltreffendheid	60
6.6.3.	Doelmatigheid	60
6.7.	Subconclusie	61
7.	Conclusies	62
8.	Literatuur	65

Lijst van gebruikte afkortingen

Afkorting	Betekenis
Artikel x(y)z	Artikel x lid y, onderdeel z
ATAD1	Anti Tax Avoidance Directive 1, volledige titel: Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
GAAR	General Anti-Abuse Rule
HvJ EU	Hof van Justitie (Europese Unie)
LOB	Limitation-on-benefits
MLI	Multilateraal Instrument
OESO/OECD	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling/ Organization for Economic Co-operation and Development
OESO-MV	OESO-Modelverdrag, ook wel <i>OECD Model Tax Convention on Income and on Capital</i>
PPT	Principal Purposes Test
SAAR	Specific Anti-Abuse Rule

1. Inleiding

1.1. Verdragsmisbruik

Al vele decennia sluiten landen belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting met andere landen. Nederland heeft bijvoorbeeld met meer dan honderd landen bilaterale (i.e. tussen twee landen) belastingverdragen gesloten. Deze verdragen bewerkstelligen dat in geval van juridisch dubbele belastingheffing¹, de heffingsbevoegdheid tussen landen wordt verdeeld. Dit komt er dan op neer dat een van de landen de belastingplichtige tegemoetkomt door middel van een voordeel in de vorm van vrijstelling of eventueel verrekening. Elke belastingplichtige die op deze verdragen een beroep wil doen, moet volgens artikel 1 van het Modelverdrag (hierna: OESO-MV) van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) inwoner zijn van een van de verdragsluitende landen.²

Het is echter mogelijk dat een inwoner van een derde land indirect een beroep doet op een (voordeel van een) bilateraal belastingverdrag en hiermee een situatie creëert waar het verdrag mogelijk niet voor is bedoeld. Omdat er op veel verschillende manieren een dergelijke situatie gecreëerd kan worden, worden deze manieren door de OESO gemakshalve aangeduid als “transacties”.³ Dit kan bijvoorbeeld door het tussenschuiven van een lege vennootschap in een land met een groot verdragenennetwerk, zoals Nederland. Vervolgens worden de interest-, royalty- of dividendstromen via deze entiteit geleid, waardoor van de verlaagde (bron)heffingspercentages misbruik wordt gemaakt. De internationaal aanvaarde benaming voor verdragsmisbruik is *treaty shopping*.⁴ De Nederlandse benaming hiervan is verdragsmisbruik. Veel van dit misbruik vindt plaats door *tax planning* met betrekking tot, bijvoorbeeld, dividendstromen en het gebruik van brievenbusmaatschappijen.

Deze manier van belastingontwijking gaat in tegen de intentie van bilaterale belastingverdragen, namelijk het voorkomen van dubbele belastingen voor inwoners en daarmee het investeringsklimaat bevorderen. Verdragen zijn niet bedoeld om gebruikt te worden door personen die slechts de voordelen willen gebruiken zonder echt inwoner te zijn van een verdragsluitend land. Ter verduidelijking hiervan is in 2017 (onder andere) de preambule van het OESO-MV gewijzigd. De nieuwe tekst daarvan legt expliciet uit dat het doel van verdragen is dubbele belasting voorkomen zonder daarmee gelegenheid te creëren voor belastingontwijking, inclusief verdragsmisbruik.⁵

1.2. De oplossing?

De OESO, die de rol van internationale coördinator van belastingverdragen en (fiscaal-)economisch beleid vervult, streeft belastingontwijking en winstverschuiving tegen te gaan, waaronder verdragsmisbruik. In het 15-

¹ Juridisch dubbele belasting komt voor wanneer een inkomensbestanddeel tweemaal aan heffing onderworpen is bij een belastingplichtige.

² OECD 2017a, art. 4.

³ OECD 2015a, p. 57. In paragraaf 9 wordt uitgelegd dat het woord transactie breed geïnterpreteerd dient te worden en o.a. elke soort overeenkomst of (set van) transacties betreft, in het bijzonder het verwerven of overdragen van inkomen. Ook wordt hieronder verstaan het oprichten, verwerven of houden van (rechts)personen of het verplaatsen van de woonplaats.

⁴ Ibid, p.9.

⁵ OECD 2017b, p. 14.

delige Base Erosion and Profit Shifting Project (hierna: BEPS Project) van de OESO/G20 (i.e. Groep van Twintig) is een van de acties, Actie 6, gericht op verdragsmisbruik. Het actieverslag bevat voorstellen om het toekennen van verdragsvoordelen in onbedoelde gevallen tegen te gaan, welke via een aanpassing van het OESO-MV en het Commentaar daarop bekrachtigd worden.⁶

In de update van het OESO-MV in 2017, waar naar aanleiding van het BEPS Project meerdere aanpassingen zijn gedaan, is artikel 29 opgenomen. In dit artikel wordt, afhankelijk van de gekozen invulling in het verdrag, mede geregeld wie toegang tot de verdragsvoordelen heeft.⁷ De kern van dit artikel is dat slechts inwonerschap van een verdragsluitend land niet automatisch betekent dat deze inwoner recht heeft op de voordelen die uit het verdrag voortvloeien. De voorstellen uit het actieverslag van BEPS-Project 6 zijn in dit artikel uitgewerkt. Deze voorstellen zijn gecentreerd rond een tweetal antimisbruikbepalingen die los gekozen kunnen worden of in conjunctie met elkaar. De exacte invulling van dit anti-verdragsmisbruikartikel in een bepaald belastingverdrag hangt dus af van de door de verdragsluitende landen gekozen invulling.

De eerste antimisbruikbepaling is een Limitation-on-Benefitsbepaling (hierna: LOB). Deze houdt in dat de verdragsvoordelen van een bilateraal verdrag slechts toekomen aan een inwoner van een verdragsluitend land voor zover diegene kwalificeert als gerechtigde tot die voordelen. Verdragsvoordelen worden dan alleen toegekend aan bepaalde kwalificerende personen of voor zover aan een andere LOB-toets wordt voldaan. Zo heeft Nederland in het verdrag met Japan een artikel opgenomen betreffende deze “entitlement to benefits” waarin verschillende eisen worden gesteld aan de belastingplichtige die een beroep wil doen op het belastingverdrag. Daarnaast heeft Nederland in haar verdrag met de Verenigde Staten een LOB-bepaling waarin eveneens uitgebreide eisen gesteld worden.

Een tweede antimisbruikbepaling waar landen voor kunnen kiezen, is aanbevolen omwille van zijn algemenere werking. De zogeheten Principal Purposes Test (hierna: PPT) houdt, kort gezegd, in dat de verdragsvoordelen niet aan een inwoner (van een van de verdragsluitende staten) worden toegekend bij een constructie waarvan geconcludeerd kan worden dat het verkrijgen van dit voordeel een van de voornaamste motieven is.⁸ Daartoe wordt het verdragsvoordeel niet toegekend als de handelingen van de belastingplichtige tegen het doel en de strekking van het verdrag zijn. Het voordeel van deze PPT ligt in de brede toepasbaarheid en reikwijdte waardoor een situatie van verdragsmisbruik met minder administratieve moeite geweigerd kan worden. Nederland heeft in enkele bilaterale verdragen een *main purpose test*, die een soortgelijke strekking kent als de PPT. Het verschil tussen een *main purpose test* en de PPT is echter dat bij de *main purpose test* het verkrijgen van de verdragsvoordelen het hoofddoel moet zijn, terwijl dat bij de PPT een van de hoofddoelen is.

Met deze twee mogelijke bepalingen in belastingverdragen om verdragsmisbruik tegen te gaan, adviseerde de OESO in het rapport van BEPS-actie 6 landen een keuze te maken tussen drie opties, aangezien de verschillen in belastingssystemen tussen landen geen eenduidige invoering toelaten.⁹ In hun bilaterale verdragen kunnen landen (i) gebruik maken van zowel de LOB en PPT regel; (ii) alleen de algemene PPT verwerken, of (iii) alleen

⁶ OECD 2015a.

⁷ Samen met artikelen 1 en 4 van het OESO-MV.

⁸ In deze scriptie wordt met “voornaamste motieven”, “hoofddoelen” en “hoofddedenen” hetzelfde bedoeld.

⁹ OECD 2015a, p. 9-10.

een LOB-bepaling verwerken die extensief uitgewerkt is in combinatie met een anti-doorstroombepaling om verdragsmisbruik tegen te gaan.

Onder anderen omdat de PPT al op zichzelf voldoende is om te voldoen aan de minimumstandaard, kiest Nederland voor deze tweede optie. Volgens de staatssecretaris kiezen tevens weinig landen ervoor om de LOB in aanvulling op de PPT door te voeren, en mogelijk geen landen voor een opzichzelfstaande LOB-bepaling met antidoorstroombepaling.¹⁰ De volgende stap voor Nederland is dan ook implementatie van de PPT in bilaterale verdragen, wat gedaan zal worden door in artikel 7 van het Multilateraal Instrument (hierna: MLI) de PPT-bepaling op te nemen.¹¹ Dit MLI is door de Tweede Kamer op 12 februari 2019 geratificeerd.¹² Wanneer ook het andere verdragsluitende land van een bilateraal belastingverdrag het MLI accepteert en kiest voor de PPT, treedt de PPT in werking en gaat deze gelden voor dat verdrag.

Het voordeel van het kiezen voor de PPT om verdragsmisbruik te voorkomen ligt in zijn algemene en brede werking, waardoor de opzichzelfstaande bepaling voldoende is om aan de minimumstandaard tegen verdragsmisbruik te voldoen. Dit is dan ook de reden dat veel landen hiervoor kiezen en geen LOB-bepaling, die alleen in combinatie met een PPT of anti-doorstroombepaling zou voldoen aan de minimumstandaard. Het is echter volgens sommigen nadelig dat de PPT de zwaardere bewijslast bij de belastingplichtige legt en dit zou te veel in het voordeel van de Belastingdienst zijn. Qua rechtszekerheid zijn er dus zorgen over de PPT.¹³ Daarnaast gaat een LOB-bepaling uit van objectief meetbare criteria, terwijl de PPT subjectiever van aard is. Hier ligt voor de PPT het gevaar van overkill op de loer, want situaties waar geen verdragsmisbruik aan de orde is, zouden wel geraakt kunnen worden door de PPT. Daarnaast is het voor belastingplichtigen bij een LOB mogelijk duidelijker wanneer er wel of niet verdragsvoordelen toegekend worden, hetgeen goed is voor de rechtszekerheid. Een nadeel van een keuze voor een LOB-bepaling is echter dat volgens het MLI, wanneer een land voor de PPT kiest en een ander voor een *simplified* LOB, de PPT in principe boven de LOB gaat. Indien het andere verdragsluitende land een uitgebreide LOB-bepaling kiest, zal onderling overleg volgen.¹⁴ Aangezien veel landen voor de PPT kiezen in hun verdragen, vormde dit een argument voor Nederland om dezelfde keuze te maken.

De PPT is dus een antimisbruikbepaling met een brede reikwijdte. De exacte reikwijdte zal door de rechter moeten worden ingevuld. Algemene misbruikbepalingen zijn korter en minder complex, doch breder dan specifieke antimisbruikbepalingen. Bezien vanuit de overheid is een algemene misbruikbepaling dan ook effectief.¹⁵ Aangezien verdragsmisbruik vele vormen kent, is een algemene misbruikbepaling misschien beter om verdragsmisbruik te voorkomen. Vanuit het oogpunt van de belastingplichtige kan daartegen mogelijk gesteld worden dat de ruime reikwijdte en zware bewijslast geen proportionele uitvoering is van een anderszins

¹⁰ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34853-(R2096), 6, p. 17-18.

¹¹ OECD 2017d.

¹² Meijburg & Co, 13 februari 2019.

¹³ Bender & Engelen, *WFR* 2016/51, paragraaf 8.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34853-(R2096), p. 25.

¹⁵ Kavelaars, *TFO* 2018/159, par. 4.1.

goede antimisbruikbepaling. Dit kan (rechts)onzekerheid teweegbrengen.¹⁶ Daarnaast is er kritiek op de formulering “een van de hoofddoelen” waar ook gekozen kon worden voor “het hoofddoel”.^{17 18}

1.3. Onderzoeksvraag

Naar aanleiding van deze punten van kritiek op de PPT is het interessant om te onderzoeken hoe de PPT scoort op proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Staat de formulering van de PPT, zoals de zinsnede “een van de hoofddoelen”, in lijn met haar doel om verdragsmisbruik te voorkomen of zal deze ook gevallen raken waar geen sprake is van verdragsmisbruik (proportionaliteit)? Zal de PPT haar doelstelling realiseren om verdragsmisbruik te voorkomen: dus alle gevallen van verdragsmisbruik identificeren en voorkomen dat een belastingplichtige toch het voordeel kan bemachtigen (doeltreffendheid)? Is de PPT efficiënt: zullen gevallen van verdragsmisbruik door middel van de bepaling met zo weinig mogelijk middelen tegengehouden kunnen worden (doelmatigheid)?

Aangezien de LOB de enige andere antimisbruikbepaling is die uitgewerkt is in BEPS-Actie 6, roept dit de vraag op of deze bepaling beter scoort op proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Door dit te onderzoeken, kunnen de PPT en LOB vergeleken worden en kan beoordeeld worden of de keuze van Nederland voor de PPT, de juiste is geweest. De onderzoeksvraag die in deze scriptie centraal staat, luidt als volgt:

Is de Principal Purpose Test in het MLI proportioneel, doeltreffend en doelmatig of zou de Limitation on Benefits een beter alternatief zijn?

1.4. Deelvragen

Om een duidelijk en volledig antwoord te formuleren op de bovenstaande onderzoeksvraag, dienen meerdere, al dan niet los van elkaar staande, onderwerpen onderzocht te worden. Dit wordt gedaan door het individueel beantwoorden van enkele deelvragen. Allereerst wordt de achtergrond van verdragsmisbruik geschetst en de voor deze scriptie relevante initiatieven hiertegen uiteengezet. Daarna worden zowel de PPT als LOB inhoudelijk onderzocht. Vervolgens worden beide maatregelen beoordeeld op proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Op basis van deze beoordelingsgronden kan de onderzoeksvraag beantwoord worden, door middel van het vergelijken van de PPT en de LOB. De volgende deelvragen zullen daarom onderzocht worden:

- *Wat is verdragsmisbruik en via welke initiatieven wordt dit tegengegaan?*
- *Wat is de inhoud van de PPT en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?*
- *Wat is de inhoud van de LOB en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?*
- *Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de PPT?*
- *Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de LOB?*

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Cunha, *Global Taxation*, 2016, afl. 1.

¹⁷ *Kamerstukken II 2017/2018, 34853-(R2096)*, 6, p. 25.

¹⁸ Taboada, *Bulletin for International Taxation* 10/2015, p. 602-608.

1.5. Opzet en toetsing

De deelvragen worden elk individueel besproken in een hoofdstuk van deze scriptie. Elk hoofdstuk sluit af met een sub-conclusie waarin de belangrijkste bevindingen gepresenteerd worden en daarmee de deelvraag beantwoordt. In hoofdstuk 2 wordt verdragsmisbruik uitgebreid toegelicht, evenals welke plaats dit heeft in het internationale belastingrecht. Tevens worden de initiatieven van de OESO tegen verdragsmisbruik uiteengezet. Hierin worden de PPT en LOB nog niet inhoudelijk toegelicht. In hoofdstuk 3 wordt de PPT inhoudelijk besproken, waarin tevens de uitwerking van de maatregel in het MLI aan bod komt. In hoofdstuk 4 wordt de LOB inhoudelijk besproken. In hoofdstuk 5 en 6 worden de PPT en LOB respectievelijk geanalyseerd op basis van hun proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. Als geheel worden daarna in hoofdstuk 7 conclusies getrokken waarmee de onderzoeksvraag beantwoord wordt.

De scriptie bestaat daartoe uit een analyse van verschillende bronnen, zoals artikelen in vakliteratuur, verslagen en rapporten van de OESO en parlementaire stukken, in combinatie met eigen meningen en opvattingen over de beide bepalingen. Op basis van dit literatuuronderzoek worden de PPT en LOB beoordeeld op proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid met voor elke beoordelingsgrond een beoordeling gebaseerd op een vier-punts Likertschaal:

- Slecht: hoofdzakelijk negatieve kritiek;
- Matig: grotendeels negatieve kritiek;
- Voldoende: grotendeels positieve kritiek (maximaal enkele niet-ernstige punten van negatieve kritiek);
- Goed: hoofdzakelijk positieve kritiek.

Door de verschillende bevindingen af te wegen, kan een beoordeling worden geformuleerd en kunnen de PPT en LOB vervolgens overzichtelijker worden vergeleken. De scriptie voegt hiermee niet alleen inzicht toe aan de fiscale kennis over de PPT en LOB als bepalingen tegen verdragsmisbruik, maar ook over hoe deze zich tot elkaar verhouden.

1.6. Afbakening

Omwillen van de lengte van deze scriptie worden alleen zaken besproken die van belang zijn voor het beantwoorden van de hoofdvraag en de deelvragen: in deze afbakening wordt daartoe uitgelegd welke zaken buiten de reikwijdte van deze scriptie vallen. Het MLI kent meerdere artikelen die op het tegengaan van verdragsmisbruik zien: artikelen 6, 7, 8, 9, 10 en 11. Verdragsmisbruik is echter een breder begrip dan hetgeen in deze scriptie onderzocht wordt. Zo bevat artikel 8 MLI een maatregel tegen dividend stripping en gaat artikel 9 MLI over vervreemdingswinsten van aandelen in onroerendezaaklichamen. Deze maatregelen gaan weliswaar verdragsmisbruik tegen, maar deze scriptie onderzoekt slechts de PPT en LOB (artikel 7 MLI) als maatregelen. Verder zijn alleen de PPT en LOB uit het MLI (en daarmee het Actie 6-rapport) relevant voor deze scriptie. Andere versies van deze bepalingen worden slechts besproken voor zover dit bijdraagt aan het beantwoorden van de hoofdvraag en/of deelvragen.

2. Wat is verdragsmisbruik en via welke initiatieven wordt dit tegengegaan?

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal besproken worden welk probleem de PPT en LOB-bepalingen proberen tegen te gaan. Dit hoofdstuk is dan ook gericht op het verdragsmisbruik dat multinationals plegen, wat kort gezegd inhoudt dat een transactie aangegaan wordt met als doel om een verdragsvoordeel te bereiken. Hiermee wordt de deelvraag “Wat is verdragsmisbruik en via welke initiatieven wordt dit tegengegaan?” beantwoord. Voordat verdragsmisbruik besproken wordt, zal de achtergrond hiervan belicht worden door eerst twee stappen terug te nemen. In paragraaf 2.2 worden namelijk eerst de beginselen van internationale belastingheffing besproken. Door samenloop van belastingheffing gebaseerd op een of twee van deze beginselen, kan dubbele belastingheffing zich voordoen. Bilaterale belastingverdragen zien er, onder anderen, op om deze dubbele belastingheffing te voorkomen. Met behulp van vaak lege vennootschappen in een verdragsluitend land, kunnen multinationals echter misbruik maken van een verdrag. Dit verdragsmisbruik wordt uitgebreid besproken in paragraaf 2.3. Daarnaast komt in die paragraaf aan bod op welke manier het BEPS Project de bedoeling heeft om verdragsmisbruik tegen te gaan en hoe dit initiatief zich vertaalt naar het MLI, waarmee de PPT en LOB op een snelle en efficiënte manier ingevoerd worden in belastingverdragen.

2.2. Internationale belastingheffing

2.2.1. Beginselen van internationale belastingheffing

Belastingheffing over verschillende soorten inkomen komt in vrijwel elk land van de wereld voor. Redenen waarom een bepaald persoon (subject) of inkomensbestanddeel (object) in de heffing van een specifiek land wordt betrokken, zijn ingegeven door heffingsbeginselen. Overlappend van deze regels, waardoor een inkomensbestanddeel belast wordt in twee of meer landen, komt echter geregeld voor.¹⁹ In puur binnenlandse situaties speelt de vraag welk land heffingsrecht heeft geen rol. Dit wordt een ander verhaal als een inkomensbestanddeel uit een bepaald land ook in de heffing van een ander land betrokken wordt. Het belastingrecht kent meerdere beginselen op basis waarvan belasting wordt geheven. In het internationale belastingrecht veroorzaakt samenloop van twee van deze beginselen²⁰ het merendeel van de gevallen van dubbele belastingheffing:²¹

- **Woonplaatsbeginsel:** belasting wordt geheven in het land waar het subject zijn of haar woonplaats heeft. De motivering hierachter ligt in het feit dat daar waar de woonplaats is, ook gebruik gemaakt wordt van bijvoorbeeld de infrastructuur en het wettelijk stelsel. Voor bedrijven kan deze woonplaats lastiger te beoordelen zijn dan voor natuurlijke personen, hetgeen vaak komt doordat de plaats van de

¹⁹ Van Raad, in: Cursus Belastingrecht IBR.1.2.1.A.

²⁰ Hoewel het *nationaliteitsbeginsel* ook bestaat, wat inhoudt dat geheven wordt op basis van oprichtingsplaats of nationaliteit, is deze minder van belang voor deze scriptie. De meest voorkomende vorm van samenloop is namelijk die tussen het woonplaatsbeginsel en het bronlandbeginsel, wat onder anderen voorkomt bij bronbelastingen op dividenden, interest en royalty's. Verdragsmisbruik vindt vaak plaats om deze bronbelastingen te ontwijken, waardoor alleen de samenloop tussen het woonplaatsbeginsel en bronlandbeginsel wordt toegelicht.

²¹ Van Raad, in: Cursus Belastingrecht IBR.1.2.2.B.

feitelijke leiding en statutaire zetel van het bedrijf verschillen. Door een dergelijke dubbele woonplaats kan dubbele belasting ontstaan, wat eveneens door belastingverdragen opgelost kan worden.²²

- **Bronlandbeginsel:** hiermee wordt bedoeld dat inkomen belast wordt waar het zijn bron heeft, hetgeen dus betrekking heeft op het object. Dit betekent bijvoorbeeld dat inkomsten uit land X door een vaste inrichting aldaar van een vennootschap in een ander land, in land X worden belast, ongeacht het domicilie van de vennootschap.

2.2.2. *Dubbele belastingheffing*

Een voorbeeld van samenloop tussen het woonplaatsbeginsel en het bronlandbeginsel is een dividendstroom van land B naar land A. In land B wordt bronbelasting ingehouden (*withholding tax*) en in land A wordt van het subject, die daar zijn woonplaats heeft, belasting geheven over de opbrengst.²³ Aangezien zowel land A als land B dus heffen, vindt dubbele belastingheffing plaats. Naast dubbele belastingheffing door samenloop van heffingsbeginselen is het ook mogelijk dat een verschillende interpretatie of toepassing van eenzelfde beginsel leidt tot dubbele belastingheffing, zoals het geval is wanneer een persoon als inwoner wordt gezien door twee landen tegelijk. Dit is een voorbeeld van samenloop van twee heffingen op basis van het woonplaatsbeginsel.²⁴

Zoals uit het voorgaande blijkt, kunnen deze beginselen tot gevolg hebben dat een inkomensbestanddeel in de heffing betrokken wordt door twee landen (dubbele belastingheffing). Niet alleen gaat dit in tegen het principe dat een belastingplichtige niet meer dan één keer belasting dient te betalen, maar dit kan ook grensoverschrijdende economische activiteiten ontmoedigen.²⁵ Dubbele belastingheffing wordt daarom terecht zowel unilateraal als bilateraal bestreden door landen door vrijstellingen te verlenen (zoals de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 2001) of bilaterale belastingverdragen overeen te komen.

2.2.3. *Belastingverdragen en het OESO-MV*

In belastingverdragen wordt de toewijzing van het heffingsrecht in bepaalde situaties geregeld door het geven van een verdragsvoordeel in de vorm van een vrijstelling of verrekening. Hierbij geldt dat belastingverdragen de werking van nationale belastingwetgeving niet vervangen, maar slechts uitsluitel geven over welk land in een bepaalde situatie de heffing krijgt toegewezen. Het uitgangspunt van verdragen is zowel dubbele belastingheffing tegengaan als het tegengaan van dubbele non-belastingheffing.²⁶ Bij dubbele non-belastingheffing wordt door twee landen juist niet geheven door, bijvoorbeeld, een mismatch over de vestigingsplaats of een kwalificatieverschil. Ook als door een belastingverdrag de bronheffing achterwege blijft, maar het inkomen in het andere land niet wordt belast, is er sprake van dubbele non-belastingheffing. Op deze manier kan verdragsmisbruik ook plaatsvinden.

²² Zie artikel 4 van het OESO-MV.

²³ Ibid, IBR.1.2.2.B.

²⁴ Van Raad, in: *Cursus Belastingrecht*, IBR.1.2.2.C.

²⁵ Starink, in: *FM* nr. 144 2015/4.1.2.

²⁶ OECD 2017a, preambule.

Belastingverdragen bevatten afspraken over onder anderen inwonerschap om dubbele (non)belastingheffing tegen te gaan. Een ander belangrijk doel is het veiligstellen van heffingsrechten van landen.²⁷ Gezien het feit dat multinationals in vele landen economische activiteiten hebben en daardoor bij gebrek aan verdragen mogelijk een te hoge belastingdruk hebben wegens dubbele belasting, zijn deze verdragen voor hen economisch onmisbaar. Daarnaast is het mijns inziens begrijpelijk dat dubbele non-belastingheffing door verdragen wordt tegengegaan, omdat van, bijvoorbeeld, mismatches oneerlijk gebruik gemaakt kan worden door multinationals om belasting te ontwijken.

Zoals in paragraaf 1.2 is besproken, geldt dat de OESO met haar OESO-MV de rol van voortrekker vervult op het gebied van bilaterale belastingverdragen. In dit model staan verschillende artikelen met betrekking tot inkomstensbestanddelen en de voorgestelde heffingstoewijzingen, alsmede definities, artikelen over inwonerschap en antimisbruikbepalingen. Landen kunnen dit Modelverdrag gebruiken als blauwdruk om bilaterale verdragen te sluiten en kunnen periodieke updates van het Modelverdrag doorvoeren in bestaande verdragen. Door middel van deze updates sluiten de verdragen beter aan op recente ontwikkelingen omtrent dubbele belastingheffing en bestrijding van belastingontwijking. Daarnaast houdt de OESO een document bij met commentaar over de toepassing, achtergrond en interpretatie van de artikelen in het OESO-MV (hierna: het Commentaar)²⁸.

2.2.4. Guiding Principle

In 2003 werd het Commentaar op het OESO-MV aangepast, waarbij toegevoegd werd dat het doel van een belastingverdrag niet alleen het voorkomen van dubbele (non-)belastingheffing is, maar ook belastingontwijking en –ontduiking dient te voorkomen.²⁹ Daarom werd eveneens in 2003 het zogenaamde *guiding principle* toegevoegd aan het commentaar op artikel 1, in paragraaf 9.5.³⁰ Hiermee werd een richtsnoer gegeven voor in welk geval belastingontwijking door verdragsmisbruik voorkomen dient te worden. De tekst van dit *guiding principle* luidt:

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

In deze tekst komt naar voren in welk geval sprake is van verdragsmisbruik, alhoewel met een zeer algemene bewoording: indien (1) een hoofddoel van een transactie, het verkrijgen van een gunstigere belastingpositie was; en (2) dit tegen doel en strekking van de verdragsbepalingen is. Met dit laatste moet gedacht worden aan de doelen van een belastingverdrag, zoals in de eerste zin van deze paragraaf 2.2.4 is uitgelegd. Het doel van dit *guiding principle* is dus het identificeren van wanneer er sprake is van verdragsmisbruik en in dat geval het niet toekennen van de verdragsvoordelen.³¹ Desondanks heeft dit niet direct geleid tot het voorkomen van

²⁷ Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 25087, nr. 7, onderdeel 1.2.4, p. 16 e.v.

²⁸ OECD 2017c.

²⁹ OECD 2003, commentaar op artikel 1, paragraaf 7.

³⁰ Ibid.

³¹ Chand, *Intertax* 46(1), p. 19-20.

verdragsmisbruik: de tekst is niet in het modelverdrag gekomen. Wel zijn de elementen van dit *guiding principle* gebruikt voor algemene misbruikbepalingen in de wetgeving van verschillende landen.³²

Het is de vraag waarom, ter voorkoming van verdragsmisbruik, dit *guiding principle* niet in het modelverdrag is opgenomen, maar slechts als een impliciete PPT in het Commentaar gezien kan worden. Volgens Van Weeghel duidt dit mogelijk op een gebrek aan consensus onder OESO-landen. Ook is het mogelijk dat het er nooit van gekomen is doordat bestaande verdragen dan gewijzigd moesten worden.³³ De gedachte dat, met behulp van een aanpassing van het Commentaar, dit *guiding principle* verdragsmisbruik zou voorkomen, is dus helaas niet ver gekomen. Naar mijn mening is dit een gemiste kans. Een eerdere, eenduidige aanpak van verdragsmisbruik had sindsdien veel belastinginkomsten gescheeld. Mijns inziens is dit wegens het gebrek aan duidelijke handvaten van dit *guiding principle* niet van de grond gekomen. Echter, wanneer de bewoording hiervan vergeleken wordt met die van de PPT³⁴, vertoont deze belangrijke overeenkomsten: indien een hoofddoel van een transactie is om een verdragsvoordeel te krijgen, en dit niet in overeenstemming is met het doel en de strekking van het verdrag, dienen deze voordelen geweigerd te worden. Het is dus te concluderen dat de PPT gebaseerd is op dit *guiding principle*.

2.3. Verdragsmisbruik en het BEPS Project

In paragraaf 2.2.3 is uitgelegd welke rol belastingverdragen vervullen en in 2.2.4 is het *guiding principle* besproken. Het doel van dit *guiding principle* is namelijk het voorkomen van verdragsmisbruik en houdt daarmee verband met de bestrijding van belastingontwijking. In deze paragraaf wordt uitgelegd wat verdragsmisbruik is en hoe dit doorgaans gebeurt. Daarnaast wordt uitgelegd hoe in actiepunt 6 van het BEPS Project aanbevelingen geformuleerd zijn om verdragsmisbruik aan te pakken.

Ondanks dat het OESO-MV veelvuldig als blauwdruk wordt gebruikt door verdragsluitende staten, moet benoemd worden dat vrijwel geen verdrag exact hetzelfde is. Bilaterale belastingverdragen en de inhoud hiervan zijn onderhevig aan een onderhandelingsproces tussen twee verdragsluitende landen, waarin politieke en diplomatieke factoren deze inhoud beïnvloeden. Daarnaast hanteert Nederland een eigen standaardverdrag (Nederlands Standaardverdrag ('NSV'))³⁵ en fiscaal verdragsbeleid³⁶ (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011; 'NFVb 2011'). Hierdoor komt het voor dat de verdragen die Nederland sluit, op sommige punten verschillen van het OESO-MV.³⁷ Verschillen tussen belastingverdragen zouden op oneigenlijke wijze kunnen worden gebruikt voor belastingontwijking door belastingplichtigen.³⁸

Belastingontwijking vindt dus ook met behulp van deze belastingverdragen plaats, hetgeen verdragsmisbruik, *treaty shopping* of *treaty abuse* wordt genoemd. Een belangrijk actiepunt in het belastingontwijking-bestrijdende BEPS Project is dan ook het voorkomen van verdragsmisbruik. In het actieplan van Actie 6 is de

³² Chand, *Intertax* 46(1), p. 20.

³³ Van Weeghel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 2.

³⁴ Zie hiervoor paragraaf 3.2 van deze scriptie.

³⁵ *Kamerstukken* 1987, 20365 (NSV).

³⁶ *Kamerstukken II* 2010/2011, 25087 nr. 7.

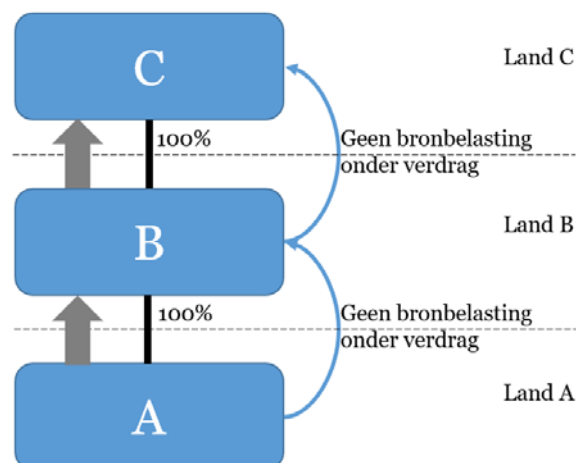
³⁷ Van Raad, in: *Cursus Belastingrecht*, IBR.3.2.0.

³⁸ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34853-(R2096) nr. 3, paragraaf 1, tweede volzin.

opdracht om passages en aanbevelingen te formuleren om verdragsvoordelen in oneigenlijke situaties te weigeren.³⁹

2.3.1. Verdragsmisbruik

In paragraaf 1.1 van deze scriptie is reeds kort uitgelegd hoe belastingplichtigen gebruik kunnen maken van een land met een groot verdragen netwerk, zonder daar (veel) economische aanwezigheid te hebben. Dit is niet de bedoeling van een belastingverdrag en dit wordt daarom aangeduid als verdragsmisbruik. Concreet gebeurt dit meestal door het oprichten van brievenbusvennootschappen of doorstroomvennootschappen in landen met een gunstig verdragen netwerk. Deze vennootschappen bestaan vrijwel alleen op papier en hebben anders dan de doorstroom van interest-, royalty- en dividendstromen weinig tot geen activiteiten in dat land.⁴⁰ Ter illustratie geeft Figuur 1 hieronder een voorbeeld weer van verdragsmisbruik door middel van een directe doorstroomvennootschap. Een belastingplichtige heeft entiteiten in land A en land C, waartussen dividend-, royalty- en intereststromen plaatsvinden, gemarkeerd met de grijze pijl. In land A is sprake van een bronheffing op deze inkomensbestanddelen, land B kent daarentegen geen bronheffing. Daarnaast is er geen verdrag tussen de landen A en C die de dubbele belastingheffing (bronbelasting in land A en vennootschapsbelasting in land C) oplost door de bronbelasting te verminderen of te elimineren. Tussen land A en B en land B en C bestaan deze verdragen wel. De belastingplichtige kan deze verdragen gebruiken door vennootschap B op te richten in land B en de geldstromen hier doorheen te laten gaan. Hiermee vermindert de belastingplichtige zijn belastingdruk: de bronheffing van land A, die zonder deze tussenvennootschap wel geheven zou worden, wordt vermeden.⁴¹ Een andere vorm van verdragsmisbruik is mogelijk als land B een hoog belastingpercentage kent en buitenlandse winsten belast. In dat geval is het mogelijk om een vennootschap D op te richten in een laagbelastend land D (welke verdragen heeft met zowel C als B), deze tussen C en B te schuiven, en de inkomstenstroom hierdoorheen te laten lopen.⁴²



Figuur 1

³⁹ OECD 2015a.

⁴⁰ Kuźniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 1.1.

⁴¹ Karadkar, *Bulletin for International Taxation* 2017/71, nr. 3/4, paragraaf 2.1.2.2.

⁴² Ibid, paragraaf 2.1.2.3.

Uit het bovenstaande blijkt dat de belastingplichtige, die voorheen geen inwoner van land B was en daar ook geen economische activiteiten heeft, de verdragsvoordelen van de belastingverdragen tussen landen A-B en B-C gebruikt om belasting te ontwijken. Dit wordt verdragsmisbruik genoemd. In het Commentaar op het OESO-MV wordt verdragsmisbruik gedefinieerd als oneigenlijk gebruik van een verdrag door een niet-inwoner door middel van het oprichten van een rechtspersoon.⁴³ Verschillende auteurs hanteren een definitie met dezelfde strekking als in het Commentaar. Zo schrijft De Broe dat verdragsmisbruik inhoudt dat een niet-gerechtigde tot verdragsvoordelen, gebruik maakt van een rechtspersoon om de verdragsvoordelen te verkrijgen die hem normaliter niet toekomen.⁴⁴

Volgens Jiang zijn er twee redenen waarom verdragsmisbruik als probleem gezien wordt. De eerste reden heeft te maken met het principe van wederkerigheid in belastingverdragen. Zoals in de vorige paragraaf aangegeven, wordt door de twee verdragsluitende staten onderhandeld over de artikelen in het bilaterale belastingverdrag. Hoewel het OESO-MV doorgaans als blauwprint gebruikt wordt, hebben landen eigen beleid en gewoontes omtrent gesloten verdragen en is het uitgangspunt een gunstig verdrag te sluiten voor hun inwoners. Wanneer een inwoner van een derde land misbruik maakt van dit verdrag, wordt deze bedoeling van het verdrag ondermijnd. Ten tweede wordt het als ongepast gezien als een (voordeel van een) verdrag ook geldt voor een entiteit zonder economische substance (dat wil zeggen, materiële activa, personeel, reële economische activiteiten) in een van de twee verdragsluitende staten.⁴⁵ Karadkar voegt toe dat de belangrijkste drijfveer om verdragsmisbruik tegen te gaan, het mislopen van belastinginkomsten door verdragsluitende staten is.⁴⁶ Hierbij valt mijns inziens wel op te merken dat de media-aandacht voor belastingontwijking mogelijk een nog belangrijkere drijfveer is. Jiang houdt verder wel een slag om de arm: te strikte anti-verdragsmisbruikregels zouden tot verminderde grensoverschrijdende investeringen leiden. Dit zou komen door de kosten voor belastingplichtigen om alle documentatie voor te bereiden, alsmede hoge uitvoeringskosten voor belastingdiensten.⁴⁷ Hoewel ik het hier mee eens ben, is dit an sich geen argument tegen anti-verdragsmisbruikregels omdat deze niet per se tot hoge kosten moeten leiden. Daarnaast betwijfel ik of deze uitvoeringskosten de baten van anti-verdragsmisbruikregels – het niet meer mislopen van miljarden in belastingopbrengsten - overtreffen. In 2016 werd er namelijk voor 22 miljard euro aan interest-, dividend- en royaltystromen door Nederland heen geleid, waardoor verdragspartners van Nederland (bron)belasting misliepen.⁴⁸

⁴³ OECD 2017c, Commentaar op artikel 1, paragraaf 9. Hierin staat dat een voorbeeld van oneigenlijk gebruik van het verdrag, het verkrijgen van anders ontoegankelijke voordelen is door een rechtspersoon in een verdragsluitende staat.

⁴⁴ De Broe 2008, p. 5.

⁴⁵ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 2.2.

⁴⁶ Karadkar, *Bulletin for International Taxation* 2017/71, nr. 3/4, paragraaf 2.3.

⁴⁷ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 2.2.

⁴⁸ Waterval, *Trouw* 30 januari 2020.

2.3.2. BEPS-Actie 6

Verdragsmisbruik wordt door de OESO als een van de belangrijkste uitdagingen gezien waarvoor in het BEPS Project een oplossing wordt aangedragen.⁴⁹ Zoals in de inleiding besproken, zijn in Actiepunt 6 van dit project twee soorten bepalingen uitgewerkt die verdragsmisbruik tegen dienen te gaan, te weten de PPT en de LOB-bepaling. Voor de PPT is niet gekozen voor aansluiting bij de vraag of een belastingplichtige wel voldoende “nexus” (economische binding) heeft met een land om van diens verdragen netwerk gebruik te maken, maar wordt aangesloten bij de doelstelling(en) die belastingplichtige voor ogen had ten tijde van het beroep doen op het verdrag. De LOB, echter, sluit wél aan bij economische aanwezigheid naast “gewoon” inwonerschap en weigert de verdragsvoordelen indien de belastingplichtige te weinig band met het land heeft.⁵⁰ Landen die hebben aangegeven zich te committeren aan het bestrijden van verdragsmisbruik met behulp van de in Actie 6 geformuleerde bepalingen, te weten de OESO- en G20-landen, kunnen kiezen tussen drie opties in een keuzemenu: de PPT, de PPT met gesimplificeerde LOB-bepaling of een uitgebreide LOB-bepaling aangevuld met anti-doorstroombepaling.⁵¹

In de tijd voor BEPS en het MLI hadden verschillende landen verschillende soorten van antimisbruikbepalingen in belastingverdragen, zoals regels over uiteindelijk gerechtigden, specifieke antimisbruikbepalingen (Specific Anti-Avoidance Rule, hierna: SAAR), en algemene antimisbruikbepalingen (General Anti-Avoidance Rule, hierna: GAAR). Een voorbeeld van een GAAR is de main-purpose test in het verdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Deze toets staat in de artikelen 10 (dividend), 11 (interest), 12 (royalties) en 20 (overige inkomsten) en ontzegt de toegang tot de verdragsvoordelen indien het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van een transactie, het profiteren van de verdragsvoordelen is. Een soortgelijke strekking was te vinden in het *guiding principle* uit 2003, waar dan ook veel GAARs op gebaseerd zijn, waaronder dus de PPT.⁵² De LOB, die verdragsmisbruik voorkomt door de verdragsvoordelen slechts toe te kennen aan personen die aan bepaalde specifieke criteria (zoals activiteiten, rechtsvorm etc.) voldoen, wordt gezien als een SAAR.⁵³

Deze antimisbruikbepalingen werden in de praktijk echter inconsistent toegepast en bereikten hun doel mede daardoor niet goed.⁵⁴ Daarnaast was het de vraag of nationale GAARs consistent waren met verdragsbepalingen.⁵⁵ Zoals met meerdere BEPS-maatregelen het idee is, beoogt de OESO met gecentraliseerde anti-BEPS-regelgeving effectiever verdragsmisbruik te voorkomen. Het MLI vervangt (enkele van) deze antimisbruikbepalingen in verdragen om dat doel te bereiken.

2.3.3. Multilateraal Instrument – BEPS Actie 15

Aangezien maatregelen uit bepaalde BEPS-actiepunten geïmplementeerd moeten worden in bestaande en toekomstige verdragen, is naar aanleiding van Actie 15 van het BEPS Project een multilateraal instrument

⁴⁹ OECD 2015a, p. 13.

⁵⁰ OECD 2015a, p. 21.

⁵¹ Ibid, p. 21-22; Bender en Engelen, *WFR* 2016/51, paragraaf 2.

⁵² Zoetmulder & de Klijn, *NTFR* 2013/20, paragraaf 3.

⁵³ Pedersen & Schultz, *European Taxation* 2017/57, nr. 8, paragraaf 3.1.

⁵⁴ Duff, *Can Tax J.* 66:4, p. 2.

⁵⁵ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6/7, paragraaf 2.

ontwikkeld.⁵⁶ Dit multilateraal verdrag, wat in 2016 in Parijs tot stand kwam, maakt het niet meer nodig om bilaterale onderhandelingen uit te voeren om de maatregelen van BEPS-actiepunten 2, 6, 7 en 14 in belastingverdragen te implementeren.⁵⁷ De bedoeling van het MLI is niet om artikelsgewijs aanpassingen door te voeren als een wijzigingsprotocol, maar juist om flexibiliteit aan te bieden aan verdragsluitende landen binnen bepaalde grenzen, de zogenaamde minimumstandaarden.⁵⁸

Deze flexibiliteit is te zien in het al kort toegelichte keuzemenu. Tevens kan gekozen worden om bepaalde belastingverdragen niet onder de werking van het MLI te laten vallen; een beperkt of volledig voorbehoud te maken voor een bepaald artikel in het MLI, waardoor dit artikel niet geldt in de belastingverdragen van dit land; en een eventuele keuze voor BEPS-maatregelen die onder het verdrag optioneel zijn. Nederland heeft aangegeven zo min mogelijk voorbehouden te willen maken en vrijwel alle belastingverdragen te willen brengen onder de reikwijdte van het MLI.⁵⁹ Mijns inziens kent verdragsmisbruik voor landen louter verliezers, omdat hierdoor derving van belastinginkomsten plaatsvindt. Ik juich het dan ook ten zeerste toe indien landen ervoor kiezen geen voorbehouden te maken en het MLI integraal te ratificeren.

Het MLI heeft de vorm van een verdrag, waarmee door middel van goedkeuring bepaalde artikelen over hybride mismatches, verdragsmisbruik, kwalificaties van vaste inrichtingen, geschillenbeslechting en arbitrage automatisch in belastingverdragen worden ingevoerd. In artikel 7 van dit MLI wordt, samen met artikel 6 MLI (aanpassing van de preambule van belastingverdragen om duidelijk te maken dat deze niet bedoeld zijn voor belastingontwijkingsdoelen) aan een minimumstandaard voldaan om verdragsmisbruik tegen te gaan. De OESO heeft voor de BEPS-acties 5, 6, 13 en 14 vier minimumstandaarden geformuleerd die bestaan uit de invoering van bepaalde regels die essentieel worden geacht om belastingontwijking efficiënt aan te pakken. Twee hiervan (6 en 14) worden dus via het MLI in bestaande belastingverdragen verwerkt. Ondanks dat deze minimumstandaarden de minimale maatregelen zijn om een bepaald onderdeel van belastingontwijking en winstverschuiving adequaat te bestrijden, is er voor landen de flexibiliteit om keuzes te maken tussen alternatieve maatregelen en is er de mogelijkheid tot het invoeren van optionele maatregelen. De minimumstandaard van BEPS Actie 6 tot het voorkomen van verdragsmisbruik bestaat dus uit artikelen 6 en 7 van het MLI: respectievelijk de aanpassing van de preambule en het keuzemenu.

Omdat de PPT als enige maatregel op zichzelf aan de minimumstandaard voldoet, wordt deze als de standaardoptie gepresenteerd.⁶⁰ De PPT uit Actie 6 is zonder enig verschil in tekst⁶¹ in het MLI opgenomen en staat daarom als standaardoptie in lid 1 van artikel 7 MLI.⁶² Het feit dat het MLI de uitvoering is van de BEPS-

⁵⁶ Pötgens, in: *Cursus Belastingrecht*, IBR.3.1.5.A.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34853-(R2096) nr. 3, paragraaf 2.1.

⁵⁸ *Ibid*, paragraaf 2.2.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2018/2019, 34853 (R2096), nr. 1 (NnavV), p. 3.

⁶⁰ OECD 2016, p. 22, overweging 90.

⁶¹ Het enige verschil is dat BEPS-Actie 6 het OESO-MV wordt benoemd en in het MLI het gedekte belastingverdrag. Dit heeft betrekking op het feit dat landen kunnen kiezen bepaalde artikelen niet voor bepaalde belastingverdragen te laten gelden.

⁶² OECD 2017d.

acties en de tekst van de PPT niet gewijzigd is, betekent dat de uitleg van de PPT in het rapport van BEPS Actie 6⁶³ en de voorbeelden daarin, als leidraad dienen voor de PPT in het MLI en daarmee de belastingverdragen.

In artikel 7 lid 2 MLI is opgenomen dat de PPT in de plaats treedt van reeds bestaande verdragsbepalingen die dezelfde strekking hebben als de PPT. In enkele belastingverdragen stonden al GAARs die verdragsvoordelen weigerden indien een transactie als een van de hoofddoelen het verkrijgen van een verdragsvoordeel had. Het doel van deze bepaling in het MLI is dat door het vervangen van deze GAARs met de PPT, verdragsmisbruik breder wordt aangepakt dan onder de eerdere bepalingen. Deze zagen namelijk vooral op dividend-, royalty- en interestartikelen alsmede inkomen uit arbeid.⁶⁴

Lid 3 juncto 4 van artikel 7 MLI voorziet in een optionele bepaling waar de verdragsvoordelen waarop de belastingplichtige bij afwezigheid van een verdragsmisbruikende transactie recht zou hebben, wordt toegekend als deze door de PPT in eerste instantie zou worden geweigerd. Deze bepaling was eveneens geformuleerd in Actie 6 en is het best uit te leggen met een voorbeeld.⁶⁵ Een inwoner van land R wijst het economisch eigendom van een aandelenkapitaal in een entiteit uit land S, toe aan een andere inwoner van land R die al meer dan 10% in deze entiteit bezit. Indien vaststaat dat deze aandelentransactie als een van de hoofddoelen heeft om gebruik te maken van het verlaagde bronheffingspercentage in artikel 10(2)a van het OESO-MV, wordt dit percentage geweigerd door middel van de PPT. Het is dan de vraag welk percentage wel moet worden aangehouden. Wordt de *status quo* aangehouden, wat wil zeggen dat de aandelentransactie fictief niet heeft plaatsgevonden waardoor de andere inwoner van land R van het verlaagde percentage van 10(2)b mag gebruikmaken?⁶⁶ Of wordt toegang tot het verdragsvoordeel (een verlaagd bronheffingspercentage) geweigerd als geheel? Volgens Danon lijkt het op dit laatste, getuige de optie om de *status quo* in te roepen op verzoek van belastingplichtige.⁶⁷

In leden 8 tot en met 13 van artikel 7 MLI wordt de “simpele” LOB-bepaling geregeld. Deze moet in combinatie met een PPT of een antidoorstroombepaling worden opgenomen om aan de minimumstandaard te voldoen. De antidoorstroombepaling is echter in zijn geheel niet uitgewerkt in het BEPS Project of het MLI.⁶⁸ In lid 14 is (net als in lid 2 voor de PPT) geregeld dat de LOB, mits gekozen, in de plaats komt van eventuele eerdere antimisbruikbepalingen die ertoe strekken de verdragsvoordelen te limiteren tot kwalificerende personen.

Nederland heeft gekozen om de PPT voor al haar verdragen te laten gelden en maakt dus geen voorbehoud. Dit betekent dat vanaf 1 januari 2020 de PPT zal gaan gelden in alle verdragen met verdragspartners die ook voor de PPT hebben gekozen. Door deze keuze voldoet Nederland aan de minimumstandaard van BEPS Actie 6.⁶⁹

⁶³ OECD 2015a.

⁶⁴ OECD 2016, p. 23, overweging 94.

⁶⁵ OECD 2015a, p. 65.

⁶⁶ OECD 2017a, paragraaf 10(2)b. Hierin wordt voor dividenden een lager bronheffingspercentage (max. 15%) geregeld.

⁶⁷ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.7.2.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2017/2018, 34853-(R2096) nr. 6, paragraaf 3.3.

⁶⁹ Ibid.

2.4. Subconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht wat verdragsmisbruik is, welke rol dit in het internationale belastingrecht heeft en welke instrumenten deze vorm van belastingontwijking proberen te voorkomen, waarmee de deelvraag “*Wat is verdragsmisbruik en via welke initiatieven dit tegengegaan?*” wordt beantwoord. Hiermee wordt een achtergrond geschetst voor het onderzoek van deze scriptie, namelijk het onderzoek naar de proportionaliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid van de PPT en de LOB-bepalingen. In deze subconclusie worden de belangrijkste bevindingen van dit hoofdstuk uitgelegd.

Door samenloop, verschillende interpretatie of verschillende toepassing van de woonplaats- en bronlandbeginselen in het internationaal belastingrecht kan dubbele belastingheffing plaatsvinden. Dit houdt in dat twee jurisdicties beide een bepaald inkomensbestanddeel in de heffing betrekken. In (bilaterale) belastingverdragen wordt het heffingsrecht verdeeld bij situaties die anders tot dubbele belasting zouden leiden. Dit houdt in dat een land (een deel van) het inkomen mag belasten, al dan niet tegen een gereduceerd tarief, en dat het andere land bijvoorbeeld een vrijstelling of verrekening geeft. Dit wordt een verdragsvoordeel genoemd. Door *tax planning* van multinationals, zoals het gebruik van een lege vennootschap in een land met een gunstig verdragennetwerk, kunnen deze verdragsvoordelen bereikt worden omdat een dergelijke vennootschap kwalificeert als inwoner van het verdragsluitende land en daarmee zich mag beroepen op het verdrag. Dit zogenaamde *treaty shopping* – het “shoppen” voor een verdrag voor belastingontwijkende redenen, is een vorm van verdragsmisbruik omdat het niet de bedoeling is van een belastingverdrag om gebruikt te worden door niet-inwoners van de verdragsluitende staten.

De PPT zat impliciet al verwerkt in het Commentaar op artikel 1 van het OESO-MV, maar was nog geen harde regel. Wel was de basis met dit *guiding principle* al gelegd voor het identificeren van wanneer er sprake is van verdragsmisbruik. Pas tijdens het BEPS Project, het project van de OESO/G20 om grondslaguitholling en winstverschuiving door belastingontwijkende structuren tegen te gaan, werd de PPT aanbevolen en als deel van de minimumstandaard in het MLI verwerkt. Het MLI is een soort verdrag dat een land ratificeert en waarin keuzes gemaakt kunnen worden omtrent, onder anderen, verdragsmisbruik. Deze keuzes worden dan snel en efficiënt in bestaande verdragen verwerkt, omdat het proces van (her)onderhandeling van verdragen wordt overgeslagen. Hiermee kan de keuze tussen PPT, PPT&LOB of uitgebreide LOB met anti-doorstroombepaling, in bestaande belastingverdragen worden geïmplementeerd. Bestaande *principal-* of *main-purpose tests* worden vervangen door de PPT, aldus artikel 7 lid 2 MLI; bestaande limitation-on-benefitsbepalingen worden door de LOB-bepaling van het MLI vervangen, aldus artikel 7 lid 14 MLI. Dit hangt uiteraard af van de keuze van een land voor een PPT en/of LOB, alsmede die van een verdragsland. Nederland heeft gekozen voor een PPT, waarmee deze zal gaan gelden voor haar verdragen vanaf 1 januari 2020.

3. Wat is de inhoud van de PPT en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uitgebreid uiteengezet wat verdragsmisbruik inhoudt en welke initiatieven verdragsmisbruik proberen tegen te gaan. Hiermee is een achtergrond gecreëerd ter verduidelijking van hetgeen de PPT en LOB proberen te bestrijden. In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de deelvraag “*Wat is de inhoud van de PPT en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?*”. Daartoe wordt uitgebreid geanalyseerd hoe de PPT in elkaar steekt en in BEPS-actie 6 en het MLI is uitgewerkt. Het MLI, wat functioneert als invoering van bepaalde maatregelen uit de BEPS-acties, kent qua tekst van de PPT geen verschil met die uit BEPS-actie 6, maar bevat ook weinig extra toelichting. De bredere uitwerking van de PPT in Actie 6, die overigens ook in het OESO-MV en bijbehorend Commentaar is opgenomen, zal dan ook het richtsnoer voor verdragsluitende landen zijn wat betreft de interpretatie van de regel.

3.2. Tekst van de PPT

Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam, is het bestrijden van verdragsmisbruik geen nieuw fenomeen. Verschillende landen hanteerden verschillende antimisbruikbepalingen in hun verdragen, waaronder GAARs en SAARs. De Principal Purposes Test geldt hierin als een GAAR en de LOB wordt uitgelegd als een SAAR.⁷⁰ De PPT wordt gebracht als een subjectieve toets, wat betekent dat het oogmerk van een transactie wordt beoordeeld, niet *sec de feiten*. Uit de tekst van de PPT in Actie 6 blijkt dit eveneens. Deze luidt:⁷¹

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

3.3. Toetsingselementen van de PPT

3.3.1. Subjectieve toets

De PPT is, zoals in het voorgaande te lezen is, niet gericht op een specifieke (misbruik)situatie, transactie of geldstroom, maar op uitsluiting van alle voordelen uit een belastingverdrag indien het behalen van dit voordeel wordt aangemerkt een van de hoofddoelen van de transactie. Het toetsen of een van de hoofddoelen het behalen van een verdragsvoordeel is, is het belangrijke subjectieve element in de PPT.

In zekere zin kan de PPT vergeleken worden met de GAAR uit de Richtlijn (EU) 2016/1164 (hierna: ATAD1)⁷². De tekst van de GAAR uit de ATAD1 bestaat uit een subjectieve en een objectieve toets, aangevuld met een

⁷⁰ OECD 2015a, p. 21.

⁷¹ Ibid, p. 55.

⁷² Richtlijn (EU) 2016/1164, art. 6 lid 1.

kunstmatigheidscriterium.⁷³ Bij de subjectieve toets van deze GAAR wordt getoetst of een constructie is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen.⁷⁴ In de PPT gaat het eveneens over een van de hoofddoelen.

In de komende paragrafen worden de individuele elementen en definities van de subjectieve toets geanalyseerd.

Reasonable to conclude & having regard of all relevant facts and circumstances

In de tekst van de PPT staat de voorwaarde dat het *reasonable to conclude* moet zijn dat een hoofddoel tot het doen van een transactie, het verkrijgen van het verdragsvoordeel is. Dit betekent expliciet dat het niet nodig is om onomstotelijk bewijs te vinden dat dit het geval is.⁷⁵ Deze *reasonableness test* komt ook voor in, bijvoorbeeld, de GAARs van het VK, Australië, Canada en Zuid-Afrika.⁷⁶ Het is hierbij belangrijk op te merken dat het gaat om een hoofddoel van een transactie, niet een hoofddoel van de belastingplichtige.⁷⁷

Belangrijk is dat deze test in conjunctie gelezen wordt met het objectieve element: *having regard of all relevant facts and circumstances*.⁷⁸ Het is dus belangrijk dat een verdragsluitende staat een individuele, objectieve analyse doet om alle feiten en omstandigheden te doorgronden. Dit gaat in ieder geval verder dan het bekijken van de uitkomst van een transactie. Indien het op basis van deze analyse redelijk is om te concluderen, door weging van de feiten en omstandigheden, dat een van de hoofdredenen het verkrijgen van het verdragsvoordeel is, wordt deze geweigerd.⁷⁹

Wanneer de zinsnede “*reasonable to conclude, having regard of all relevant facts and circumstances*” als geheel wordt beschouwd, valt op te merken dat de PPT eerder een objectieve toets is. Deze gedachtegang wordt bevestigd door de zienswijze van de belastingdienst van het Verenigd Koninkrijk.⁸⁰ Dit land hanteert een GAAR met eenzelfde bewoording als de PPT en stelt dat de objectiviteit voortvloeit uit de *reasonableness test*. Het is dus niet nodig of zinvol om aan te tonen dat een van de hoofddoelen het misbruiken van het verdrag is, maar het is nodig om aan te tonen dat het redelijk is te concluderen dat dit een van de hoofddoelen is. De *principal purpose* wordt dus geobjectiveerd door middel van de *reasonableness test*.⁸¹

Hoewel de PPT in tegenstelling tot de LOB niet kijkt naar substance, kan dit wel van belang zijn in de *reasonableness test* van de PPT. In een voorbeeld gegeven door de OESO in het commentaar op de PPT⁸², wordt een entiteit geschetst die mede in een specifiek land werd opgericht door het gunstige verdragennetwerk hiervan. Toch wordt aangegeven dat reële economische activiteiten, waar een entiteit substantiële economische

⁷³ Onder dit kunstmatigheidscriterium wordt gesteld dat een constructie kunstmatig is voor zover deze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen. Voor toepassing van deze GAAR moeten dus niet alleen de subjectieve en objectieve toets doorlopen worden, maar moet de constructie ook kunstmatig zijn. Dit criterium komt echter niet terug in de PPT en is daarmee een striktere (lees: bredere) GAAR dan die in de ATAD1.

⁷⁴ Kamerstukken II 2017-2018, 34788 nr. 3 (MvT), paragraaf 2.3.1.

⁷⁵ OECD 2015a, p. 55.

⁷⁶ Weber, *Erasmus Law Review* 2017/1, paragraaf 2.2.1.

⁷⁷ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.2.1.

⁷⁸ Weber, *Erasmus Law Review* 2017/1, paragraaf 2.2.1.

⁷⁹ OECD 2015a, p. 57-58.

⁸⁰ HM Revenue & Customs, 2018, paragraaf C3.3.

⁸¹ Weber, *Erasmus Law Review* 2017/1, paragraaf 2.2.1.

⁸² OECD 2015a, p. 62.

functies, activa en risico's uitoefent, een reden kan zijn om het verdragsvoordeel toch te verlenen. Dit is om overkill te voorkomen: het is niet wenselijk dat de verdragsvoordelen van legitiem geachte entiteiten geweigerd worden. In dit geval kan het dus zijn dat valide commerciële redenen per definitie opwegen tegen de reden van een verdragsvoordeel behalen.

In een ander voorbeeld wordt uitgelegd dat normaliter niet aan de PPT voldaan wordt als er weliswaar valide commerciële redenen ten grondslag liggen aan een transactie, maar de transactie wel indirect verband houdt met een hoofdreden van het behalen van een verdragsvoordeel. In dit voorbeeld wordt een schuld overgenomen en daarna wordt deze schuld naar een andere entiteit overgedragen, zodat gebruik gemaakt kan worden van het verdrag door middel van die entiteit. De overdracht van de schuld kan dan weliswaar op geldige commerciële gronden gebeuren, maar indirect leidt deze tot het behalen van een verdragsvoordeel, hetgeen een hoofddoel was van de transactie. De formulering van de PPT is dus bewust breed geformuleerd in de zinsnede “*that resulted directly or indirectly in that benefit*” zodat ook een andere transactie dan diegene met als een van de hoofdredenen het verkrijgen van een verdragsvoordeel, door de PPT getroffen wordt.⁸³

Hoewel het relatief duidelijk lijkt wat bedoeld wordt met het subjectieve gedeelte van de PPT (dat wil zeggen, de doelstellingen van een transactie zijn niet hetgeen aangetoond dient te worden, maar juist dat de intentie tot verdragsmisbruik redelijkerwijs geconcludeerd kan worden op basis van de feiten en omstandigheden), is het nog niet duidelijk hoe dit zich verhoudt tot subjectieve elementen van bestaande GAARs. Een verschil tussen de (door de OESO) beoogde interpretatie van de PPT enerzijds en de interpretatie van landen van hun eigen GAARs anderzijds, doet af aan een effectieve en eenduidige toepassing van de PPT. Dit geldt mijns inziens niet alleen voor bestaande verdrags-GAARs, maar eveneens voor GAARs met een subjectieve toets uit de nationale wetgeving. In Nederlandse belastingrechtspraak bestaat het leerstuk van *fraus legis*, waarin de normvereiste en doelvereiste gelijkenissen vertonen met de toetsen van de PPT. Hierin geldt het doelvereiste (een motief om belastingheffing te vrijdelen) als subjectief. Overigens is *fraus legis* niet gecodificeerd in de wet en wordt deze beperkt ingezet. Nationale GAARs kunnen echter wel doorwerken in verdragen omdat verdragsmisbruik volgens de OESO gezien kan worden als misbruik van de wet.⁸⁴

Andere voorbeelden zijn te vinden in België en Frankrijk. Zo is voor de Belgische GAAR van belang welke intentie de belastingplichtige had en voor de Franse GAAR geldt dat de beoogde doelen van de transactie van belang zijn. In andere landen kan de term “subjectief” gelezen worden als een beoordeling van het gedrag van de belastingplichtige en niet zozeer de achterliggende doelstelling.⁸⁵ Naar mijn mening lijkt dit veel op de objectieve toets van de PPT, waar beoordeeld wordt of een transactie tegen doel en strekking van het verdrag is. Juist omdat verschillende GAARs subjectieve (en objectieve) elementen bevatten die tot op zekere hoogte overeenkomen met die van de PPT, moet men waken voor het risico dat deze landen de elementen van de PPT interpreteren op hun eigen manier. Indien deze landen bijvoorbeeld de *reasonableness test* interpreteren op

⁸³ OECD 2015a, p. 57.

⁸⁴ OECD 2017c, Commentaar op artikel 1, paragraaf 9.2.

⁸⁵ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.2.1.

eenzelfde manier als het subjectieve element van hun GAARs, kunnen er problemen ontstaan door verschillende interpretaties van de PPT.

One of the principal purposes

Uit de *reasonableness test* moet naar voren komen dat het verkrijgen van een verdragsvoordeel een van de hoofdredenen (*one of the principal purposes*) is. Dit betekent dat het behalen van een verdragsvoordeel niet het enige doel of het *dominante* doel van de transactie hoeft te zijn voor toepassing van de PPT. Het woord *purpose* valt te vertalen als de reden die de belastingplichtige aanzet tot het doen van, in dit geval, een transactie, wat kort gezegd het doel inhoudt. De intentie van een belastingplichtige is minder van belang.⁸⁶ Van een *principal purpose* is in ieder geval sprake wanneer het doen van een transactie alleen (redelijkerwijs) uitgelegd kan worden door een verdragsvoordeel. Ook is een hoofdreden te definiëren als een reden die op zichzelf de transactie al zou rechtvaardigen, gezien de feiten en omstandigheden.⁸⁷ Het is tevens onwaarschijnlijk dat een transactie gerelateerd aan de hoofdactiviteiten van een belastingplichtige als een der hoofddoelen, het behalen van een verdragsvoordeel heeft.⁸⁸ Een goed synoniem voor een dergelijke reden is een doorslaggevende reden. Deze uitleg verschilt niet van bestaande *main purpose tests*, zoals die van het Verenigd Koninkrijk.⁸⁹

In voorbeeld C van BEPS Actie 6 wordt het verschil tussen een niet-hoofdreden en een hoofdreden geschetst.⁹⁰ In dit voorbeeld is de transactie het openen van een productiefaciliteit in een bepaald land zodat de productiekosten laag gehouden kunnen worden. Dit land is gekozen uit drie landen met gelijke economische en politieke omstandigheden. De reden om specifiek dit land te kiezen, is wel ingegeven door het gunstige verdragen netwerk. De transactie heeft echter als hoofdredenen de uitbreiding van de productie van de belastingplichtige en de lagere productiekosten. Immers, als het enige voordeel zou zijn het verkrijgen van verdragsvoordelen, dan was de transactie niet uitgevoerd. De verdragsvoordelen die voortvloeien uit de transactie worden dan ook niet geweigerd in dit voorbeeld. Om dit samen te vatten, dient voor toepassing van de *reasonableness test* na objectieve analyse van de feiten en omstandigheden, redelijkerwijs geconcludeerd te kunnen worden dat binnen het uiteindelijke doel van een transactie, een van de hoofdredenen het verkrijgen van een verdragsvoordeel is.⁹¹

Benefit

Het commentaar op de PPT legt ook uit dat de term *benefit* verwijst naar alle belastingvoordelen (vermindering, vrijstelling, uitstel of terugbetaling) die in artikel 6-22 van het OESO-MV staan. Daarnaast worden uiteraard de vrijstellings- en verrekeningsmethodes van artikel 23 OESO-MV ook inbegrepen, evenals de het non-discriminatieartikel 24 OESO-MV. Indien een belastingverdrag andere belastingbeperkende

⁸⁶ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.2.2.

⁸⁷ OECD 2015a, p. 58.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ HM Revenue & Customs, 2018, paragraaf C3.5-3.6.

⁹⁰ Ibid, p. 60.

⁹¹ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 5.1.4.

artikelen kent, worden deze ook onder *benefit* geschaard, dus deze opsomming is niet limitatief voor de definitie van het begrip *benefit*.⁹²

3.3.2. Objectieve toets

Vervolgens zit er ook een objectief element in de PPT.⁹³ Deze is te vinden in het laatste deel van de tekst: indien het toekennen van een verdragsvoordeel in deze omstandigheden tegen doel en strekking van de relevante artikelen van het verdrag gaat, zal het voordeel geweigerd worden. Hier zijn twee predicaten voor mogelijk.

Ten eerste kan gedacht worden aan een dubbele toets: een mogelijk belastingontwijkende transactie zal twee toetsen moeten doorlopen onder de PPT, namelijk de subjectieve (een van de hoofdredenen) en objectieve toets (tegen doel en strekking van verdrag).⁹⁴ Indien voor beide toetsen gefaald wordt, en er dus 1) een transactie heeft plaatsgevonden waarvan een van de hoofdredenen het bereiken van dit voordeel is; én 2) tegen doel en strekking van het verdrag, dan wordt dit voordeel geweigerd. Dit blijkt mijns inziens ook uit de *guiding principle* aangehaald in paragraaf 2.2.3 van deze scriptie, waar het woord *and* duidt op een tweedelige toets. De PPT kan namelijk gezien worden als codificatie van dit *guiding principle*.⁹⁵

Daarnaast kan de zinsnede vanaf *unless* gelezen worden als een uitweg of voorbehoud⁹⁶ binnen de PPT: een uitzonderingsgrond op basis waarvan een belastingplichtige die normaliter door de regel “gevangen” zou worden, toch hier onderuit kan komen. Dit kan, volgens de OESO, door als belastingplichtige aan te tonen dat het ontvangen van een verdragsvoordeel in die omstandigheden niet tegen doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen is.⁹⁷ In GAARs buiten de verdragssfeer zijn uitwegen ook gebruikelijk. Een bekend en recent voorbehoud in het belastingrecht is lid 2 van de GAAR van ATAD1, waar geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een uitweg vormen voor toepassing van de GAAR.⁹⁸ Ook in specifieke antimisbruikbepalingen bestaan deze voorbehouden. In het Nederlandse belastingrecht bestaat bijvoorbeeld een uitweg wanneer aan transacties zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.⁹⁹

Als voorbeeld van het belang van dit objectieve element, schetst de OESO in het Actie 6-rapport een situatie waar een aandelenbelang van 24% naar 25% wordt uitgebreid zodat onder artikel 10(2)a van het (Model)verdrag een lagere bronheffingspercentage wordt toegepast.¹⁰⁰ Alhoewel het duidelijk is dat deze transactie als een van de hoofddoelen heeft om van het verlaagde percentage gebruik te maken, zou het toekennen hiervan niet tegen doel en strekking van het verdrag zijn. Volgens de OESO, namelijk, is de 25%-grens een arbitraire grens die aangeeft welke aandeelhouders gebruik mogen maken van het verlaagde bronheffingspercentage. In een ander voorbeeld splitst een aannemer een bouwproject op in twee contracten

⁹² OECD 2015a, p. 56.

⁹³ Chand, *Intertax* 46(1), p. 20-21 (paragraaf 8).

⁹⁴ Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 11, paragraaf 3.3.

⁹⁵ OECD 2017c, commentaar op artikel 29, paragraaf 169.

⁹⁶ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.3.

⁹⁷ OECD 2017c, commentaar op artikel 29, paragraaf 170.

⁹⁸ Richtlijn (EU) 2016/1164 (ATAD1), artikel 6 lid 2.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld artikelen 10a, de fusie- en splitsingsfaciliteiten, 15j, en 17 lid 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁰⁰ OECD 2015a, p. 61.

van 11 maanden, om zo gebruik te maken van artikel 5(3) van het (Model)verdrag.¹⁰¹ Dit is wel een handeling tegen doel en strekking van de verdragsbepaling. Indien een dergelijke transactie niet tegen doel en strekking van dit artikel zou zijn, zou de 12-maandengrens een dode letter zijn. Daarom wordt het verdragsvoordeel (hier: het niet bestaan van een vaste inrichting) in dit voorbeeld geweigerd.

Het valt ook te beargumenteren dat dit tweede deel van de PPT onterecht als objectieve toets wordt geprofileerd. Het bepalen dat een transactie al dan niet tegen doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen is, is een subjectieve aangelegenheid. Immers, de feiten en omstandigheden van de transactie zijn, net als bij de subjectieve toets van de PPT, zeer van belang in het toetsen of deze niet tegen doel en strekking van de relevante verdragsartikelen ingaan. Uiteindelijk is het dan ook aan de belastingdiensten van verdragsluitende landen om de relatie tussen de transactie en doel en strekking van de verdragsartikelen, vast te stellen.¹⁰²

3.3.3. *Observaties naar aanleiding van de toetsingselementen*

Mijns inziens creëert de subjectieve toets mogelijk onnodige moeilijkheden. Op basis van de objectieve toets – handeling tegen doel en strekking van het verdrag – zouden naar mijn mening alle vormen van verdragsmisbruik al voorkomen kunnen worden, zeker nu expliciet vermeld wordt dat verdragen ook als doel hebben om geen belastingontwijking te faciliteren. Het subjectieve element van de PPT zou in dat geval overbodig zijn en is volgens Danon daarnaast ook lastiger te bewijzen.^{103 104} Er kunnen inderdaad vraagtekens gezet worden bij het aansluiten bij de intenties van een belastingplichtige, aangezien dit subjectieve element sluitend bewijs lastig maakt. Daarom is echter besloten deze toetsing te objectiveren door de zogenaamde *reasonableness test* (zie paragraaf 3.2.2). Het is ook een risico dat te weinig uitleg over de interpretatie van dit element leidt tot verschillende en onverenigbare interpretaties tussen landen.¹⁰⁵ De definities en interpretatie van de termen in de PPT moeten dus zeer zorgvuldig uitgelegd zijn door de OESO.

Met betrekking tot het objectieve element in de PPT is het mijns inziens overigens onlogisch dat er gekozen is voor de bewoording *relevant provisions of this Convention*. Een verdragsartikel dient ertoe het heffingsrecht tussen landen te alloceren en heeft op zichzelf geen uitgesproken doel en strekking; een verdrag als geheel heeft dit wel.¹⁰⁶ Dit wordt immers in de preambule bevestigd. De OESO gebruikt daarnaast in voorbeelden¹⁰⁷ van de toepassing van de PPT, de zinsnede “doel en strekking van het verdrag”. Mijns inziens is dit een betere bewoording van hetgeen de PPT belichaamt. Belastingplichtigen die proberen verdragsmisbruik te plegen, zullen immers altijd proberen te voldoen aan de eisen van het artikel waar ze gebruik van maken. De OESO schrijft, met betrekking tot dit punt, slechts voor dat de PPT gelezen dient te worden in de context van de rest van het verdrag, inclusief de preambule.¹⁰⁸ Wanneer echter de letterlijke tekst van de PPT bekeken wordt, is het

¹⁰¹ Ibid, p. 64.

¹⁰² Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.4

¹⁰³ Van Weeghel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 3.

¹⁰⁴ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.3.1.

¹⁰⁵ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 1.2.

¹⁰⁶ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.3.2.

¹⁰⁷ OECD 2015a, voorbeelden A en B op pagina 59 en 60.

¹⁰⁸ Ibid, p. 56.

allesbehalve duidelijk dat hiermee doel en strekking van het relevante verdragsartikel juncto de preambule bedoeld wordt. Het is dus belangrijk dat voor toepassing van de PPT, doel en strekking van het verdrag wordt meegenomen.^{109 110}

3.4. De PPT in het MLI

3.4.1. Uitwerking in het MLI

Zoals in hoofdstuk 2 is besproken, worden de PPT en/of LOB door middel van het MLI in bestaande verdragen ingevoerd, afhankelijk van de keuze van verdragsluitende landen, en is dit onderdeel van de minimumstandaard van Actie 6. De PPT voldoet op zichzelf aan deze minimumstandaard en is voor veel landen de gekozen antimisbruikbepaling onder het MLI.

De PPT uit BEPS Actie 6 is ongewijzigd opgenomen in het MLI als de standaardbepaling tegen verdragsmisbruik. Het commentaar in het *Explanatory Statement* op de PPT¹¹¹ beperkt zich dan ook vooral tot de procedurele aspecten van de (aangeraden) invoering van de PPT in belastingverdragen. Aangezien het MLI de invoering is van de in het BEPS Project ontwikkelde antimisbruikbepalingen, wordt voor de inhoud van de PPT zelf verwezen naar het Actie 6-rapport.¹¹²

Hetzelfde geldt voor de optionele paragraaf uit Actie 6 (artikelen 3 en 4 van het MLI), waarbij een belastingplichtige op verzoek de verdragsvoordelen toegekend krijgt waarop deze recht zou hebben indien de verdragsmisbruikende handeling niet was verricht.¹¹³ Indien gekozen wordt door beide verdragsluitende landen om deze paragraaf toe te passen, wordt deze opgenomen in het verdrag.¹¹⁴ Deze paragraaf maakt dus geen deel uit van de minimumstandaard van het MLI.

Onder paragraaf 7(2) van het MLI worden de bestaande GAARs vervangen door de bredere PPT. Daarnaast is van belang dat de PPT niet het bereik van andere bestaande antimisbruikbepalingen beperkt, voor zover deze nog niet waren vervangen. De PPT vervangt wel, ter bevordering van de consistentie van procedurele regels, alle procedurele bepalingen van de vervangen GAARs.

3.4.2. Eventuele samenloop met LOB

Om de PPT kracht bij te geven, stelt het Commentaar op de PPT dat een verdragsvoordeel toch kan worden geweigerd als dit niet door de LOB gebeurt.¹¹⁵ Dit is van belang wanneer een staat binnen het MLI kiest om zowel de PPT als de LOB toe te passen. Hiermee wordt mijns inziens de voorkeur van de OESO verduidelijkt: de PPT heeft namelijk alsnog doorgang als de (eventueel) eveneens in het verdrag opgenomen LOB-bepaling het verdragsvoordeel niet weigert. Aangezien de PPT een algemene antimisbruikbepaling is en de LOB een specifieke, is het mogelijk overbodig om te kiezen voor zowel een PPT als een LOB, want de eerstgenoemde

¹⁰⁹ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 5.1.5.

¹¹⁰ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.4.1.

¹¹¹ OECD 2016, vanaf p. 22.

¹¹² Ibid, paragraaf 91.

¹¹³ OECD 2017d, artikel 7(3) en 7(4).

¹¹⁴ OECD 2016, paragraaf 99.

¹¹⁵ OECD 2015a, p. 55.

wordt als voldoende geacht om misbruik tegen te gaan. Dit is enigszins opmerkelijk te noemen: in het belastingrecht geldt vaak dat juist een SAAR boven de GAAR gaat: *lex specialis* boven *lex generalis*.¹¹⁶ Bij samenloop van de LOB en PPT dient dus rekening gehouden te worden met het feit dat de algemene regel ook doorgang heeft als de bijzondere regel geen beperkingen oplegt.

3.4.3. *Gevolg weigering verdragsvoordelen door PPT*

In paragraaf 2.3.3 van deze scriptie kwam al naar voren dat het MLI een optionele paragraaf in artikel 7(4) MLI heeft om bepaalde verdragsvoordelen op verzoek toch te verlenen aan de belastingplichtige. Deze paragraaf komt uit het rapport van Actie 6, alwaar meer uitleg te vinden is.¹¹⁷ Zo is het van belang dat, indien gekozen wordt door verdragsluitende staten de paragraaf toe te passen, de staat waarnaar het verzoek is verzonden in onderling overleg treedt met de andere staat. Tevens heeft deze eerstgenoemde staat een hoge mate van beoordelingsvrijheid over welke voordelen toegekend worden.¹¹⁸ Overigens zal de beoordeling in de regel gebeuren op basis van een grondige analyse van de feiten en omstandigheden bij afwezigheid van de verdragsmisbruikende transactie.¹¹⁹

Deze paragraaf leidt tot discussie in de literatuur wat betreft de interpretatie ervan. In het verlengde hiervan roept deze paragraaf de vraag op wat het gevolg is van een weigering van een verdragsvoordeel door de PPT. Enerzijds valt te beargumenteren dat verdragsvoordelen geweigerd worden bij een verdragsmisbruikende transactie, waaronder ook de voordelen waarop belastingplichtige wel recht op zou hebben bij afwezigheid van deze transactie. Dit lijkt immers te concluderen uit de bewoording “*shall not be granted*” in de PPT¹²⁰ en het bestaan van deze optionele paragraaf. Anderzijds kan deze bewoording slaan op alleen de bedoelde verdragsvoordelen van verdragsmisbruik en niet die van de *status quo*, zodat deze niet geweigerd dienen te worden.¹²¹ Dit roept wel de vraag op wat de significantie is van de optionele paragraaf. Een ander argument voor deze laatste zienswijze is ontleend aan de GAAR uit ATAD1.¹²² Onder deze GAAR wordt een transactie tegen doel en strekking van de (nationale) wet genegeerd voor de berekening van de vennootschapsbelasting. Als dit op eenzelfde manier toegepast wordt op de PPT, dan worden de verdragsvoordelen berekend alsof slechts de door de PPT getroffen transactie niet plaats zou hebben gevonden.¹²³ Naar mijn mening bestaat de optionele paragraaf juist omdat bij toepassing van de PPT, alle verdragsvoordelen onder het artikel vervallen. Het is dan aan de verdragsluitende staten om clementie te tonen en de alternatieve voordelen toch toe te kennen.¹²⁴

¹¹⁶ Taboada, *Bulletin for International Taxation* 2015/10.

¹¹⁷ OECD 2015a, p. 64-65.

¹¹⁸ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.7.2.

¹¹⁹ OECD 2015a, p. 65.

¹²⁰ En de bewoording *shall not be available* uit het *guiding principle*.

¹²¹ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.7.3.

¹²² Richtlijn (EU) 2016/1164 (ATAD1), artikel 6 lid 1.

¹²³ Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 12, paragraaf 4.3.1.

¹²⁴ Bij dit discussiepunt wordt in hoofdstuk 5 uitgebreider stilgestaan.

3.5. *Subconclusie*

De principal purpose test is een GAAR die aansluit bij de bedoelingen van de belastingplichtige: indien een transactie of constructie, in de ruime zin van het woord, als een van de hoofddoelen heeft het verdragsvoordeel hiermee te verkrijgen, wordt dit verdragsvoordeel geweigerd. Dit valt het best te lezen als een objectieve toets waar het subjectieve element uiteindelijk een ondergeschikte rol heeft. Dit volgt uit de *reasonableness test*. Het moet na een objectieve analyse van de feiten en omstandigheden redelijkerwijs te concluderen zijn dat verdragsmisbruik een van de hoofddoelen was van een transactie. Het subjectieve, hier de intentie van belastingplichtige, speelt hier slechts een kleine rol in.

Verder bevat de PPT een ander objectief element: het toekennen van de verdragsvoordelen moet tegen doel en strekking van de relevante artikelen van het verdrag zijn. Hoewel dit niet duidelijk uit de tekst volgt, moet hiermee gedacht worden aan doel en strekking van het verdrag, welke in de preambule staat, en het relevante verdragsartikel zelf. De PPT kan dus gezien worden als een tweedelige toets.

Een principal purpose of hoofddreden wordt uitgelegd als een reden die op zichzelf de transactie zou rechtvaardigen. Daarnaast is het woord *benefit* niet limitatief wat betreft de verdragsvoordelen. Overigens is het zo dat de PPT een verdragsvoordeel alsnog kan weigeren nadat dit niet gebeurd is door een eventuele LOB-bepaling. Verder is het gevolg van een weigering van een verdragsvoordeel door de PPT een punt van discussie. Het bestaan van een optionele paragraaf 7(4) in het MLI die bepaalde verdragsvoordelen alsnog toekent aan de belastingplichtige, lijkt erop te duiden dat het gehele verdragsvoordeel wordt geweigerd als gevolg van de PPT. Er is dus geen sprake van het “negeren” van de transactie zoals onder de EU GAAR.

Het MLI voert de PPT in de verdragen van de ratificerende landen door, waardoor bestaande GAARs met eenzelfde strekking (een van de hoofddreden is verdragsmisbruik) worden vervangen. De PPT kan, in tegenstelling tot de LOB, op zichzelf aan de minimumstandaard van BEPS Actie 6 voldoen. Deze LOB is het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

4. Wat is de inhoud van de LOB en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?

4.1. Inleiding

4.1.1. LOB-bepalingen en opbouw hoofdstuk

De tweede bepaling tegen verdragsmisbruik die in het MLI en het OESO-MV staat, is de LOB.¹²⁵ Dit is een SAAR die gebaseerd is op bestaande verdragsbepalingen in de verdragen van de Verenigde Staten (hierna: VS) en sommige verdragen van Japan en India.¹²⁶ Een LOB-bepaling bevat meerdere toetsen, die als doel hebben inwoners van verdragsluitende staten de toegang tot het verdrag te ontzeggen wanneer deze te weinig “substance” hebben. Dit voorkomt verdragsmisbruik door niet-inwoners die een entiteit oprichten in een land met een gunstig verdrag(en)netwerk).

De tekst van de LOB-bepalingen in het MLI en bijbehorend commentaar wordt in dit hoofdstuk nader geanalyseerd. Hiermee wordt de derde deelvraag (*Wat is de inhoud van de LOB en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?*) beantwoord. De LOB kent in het Actie 6-rapport twee vormen, te weten de gesimplificeerde LOB en uitgebreide LOB, welke alleen op details verschillen. Deze details worden in de relevante paragrafen van dit hoofdstuk benoemd, dus per toetselement van de LOB. De LOB in het MLI is nagenoeg hetzelfde als de gesimplificeerde versie van het Actie 6-rapport. In het *Explanatory Statement* van het MLI wordt geen commentaar gegeven op de LOB, omdat dit in het Actie 6-rapport staat. Voor de tekst van de LOB wordt dan ook verwezen naar de artikelen in het MLI, terwijl voor de uitleg en het commentaar erop verwezen wordt naar het Actie 6-rapport. Ook voor de toetsingselementen van de uitgebreide LOB wordt naar het Actie 6-rapport verwezen.

In paragraaf 4.1.2 wordt eerst de origine van LOB-bepalingen besproken. De tekst van de LOB kan, in tegenstelling tot hoofdstuk 3, door zijn lengte niet letterlijk in zijn geheel in dit hoofdstuk worden opgenomen. Daartoe wordt in paragraaf 4.2 de kern van de LOB in het MLI besproken, evenals de reikwijdte van de LOB qua verdragsvoordelen. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 een grondige analyse gedaan van de individuele toetsingselementen van de LOB. De MLI-specifieke elementen van de LOB, zoals de implementatie en de (in uitgebreide vorm) combinatie van een LOB met anti-doorstroombepaling, worden in paragraaf 4.4 geanalyseerd. Het hoofdstuk sluit af met een subconclusie.

4.1.2. Origine: de LOB van de VS

Om verdragsmisbruik tegen te gaan, gebruikt de VS in haar verdragen al sinds de jaren 90 een LOB-artikel. Het overgrote deel van de door de VS gesloten verdragen bevat een LOB-bepaling.¹²⁷ In het eigen US Model is deze sinds 1996 opgenomen in artikel 22.¹²⁸ Hiermee is de VS de pionier wat betreft LOB-bepalingen. Sindsdien hebben verschillende landen eveneens LOB-bepalingen in hun bilaterale verdragen verwerkt en is een voorbeeld van een LOB toegevoegd aan het Commentaar op artikel 1 van het OESO-MV.¹³⁰ De voor deze scriptie

¹²⁵ Respectievelijk OECD 2017d, artikel 7(8)-7(14); OECD 2017a, artikel 29(1)-29(8).

¹²⁶ OECD 2015a, p. 20.

¹²⁷ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.1.

¹²⁸ IRS 1996, artikel 22.

¹²⁹ Voor het meest recente US Model, zie IRS 2006, artikel 22.

¹³⁰ OECD 2003, commentaar op artikel 1, paragraaf 20.

relevante vorm van de LOB, zijnde de bepaling in het MLI met commentaar uit het Actie 6-rapport, is in sterke mate gebaseerd op de LOB uit het US Model.¹³¹ De rode draad in deze LOB-bepalingen is dat een verdragslandinwoner toegang heeft tot verdragsvoordelen indien hij een kwalificerend persoon is, een actieve bedrijfsuitoefening heeft of door een *derivative benefits*-toets heen komt. Ondanks dat de VS verantwoordelijk is voor de LOB-bepaling in het MLI, heeft zij echter geweigerd het MLI te ondertekenen. Hiermee vertrouwt de VS op de eigen bepalingen en kan gesteld worden dat zij de MLI-versie van de LOB afkeurt. Hoewel dit volgens Kuzniacki neigt naar hypocrisie,¹³² kan ik begrijpen dat het niet nodig geacht wordt om een bestaande, werkende bepaling compleet te vervangen door een nieuwe bepaling die ook door weinig OESO-leden wordt gekozen.¹³³

4.2. Kern en reikwijdte van de LOB

4.2.1. Kern van de relevante LOB

De LOB van het MLI wordt dus in dit hoofdstuk onderzocht. In artikel 1 van belastingverdragen staat dat personen die inwoner van een of van beide verdragsluitende staten zijn, toegang hebben tot het verdrag. LOB-bepalingen maken hier een uitzondering op door verdragsvoordelen alleen toe te kennen als de inwoner voldoet aan een van de LOB-toetsen. De LOB in het MLI geeft een inwoner alleen toegang tot het verdrag als deze een kwalificerend persoon is, voldoet aan de actieve bedrijfsuitoefeningstoets of voldoet aan de *derivative benefits*-toets. Als de inwoner niet kwalificeert en ook niet aan deze twee toetsen voldoet, kan verzocht worden aan de belastingdiensten om toch een bepaald verdragsvoordeel te verlenen.¹³⁴ Dit is een vangnet voor entiteiten die wel legitieme transacties hebben, maar, om welke reden dan ook, niet voldoen aan de LOB-bepalingen.

4.2.2. Reikwijdte qua verdragsvoordelen

In het rapport van Actie 6 werd in eerste instantie onderscheid gemaakt tussen de gesimplificeerde versie van de LOB en de uitgebreide versie wat betreft de verdragsvoordelen waarop de LOB ziet. De gesimplificeerde versie sprak nog van alle voordelen, terwijl de uitgebreide LOB het woonplaats-tiebreakerartikel, *corresponding adjustment*-artikel en MAP-artikel (respectievelijk 4(3), 9(2) en 25 van het OESO-MV) uitsluit.¹³⁵ In het MLI is geen sprake meer van onderscheid en worden deze artikelen ook onder de gesimplificeerde versie uitgesloten.¹³⁶ Dit betekent dat inwoners van verdragsluitende staten niet eerst door de LOB-bepaling heen moeten om toegang te krijgen tot de voordelen van deze artikelen.

De timing van het LOB-artikel is op het moment dat het verdrag anders een voordeel zou toekennen, zoals onder artikel 6 OESO-MV op het moment dat inkomen wordt verkregen, onder artikel 7 OESO-MV wanneer winsten worden gemaakt en onder artikel 10 OESO-MV wanneer dividend wordt uitbetaald. De toetsen van de LOB worden op dat moment uitgevoerd. Verder is van belang dat de LOB slechts regelt wie toegang tot het verdrag krijgt. Eventuele specifieke toetsen voor bepaalde verdragsvoordelen (zoals de *beneficial ownership*-

¹³¹ OECD 2015a, p. 20.

¹³² Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 3.1.

¹³³ Zie noot 10; een vergelijking tussen de LOB-bepalingen uit het US Model en het MLI is buiten de reikwijdte van deze scriptie.

¹³⁴ OECD 2017d, artikel 7(12).

¹³⁵ OECD 2015a, p. 23.

¹³⁶ OECD 2017d, artikel 7(8).

toets van artikel 10(2) van het OESO-MV) moeten nog altijd na uitvoering van de LOB-bepaling, doorlopen worden.¹³⁷ Ook dit is naar mijn reden een argument dat de LOB karakteristieken van een GAAR heeft.

Tussen de verschillende toetsen van de LOB bestaan ook verschillen wat betreft de verleende verdragsvoordelen. Kwalificerende personen krijgen toegang tot alle verdragsvoordelen, terwijl zij al zonder te kwalificeren recht hadden op bepaalde voordelen, zoals eerder in deze paragraaf is uitgelegd. Zij kwalificeren voor deze voordelen omdat zij integraal zelden verdragsmisbruik plegen. Het is echter nog, ten minste theoretisch, mogelijk dat beursgenoteerde entiteiten (die kwalificeren onder de LOB) betrokken worden bij verdragsmisbruik als doorstroomlichaam. Dit is de reden waarom een LOB-bepaling alleen in samenwerking met een PPT-bepaling of anti-doorstroombepaling mag worden opgenomen, zoals in paragraaf 4.6 van deze scriptie zal worden uitgewerkt.

De actieve bedrijfsuitoefeningstoets en *derivative benefits*-toets verlenen daarentegen alleen toegang tot het individuele verdragsvoordeel waarvoor de toets wordt doorlopen. Dit heeft ermee te maken dat verdragsvoordelen onder de LOB-bepaling alleen verleend worden aan transacties die klaarblijkelijk niet misbruikend zijn. Dit kan op mijn begrip rekenen, omdat mijns inziens per transactie bepaald moet worden of deze wel of niet in overeenstemming is met de bedoeling van het verdrag. Verder geldt dat een entiteit met een legitieme bedrijfsuitoefening voldoende nexus heeft met de verdragsstaten, maar alleen ten opzichte van een transactie gerelateerd aan die bedrijfsuitoefening. Daarnaast is er geen motief voor verdragsmisbruik bij het bestaan van equivalente voordelen, omdat een voordeel dan ook zonder een (potentieel verdragsmisbruikende) transactie al verkregen wordt.

4.3. Toetsingselementen van de LOB

4.3.1. Kwalificerende personen

In artikel 7 lid 9 MLI (en artikel 29 lid 2 van het OESO-MV, maar zonder uitwerking) is opgenomen wanneer een persoon kwalificeert voor de verdragsvoordelen indien het verdrag een LOB-bepaling zou bevatten.¹³⁸ Deze personen zijn voor verschillende redenen geen risicogroepen wat betreft verdragsmisbruik.¹³⁹ Kort samengevat kwalificeren volgens artikel 7 lid 9 MLI a) een natuurlijk persoon; b) een lichaam van een der beide verdragsluitende staten; c) een beursgenoteerde entiteit; d) een non-profit of pensioenfonds of e) een niet-natuurlijk persoon die gehouden wordt voor ten minste 50% door een onder a)-d) kwalificerend persoon. In deze paragraaf worden deze kwalificerende personen nader uitgelegd aan de hand van het MLI, BEPS Actie 6 en literatuur.

Natuurlijk persoon

Een natuurlijk persoon kan op zichzelf geen subject zijn van de vennootschapsbelasting, dividendbelasting en bronbelastingen. Er is dan ook geen sprake van risico van verdragsmisbruik. Natuurlijke personen zullen geen hinder ondervinden van een LOB-bepaling wat betreft hun toegang tot verdragsvoordelen.¹⁴⁰

¹³⁷ OECD 2015a, p. 24.

¹³⁸ OECD 2017d, artikel 7(9).

¹³⁹ Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1, paragraaf 2.2.

¹⁴⁰ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2018/57, nr. 8, paragraaf 3.1.

Overheidslichamen

De verdragsluitende staten, staatkundige onderdelen of plaatselijke publiekrechtelijke lichamen daarvan zijn kwalificerende personen, evenals agentschappen of instanties van deze staten.¹⁴¹ Deze entiteiten hebben van nature genoeg nexus in de verdragsluitende staat om toegang te moeten krijgen tot de verdragsvoordelen zonder toetsen te hoeven doorlopen.¹⁴² In het LOB-artikel uit Actie 6 waren 100%-dochtermaatschappijen van overheidslichamen ook genoemd als kwalificerende personen onder zowel de gesimplificeerde als uitgebreide versie. Dit is niet opgenomen in het MLI, maar dit wordt mijns inziens opgevangen door paragraaf 7(9)e van het MLI.

Beursgenoteerde entiteiten

Beursgenoteerde entiteiten worden gedefinieerd als “bedrijven waarvan de voornaamste soort aandelen regelmatig op een of meerdere erkende aandelenbeurzen wordt verhandeld”.¹⁴³ Volgens Pedersen en Schulz wordt het algemeen aanvaard dat beursgenoteerde entiteiten weinig verdacht worden van verdragsmisbruik.¹⁴⁴ De aandelen worden namelijk vrij verhandeld, een beursnotering gaat gepaard met bepaalde vereisten en het is dan ook onwaarschijnlijk dat deze entiteiten opgericht worden om verdragsmisbruik te plegen.¹⁴⁵

Artikel 7 lid 13 MLI definieert het begrip “erkende aandelenbeurzen” als een onder de wetten van een verdragsluitend land opgerichte en gereguleerde aandelenbeurs, alsmede een andere aandelenbeurs overeengekomen door de verdragsluitende staten. Dit laatste zal niet vaak van toepassing zijn omdat landen terughoudend zijn om beurzen te erkennen buiten hun grondgebied.¹⁴⁶ Het begrip “voornaamste soort aandelen” betekent de aandelensoort die de meerderheid van stemrechten en bedrijfswaarde vertegenwoordigt, of, bij andere soorten entiteiten, belangen die vergelijkbaar zijn met aandelen. Het begrip “regelmatig” wordt niet in het MLI gedefinieerd.

Voor de uitgebreide LOB kwalificeert een beursgenoteerde entiteit pas als zodanig als a) deze entiteit gevestigd is in dezelfde staat als de aandelenbeurs; of b) de effectieve plaats van bestuur is in de verdragsluitende staat waarin deze entiteit gevestigd is. Entiteiten die voor ten minste 50% gehouden worden door vijf of minder entiteiten die allen aan bovenstaande a) of b) voldoen, zijn ook kwalificerende personen. Het feit dat er onder deze uitgebreide LOB extra voorwaarden zijn om als beursgenoteerde entiteit te kwalificeren, lijkt op gespannen voet te staan met de uitspraak dat “deze entiteiten onwaarschijnlijk zijn opgericht voor verdragsmisbruik” van de OESO. Het is dus opmerkelijk te noemen dat deze entiteiten twee voorwaarden moeten doorlopen om een kwalificerend persoon te zijn onder de LOB-bepaling.¹⁴⁷

Non-profits of pensioenfondsen

Onder artikel 7(9)d MLI worden non-profits en pensioenfondsen onder kwalificerende personen geschaard.

¹⁴¹ OECD 2017d, artikel 7(9)b.

¹⁴² Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1, paragraaf 2.2.

¹⁴³ OECD 2017d, artikel 7(9)c.

¹⁴⁴ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2018/57, nr. 8, paragraaf 3.2.

¹⁴⁵ OECD 2015a, p. 26.

¹⁴⁶ Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1, paragraaf 2.2.1.1.

¹⁴⁷ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2018/57, nr. 8, paragraaf 3.2.

Deze entiteiten zijn over het algemeen vrijgesteld van belastingheffing en hebben voldoende nexus met het verdragsluitende land in de zin dat zij socio-economische functies vervullen binnen dat land. Het risico van verdragsmisbruik is dan ook zeer laag.¹⁴⁸ De verdragsluitende staten moeten samen vaststellen dat een entiteit een als non-profit kwalificeert door een lijst te overleggen van organisaties die volgens de woonstaat hiervoor kwalificeren. Als richtlijn betreft dit (deels) vrijgestelde organisaties die een sociale, wetenschappelijke, culturele of onderwijsende functie vervullen.¹⁴⁹ Voor Nederland zal dit waarschijnlijk aansluiten bij ANBI's, die in Nederland beperkt belastingplichtig zijn. Pensioenfondsen moeten daarnaast gereguleerd zijn door de overheid om te kwalificeren.

Dochterentiteiten van kwalificerende personen

Niet-natuurlijke personen die voor minstens 50% gehouden worden door de onder artikel 7(9) onderdelen a)-d) MLI kwalificerende personen, worden ook als kwalificerende personen gezien voor toepassing van de LOB. Hiervoor is vereist dat dit >50%-belang in deze dochterentiteit cumulatief voor minstens zes maanden wordt gehouden binnen een termijn van twaalf maanden. Daarnaast dienen deze kwalificerende personen inwoners te zijn van de verdragsluitende landen. Onder de uitgebreide LOB is er een extra eis: de entiteit mag niet meer dan 50% van het inkomen uitbetalen aan niet-kwalificerende personen in de vorm van aftrekbare betalingen (hierna: de grondslaguithollingseis). Deze twee toetsen zijn intrinsiek verbonden aan het toetsen van nexus in een verdragsluitende staat door het vereisen van genoeg “lokaal” bezit en het uitsluiten van entiteiten met veel grondslaguithollende betalingen.¹⁵⁰

4.3.2. Actieve bedrijfsuitoefeningstoets

Als een inwoner van een verdragsluitend land geen kwalificerend persoon is, maar wel beroep wil doen op een verdragsvoordeel, dan moet deze inwoner de actieve bedrijfsuitoefeningstoets doorlopen van artikel 7(10) MLI. In tegenstelling tot artikel 7(9) MLI worden bij het succesvol doorlopen van deze toets niet alle verdragsvoordelen van het verdrag toegekend (minus de in paragraaf 4.2.2 genoemde uitzonderingen), maar slechts de voordelen die betrekking hebben op een individueel inkomensbestanddeel. Indien de inwoner van een verdragsvoordeel gebruik wil maken, wordt de toets dus doorlopen met betrekking tot het inkomensbestanddeel waarop dit voordeel ziet.

De toets houdt in dat een voordeel (uit het verdrag tussen staten A en B) alleen wordt toegekend indien het inkomensbestanddeel in land B van een inwoner van staat A, voortkomt uit een actieve bedrijfsuitoefening in staat A.¹⁵¹ Indien dit zo is, wordt toegang verleend tot het verdragsvoordeel waarop het inkomensbestanddeel betrekking heeft. Daarmee kan gesteld worden dat deze toets de toegang tot het verdrag is voor vele “echte”, maar niet onder artikel 7(9) MLI kwalificerende, inwoners van contractsluitende staten.¹⁵²

¹⁴⁸ Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1, paragraaf 2.2.

¹⁴⁹ OECD 2015a, p. 29.

¹⁵⁰ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.3.

¹⁵¹ Tenzij anders vermeld, wordt in deze en opvolgende paragrafen met staat A de woonstaat bedoeld, staat B de bronstaat en staat C een derdestaat.

¹⁵² OECD 2015a, p. 37-38.

De term “(actieve) bedrijfsuitoefening” is niet gedefinieerd in het MLI of Actie 6 en wordt dus volgens artikel 3(2) OESO-MV ingevuld door de nationale wetgeving. De OESO heeft in Actie 6 wel geprobeerd het begrip te verduidelijken door te stellen dat “een entiteit over het algemeen “actieve bedrijfsuitoefening” heeft als de personen die het bedrijf uitvoering geven (functionarissen of werknemers), substantiële management- en operationele activiteiten doen”.¹⁵³ Een probleem hiervan echter is dat een definitie van “(actieve) bedrijfsuitoefening” ontbreekt in de wetgeving van veel landen. Daarnaast zorgt het niet-gedefinieerde begrip “substantiële” binnen deze uitleg voor extra verwarring.¹⁵⁴ Zonder verduidelijking van welke activiteiten wel en niet onder actieve bedrijfsuitoefening vallen, neemt de LOB naar mijn mening meer de gedaante aan van een GAAR. De toets wordt dan namelijk op basis van de feiten en omstandigheden uitgevoerd, en niet op basis van het bestrijden van bekende, specifieke situaties van verdragsmisbruik. Het lijkt er mijns inziens dus op dat de OESO een bepaling in gedachten had binnen de LOB om legitieme bedrijven toegang te geven tot verdragsvoordelen, maar tekort is geschoten in de uitleg van hoe deze bepaling verdragsmisbruik moet tegengaan.

Enkele activiteiten worden expliciet uitgezonderd van het begrip “actieve bedrijfsuitoefening”. Deze betreffen i) het optreden als een houdstermaatschappij; ii) het toezichthouden op of besturen van een groep van lichamen; iii) groepsfinanciering (inclusief cash pooling) en iv) het doen of beheren van beleggingen, tenzij door een bank, verzekeringsmaatschappij of geregistreerd effectenbedrijf. Hoewel deze activiteiten mogelijk wel binnen de definitie van “bedrijfsuitoefening” vallen, worden deze dus voor toepassing van de LOB uitgezonderd van *actieve* bedrijfsuitoefening. Deze denkwijze vertoont gelijkenissen met het begrip “meer dan normaal vermogensbeheer” dat in het Nederlandse belastingrecht actieve ondernemingen scheidt van beleggingsondernemingen.¹⁵⁵

Een tweede deel van deze actieve bedrijfsuitoefeningstoets is dat het inkomensbestanddeel ontleend wordt of incidenteel is aan de actieve bedrijfsuitoefening van de entiteit.¹⁵⁶ In Actie 6 wordt gezegd dat dit het geval is als dit inkomensbestanddeel voortkomt uit activiteiten in het bronland die deel uitmaken van of complementair zijn aan de actieve bedrijfsuitoefening. Dit is bijvoorbeeld wanneer bij de activiteiten dezelfde (soort) producten of diensten betrokken zijn. Voorbeelden zijn distributie- of marketingactiviteiten in het bronland B voor de bedrijfsvoering van de inwoner van staat A. Complementaire activiteiten worden gedefinieerd als activiteiten binnen dezelfde industrie en afhankelijk van elkaar.¹⁵⁷ Inkomensbestanddelen worden als incidenteel aan de bedrijfsuitoefening aangemerkt indien het de bedrijfsuitoefening faciliteert.¹⁵⁸

Indien een inkomensbestanddeel in staat B voortkomt uit bedrijfsactiviteiten in die staat B (door de inwoner van staat A of een verbonden persoon daarvan¹⁵⁹), slaagt de inwoner alleen voor deze toets indien de

¹⁵³ OECD 2015a.

¹⁵⁴ Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 2, paragraaf 2.1.1.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld *Notitie Normaal Vermogensbeheer* 2015.

¹⁵⁶ OECD 2017d, artikel 7(10)a, eerste volzin.

¹⁵⁷ OECD 2015a, p. 38.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 40.

¹⁵⁹ Van een verbonden persoon is rechtens artikel 7(13)e van het MLI sprake indien, direct of indirect 1) een persoon een meer dan 50% belang (bij bedrijven heeft dit betrekking op de stemrechten en waarde van het bedrijf) heeft in de ander; 2) beide personen voor minstens 50% gehouden worden door een moederentiteit; of 3) uit de feiten en omstandigheden

bedrijfsuitoefening van de inwoner van staat A substantieel is ten opzichte van dezelfde activiteit in staat B. Het begrip “substantieel” wordt bepaald op grond van de feiten en omstandigheden en hierbij moet rekening gehouden worden met de relatieve groottes van de industrieën en markten in de verdragsluitende staten.¹⁶⁰ Deze toets is bedoeld om te voorkomen dat inwoners voldoen aan de actieve bedrijfsuitoefeningstoets door minimale bedrijfsactiviteiten te hebben in de woonplaats (staat A).¹⁶¹

4.3.3. *Derivative Benefits-toets*

Inwoners van een verdragsluitende staat die niet aan de voorgaande toetsen voldoen, kunnen op basis van de *derivative benefits*-toets aanspraak maken tot een verdragsvoordeel. Deze toets is het best uit te leggen met een concrete uitwerking ontleend aan Kuzniacki.¹⁶² Een inwoner A van staat A heeft een inkomensbestanddeel uit bronland B waarvoor deze inwoner het verdragsvoordeel tussen staten A en B wil inroepen. Op basis van de kwalificerende personentoets en de actieve bedrijfsuitoefeningstoets heeft A nog niet het recht op toegang tot het voordeel. A wordt echter direct of indirect gehouden voor ten minste 75% van het belang door entiteit C, inwoner van land C.^{163 164} Als C recht heeft op een equivalent of gunstiger (verdrags)voordeel met betrekking tot het inkomensbestanddeel van A (op basis van hetzij het verdrag tussen B en C, hetzij op basis van de nationale wetgeving van staat C), dan krijgt A toegang tot het eerstgenoemde verdragsvoordeel. Entiteit C heeft namelijk geen motief om via A misbruik te maken van verdrag A-B, omdat C al een direct equivalent voordeel kan krijgen.

4.4. *De LOB in het MLI*

4.4.1. *Artikelen*

De (gesimplificeerde) LOB-bepaling in het MLI is uitgewerkt in leden 8 tot en met 13 van artikel 7 MLI. Lid 6 van dit artikel regelt dat de LOB gaat gelden in verdragen waar beide verdragsluitende staten gekozen hebben deze toe te passen. Als slechts een van de staten kiest voor de LOB, kan de andere staat ingevolge onderdeel a van lid 7 toch accepteren de LOB in het verdrag toe te passen. Wanneer deze staat dit weigert, kan zij onder onderdeel b van lid 7 beslissen om een andere toepassing van de LOB te accepteren. In dat geval zal de LOB in een verdrag alleen toegepast worden bij voordelen verleend door de staat die wél voor de LOB heeft geopteerd. In lid 14 wordt geregeld dat de LOB in de plaats treedt van eventuele bestaande LOB-bepalingen in verdragen, hoewel staten dit kunnen voorkomen door een voorbehoud te maken ingevolge onderdeel c van lid 15.

4.4.2. *LOB-vorm*

Het MLI bevat, in tegenstelling tot het Actie 6-rapport, alleen de gesimplificeerde vorm van de LOB en niet de uitgebreide. Dit heeft dezelfde reden als dat er geen anti-doorstroombepaling is uitgewerkt in het MLI. De PPT

anderszins blijkt dat een persoon zeggenschap heeft over de ander of dat een moederentiteit zeggenschap heeft over beide personen.

¹⁶⁰ OECD 2017d, artikel 7(10)b.

¹⁶¹ OECD 2015a, p. 40.

¹⁶² Kuzniacki, Intertax 2018/46, nr. 2, paragraaf 2.2.

¹⁶³ Deze 75% moet voor ten minste de helft van de dagen in een 12-maandsperiode gehouden zijn

¹⁶⁴ Dit is de voorwaarde voor de *derivative benefits*-toets in de gesimplificeerde LOB-bepaling. Voor de uitgebreide LOB-bepaling moet minimaal 95% van de totale stemrechten en waarde gehouden worden door maximaal zeven *equivalent beneficiaries*: moederentiteiten met recht op equivalente of gunstigere verdragsvoordelen. Daarnaast is er, net als bij artikel 7(9)e (dochters van kwalificerende personen in de uitgebreide LOB) een anti-grondslaguithollingseis.

wordt namelijk nadrukkelijk als standaardoptie geprofileerd, eventueel in combinatie met een gesimplificeerde LOB-bepaling. Indien landen daarentegen opteren voor een uitgebreide LOB, dan moet dit, voor elk verdrag, samen met de verdragspartner overlegd worden om tot een adequate bepaling te komen.¹⁶⁵ In dit geval wordt aangesloten bij de uitgebreide LOB uit het BEPS Actie 6-rapport.

4.4.3. *Anti-doorstroombepaling*

Artikel 7(15)a MLI geeft landen de optie om een uitgebreide LOB-bepaling te combineren met een anti-doorstroombepaling en daarmee aan de minimumstandaard van Actie 6 te voldoen. Volgens de OESO is de LOB namelijk ongeschikt om alle vormen van verdragsmisbruik effectief aan te pakken. De vorm van een dergelijke anti-doorstroombepaling is vrij van keuze: deze kunnen zowel via een verdrag als via nationale anti-misbruikwetgeving geïmplementeerd worden. Ter verduidelijking van welke vormen er nog moeten worden bestreden door een anti-doorstroombepaling, worden verschillende voorbeelden genoemd in het rapport van BEPS Actie 6.¹⁶⁶

De kern van deze voorbeelden is dat een doorstroomlichaam een lichaam is waardoor dividend-, rente- en royaltystromen worden geleid met als doel bronbelasting te ontwijken, zoals in paragraaf 2.3.1 van deze scriptie is geschetst. Omdat LOB-bepalingen uitgaan van objectieve kenmerken en het doel van een transactie dus geen rol speelt, zou een opzichzelfstaande LOB-bepaling vrij simpel te omzeilen zijn. In de voorbeelden in Actie 6 wordt geschetst dat een beursgenoteerde vennootschap gebruikt wordt voor inkomende en uitgaande geldstromen waarvoor anders bronbelasting zou worden geheven. Beursgenoteerde vennootschappen zijn kwalificerende personen onder artikel 7(9)c MLI en hebben daarmee toegang tot het verdrag. Hoewel doorgaans nagenoeg lege BV's (brievenbusvennootschappen) in het recente verleden werden gebruikt als doorstroomlichamen, schetst de OESO verschillende situaties waarin een (kwalificerende) beursgenoteerde vennootschap fungeert als een back-to-backlener. Dit houdt in dat, in plaats van een directe lening tussen A en B een tussenpersoon C gebruikt wordt als doorstroomlichaam waarmee door leningen met identieke voorwaarden tussen B en C en C en A misbruik wordt gemaakt van de verdragen. In dit geval is tussenpersoon C het doorstroomlichaam en is tussen A en B een ongunstig verdrag op het gebied van interest, waardoor er bronbelasting betaald moet worden.

Bij het uitleggen in welke situaties wel en niet misbruik door een doorstroomlichaam plaatsvindt (en daarmee welke situaties wel en niet voorkomen moeten worden door een anti-doorstroombepaling), grijpt de OESO aan bij kenmerken van de PPT. De feiten en omstandigheden worden bekeken voordat geoordeeld wordt over of een situatie verdragsmisbruik betreft. Zo wordt uit de voorbeelden duidelijk dat een bepaalde situatie (het tussenschuiven van een beursgenoteerde vennootschap voor dividendstromen met identieke opbrengsten), als een van de hoofdredenen het verminderen van bronbelasting heeft en daardoor een doorstroomsituatie betreft. De OESO geeft aan dat eventuele anti-doorstroombepalingen deze situatie moeten bestrijden.¹⁶⁷

¹⁶⁵ OECD 2016, p. 28.

¹⁶⁶ OECD 2015a, p. 65-69

¹⁶⁷ Ibid, p. 66 (voorbeeld A).

Aan de andere kant stelt de OESO dat een indirecte royaltystroom tussen dochtervennootschappen, die door de beursgenoteerde moedervennootschap geleid wordt, niet misbruikend hoeft te zijn als dit de standaardprocedure is voor die groep. Het feit dat er geen verdrag in plaats is tussen de dochtervennootschappen betekent nog niet dat de moedervennootschap gebruikt wordt om bronbelasting te ontwijken. In dit geval is de transactie namelijk ingegeven door zakelijke redenen en is het ontwijken van bronbelasting niet een van de hoofdredenen.¹⁶⁸

4.5. Subconclusie

De subvraag die in dit hoofdstuk beantwoord wordt, luidt “Wat is de inhoud van de LOB en hoe is deze uitgewerkt in het MLI?”. De limitation-on-benefitsbepaling van het MLI gaat verdragsmisbruik tegen door verdragsvoordelen te weigeren indien inwoners niet genoeg substance of nexus hebben in hun woonstaat. Dit voorkomt verdragsmisbruik door, bijvoorbeeld, lege vennootschappen die opgericht zijn om er bepaalde geldstromen doorheen te laten lopen. De uitwerking van de LOB is dat een verdragsvoordeel slechts verleend wordt aan inwoners die kwalificerend persoon zijn, een actieve bedrijfsuitoefening hebben, toegang tot equivalente voordelen hebben of op verzoek aan de belastingdienst bij afwezigheid van verdragsmisbruikende redenen tot de transactie.

Kwalificerende personen zijn voor verschillende redenen geen risicogroepen wat betreft verdragsmisbruik en hebben toegang tot alle verdragsvoordelen, met uitzondering van het woonplaats-tiebreakerartikel, corresponding adjustment-artikel en het MAP-artikel. Natuurlijke personen, overheden, beursgenoteerde entiteiten, non-profits, pensioenfondsen of dochterentiteiten van deze personen, kwalificeren onder artikel 7(9) MLI voor toepassing van de LOB.

De meeste niet-kwalificerende personen zullen toegang tot een individueel verdragsvoordeel krijgen door de actieve bedrijfsuitoefeningstoets. Deze houdt in dat een inkomensbestanddeel uit een verdragsluitende bronstaat, niet zijnde de woonstaat, verband dient te houden met een actieve bedrijfsuitoefening in de woonstaat. Ook als het inkomensbestanddeel voortkomt uit activiteiten in de bronstaat, slaagt de inwoner voor de toets als de bedrijfsuitoefening in de woonstaat substantieel is ten opzichte van dezelfde activiteit in de bronstaat. De geringe uitwerking van de begrippen in deze toets baart zorgen en doet af aan het idee dat de LOB een echte SAAR is.

Niet-kwalificerende personen die ook niet door de actieve bedrijfsuitoefeningstoets komen, kunnen aanspraak maken op een verdragsvoordeel voor zover de moederentiteit(en) van deze persoon equivalente voordelen heeft/hebben. In dat geval kan gesteld worden dat er geen motief is voor verdragsmisbruik omdat de voordelen al op basis van een ander verdrag of nationale wetgeving behaald kunnen worden.

Een laatste mogelijkheid om een verdragsvoordeel te krijgen onder de LOB is een verzoek aan de belastingdiensten. Dit is een vangnet voor entiteiten die wel legitieme transacties hebben, maar, om welke reden dan ook, niet voldoen aan de LOB-bepalingen. Voor het toetsen van de legitimiteit van de transactie wordt bij een bekend begrip uit de PPT aangesloten: indien wordt vastgesteld dat het verkrijgen van een

¹⁶⁸ OECD 2015a, p. 67-68 (voorbeeld E)

verdragsvoordeel niet een hoofdrede is van de transactie, wordt het voordeel alsnog verleend. Dit is naar mijn mening niet het enige dat de LOB gemeen heeft met de PPT. In bepaalde opzichten kan de LOB zich gedragen als een GAAR. Zo moeten dezelfde toetsen doorlopen worden om toegang te krijgen tot vrijwel alle voordelen in een verdrag. Daarnaast zit er mijns inziens een belangrijk subjectief element in de belangrijkste toets van de LOB, de actieve bedrijfsuitoefeningstoets. De LOB kan dus niet aangemerkt worden als een “echte” SAAR. De werking van de LOB verschilt echter fundamenteel van de werking van de PPT. De LOB gaat uit van “toegang tot verdragsvoordeel weigeren, tenzij”, de PPT gaat uit van “verdragsvoordeel toekennen, tenzij”.

De LOB voldoet alleen aan de minimumstandaard van BEPS Actie 6 als deze gecombineerd wordt met de PPT of als de uitgebreide vorm wordt gecombineerd met een anti-doorstroombepaling. Deze bepaling is niet uitgewerkt door de OESO en is dus vrij van vorm. Wel geeft de OESO voorbeelden van situaties die bestreden moeten worden door de anti-doorstroombepaling. De rode lijn in deze situaties is dat een kwalificerend persoon, zoals een beursgenoteerde entiteit, gebruikt wordt als doorstroomentiteit met als een van de hoofdredeën het behalen van een verdragsvoordeel. In dat opzicht lijkt de bedoeling van deze bepaling op die van de PPT.

5. Hoe proportioneel, doelmatig en doeltreffend is de PPT?

5.1. Inleiding

De inhoud van de PPT is uitgebreid belicht in hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk wordt de PPT als maatregel tegen verdragsmisbruik geanalyseerd en aan de hand van drie criteria beoordeeld. Het eerste criterium is proportionaliteit, waarmee bedoeld wordt dat een regel niet verder gaat dan noodzakelijk ter bestrijding van verdragsmisbruik. Indien de PPT zijn doel te buiten gaat en ook niet-misbruikende gevallen raakt, of als de sanctie van de PPT te hoog is voor het vergrijp, kan gesproken worden van een disproportionele maatregel tegen verdragsmisbruik. Het is echter ook essentieel dat de PPT alle gevallen van verdragsmisbruik kan tegengaan. Bij een brede, algemene maatregel is de verwachting mogelijk dat alle gevallen van verdragsmisbruik voorkomen zullen worden, maar eventuele inconsistenties, strijdigheden met wetten of mazen in de wet doen afbreuk aan de doeltreffendheid van de PPT. Als derde wordt het criterium van doelmatigheid geanalyseerd: in hoeverre is de PPT een efficiënte maatregel tegen verdragsmisbruik, dat wil zeggen, zijn er veel middelen nodig om met behulp van deze maatregel verdragsmisbruik te voorkomen?

In het eerste deel van dit hoofdstuk worden de sterke punten en tekortkomingen van de PPT geanalyseerd. De volgorde van deze kritiekpunten staat los van de drie criteria en volgt de structuur van de PPT. Paragraaf 5.2 bevat kritiekpunten met betrekking tot het eerste deel van de PPT, 5.3 gaat over de objectieve toets en 5.4 t/m 5.6 gaan over de uitwerking van de PPT als geheel. Naar aanleiding van de kritiekpunten in deze paragrafen wordt in paragraaf 5.7 een oordeel (slecht, matig, voldoende of goed) gegeven over de PPT naar aanleiding van de drie criteria. Het hoofdstuk sluit af met een subconclusie.

5.2. De subjectieve toets van de PPT

5.2.1. De reasonableness test

In literatuur wordt het subjectieve karakter van de *reasonableness test* in de PPT bekritiseerd.¹⁶⁹ Het gaat hierin met name om het gebruik van “een van de hoofddoelen”. Volgens Baez Moreno is het probleem niet dat het onmogelijk is een intentie te bewijzen zolang dit op basis van feiten en omstandigheden gebeurt, maar juist dat subjectieve doelen volledig niet van belang horen te zijn in belastinguitkomsten. Immers, belastingwetten verbinden wettelijke consequenties aan puur objectieve factoren zoals de draagkracht van een entiteit en het bestaan van inkomen uit een ander bronland van die entiteit. Indien subjectieve factoren hier in het spel komen, kan dit ertoe leiden dat twee belastingplichtigen met volledig identieke objectieve omstandigheden een verschillende belastinguitkomst kennen omdat zij een andere intentie hadden. Baez Moreno vervolgt met de uitspraak dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van meerdere jurisdicties.¹⁷⁰

Naar mijn mening is er wel degelijk plek voor subjectiviteit in belastingwetgeving. Een verdrag heeft, zoals eerder aangegeven, als doel om investeringen over de grens te bevorderen door dubbele belastingheffing te voorkomen. Misbruik van een verdrag houdt dus in dat het verdrag gebruikt wordt om, subjectief gezien, niet-zakelijke transacties te doen, waarmee belasting bespaard wordt maar uiteindelijk geen reële investeringen

¹⁶⁹ Het gaat hier om de zinsnede “wanneer er, rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het verkrijgen van dat voordeel een van de voornaamste doelen was van een constructie of transactie die direct of indirect tot dat voordeel geleid heeft” uit artikel 7(1) van het MLI.

¹⁷⁰ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6-7, paragraaf 3.1.

gedaan worden. Het aanpakken van zulke constructies is een intrinsiek subjectieve aangelegenheid. Bij verdragsmisbruik worden objectieve elementen van de belastingwet omzeild. Met andere woorden, het doel van de belastingplichtige in dat geval is juist een identieke behandeling voor de belasting creëren als een belastingplichtige met dezelfde objectieve (maar niet subjectieve) omstandigheden. Dit kan effectief voorkomen worden door mee te laten wegen wat de beweegredenen voor die belastingplichtige waren. Met andere woorden, was het doel van van die transactie misbruik maken van het verdrag of waren dit geldige zakelijke redenen? Deze gedachtegang is naar mijn mening ook de reden waarom zelfs de LOB subjectieve elementen vertoont: zonder een analyse van subjectieve elementen van een transactie is het effectief tegengaan van misbruik onmogelijk.

Een verschil tussen verdragsmisbruikende en zakelijke transacties is dat de grondslag bij eerstgenoemde kunstmatig uitgehold wordt. Deze kunstmatigheid is mijns inziens dus een belangrijk element in de definitie van verdragsmisbruik. Ik ben het daarom wel eens met Baez Moreno's mening dat een objectieve interpretatie van de PPT (het bepalen van een hoofdrede wordt verleend aan de kunstmatigheid of gebrek aan economische realiteit van de transactie) of het gebruiken van een kunstmatigheidscriterium een goed idee is.¹⁷¹

Hierbij is dus van belang hoe groot de rol is die de economische realiteit speelt in de PPT.¹⁷² Zoals in hoofdstuk 3 is uitgelegd, lijkt dit een grote rol te spelen in de *reasonableness test*. Een transactie die verband houdt met de hoofdactiviteit van een entiteit is een goede indicator dat er geen hoofdrede is om verdragsvoordelen te krijgen. Kuzniacki geeft aan dat de voorbeelden in het Actie 6-rapport van de OESO aangeven dat economische substance en bedrijfsmotieven zeer relevante feiten en omstandigheden zijn die goed gebruikt kunnen worden in het uitvoeren van de PPT.¹⁷³ Volgens Chand is het zo dat als economische redenen zwaarder wegen dan de door belastingbesparing ingegeven reden, niet aan het subjectieve element van de PPT is voldaan.¹⁷⁴ Danon vindt het zelfs onacceptabel als belangrijke economische motieven, die niet te maken hebben met het verdragsvoordeel, niet de toepassing van de PPT kunnen voorkomen als er ook een hoofdrede is om een verdragsvoordeel te verkrijgen.¹⁷⁵ Uit de voorgaande meningen maak ik op dat er volgens de literatuur al een economische realiteitstest in de PPT zit.

Ik ben het echter niet geheel eens met de zienswijze dat economische redenen en belastingbesparingsredenen afgewogen moeten worden. Mijns inziens moet pas worden gekeken naar eventuele redenen die zwaarder wegen dan de verdragsmisbruikreden, wanneer deze laatste lastig aan te tonen is. Ik zie meer in de zienswijze van de OESO dat aan de subjectieve toets is voldaan als het verkrijgen van een verdragsvoordeel doorslaggevend is voor de transactie. Wat dat betreft is mijn mening dat de *reasonableness test* geen steken laat vallen op het gebied van doeltreffendheid, waar Baez Moreno van mening is dat dit wel het geval is. Wel zou het aansluiten bij de kunstmatigheid van een transactie goed zijn voor het onderscheid tussen zakelijke en verdragsmisbruikende redenen van een transactie, wat de rechtszekerheid zou verbeteren.

¹⁷¹ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6-7, paragraaf 3.1.

¹⁷² Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 11, paragraaf 3.2.2.

¹⁷³ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.3.1.

¹⁷⁴ Chand, *Intertax* 46(1), paragraaf 3.4.3.

¹⁷⁵ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.3.1.

5.2.2. EU-recht: reasonableness test in strijd met fundamentele vrijheden en beginselen?

Waar de PPT wel mogelijk steken laat vallen, is op het gebied van comptabiliteit met het EU-recht, iets wat Baez Moreno al aangaf in zijn betoog. Volgens Cuoco heeft dit ermee te maken dat verschillen tussen nationale GAARs en de PPT ervoor kunnen zorgen dat identieke situaties andere belastingtechnische gevolgen hebben. Als een binnenlandse transactie die mogelijk misbruikend is, wordt beoordeeld onder de nationale GAAR, en een identieke grensoverschrijdende transactie wordt beoordeeld onder de striktere PPT, kan dit mogelijk leiden tot strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van kapitaal van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).¹⁷⁶ ¹⁷⁷Deze zienswijze wordt bevestigd door Baez Moreno, die hierbij strijdigheid ziet met EU-recht en nationale grondwettelijke bepalingen.¹⁷⁸ Daarnaast volgt uit het *Cadbury Schweppes*-arrest¹⁷⁹ dat de vrijheid van vestiging zich niet verzet tegen het gebruiken van de fundamentele vrijheden om een betere belastingpositie te verzekeren, tenzij dit in een volstrekt kunstmatige constructie gebeurt. Het uitvoeren van reële economische activiteiten wordt dus als belangrijke parameter gezien in het identificeren van misbruik. In enkele recente arresten bevestigt mijns inziens het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat een GAAR die niet alle feiten en omstandigheden beoordeelde en geen economische activiteitentoets heeft, in strijd is met de vrijheid van vestiging.¹⁸⁰ Een belangrijke zin uit het arrest *Eqiom* luidt:

*“In dit verband zij eraan herinnerd dat een nationale wettelijke regeling slechts beoogt fraude en misbruik te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen.”*¹⁸¹

Hierin kan dus worden gelezen dat een maatregel zonder kunstmatigheidscriterium tegen primair EU-recht is. Rasenberg komt tot dezelfde conclusie: een antimisbruikbepaling zonder kunstmatigheidscriterium gaat haar doel voorbij en voldoet daarmee niet aan de proportionaliteitseis van het HvJ EU.¹⁸²

Een ander overtuigend argument dat de PPT in strijd kan zijn met het EU-recht is de enigszins gebrekkige formulering en uitwerking van de PPT. Volgens Pinetz zorgt de *reasonableness test* voor te weinig rechtszekerheid en is deze daarom mogelijk in strijd met hetgeen het HvJ EU in de zaak *SIAT* (C-318/10)¹⁸³ en *Itelcar* (C-282/12) heeft gewezen:¹⁸⁴

“(…) rechtszekerheid, die verlangt dat rechtsregels duidelijk en nauwkeurig zijn en de gevolgen ervan voorzienbaar zijn, met name wanneer zij nadelige gevolgen kunnen hebben voor particulieren en

¹⁷⁶ Cuoco, *Intertax* 47(10), paragraaf 4.1.1.

¹⁷⁷ Deze vrijheden staan respectievelijk in artikelen 49 en 63 van het VwEU.

¹⁷⁸ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6-7, paragraaf 4.3.

¹⁷⁹ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), conclusie.

¹⁸⁰ Cuoco, *Intertax* 47(10), paragraaf 2.1.

¹⁸¹ HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*), noot 30.

¹⁸² Rasenberg, *WFR* 2017/93, paragraaf 3.2.

¹⁸³ HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*), noot 58.

¹⁸⁴ Pinetz, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2, paragraaf 2.2.5.

ondernemingen. Een regel die niet voldoet aan de vereisten van het rechtszekerheidsbeginsel, kan niet worden geacht evenredig te zijn aan de nagestreefde doelen."¹⁸⁵

Uit deze jurisprudentie komt naar voren dat het HvJ EU geen wets- of verdragsbepalingen accepteert die te veel rechtsonzekerheid teweegbrengen.¹⁸⁶ Ik ben het eens met het argument dat de PPT geen hoge ogen gooit op het gebied van rechtszekerheid, vooral omdat de voorbeelden van de uitwerking van de PPT in Actie 6 niet duidelijk genoeg de reikwijdte aangeven.¹⁸⁷ Deze voorbeelden geven namelijk de werking van de PPT aan bij onmiskenbaar duidelijke feiten en omstandigheden terwijl de realiteit veel complexere vraagstukken kent.¹⁸⁸ Omdat dit ertoe leidt dat belastingdiensten weinig richtlijnen en begeleiding hebben in hun uitvoering van de *reasonableness test*, geeft dit hen mijns inziens te veel discretie. Uit het oogpunt van de aanpak van verdragsmisbruik is dit een goed gegeven, hier wordt namelijk *underkill* mee voorkomen¹⁸⁹, maar de rechtszekerheidspositie van belastingplichtigen lijdt hieronder. Uiteindelijk kan dit dus in strijd zijn met de grondwettelijke bepalingen van lidstaten van de EU.¹⁹⁰

Kuzniacki geeft met een voormalige Poolse GAAR een concreet voorbeeld van een regel die niet aan het rechtszekerheidsbeginsel voldeed door gebrekkige formulering en daarmee in strijd was met de Poolse grondwet. Voorbeelden van vage formuleringen van de PPT die Kuzniacki aangeeft, zijn "reasonable to conclude", "one of the principal purposes" en "accordance with the object and purpose of the relevant provisions".¹⁹¹ Naar mijn mening is "one of the principal purposes" overigens duidelijk genoeg uitgelegd door de OESO, al is het nog niet met zekerheid te zeggen of deze zinsnede in de praktijk geen problemen oplevert. Kuzniacki legt verder uit aan welke vereisten een (wets)bepaling dient te voldoen om aan het proportionaliteitsbeginsel te voldoen. Deze vereisten zijn doelmatigheid, het beginsel dat de bepaling het minst tot last is voor de belastingplichtige en niet meer bewijslast meebrengt dan noodzakelijk. Volgens Kuzniacki faalt de PPT ten minste op de laatste twee vereisten. Dit heeft te maken met de vage, uiteenlopende en ambigue formulering van de PPT, waardoor het risico bestaat dat de PPT niet uniform wordt geïnterpreteerd. Daarnaast is er geen goede balans tussen het voorkomen van verdragsmisbruik en de proportionaliteit. De bewijslastverdeling is eveneens een probleem.¹⁹² Deze komt in paragraaf 5.4 aan de orde. Taramountas geeft eveneens aan dat de rechtszekerheid in het geding komt bij de PPT door de formulering van de regel. Dit leidt daarmee tot strijdigheid met grondwetten en EU-recht.¹⁹³ Duidelijk is dat de OESO tekort is geschoten met het adequaat formuleren van de onderdelen van de PPT, waardoor de rechtszekerheid van belastingplichtigen in het geding komt.

¹⁸⁵ HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*), noot 44.

¹⁸⁶ Pinetz, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2, paragraaf 2.2.5.

¹⁸⁷ OECD 2015a, p. 59 e.v.

¹⁸⁸ Van Weeghel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.

¹⁸⁹ Rasenberg, *WFR* 2017/93, paragraaf 5.

¹⁹⁰ Pinetz, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2, paragraaf 2.2.5.

¹⁹¹ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.6.1.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Taramountas, *Intertax* 47(11), paragraaf 3.3.

Een interessante discussie die gevoerd kan worden is of de impliciete economische realiteitstest in de PPT (zie paragraaf 5.2.1) alsnog zorgt voor genoeg parallellen met de GAAR uit ATAD1, welke dankzij haar kunstmatigheidscriterium niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁹⁴ Deze GAAR bestaat uit dezelfde hoofdredenen-toets en doel- en strekkingstoets als de PPT, met een kunstmatigheidscriterium die niet expliciet in de PPT is opgenomen.¹⁹⁵ Het ontbreken van dit criterium maakt de PPT ruimer dan de ATAD1 GAAR. De Europese Commissie heeft zich over dit punt uitgelaten en stelt dat de PPT aangepast dient te worden om strijdigheid met EU-recht te voorkomen.¹⁹⁶ De voorgestelde, aangepaste PPT van de Europese Commissie bevat hiertoe een economische realiteitstest (dikgedrukt) en luidt als volgt:

*“Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that **it reflects a genuine economic activity** or that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.”*¹⁹⁷

Deze versie van de PPT is niet opgenomen in het MLI en verschillende auteurs zijn van mening dat de MLI-versie dus in strijd is met EU-recht. Taboada geeft aan dat het ontbreken van een economische realiteitstest disproportioneel is. Wel is er volgens hem een impliciete verwijzing naar valide commerciële redenen in het commentaar op de PPT.¹⁹⁸ Weber betwijfelt of de *reasonableness test* van de PPT in strijd is met Europese jurisprudentie, omdat deze vergelijkbare kenmerken heeft met de toetsen die in de jurisprudentie over misbruik naar voren komen. Volgens hem is het enige potentiële probleem het ontbreken van een expliciete economische realiteitstest. De PPT is dus breder: er is geen kunstmatigheid vereist om onder de PPT als verdragsmisbruik getypeerd te worden.¹⁹⁹ Pinetz is het oneens met Weber op het gebied van de jurisprudentie. Volgens hem zorgt de PPT voor een lagere drempel voor het bestaan van verdragsmisbruik en volgt dit uit jurisprudentie van het HvJ EU. De drempel is volgens hem dat de dominante reden van een transactie het verkrijgen van een belastingvoordeel is, en de PPT verlaagt deze drempel. Dit kan dus zorgen voor disproportionaliteit en in strijd zijn met EU-recht.²⁰⁰ Kuzniacki heeft een mening met een gelijke strekking²⁰¹. Cuoco is het hier deels mee eens: wanneer gekeken wordt naar de letterlijke tekst van de PPT, ontbreekt een economische realiteitstest en wordt hiermee niet voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel. Dit kan echter genuanceerd worden door verder te kijken dan de letterlijke tekst. Uit het commentaar op de PPT volgt namelijk dat de *reasonableness test*, met haar “objectieve analyse van alle feiten en omstandigheden” al impliciet een economische realiteitstest heeft.²⁰²

¹⁹⁴ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.5.

¹⁹⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 (ATAD1), artikel 6 lid 2.

¹⁹⁶ Aanbeveling (EU) 2016/136, preambule, paragraaf (7).

¹⁹⁷ Aanbeveling (EU) 2016/136, paragraaf 2.

¹⁹⁸ Taboada, *Bulletin for International Taxation* 2015/10, paragraaf 2.5.

¹⁹⁹ Weber, *Erasmus Law Review* 2017/1, paragraaf 4.3.4.

²⁰⁰ Pinetz, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2, paragraaf 2.2.5.

²⁰¹ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.6.2.

²⁰² Cuoco, *Intertax* 47(10), paragraaf 4.3.2.

Hetzelfde volgt volgens Danon uit de voorbeelden die gegeven zijn in het Actie 6-rapport.²⁰³ Ik trek, zoals in 5.2.1 van deze scriptie aangegeven, dezelfde conclusie. Deze test is echter niet expliciet opgenomen in tegenstelling tot de ATAD1-GAAR (in de vorm van een kunstmatigheidstoets) en EC-aanbeveling (in de vorm van een extra uitweg). Het zou de OESO sieren om deze economische realiteitstest explicieter te formuleren, waarbij mijn voorkeur uitgaat naar de vorm van de EC-aanbeveling. Het is dan aan de belastingplichtige om aan te tonen dat de constructie niet kunstmatig, maar economisch valide is. Voor een belastingautoriteit zou de kunstmatigheid aantonen aanzienlijk lastiger kunnen zijn.

5.2.3. Overkill door “een van de hoofdredenen”

Het gedeelte “een van de hoofdredenen” is breed te noemen: er had ook gekozen kunnen worden voor “de hoofdreden”. Uit normatief (en praktisch) oogpunt snap ik de keuze van de OESO, want uit de voorbeelden in het Actie 6-rapport wordt mijns inziens duidelijk dat belastingplichtigen meerdere andere hoofdredenen kunnen aandragen voor een transactie, terwijl er toch sprake is van verdragsmisbruik.²⁰⁴ Daarnaast vind ik het het oogpunt van doeltreffendheid een goede zaak dat de PPT met behulp van deze brede formulering een breed spectrum aan verdragsmisbruiksituaties kan voorkomen. Deze mening wordt gedeeld door Gomes, die daarbij stelt dat dit de reden is dat de PPT de meest aantrekkelijke en geprefereerde antimisbruikbepaling van BEPS Actie 6 is geworden.²⁰⁵ Ook is de PPT naar mijn mening flexibel in de zin dat er lastiger onder de regel uit te komen is dan een limitatieve lijst van verdragsmisbruiksituaties. Toenmalig staatssecretaris Wiebes gaf in 2017 aan dat deze nodige flexibiliteit kan inspelen op nieuwe patronen van verdragsmisbruik en dat dit een belangrijke, aantrekkelijke reden is om te kiezen voor de PPT.²⁰⁶

Het feit dat voor toepassing van de PPT toch is gekozen voor de brede formulering “een van de hoofdredenen” in plaats van “de hoofdreden”, is tegen het zere been van enkele academici, die zeggen dat dit disproportioneel is. De te ruime formulering doet volgens Kok geen recht aan het beginsel dat een belastingplichtige zijn zaken op de fiscaal meest vriendelijke manier mag inrichten.²⁰⁷ Kuzniacki vindt dit een gevaarlijk lage drempel voor belastingdiensten om door middel van de PPT verdragsvoordelen te weigeren. Belastingverdragen bestaan puur om belastingvoordelen te creëren en hiermee grensoverschrijdende investeringen te stimuleren. Een te brede formulering van de PPT hindert dit door de balans tussen het voorkomen van dubbele belasting en het voorkomen van verdragsmisbruik te verstoren.²⁰⁸ Deze mening wordt gedeeld door De Broe & Luts.²⁰⁹ Van verdragsmisbruik is volgens Kuzniacki namelijk alleen sprake als de enige of essentiële reden van een transactie het belastingverlagende element is van een verdrag. Daarom stelt hij voor dat “een van de hoofdredenen” vervangen moet worden door “essentiële of dominante reden”.²¹⁰ Naar mijn mening heeft het, zoals eerder aangegeven in paragraaf 5.2.1, geen zin om een rangschikking te maken met welke van de redenen de essentiële is, althans, dit zou niet de focus moeten zijn van belastingdiensten. Dit zou namelijk met zich meebrengen dat

²⁰³ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.4.2.

²⁰⁴ OECD 2015a.

²⁰⁵ Gomes, *Intertax* 47(1), paragraaf 6.

²⁰⁶ Kamerstukken II 2016/2017, 25087 nr. 148, paragraaf 8.

²⁰⁷ Kok, *WFR* 2015/184, paragraaf 4.1.

²⁰⁸ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.3.3.

²⁰⁹ De Broe & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2, paragraaf 2.2.3.

²¹⁰ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.3.3.

niet alleen de achterliggende redenen van een transacties gevonden moeten worden, maar deze ook relatief ten opzichte van elkaar moeten worden afgewogen. Dit zorgt voor nog meer subjectiviteit terwijl mijns inziens de PPT een objectief karakter kent. Een rangschikking tussen de redenen van een transactie is dus irrelevant.²¹¹

Een voorbeeld van een situatie die naar mijn mening potentiële overkill van de PPT aantoont, is een situatie dat een bedrijf wil investeren in de Aziatische markt maar hier van afziet omdat er geen verdragen zijn gesloten tussen de woonstaat en de Aziatische landen. Dit komt omdat belastingkosten een van de belangrijkste bedrijfskosten zijn en daarmee fundamenteel kunnen zijn in de afweging of een investering gedaan moet worden of niet.²¹² Als er wel een verdrag zou bestaan, zou het bedrijf wel investeren. Hiermee verkrijgt het namelijk verdragsvoordelen en in dit voorbeeld is dit een doorslaggevende reden. Daarmee voldoet het aan de subjectieve toets van de PPT. Vervolgens is het aan de belastingplichtige om aan te tonen dat dit in overeenstemming is met doel en strekking van de verdragsartikelen (objectieve toets). Naast het feit dat dit een zware bewijslastverdeling is (zie paragraaf 5.4), bestaat hier het risico op overkill.²¹³ Ook Danon komt tot de conclusie dat het risico bestaat dat bij bepaalde bonafide (i.e. niet-verdragsmisbruikende) situaties alsnog verdragsvoordelen worden geweigerd.²¹⁴ Naar mijn mening wordt dit versterkt door het feit dat deze uitweg namelijk ook een subjectieve aangelegenheid is, en de OESO geeft geen richtlijnen over de toepassing van deze toets. Volgens Baez Moreno is deze toets zelfs een dode letter omdat voorafgaand aan de toets al is aangenomen dat een transactie misbruikend is.²¹⁵

5.3. Objectieve toets

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat de PPT voor overkill kan zorgen. Het is de vraag of het tweede deel van de PPT, de doel-en-strekkingstoets ofwel objectieve toets, dit wel effectief kan voorkomen.²¹⁶ In paragraaf 3.2.1 van deze scriptie heb ik reeds aangegeven dat deze toets vrij subjectief is. Dit geeft belastingdiensten de ruimte om een zeer strikte interpretatie van de PPT er op na te houden. Daarnaast zorgt de bewoording “doel en strekking van de relevante *verdragsbepalingen*” mijns inziens voor onnodige verwarring. Het primaire doel en de primaire strekking die getoetst dienen te worden in de PPT, zijn namelijk die van het verdrag als geheel, maar dit volgt niet uit de tekst.

Volgens Danon volgt echter uit het Weens Verdragenverdrag dat doel en strekking van de relevante verdragsbepaling moet worden gelezen en niet die van het verdrag.²¹⁷ Zahra is van mening dat (doel en

²¹¹ Taboada, *Bulletin for International Taxation* 2015/10, paragraaf 2.2.

²¹² De Broe & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2, paragraaf 2.2.3. Het voorbeeld is overigens ook aan deze paragraaf ontleend, maar de auteurs vergeten om met behulp van dit voorbeeld aan te tonen dat er overkill kan plaatsvinden. De auteurs gebruiken dit voorbeeld eerder om te beargumenteren dat het commentaar op de PPT in tegenstelling tot de tekst van de PPT uitgaat van “de hoofdreden”. Deze mening deel ik echter niet: het lijkt erop dat de auteurs het commentaar verkeerd interpreteren, getuige de “[only]” die zij hebben toegevoegd. Door de toevoeging van dit woord lijkt het, foutief, dat het commentaar zegt dat van “een hoofdreden” alleen sprake is als een transactie alleen door het verdragsvoordeel wordt gerechtvaardigd.

²¹³ Rasenberg, *WFR* 2017/93, paragraaf 5.

²¹⁴ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.5.

²¹⁵ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6/7, paragraaf 3.2.

²¹⁶ Hierbij wordt bedoeld de zinsnede “tenzij vastgesteld wordt dat het toekennen van dat voordeel in die omstandigheden in overeenstemming zou zijn met het voorwerp en het doel van de relevante bepalingen van het gedekte belastingverdrag” in artikel 7(1) MLI.

²¹⁷ Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.3.2.

strekking van) het gehele verdrag, de preambule en de relevante verdragsbepaling als een geheel moet worden beschouwd.²¹⁸ Echter, de voorbeelden in het Actie 6-rapport spreken zowel van het verdrag als de verdragsbepalingen, en geven daarnaast geen verdere uitleg.²¹⁹ Deze duidelijke ambiguïteit spreekt mijns inziens niet in het voordeel van de PPT en tast de doeltreffendheid en de doelmatigheid aan. Een bijkomend nadeel van het refereren naar “doel en strekking van het verdrag” is dat de OESO ervan uit lijkt te gaan dat deze voor elk verdrag te identificeren is, en dat deze voor elk verdrag hetzelfde is. Volgens Van Weeghel is dit realistisch gezien niet mogelijk. De eerdergenoemde wederkerigheid in belastingverdragen maakt elk verdrag anders, en dus ook in enige mate het doel en de strekking ervan.²²⁰ Deze mening wordt gedeeld door Da Silva²²¹ en Karadkar.²²²

De combinatie van het eerste deel, de *reasonableness test*, en het tweede deel van de PPT, de objectieve toets, leidt daarnaast tot een cirkelredenering. Onderdeel van de minimumstandaard van BEPS Actie 6 is dat de preambule van verdragen gewijzigd wordt ter verduidelijking van het doel van belastingverdragen, zodat duidelijk is dat deze niet bedoeld zijn om belastingontwijking te faciliteren. Een transactie die als een van de hoofdredenen, het verkrijgen van een belastingvoordeel heeft, krijgt dus geen verdragsvoordeel, tenzij dit in lijn is met doel en strekking van het verdrag. Dit doel van het verdrag is dus het niet faciliteren van belastingontwijking, wat nu juist de definitie is van een transactie die opgezet is om belasting mee te besparen.²²³ ²²⁴ Een transactie die door de *reasonableness test* als verdragsmisbruikend aangemerkt wordt, is dus al per definitie tegen doel en strekking van het verdrag zelf. Dit werpt uiteraard veel praktische onduidelijkheden op.

Andere, eerder aangehaalde doelen van bilaterale belastingverdragen zijn het veiligstellen van de belastingheffing en het alloceren van heffingsrechten. Een letterlijke interpretatie van “in strijd met doel en strekking van het verdrag” impliceert dat belastingdiensten alle transacties kunnen betwisten die een fiscaal gunstige route kiezen waar per saldo geen belasting wordt betaald, ook al is er wel substance en zijn er reële economische activiteiten. Er wordt immers geen belastingheffing veiliggesteld. Dit kan uiteraard niet het doel zijn van de OESO, maar volgt wel uit de formulering van de PPT. Dit is ook de reden dat ik volledig snap dat Baez Moreno zorgen heeft over de objectieve toets van de PPT. Volgens hem mist deze toets praktische relevantie en is het zo dat bij het (subjectieve) bepalen dat een transactie misbruikend is, de belastingdienst al na het eerste deel van de PPT ervan uitgaat dat een belastingbesparende transactie een misbruikend karakter heeft. Dit zie ik overigens terug in de eerder besproken cirkelredenering. Daarnaast bestaat zeker het risico dat bij de uitvoering van de PPT, de interpretatie ervan beïnvloed wordt door de potentiële belastingopbrengst.²²⁵

²¹⁸ Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 11, paragraaf 3.3.1.

²¹⁹ Ibid, paragraaf 3.3.2.

²²⁰ Van Weegel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 6.

²²¹ Da Silva, *Intertax* 44(3), paragraaf 4.3.

²²² Karadkar, *Bulletin for International Taxation* 2017/71, nr. 3/4, paragraaf 6.

²²³ Kok, *WFR* 2015/184, paragraaf 5.2.

²²⁴ Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6/7, paragraaf 3.2.

²²⁵ Ibid.

Ik ben het hiermee gedeeltelijk eens: de brede formulering van de doel-en-strekkingstoets speelt dit helaas in de kaart, maar in praktijk zal dit waarschijnlijk meevallen.

De doel-en-strekkingstoets van de PPT zorgt dus voor nog meer onduidelijkheid en deels is dit te wijten aan de gebrekkige formulering en uitleg van de OESO. De overkill die mogelijk veroorzaakt wordt door het eerste deel van de PPT wordt dus niet opgelost. Naar mijn mening zorgt deze toets zelfs voor additionele overkill. Als de belastingdienst eenmaal heeft vastgesteld dat er sprake is van een transactie met als een van de hoofddoelen, het verkrijgen van een verdragsvoordeel, rust de bewijslast van de doel-en-strekkingstoets op de belastingplichtige. Dit is een zeer zware bewijslast omdat doel en strekking al geen duidelijk begrip is in de context van belastingverdragen en diens bepalingen, en omdat er sprake is van een cirkelredenering. In de volgende paragraaf wordt dieper in gegaan op deze omgekeerde bewijslast.

5.4. Bewijslast

De uitwerking van de PPT is dat belastingdiensten slechts aan moeten tonen dat een transactie als een van de hoofdredenen, het verkrijgen van een verdragsvoordeel heeft. Vervolgens is een uitweg mogelijk onder de doel-en-strekkingstoets, maar de bewijslast hiervan ligt, in tegenstelling tot de *guiding principle*, bij de belastingplichtige.²²⁶ Mijns inziens gaat dit verder dan noodzakelijk om verdragsmisbruik tegen te gaan en is deze verdeling daarom disproportioneel. De rechtszekerheid van belastingplichtigen wordt hiermee tevens verder aangetast omdat deze doel-en-strekkingstoets onduidelijkheden voortbrengt. Zoals in paragraaf 5.2.2 is besproken, kan dit problemen geven wat betreft grondwettelijke bepalingen van landen die de PPT toepassen.²²⁷

In de literatuur is, afgezien van of dit disproportioneel is of tegen EU- en grondrecht is, discussie over of het terecht is dat de bewijslastverdeling meer in het voordeel is van de belastingdiensten. Van Weeghel stelt vast dat deze verdeling ertoe leidt dat de PPT een belangrijk wapen is in de strijd tegen verdragsmisbruik.²²⁸ De Broe en Luts spreken van een lage drempel die tegen de Europese rechtspraak ingaat, doordat de bewijslast voor belastingdiensten slechts bestaat uit het redelijkerwijs aannemelijk te maken dat aan de subjectieve toets is voldaan. Daarentegen bestaat de bewijslast voor belastingplichtigen uit het bewijzen van onschuld, “establish”, wat ongebalanceerd is en de facto de bewijslast naar de belastingplichtige verschuift.²²⁹ Chand onderschrijft deze ongebalanceerde bewijslastverdeling.²³⁰ Bosman is van mening dat het niet zo is dat het woord “establish” (bij de objectieve toets) een zwaardere bewijslast impliceert voor de belastingplichtige dan de woorden “reasonable to conclude” bij de subjectieve toets van de PPT. Wel is volgens hem onduidelijk hoe een belastingplichtige de belastingautoriteiten kan overtuigen van haar onschuld door middel van de objectieve toets. Daarnaast volgt uit een vergelijking met *fraus legis*, waar de bewijslast van de motief- én normvereiste op

²²⁶ Van Weegel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 3.

²²⁷ Zie ook o.a. Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.1.

²²⁸ Van Weegel, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 11.

²²⁹ De Broe & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2, paragraaf 2.2.3.

²³⁰ Chand, *Intertax* 46(1), paragraaf 3.2.

de inspecteur rust, dat de PPT gunstiger is voor de Belastingdienst.²³¹ Ook Taboada is van mening dat er geen verzwaarde bewijslast is voor de belastingplichtige.²³²

Volgens Kuzniacki is de kritiek op de bewijslastverdeling onterecht. Hij wijst erop dat in *common law*-landen (zoals de Angelsaksische landen) de bewijslast in eerste instantie bij belastingplichtigen ligt. In andere landen ligt de bewijslast ook vaak bij belastingplichtigen bij antimisbruikbepalingen.²³³ Hoewel dit klopt, is Elliffe van mening dat deze bewijslastverdeling geen normaliteit dient te worden.²³⁴ Verder betoogt Kuzniacki dat er wel een evenwichtige verdeling van bewijslast is: de bewijslast voor de belastingplichtige komt pas nadat de belastingdienst de *reasonableness test* heeft uitgevoerd. Als er geen indicaties zijn dat een hoofdreden het verkrijgen van een verdragsvoordeel was, komt de belastingplichtige niet toe aan het verdedigen van haar transactie. In die zin ligt de bewijslast dus meer bij de belastingdienst. Zahra onderschrijft deze argumentatie.²³⁵ Ik kan mij in deze beargumentering vinden: de twee toetsen van de PPT zijn immers intrinsiek met elkaar verbonden. De belastingdiensten zullen dus geen transacties aanvechten die weliswaar een verdragsvoordeel beogen te verkrijgen, maar waar geen indicaties zijn dat dit tegen doel en strekking van het verdrag is. Dit neemt echter niet weg dat de objectieve toets ongelukkig en onduidelijk is uitgelegd door de OESO. Een gedeeltelijke oplossing kan zijn om het woord “unless” te vervangen met “and” zodat het aan de belastingdiensten is om, vanaf het begin al, doel en strekking van de verdragsbepalingen te formuleren en te toetsen. Dit zou de balans verbeteren en helpt belastingplichtigen met het formuleren van hun weerwoord bij PPT-geschillen.²³⁶ Uiteindelijk is dit alleen maar in het voordeel voor de proportionaliteit en rechtszekerheid van belastingplichtigen.

5.5. Interpretatieverschillen

Niet alleen tussen belastingplichtigen en belastingautoriteiten (over de objectieve toets) kunnen interpretatieverschillen plaatsvinden, ook bestaat het risico dat bij de uitvoering van de PPT verschillende interpretaties tussen landen bestaan.²³⁷ Dit heb ik op verschillende plekken in deze scriptie al aangegeven en dit kan een probleem vormen voor de doeltreffendheid van de maatregel. Een tekort aan duidelijke uitleg van de OESO op het gebied van verschillende aspecten van de PPT geeft ruimte voor eigen interpretatie van de regel, al dan niet volgens nationaalrechtelijke elementen. Zo dienen zowel de inspecteurs van de Belastingdienst als de rechters van de Hoge Raad te waken voor interpretaties die ingegeven zijn door leerstukken als *fraus legis*. Taramountas voorziet een stijging van het aantal belastinggeschillen door waarschijnlijke verschillen in focus tussen verdragspartners. Deze focus kan verschillen tussen de milde uitvoering van de PPT (tekstuele interpretatie) zijn, of de strikte uitvoering (een uitvoerige toetsing van de redenen van een transactie), met voor elke verdragspartners andere achterliggende rechtssystemen. Uiteindelijk betekent dit dus dat geen van de elementen van de PPT open zou moeten staan voor eigen interpretatie, maar dit is onmogelijk juist door het

²³¹ Bosman, *MBB* 2018/6, paragraaf 5.3.7.

²³² Taboada, *Bulletin for International Taxation* 2015/10, paragraaf 2.2.

²³³ Kuzniacki, *Kluwer International Tax Blog* 22 januari 2018.

²³⁴ Elliffe, *World Tax Journal* 11(1), paragraaf 4.3.

²³⁵ Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 12, paragraaf 4.1.

²³⁶ Kuzniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2, paragraaf 2.2.

²³⁷ Bosman, *MBB* 2018/6, paragraaf 5.3.9.

achterliggende perspectief van nationaalrechtelijke leerstukken.²³⁸ Een oplossing om toch tot een consistente interpretatie van verschillende PPT-elementen te komen, is door interpretatiekwesaties voor te leggen aan een ‘conference of the parties’ van het MLI, aldus Bosman.²³⁹

5.6. *Rechtsgevolgen weigering PPT*

In paragraaf 3.3.3 van deze scriptie is uitgelegd dat in artikel 7(4) MLI een optionele clementie-clausule is opgenomen, waaronder belastingplichtigen bij doorgang van de PPT niet alle verdragsvoordelen ten opzichte van de transactie verliezen. In dat geval wordt namelijk het verdragsvoordeel toegekend dat zou zijn toegekend bij afwezigheid van de relevante transactie. Alsnog is er veel onduidelijk over de rechtsgevolgen van een weigering van verdragsvoordelen door de PPT.²⁴⁰

Chand heeft twee opmerkingen op deze paragraaf. Ten eerste bevat de paragraaf een limiterende factor, omdat de tekst lijkt te dicteren dat de persoon die deze paragraaf wil invoeren, dezelfde moet zijn als de persoon wiens verdragsvoordeel is geweigerd door de PPT. Daarnaast bekritiseert hij dat de alternatieve verdragsvoordelen niet automatisch toegekend worden, maar slechts op verzoek, en dat hiervoor door de verdragsluitende staten expliciet moet worden gekozen onder het MLI.²⁴¹ Op dit laatste punt is veel, al dan niet terecht, kritiek. Uit het perspectief van het voorkomen van verdragsmisbruik en handhaving geldt mijns inziens echter dat een hoge “straf” meer voordelen biedt dan een hoge mate van controle. Dit is beter voor de doelmatigheid van de regel: ervan uitgaande dat beide een hoge straf en een grote hoeveelheid inspecteurs op het gebied van de PPT, verdragsmisbruik tegengaan, dan kost de hoge straf de minste middelen.

Wanneer artikel 7(4) MLI niet in een verdrag is opgenomen en verdragsvoordelen worden geweigerd door de PPT, is het volgens Danon alsnog zo dat de alternatieve verdragsvoordelen worden verstrekt. Volgens hem zijn de enige geweigerde verdragsvoordelen, de voordelen die specifiek in verband staan met alleen de misbruikende transactie.²⁴² Deze mening wordt gedeeld door Chand.²⁴³ Dit “wegdenken” van de misbruikende transactie gebeurt ook onder de GAAR van ATAD1.

Deze gedachte is in lijn met jurisprudentie van het HvJ EU. In het arrest *Halifax* wees het HvJ EU het volgende:

“(…) moeten transacties waarmee een misbruik gepaard is gegaan, zo worden geherdefinieerd dat de situatie wordt hersteld zoals zij zou zijn geweest zonder de transacties die dit misbruik vormen.”²⁴⁴

Deze zin lijkt Danon en Chand gelijk te geven: het is mijns inziens ondenkbaar dat de OESO lijnrecht tegen deze jurisprudentie en de ATAD1 GAAR ingaat. Wel blijft hiermee de vraag wat de significantie is van artikel 7(4)

²³⁸ Taramountas, *Intertax* 47(11), paragraaf 6.

²³⁹ Bosman, *MBB* 2018/6, paragraaf 5.3.9.

²⁴⁰ Ibid, paragraaf 5.3.3.

²⁴¹ Chand, *Intertax* 46(1), paragraaf 5.1.

²⁴² Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1, paragraaf 4.7.3.

²⁴³ Chand, *Intertax* 46(1), paragraaf 5.2.

²⁴⁴ HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*), paragraaf 94.

MLI. Het feit dat de rechtsgevolgen van de PPT niet duidelijk zijn, is naar mijn mening een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid.

5.7. Beoordeling van de PPT

5.7.1. Proportionaliteit

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de PPT een ruime GAAR is, bedoeld om op flexibele wijze verdragsmisbruik tegen te gaan. Om een proportionele maatregel te zijn, moet de PPT niet verder gaan dan noodzakelijk om haar doel te bereiken. Dit doel kan gedefinieerd worden als het voorkomen van verdragsmisbruik in honderden verschillende verdragen. Naar mijn mening is flexibiliteit zeker op zijn plaats en zorgt de formulering “principal purposes” in plaats van “principal purpose” in principe niet voor disproportionaliteit. Het is dus niet verrassend dat vele landen kiezen voor deze GAAR. Aan de andere kant is het belangrijk dat de rechtszekerheid van belastingplichtigen niet in het geding komt. Daarnaast gaat een regel verder dan noodzakelijk als belastingdiensten te veel ruimte voor eigen interpretatie van de regel krijgen.

Naar mijn mening had een expliciete economische realiteitstest of kunstmatigheidstoets, zoals in de GAAR van ATAD1, gezorgd voor een betere proportionaliteit. Dit wordt eveneens door de Europese Commissie aanbevolen en heeft daarnaast de steun van vele auteurs. Het opnemen van een economische realiteitstest had beter aangesloten bij andere antimisbruikmaatregelen en kan mogelijke strijdigheid met EU-recht en grondwetten voorkomen. Daarnaast is het voor de rechtszekerheid van belastingplichtigen beter om deze toets op te nemen, omdat deze toets slechts enigszins impliciet naar voren komt in het commentaar op de PPT. Tot de OESO deze aanbeveling overneemt, gaat de PPT verder dan de ATAD1 GAAR en is deze mogelijk disproportioneel.

Het bestaan van overkill is ook een grote inbreuk op de proportionaliteit van een maatregel. Voor de PPT is de subjectieve toets bewust breed gehouden in de zin dat slechts een van de hoofd- ofwel doorslaggevende redenen het behalen van een verdragsvoordeel hoeft te zijn. Als de uitweg (in de objectieve toets van de PPT) goed geformuleerd zou zijn, was er wat mij betreft geen groot risico op overkill. Dit is echter niet het geval. De objectieve toets definieert “doel en strekking van de relevante verdragsbepalingen” onvoldoende en verliest praktische relevantie omdat deze tot een cirkelredenering leidt. Daarnaast geldt dat de bewijslastverdeling ten opzichte van deze objectieve toets mogelijk ongebalanceerd is in het nadeel van de belastingplichtige. Deze toets zorgt dus voor additionele overkill. Dit is een slechte zaak voor de proportionaliteit van de PPT.

De onbeantwoorde vraag wat de rechtsgevolgen van de PPT zijn, is een andere ernstige inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel. De OESO heeft zich hier niet over uitgelaten en schept verwarring door een optionele clementie-paragraaf in artikel 7(4) MLI op te nemen. Geldt bij de PPT de “wegdenkgedachte” zoals bij frauduleus en de GAAR van ATAD1? Of worden ook de alternatieve verdragsvoordelen geweigerd, wat het bestaan van artikel 7(4) MLI doet vermoeden? Wanneer de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, rest de vraag wat de significantie is van deze clementie-paragraaf; wanneer de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, is dit lijnrecht tegen jurisprudentie van het HvJ EU in. Daarnaast zou het disproportioneel zijn om een grotere straf uit te delen dan de beoogde extra verdragsvoordelen.

In mijn optiek krijgt de PPT terecht hoofdzakelijk negatieve kritiek wat betreft proportionaliteit. De PPT scoort om deze redenen **slecht** op het gebied van proportionaliteit.

5.7.2. Doeltreffendheid

Doeltreffendheid kan in enige zin gezien worden als de tegenhanger van proportionaliteit. Proportionaliteit gaat over of een regel niet te ver gaat om iets te voorkomen, doeltreffendheid is de toets of een regel voldoende haar doel bereikt om iets te voorkomen. Een slechte beoordeling op het gebied van proportionaliteit impliceert echter niet direct een goede beoordeling op doeltreffendheid. Een maatregel kan immers zowel overkill veroorzaken, als makkelijk te omzeilen zijn door te weinig doelgerichtheid.

Het doel van de PPT is het voorkomen van transacties die zijn opgezet met als hoofddoel een verdragsvoordeel te verkrijgen. Daar slaagt de PPT in mijn optiek in. Constructies met brievenbusmaatschappijen, voor zover deze nog niet door verschillende substance-eisen en andere GAARs geraakt werden, worden door de PPT effectief bestreden. De belastingautoriteiten hebben een belangrijk middel om alle transacties tegen te houden die gebruikmaken van lege entiteiten en verlaagde bronheffingspercentages. Dit is niet in de laatste plaats vanwege de enigszins subjectieve achterliggende gedachte van de PPT. Ik ben het oneens met de gedachte dat de PPT een subjectieve toets is, maar de PPT heeft wel een belangrijk voordeel van subjectieve toetsen: de toets is flexibel genoeg om belastingdiensten de discretie te geven om nieuwe vormen van verdragsmisbruik tegen te gaan. Daarnaast is de verwoording van de *reasonableness test* mijns inziens treffend en houdt deze letterlijk de definitie van verdragsmisbruik (transacties opgezet met als een hoofddoel een voordeel te verkrijgen) tegen. Het helpt voor de doeltreffendheid ook dat de bewijslast van misbruikende transacties niet hoog is.

Indien onderdelen van de PPT met succes worden aangevochten bij het HvJ EU, zal dit mijns inziens geen grote gevolgen hebben voor de doeltreffendheid van de regel. Er kan wel hooguit worden gezegd dat het moeten aanpassen van de PPT slecht is voor de doeltreffendheid omdat dit waarschijnlijk tijd kost en het bestaande PPT-geschillen teniet doet. Verder is de gebrekkige formulering van de objectieve toets een aantasting van de doeltreffendheid omdat het voor zowel belastingdiensten als belastingplichtigen niet duidelijk zal zijn wat de exacte interpretatie hiervan moet zijn. Dit geldt overigens ook voor alle andere interpretatieverschillen.

Over het algemeen ben ik positief gestemd over de doeltreffendheid van de PPT. Wel valt er een voorbehoud te plaatsen: de toekomst moet uiteindelijk uitwijzen of de toepassing van de PPT doeltreffend is. Mijns inziens zal dit goedkomen: de open norm en subjectiviteit van de PPT maken de regel toekomstbestendig.

De PPT scoort om deze redenen **goed** op het gebied van doeltreffendheid.

5.7.3. Doelmatigheid

Een regel die hoog scoort op doelmatigheid heeft een goede ratio tussen baten en kosten/middelen naar aanleiding van die regel. Het ligt buiten de strekking van deze scriptie om hier kwantitatief onderzoek naar te doen; dit is overigens een lastige exercitie voor een regel die pasgeleden is ingevoerd. Factoren die doelmatigheid kunnen verstoren zijn bijvoorbeeld lange procedures, een zware bewijslast en een regel die naar omstandigheden dient te worden aangepast.

Lange procedures kunnen het gevolg zijn van de onduidelijkheden die de PPT veroorzaakt. De onduidelijkheden omtrent de objectieve toets zullen in de toekomst waarschijnlijk veel middelen kosten, zowel

voor de OESO en belastingdiensten als belastingplichtigen. Hetzelfde kan gezegd worden van de eventuele strijdigheden met EU-recht.

Positiever is voor belastingautoriteiten dat zij geen zware bewijslast hebben bij uitvoering van de PPT, zeker omdat het een relatief subjectieve aangelegenheid betreft. Daarnaast is de PPT een “one size fits all” die in principe zeer breed toegepast kan worden en gebaseerd is op bestaande, bekende principes uit bestaande GAARs. Een laatste zeer positief aspect omtrent doelmatigheid is hoeveel verdragsmisbruik hiermee voorkomen kan worden. De baten zijn voor de belastingdiensten groot, getuige de grote geldstromen die in verdragsmisbruikende situaties omgaan.²⁴⁵ Ik ben over de doelmatigheid van de PPT dus overwegend positief gestemd. Voor doelmatigheid geldt echter, net als de doeltreffendheid, dat de toekomst uiteindelijk zal moeten uitwijzen hoe doelmatig de PPT exact is.

De PPT scoort om deze redenen **voldoende** op het gebied van doelmatigheid.

5.8. *Subconclusie*

In mijn optiek heeft de OESO geprobeerd een GAAR te ontwikkelen die belastingdiensten veel discretie geeft om verdragsmisbruik flexibel aan te pakken. Helaas is de OESO hierbij haar doel ver voorbij gestreefd. De rechtszekerheid van belastingplichtigen is onder deze toets niet goed te noemen. Hiermee komt de PPT enkele keren zelfs strijdig te zijn met EU-recht. Wel juich ik de keuze voor een “principal purposes” in plaats van een “principal purpose” test toe, evenals de adequate uitleg van de definities in de toets die niet in dit hoofdstuk zijn bekritiseerd. Desondanks is de proportionaliteit van de PPT slecht.

Hoewel de PPT dus haar doel voorbij streeft, is de doeltreffendheid goed te noemen. De *reasonableness test* is treffend omdat deze aansluit op de definitie van verdragsmisbruik en heeft genoeg flexibiliteit om hiermee structureel verdragsmisbruik te voorkomen. De regel is dus lastig te omzeilen en is effectief om verdragsmisbruik aan te pakken. Hierbij kunnen slechts kleine kanttekeningen geplaatst in verband met de gebrekkige formuleringen in de PPT.

Dit heeft ook deels invloed op de doelmatigheid van de PPT, welke gefrustreerd zal worden door mogelijke (Europese of nationaalrechtelijke) procedures over, onder anderen, deze gebrekkige formulering in de PPT. Daarentegen is de PPT een zeer breed toepasbare regel die zeer effectief belastingontwijking tegengaat, waarmee de baten waarschijnlijk groter zijn dan de kosten. De bewijslast voor belastingautoriteiten is laag, wat helpt bij de uitvoering ervan. De PPT scoort voor doelmatigheid dus een voldoende.

²⁴⁵ Zie voetnoot 48.

6. *Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de LOB?*

6.1. *Inleiding*

De inhoud van de LOB in het MLI is uitgebreid geanalyseerd in hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk zal de LOB als maatregel tegen verdragsmisbruik worden geanalyseerd en beoordeeld op basis van de drie criteria. Hiermee wordt de deelvraag “*Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de LOB?*” beantwoord. Qua structuur volgt dit hoofdstuk de structuur van de LOB-bepaling zelf en van het vorige hoofdstuk. In paragraaf 6.2 tot 6.5 worden kritiekpunten, zowel positief als negatief, geformuleerd en deze volgen de volgorde van de LOB-artikelen in het MLI. Naar aanleiding van de kritiekpunten in deze paragrafen wordt in paragraaf 6.6 een oordeel (slecht, matig, voldoende of goed) gegeven over de LOB naar aanleiding van de drie criteria, zoals in het vorige hoofdstuk is gedaan. Het hoofdstuk sluit af met een subconclusie.

Het MLI heeft twee varianten van de LOB, welke, zoals in hoofdstuk 4 aangegeven, slechts op details verschillen. De kritiek en toetsing van de LOB in dit hoofdstuk en de hoofdvraag slaat op de bepaling als geheel, omdat deze details niet van doorslaggevende mate zijn wat betreft de beoordeling van de drie criteria. De kritiekpunten (en daarmee de beoordelingen) zijn dus zowel van toepassing op de gesimplificeerde LOB als de uitgebreide LOB. Overigens kunnen beide varianten geen opzichzelfstaand alternatief zijn voor de PPT: een gesimplificeerde LOB voldoet slechts aan de minimumstandaard in combinatie met een PPT en een uitgebreide LOB pas met een antidoorstroombepaling. Dit is uiteraard een ernstige tekortkoming van de LOB als geheel op het gebied van doeltreffendheid. Aangezien antidoorstroombepalingen in zijn geheel niet zijn uitgewerkt in het MLI, kan ook niet geanalyseerd worden of deze de doeltreffendheid van de uitgebreide LOB verbeteren.

6.2. *Kwalificerende personen*

6.2.1. *De beursgenoteerde entiteitentoets*

Onder de LOB-bepaling van het MLI wordt toegang tot het verdrag verleend aan, onder anderen, bepaalde kwalificerende personen. Beursgenoteerde entiteiten zijn een van deze kwalificerende personen onder artikel 7(9)c MLI. Dit artikel 7(9)c wordt in zijn geheel de “beursgenoteerde entiteitentoets” genoemd. In hoofdstuk 4 is uitgelegd dat het in het algemeen, volgens de OESO, onwaarschijnlijk is dat een beursgenoteerd lichaam wordt opgericht voor verdragsmisbruik. In dezelfde adem noemt de OESO beursgenoteerde lichamen in voorbeelden van situaties die door eventuele anti-doorstroombepalingen zullen moeten worden aangepakt. Op het gebied van beursgenoteerde entiteiten lijkt de LOB dus niet waterdicht. Desondanks zijn de voorwaarden voor het kwalificeren als beursgenoteerde entiteit zeer uitgebreid. Dit kan op kritiek rekenen van meerdere auteurs.

De motivering voor het opnemen van beursgenoteerde bedrijven in de lijst van kwalificerende personen is matig en mijns inziens niet toekomstbestendig. Jiang geeft aan dat de woorden “in het algemeen” en “onwaarschijnlijk” in de uitleg van de OESO niet blijk geven van een overtuigende motivering. Voor een maatregel die op een waterdichte manier verdragsmisbruik moet voorkomen, is deze motivering onvoldoende. Mogelijk werd het kwalificeren van beursgenoteerde entiteiten gezien als een vorm van een lokale substance-toets omdat er een verband tussen lokaal bezit en het handelen op een aandelenbeurs bestond. Al zou dit verband er inderdaad zijn, dan is dit geen goede rechtvaardiging voor de toets. Om te kwalificeren, dienen de aandelen van een bedrijf verhandeld te worden op een aandelenbeurs in een verdragsluitend land, aldus artikel

7(13)a MLI. Aandelen van veel Chinese bedrijven worden echter verhandeld op de New York Stock Exchange om wereldwijd kapitaal aan te trekken, iets wat beperkter mogelijk zou zijn als deze op een Chinese aandelenbeurs verhandeld werden. Het gaat echter te ver om te zeggen dat deze bedrijven een verband hebben met lokaal Amerikaans aandelenbezit puur omdat de aandelen aldaar verhandeld worden.²⁴⁶

De beursgenoteerde entiteitentoets heeft dus geen direct verband met economische substance in een land, maar ook niet met verdragsmisbruik zelf. Het blijft namelijk theoretisch mogelijk dat, ondanks de hogere kosten van het opzetten van een dergelijke structuur, beursgenoteerde lichamen gebruikt worden voor verdragsmisbruik en toch door de LOB heen komen.²⁴⁷ De Broe & Luts geven aan dat het reeds zwakke verband tussen beursgenoteerdheid in een land en economische substance aldaar, verder afgezwakt wordt wanneer landen een flexibele regulering van aandelenhandel hebben.²⁴⁸

De focus op de geografische plaats van de aandelenbeurs in plaats van de plaats van de aandeelhouders is dus een verkeerde en kan verdragsmisbruik in de kaart spelen. De publieke entiteitentoets zorgt dus voor een tegengesteld effect. Volgens Kuzniacki wordt dit effect versterkt door het feit dat aandelenbeurzen geen fysieke aanwezigheid vereisen en dat aandelenhandel zich tot een geheel digitaal platform ontwikkelt. Volgens hem is het beter om beursgenoteerde entiteiten uit de lijst van kwalificerende personen te schrappen.²⁴⁹ Mijns inziens valt hier wat voor te zeggen: de OESO heeft bij voorbaat aangegeven dat dit geen waterdichte bepaling binnen de LOB is. Daarnaast zie ik geen reden om beursgenoteerde entiteiten niet dezelfde toetsen te laten doorlopen als andere, niet-beursgenoteerde entiteiten. Een achterliggende gedachte kan zijn geweest dat een deel van de entiteiten (een deel dat onwaarschijnlijk verdragsmisbruik pleegt) de moeite bespaard wordt om deze toetsen te doorlopen onder het mom van doelmatigheid en efficiëntie.

Deze doelmatigheid en efficiëntie worden mijns inziens echter ongedaan gemaakt door de complexe voorwaarden en terminologieën die de beursgenoteerde entiteitentoets heeft. Zo is een voorwaarde dat de aandelen “regelmatig” verhandeld worden, wat (niet al te duidelijk) wordt gedefinieerd als “meer dan een zeer klein percentage wordt actief verhandeld tijdens een adequate tijdsperiode”. De OESO vervolgt “(...) dat aan de voorwaarde wordt voldaan als 10% van het gemiddelde aantal aandelen in een periode wordt verhandeld tijdens 60 dagen tijdens het fiscale jaar”.²⁵⁰ Dit is nogal uit de lucht gegrepen en kan conflicteren met zienswijzen van andere landen over wat “regelmatig verhandelen” inhoudt.²⁵¹ Verdere begrippen, zoals “voornaamste klasse van aandelen” en “voornamelijk verhandeld”, hebben eveneens complexe definities die de efficiëntie van de regel verstoren zonder hier doeltreffendheid mee terug te winnen.²⁵²

Zoals hiervoor is vermeld, kwalificeren beursgenoteerde entiteiten alleen als de aandelen verhandeld worden op een aandelenbeurs in een verdragsluitend land. Dit is niet alleen ineffectief, maar ook tegen de vrijheid van

²⁴⁶ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.2.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ De Broe & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2, paragraaf 2.2.2.

²⁴⁹ Kuzniacki, *Intertax* 46(1), nr. 1, paragraaf 2.2.1.2.

²⁵⁰ OECD 2015a, p. 28, punt 18.

²⁵¹ Kuzniacki, *Intertax* 46(1), nr. 1, paragraaf 2.2.1.1.

²⁵² Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.2.

kapitaal van het VwEU.²⁵³ Een Nederlands beursgenoteerd bedrijf kan bijvoorbeeld niet onder de beursgenoteerde entiteitentoets kwalificeren indien de aandelen op de beurs van Parijs, Londen of Hong Kong worden verhandeld, maar wel als deze op een Nederlandse beurs worden verhandeld. Dit is een belemmering voor de vrijheid van kapitaal. Het feit dat een dergelijke beurstoets in strijd is met EU-recht, blijkt des te meer uit het feit dat de Europese Commissie in 2015 heeft verzocht tot wijziging van de LOB-bepaling in het verdrag tussen Nederland en Japan. Hierin stond een soortgelijke beurstoets waarin de aandelenbeurs in een verdragsluitende staat diende te liggen om als beursgenoteerde entiteit te kwalificeren.²⁵⁴ Daarnaast erkent de OESO in het Actie 6-rapport dat dit deel van de beursgenoteerde entiteitentoets in BEPS 6 optioneel is en gemodificeerd kan worden, bijvoorbeeld door lidstaten van de EU.²⁵⁵ Hiermee lijkt zij impliciet aan te geven dat er een risico wordt gelopen op strijdigheid met fundamentele vrijheden. De LOB in het MLI definieert een “erkende aandelenbeurs” als een beurs in een van de verdragsluitende staten of een andere door de staten overeengekomen beurs.²⁵⁶ Wil een verdragsluitende (lid)staat echter geen strijdigheid met fundamentele vrijheden, dan is het dringend aan te raden om hierbij niet te discrimineren tussen aandelenbeurzen.

Vergeleken met de gesimplificeerde LOB bevat de uitgebreide LOB een versoepeling: beursgenoteerde entiteiten, waarvan de aandelen op een aandelenbeurs in een verdragsluitend land worden verhandeld, kwalificeren ook als hun effectieve plaats van bestuur gelijk is aan de woonplaats. Hoewel dit naar mijn mening een welkome stap is in de richting van een potentieel verband met (economische) substance, is ook deze regel volgens Pedersen & Schulz in strijd met de vrijheid van vestiging van het VwEU. Dit wordt beargumenteerd door een verwijzing naar het arrest van het HvJ EU *National Grid Indus*²⁵⁷, waarin vastgesteld is dat fiscale gevolgen (in casu een onmiddellijke exitheffing) naar aanleiding van een feitelijke zetelverplaatsing tegen de vrijheid van vestiging is. Een bepaling die voordelen alleen toekent naar aanleiding van een bepaalde effectieve plaats van bestuur is dus zeker tegen de vrijheid van vestiging.²⁵⁸ Zowel de gesimplificeerde als uitgebreide LOB zijn dus, wat betreft de beursgenoteerde entiteitentoets, in strijd met vrijheden van het VwEU.

6.2.2. *Dochterentiteiten van kwalificerende personen*

Onder artikel 7(9)e MLI kwalificeren ook dochterentiteiten van kwalificerende personen, mits voldaan is aan de bezitseis (en in het geval van de uitgebreide LOB, een extra grondslaguithollingseis). Deze eisen lijken samen de gewenste link met lokale “substance” te belichamen, waarmee verdragsmisbruik doelgerichter wordt voorkomen. De bezitseis houdt in dat, voor minstens de helft van de dagen van een jaar waarin het voordeel zou worden verkregen, de dochterentiteit voor minstens 50% direct of indirect gehouden werd door een ander kwalificerend persoon. Dit persoon dient echter inwoner van dezelfde staat als deze dochterentiteit te zijn, wat in strijd is met de vrijheid van vestiging voor dezelfde redenen als de beursgenoteerde entiteitentoets. De grondslaguithollingseis lijkt op zijn beurt in strijd te zijn met de vrijheid van kapitaal, waarmee het de disproportionaliteit van deze bepaling in de uitgebreide LOB verergert.²⁵⁹ De bezitseis alleen is tevens niet

²⁵³ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2017/57, paragraaf 3.2.1.

²⁵⁴ MEMO/15/6006 van 19 november 2015, paragraaf 7.

²⁵⁵ OECD 2015a, p. 27, paragraaf 16.

²⁵⁶ OECD 2017d, artikel 13(a)i en ii.

²⁵⁷ HvJ EU 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*National Grid Indus*), conclusie.

²⁵⁸ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2017/57, paragraaf 3.2.2.

²⁵⁹ Ibid, paragraaf 3.3.

voldoende om verdragsmisbruik te voorkomen: een doorstroomlichaam dat een dochterentiteit van een kwalificerend persoon is, zou kunnen worden gebruikt voor grondslaguitholling door aftrekbare betalingen. De grondslaguithollingseis voorkomt dit, maar bestaat alleen in de uitgebreide LOB.²⁶⁰

Volgens De Broe & Luts laat de enigszins mechanische aard van de eisen nog ruimte over voor creatieve vormen van belastingontwijking.²⁶¹ Volgens Kuzniacki bestaat de bezitseis ter voorkoming van verdragsmisbruik door bedrijven die te weinig lokaal bezit hebben, maar bevat de eis enkele fouten waardoor de doeltreffendheid hiervan teniet wordt gedaan. Ten eerste wordt voor de 50%-eis wel gekeken naar stemrechten en waarde, maar niet winstgerechtigdheid. Kuzniacki beweert dat met voorkeursaandelen om deze eis heen gepland kan worden. Daarnaast is het een probleem dat de gesimplificeerde LOB geen grondslaguithollingseis bevat.²⁶² Mijns inziens is dit geen probleem omdat de PPT, waarmee de gesimplificeerde LOB gecombineerd dient te worden, dezelfde functie kan vervullen. Wel is het vreemd dat de OESO opzettelijk een anderszins goede eis weglaat. Als de OESO, klaarblijkelijk, zo weinig vertrouwen heeft in de LOB, had het ook de bezitseis kunnen afzwakken zodat deze niet meer in strijd is met EU-recht.

6.3. De actieve bedrijfsuitoefeningstoets

Over de actieve bedrijfsuitoefeningstoets kan ik gematigd positief zijn. De toets weerspiegelt de wederkerigheid die ten grondslag ligt aan verdragen, zoals in paragraaf 2.3.1 is uitgelegd. Verdragsgebruik door entiteiten die geen substantiële activiteiten hebben in een verdragsluitend land gaat tegen dit principe van wederkerigheid in. De actieve bedrijfsuitoefeningstoets voorkomt dit door per transactie te toetsen of deze het gevolg is van substantiële economische activiteiten in de verdragsluitende staten. Een andere achterliggende gedachte van de actieve bedrijfsuitoefeningstoets, uit het oogpunt van verdragsmisbruik, is dat een entiteit nooit zo ver zou gaan om werkelijke economische activiteiten te ontplooiën, slechts om een verdragsvoordeel te verkrijgen.

De toets kan echter ook op kritiek rekenen. Volgens Pedersen & Schulz kunnen bonafide multinationals mogelijk niet door de toets heenkomen omdat niet alle entiteiten binnen de groep in dezelfde industrie opereren, iets wat ook geldt voor investeringsbedrijven.²⁶³ Daarnaast wordt de toets gecompliceerd door een aantal begrippen die qua uitleg tekortkomen en tot conflicten kan leiden (zie paragraaf 4.3.2). Dit wordt bevestigd door Jiang, die kritiek heeft op de doelmatigheid van de toets. De toets dient per transactie te worden doorlopen, iets wat voor een enorme last zorgt voor zowel belastingautoriteiten als belastingplichtigen.²⁶⁴

De uitleg en definiëring van het begrip “bedrijfsuitoefening”, de vertaling van “business”, wordt overgelaten aan nationale wetten, maar deze bestaat in veel landen niet. Een leidraad voor een “actieve bedrijfsuitoefening” is volgens de OESO wanneer “substantiële management- en operationele activiteiten” ontplooid worden, en in ieder geval niet holdings-, hoofdkantoor-, financierings- of investeringsactiviteiten. Er zijn kennelijk dus activiteiten die wel onder “bedrijfsuitoefening” vallen, voor zover de OESO überhaupt een definitie wenst te vormen, maar niet onder “actieve bedrijfsuitoefening”. Dit roept de vraag op in hoeverre de twee termen

²⁶⁰ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.3.

²⁶¹ De Broe & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2, paragraaf 2.2.2.

²⁶² Kuzniacki, *Intertax* 46(1), nr. 1, paragraaf 2.2.2.2.

²⁶³ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2017/57, paragraaf 3.5.

²⁶⁴ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.4.

gerelateerd zijn. Volgens Kuzniacki helpt dit de rechtszekerheid niet en zorgt dit voor verwarring. Daarnaast bekritiseert hij de attributieregel van artikel 7(10)c MLI, waaronder activiteiten van verbonden personen die uitgevoerd worden voor de belastingplichtige, aan belastingplichtige kunnen worden toegerekend. Dit kan holdingvennootschappen echter toegang geven tot het verdrag zonder economische substance te hebben en zorgt daarmee voor een maas in de wet. Dit zet de doeltreffendheid van de LOB onder druk, maar kan opgelost worden door de zinsnede “ontleend aan of incidenteel aan” in de LOB te vernauwen tot upstream- en downstreamconnecties met verbonden personen.²⁶⁵

Deze actieve bedrijfsuitoefeningstoets laat dus in zijn geheel veel ruimte voor interpretatie en het is onvermijdelijk dat de belastingautoriteiten een weloverwogen afweging van de feiten en omstandigheden moeten maken, waardoor het kenmerken van een GAAR en een economische toets krijgt. Mijns inziens was het zelfs beter geweest als deze regel aansloot bij een (reële) economische realiteitstoets zoals die in de GAAR van ATAD1 bestaat. Dit zou, gezien de complexiteit van de actieve bedrijfsuitoefeningstoets, niet veel doelmatigheid inleveren, maar wel de doeltreffendheid verbeteren. Daarnaast is deze actieve bedrijfsuitoefeningstoets de enige toets in het MLI die enigszins economisch van aard is, maar voldoet deze mijns inziens niet aan de voorwaarde die in *Cadbury Schweppes* en *Eqiom* is gesteld omdat kunstmatigheid niet eens impliciet voorkomt.²⁶⁶ Daarmee is deze mogelijk in strijd met EU-recht en zou het voor de rechtszekerheid en proportionaliteit beter zijn om deze toets aan te passen. Volgens Bergedahl wordt deze strijdigheid veroorzaakt omdat de definitie “actieve bedrijfsuitoefening” nauwer is dan “reële economische activiteiten” en de toets niet gericht is op “volledig kunstmatige constructies”.²⁶⁷

6.4. *Derivative benefits-toets*

Onder de gesimplificeerde versie van de LOB kunnen belastingplichtigen een beroep doen op een verdragsvoordeel als zij voor minstens 75% worden gehouden door entiteiten met recht op equivalente voordelen (zie paragraaf 4.3.3). In principe laat dit percentage ruimte voor verdragsmisbruik.²⁶⁸ Omdat deze versie echter gecombineerd wordt met een PPT, is dit risico verwaarloosbaar. Daarnaast is mijns inziens de uitgebreide LOB op het gebied van deze toets wel waterdicht. Onder de uitgebreide LOB bevat deze toets namelijk dezelfde grondslaguithollingseis als in artikel 7(9)e MLI is opgenomen en het percentage is verhoogd naar 95%, gehouden door maximaal zeven entiteiten met equivalente voordelen. Op de doeltreffendheid van deze toets is dus niets aan te merken. De rechtszekerheid voor belastingplichtigen wordt ook verbeterd door deze toets en een deel van de bonafide belastingplichtigen die niet door de eerdere toetsen toegang tot verdragsvoordelen kregen, krijgen dit alsnog.²⁶⁹

Volgens Bergedahl lost deze toets echter niet de discriminerende werking van de gesimplificeerde LOB op.²⁷⁰ De locatie van de equivalente voordelen-aandeelhouders is nog altijd van invloed op de werking van deze bepaling, omdat onder de gesimplificeerde LOB, de woonstaat van deze aandeelhouder een verdrag moet hebben met de

²⁶⁵ Kuźniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 2, paragraaf 2.1.2.3.

²⁶⁶ Zie paragraaf 5.2.2 en noten 179 en 181.

²⁶⁷ Bergedahl, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 2, paragraaf 4.3.1.1.

²⁶⁸ Kuźniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 2, paragraaf 2.2.

²⁶⁹ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.5.

²⁷⁰ Bergedahl, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 2, paragraaf 4.3.1.1.

staat waar het inkomensbestanddeel is.²⁷¹ Onder de uitgebreide LOB zijn andere eisen²⁷² welke strikter zijn voor aandeelhouders die niet in het verdragsluitende land hun woonplaats hebben. Daarmee discrimineert deze toets op eenzelfde manier als de bezitseis en gronslaguithollingseis en is de toets daarmee in strijd met de vrijheid van vestiging.²⁷³

6.5. *Discretionary relief*

Als laatste uitweg om onder de LOB verdragsvoordelen te verkrijgen, is de zogenaamde “discretionary relief”-provisie in artikel 7(12) MLI. Het is naar mijn mening voor de proportionaliteit een goed idee om deze mogelijkheid in de LOB te hebben, zeker gezien de observatie dat de vorige toetsen in bepaalde situaties te restrictief zijn. Ook is het positief te noemen dat de bepaling aansluit bij de toetsen van de PPT: dit sluit nauwer aan bij de definitie van verdragsmisbruik, al ligt de bewijslast hier (overigens terecht) bij de belastingplichtige. Ten slotte wordt de mogelijk wijde discretie van de bevoegde verdragsluitende staat enigszins beperkt door het feit dat de verdragsluitende staten elkaar dienen te raadplegen wanneer een verzoek tot *discretionary relief* is ontvangen.

Deze bepaling kan echter ook op kritiek rekenen, want de *reasonableness test* is, zoals in paragraaf 5.2.2 is uitgelegd, in strijd met de voorwaarde voor antimisbruikbepalingen uit het HvJ EU-arrest *Cadbury Schweppes*.²⁷⁴ Een kunstmatigheidstoets mist namelijk ook in deze LOB-bepaling en is daarmee te beperkend. Ook is het toekennen van verdragsvoordelen bij een bonafide situatie een discretie in plaats van een verplichting onder dit artikel.²⁷⁵ Dit blijkt uit de bewoording “may grant” en is onacceptabel gezien het doel van de bepaling.²⁷⁶ Het is namelijk zo dat de belastingautoriteit alsnog de bevoegdheid heeft een of meerdere verdragsvoordelen te weigeren, zelfs als zij tot de conclusie is gekomen dat er geen sprake is van misbruik. Dit is volgens Pedersen & Schulz vooral spijtig omdat belasting gerelateerde motieven van een transactie volgens jurisprudentie van het HvJ EU niet direct misbruik betekent.²⁷⁷

6.6. *Beoordeling van de LOB*

6.6.1. *Proportionaliteit*

De LOB in het MLI is in principe een antimisbruikbepaling gebaseerd op objectief toetsbare kenmerken, hetgeen goed is voor de rechtszekerheid van de bepaling. De bepaling bestaat uit meerdere toetsen op basis waarvan belastingplichtigen toegang kunnen krijgen tot het verdrag of een bepaald verdragsvoordeel. De rechtsgevolgen van deze toetsen zijn naar mijn mening juist en proportioneel ingevuld: kwalificerende personen die een zeer laag risico vormen voor verdragsmisbruik krijgen integraal toegang tot het verdrag, “reguliere” entiteiten krijgen toegang tot een enkel verdragsvoordeel als de transactie verband houdt met een actieve bedrijfsuitoefening. Daarnaast ben ik te spreken over het bestaan van de *discretionary relief*-bepaling, wat

²⁷¹ OECD 2017d, artikel 7(13)c.

²⁷² OECD 2015a, p. 51-52.

²⁷³ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2017/57, paragraaf 3.6.

²⁷⁴ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*), conclusie.

²⁷⁵ Bergedahl, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 2, paragraaf 4.3.1.1.

²⁷⁶ Kuźniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 2, paragraaf 2.3.1.

²⁷⁷ Pedersen & Schulz, *European Taxation* 2017/57, paragraaf 3.7.

mijns inziens de proportionaliteit van de LOB ten goede komt. Deze bepaling geeft belastingautoriteiten relatief veel discretie, maar gezien de uitzonderlijke aard van deze bepaling en het feit dat deze in een antimisbruikbepaling zit, is dit geen disproportionele invulling.

Ondanks dat de OESO niet met volle overtuiging deze LOB heeft uitgewerkt, is wel geprobeerd de rechtszekerheid voor belastingplichtigen hoog te houden. De uitwerking en uitleg in het Actie 6-rapport is zeer uitgebreid. Desondanks zijn enkele begrippen niet (duidelijk) uitgewerkt. Daarnaast lijken er ook wat *shortcuts* genomen te zijn door de OESO. In de beursgenoteerde entiteitentoets, bezitstoets, grondslaguithollingstoets en *derivative benefits*-toets lijkt de OESO gedacht te hebben dat het beter en makkelijker is om bepaalde voorwaarden bewust nauw te houden, dan om deze zorgvuldig uit te werken. Volgens Jiang betekent de zeer nauwe en overmatige formulering niet per se dat dit een significant probleem is voor de LOB als geheel, aangezien de andere toetsen de bonafide situaties kunnen ondervangen als zij niet door deze eisen heen komen.²⁷⁸ Al deze bepalingen zijn echter in de huidige formulering wel in strijd met fundamentele vrijheden. Deze *shortcuts* zijn dus misschien goed voor de doelmatigheid, maar niet voor de proportionaliteit van de LOB. Het zou de proportionaliteit ook ten goede komen als de actieve bedrijfsuitoefeningstoets een kunstmatigheidseis zou bevatten.

Al met al verdient de proportionaliteit van de LOB grotendeels positieve kritiek. De LOB scoort hiermee **voldoende** op het gebied van proportionaliteit.

6.6.2. Doeltreffendheid

Voor doeltreffendheid van de LOB is vereist dat alle verdragsmisbruiksituaties effectief kunnen worden geweerd. Zoals in de inleiding is aangegeven, kan de LOB echter geen alternatief vormen voor de PPT als opzichzelfstaande bepaling. In de letterlijke interpretatie van de hoofdvraag is de doeltreffendheid van een opzichzelfstaande LOB-bepaling dus duidelijk niet voldoende. Zelfs als deze tekortkomingen opgelost zouden worden door een PPT of anti-doorstroombepaling, dan bevat de LOB nog steeds enkele mogelijkheden voor creatieve *tax planning*. Daarnaast kan de regel, ondanks kenmerken van GAARs, niet als flexibel en toekomstbestendig worden gezien, zelfs niet in de uitgebreide variant.

De LOB scoort om deze redenen **slecht** op het gebied van doeltreffendheid.

6.6.3. Doelmatigheid

Het principe van de LOB is, in tegenstelling tot de PPT, “verdragsvoordeel weigeren, tenzij”. Dit is uit het oogpunt van wederkerigheid geen rare insteek: een verdragsvoordeel komt slechts toe aan de “echte” inwoners van een verdragsluitend land, en dit is duidelijk de strekking van de LOB. Wel betekent dit dat belastingplichtigen meer toetsen moeten doorlopen en meer moeite moeten doen om een verdragsvoordeel te krijgen. Mijns inziens zijn deze toetsen niet enorm uitgebreid en is de bewijslast niet te zwaar gezien het doel om verdragsmisbruik te voorkomen. Daarnaast is de paragraaf van kwalificerende personen een goede manier om, zonder te veel risico te lopen op het gebied van doeltreffendheid, bewijslast en moeite te besparen.

²⁷⁸ Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3, paragraaf 3.4.3.

De LOB zal echter leiden tot lange procedures, niet in de laatste plaats omdat in meerdere bepalingen een belemmering staat voor fundamentele EU-vrijheden, zowel in de gesimplificeerde als uitgebreide variant van de LOB. Dit heeft grotendeels te maken met de “*ineffective reaction with mind-numbing complexity*”, zoals Kuzniacki de LOB-bepalingen noemt.²⁷⁹ Een ander negatief punt op het gebied van doelmatigheid is de actieve bedrijfsuitoefeningstoets. Het is extra schadelijk dat deze toets degene is op basis waarvan de meeste belastingplichtigen zullen moeten kwalificeren voor de verdragsvoordelen. Deze toets zal voor zeer grote moeite zorgen voor zowel belastingplichtigen als belastingautoriteiten omdat elke transactie individueel onderzocht moet worden. Daarnaast laat de uitwerking van deze toets te wensen over. Het begrip “bedrijfsvoering” moet door landen zelf worden ingevuld. Dit zorgt per definitie voor verschillende opvattingen die kunnen conflicteren. De OESO bekent overigens dat de LOB mogelijk niet geschikt is voor landen met een beperkte administratieve capaciteit van belastingautoriteiten, waardoor zij geneigd zijn de PPT toe te passen.²⁸⁰

De LOB scoort om deze redenen **matig** op het gebied van doelmatigheid.

6.7. Subconclusie

In dit hoofdstuk stond de deelvraag “*Hoe proportioneel, doeltreffend en doelmatig is de LOB?*” centraal. De LOB in het MLI heeft met zijn (over het algemeen) adequaat geformuleerde toetsen een vrij goede rechtszekerheid voor belastingplichtigen. Er is duidelijk veel aandacht geweest om de begrippen in de toetsen duidelijk uit te werken in het Actie 6-rapport, maar bij enkele punten is de OESO te simplistisch geweest waardoor bepalingen in strijd zijn met fundamentele EU-vrijheden. Als gekeken wordt naar de LOB als geheel, is de proportionaliteit voldoende.

Het is naar mijn mening jammer dat de OESO niet de moeite heeft genomen om de LOB verder uit te werken zodat, in plaats van een combinatie met de PPT of een anti-doorstroombepaling, de LOB waterdicht is. Dit was zeker mogelijk geweest als de OESO niet terughoudend was geweest om juist een GAAR of anti-doorstroombepaling in de LOB te verwerken. Een kunstmatigheidstoets had naar mijn mening ook veel problemen opgelost in de LOB. Mogelijk is deze terughoudendheid veroorzaakt door de prioriteit van landen om een flexibele en breed toepasbare antimisbruikbepaling te implementeren, waar veel macht ligt bij de belastingautoriteiten. Hierdoor heeft de OESO niet gekozen om de LOB volledig uit te werken zodat deze op zichzelf aan de minimumstandaard voldoet en daarmee doeltreffend is. De huidige LOB in het MLI is dus kansloos op het gebied van doeltreffendheid.

De LOB is in principe niet complex, maar de uitwerking van de individuele bepalingen zijn dat wel. Het dieptepunt hierin is de actieve bedrijfsuitoefeningstoets. Hierin had een eenduidige definiëring van het begrip bedrijfsuitoefening moeten staan, met eventueel kwantitatieve objectieve eisen. Een voorbeeld kan genomen worden aan de substance-eisen die Nederland aan dienstverleningslichamen stelt. De doelmatigheid van de LOB is dus matig en dit zorgt er mede voor dat veel landen voor de PPT kiezen.

²⁷⁹ Kuzniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1 en 2.

²⁸⁰ OECD 2015a, p. 14.

7. *Conclusies*

Naar aanleiding van de grote mate van belastingontwijking door multinationals heeft de OESO een 15-delig BEPS Project gepubliceerd. Een van de belangrijkste onderdelen hiervan is verdragsmisbruik, waartegen in Actie 6 van dit project twee belangrijke antimisbruikbepalingen zijn geformuleerd. Deze zijn onderdeel van een minimumstandaard in het MLI, het instrument waarmee maatregelen tegen belastingontwijking en grondslaguitholling worden geïmplementeerd. De strekking van dit Actie 6-rapport is dat verdragsluitende staten een keuze moeten maken tussen deze antimisbruikbepalingen, zodat deze, na implementatie in de verdragen, verdragsmisbruik kunnen voorkomen. Deze twee bepalingen zijn een GAAR, de PPT genaamd, en een SAAR, de LOB-bepaling.

Veel landen hebben in het keuzemenu van het MLI gekozen om alleen de PPT te gebruiken. Dit heeft implicaties voor belastingautoriteiten en belastingplichtigen die gebruikmaken van bilaterale belastingverdragen. Ondanks dat deze PPT in het MLI geprofileerd is als standaardoptie en dus veel gekozen is, is er kritiek op de invulling en uitwerking van deze toets.

In deze scriptie is daarom geprobeerd een antwoord te formuleren op hoofdvraag “Is de Principal Purpose Test in het MLI proportioneel, doeltreffend en doelmatig of zou de Limitation on Benefits een beter alternatief zijn?”. Mijns inziens zijn dit de drie belangrijkste criteria om de PPT te ontleden en beoordelen en daarna te vergelijken met de andere optie, de LOB. Proportionaliteit is een criterium dat toetst of de regel niet te ver gaat om het doel te bereiken. Hierbij kan gedacht worden aan de verdeling van bewijslast, rechtszekerheid en eventuele strijdigheid met (grond)wetten, (EU)-jurisprudentie en vrijheden. Doeltreffendheid toetst daarentegen of de regel zijn doel bereikt en niet omzeild kan worden door fiscaal creatieve belastingplichtigen. Ten slotte wordt met doelmatigheid getoetst of de regel efficiënt is in gebruik en niet te veel middelen kost om uit te voeren en te handhaven.

Eerst heb ik in deze scriptie de positie van verdragsmisbruik binnen het internationale belastingrecht belicht. Dubbele belastingheffing zou, zonder bilaterale belastingverdragen en nationale bepalingen, voor kunnen komen wanneer belastingheffingsbeginselen samenlopen. Om dit te voorkomen en daarmee een belangrijke belemmering van grensoverschrijdende economische activiteiten weg te nemen, worden bilaterale belastingverdragen gesloten. Deze bevatten belastingtechnische voordelen in de vorm van vrijstellingen of verrekening die voor de inwoners van deze verdragsluitende staten zijn gereserveerd. Het begrip inwonerschap is echter niet waterdicht: door toenemende globalisering kan aan deze voorwaarde al voldaan worden door “op papier” een vennootschap op te richten in een verdragsluitend land. Zonder beperkende bepalingen kan daarmee een verdragsvoordeel worden verkregen. Dit heet verdragsmisbruik en is een vorm van belastingontwijking omdat deze structuren gebruikt kunnen worden om (bron)belastingheffing te vermijden. Veel landen hebben zich hiertegen gewapend door algemene antimisbruikbepalingen (GAARs) of specifieke antimisbruikbepalingen (SAARs) in hun verdragen en nationale belastingwet op te nemen. Omdat de OESO het noodzakelijk acht een eenduidige en effectieve aanpak van verdragsmisbruik te implementeren in de duizenden belastingverdragen, heeft het met BEPS Actie 6 antimisbruikbepalingen uitgewerkt en met BEPS Actie 15 (MLI) een wijze van implementatie.

De PPT geldt als een GAAR vanwege zijn algemene en brede werking. Deze bestaat uit een subjectieve toets (met als uitwerking de *reasonableness test*) en een objectieve toets. Bij de subjectieve toets is de bedoeling van een transactie geobjectiveerd en wordt een verdragsvoordeel geweigerd indien een van de hoofddoelen is om een verdragsvoordeel te krijgen. De uitwerking van deze objectivering is dat aan de toets voldaan is wanneer het “redelijkerwijs te concluderen is” dat dit het geval is, gezien alle feiten en omstandigheden. Wanneer het verkrijgen van een verdragsvoordeel op zichzelf de transactie zou rechtvaardigen, is sprake van “een van de hoofddoelen”. De objectieve toets is een mogelijke uitweg: als het verkrijgen van een verdragsvoordeel in de relevante situatie niet in strijd is met de verdragsbepalingen, wordt het voordeel alsnog toegekend. De toets bevat geen kunstmatigheidscriterium en is daarmee strikter dan de ATAD1 GAAR van de EU. In het MLI is uitgewerkt dat de PPT bestaande main purpose(s) tests vervangt in verdragen en is een optionele clementieparagraaf opgenomen.

Op het gebied van proportionaliteit scoort de PPT slecht. Het ontbreken van een expliciete economische toets of kunstmatigheidscriterium in deze antimisbruikbepaling kan op kritiek rekenen en lijkt in strijd te zijn met meerdere arresten van het HvJ EU, waaronder Egiom en Cadbury Schweppes. De objectieve toets laat te wensen over op het gebied van rechtszekerheid en kan daarom zorgen voor overkill. De bewijslastverdeling is mogelijk ongebalanceerd en de rechtsgevolgen van een eventuele toepassing van de PPT zijn onduidelijk. Een aantal goede aanbevelingen om veel van deze problemen op te lossen zijn: een duidelijkere en striktere lijn van uitleg door de OESO; een (eveneens door de Europese Commissie aanbevolen) economische realiteitstest; en het woord “unless” vervangen door “and”.

De doeltreffendheid van de PPT is daarentegen goed. De tot op heden bekende constructies van verdragsmisbruik zullen worden voorkomen en door de flexibiliteit zal dit in de toekomst mogelijk blijven. Belastingdiensten hebben met de PPT een machtige bepaling om misbruik tegen te gaan. Twee kleine problemen op het gebied van doeltreffendheid zijn de gebrekkige formulering van enkele onderdelen van de PPT en de strijdigheid met EU-recht.

Qua doelmatigheid is de PPT geen slechte optie. Door een goede ratio van baten en kosten in het uitvoeren van de PPT en een lage bewijslast voor belastingautoriteiten scoort de PPT een voldoende op dit vlak. De kleine problemen voor de doeltreffendheid zijn echter grote problemen voor de doelmatigheid: ongetwijfeld zal de uitvoering van de PPT minder efficiënt verlopen wanneer na lange procedures blijkt dat de regel in strijd is met EU-recht en grondwettelijke bepalingen. Ook dit zou echter opgelost kunnen worden door de eerdergenoemde aanbevelingen op te volgen.

Het alternatief van de PPT is een LOB, die verdragsvoordelen alleen toekent aan belastingplichtigen die aan een van de LOB-toetsen voldoen. Inwonerschap is onder deze LOB niet genoeg om een verdragsvoordeel te verkrijgen. De LOB beoogt deze namelijk alleen toe te kennen wanneer er voldoende binding (nexus) is met een van de verdragsluitende staten. Dit kan door een van de kwalificerende personen te zijn, te weten natuurlijke personen, overheidslichamen, bepaalde beursgenoteerde lichamen, non-profits, pensioenfondsen of dochterentiteiten van een van de voorgaande entiteiten. In dit geval wordt integraal toegang verleend tot de verdragsvoordelen in een verdrag. Niet-kwalificerende personen kunnen toegang tot individuele verdragsvoordelen krijgen als zij actieve bedrijfsuitoefening hebben die samenhangt met de relevante transactie

of als zij afgeleide voordelen hebben. Een discretionary relief-bepaling is een laatste uitweg voor uitzonderlijke gevallen om op verzoek toch toegang tot verdragsvoordelen te krijgen, mits de belastingautoriteiten concluderen dat dit verkrijgen van een verdragsvoordeel niet een van de hoofdredenen van de transactie was.

De origine van de LOB-bepaling is de VS, een zeer regels-gebaseerd land. Dit is duidelijk te zien wanneer gekeken wordt naar de beoordeling van de proportionaliteit van de LOB. Enerzijds is de rechtszekerheid van de LOB voldoende omdat de uitwerking en uitleg van begrippen door de OESO vrij uitgebreid is. Daarnaast gaat de bepaling niet te ver om zijn doel te bereiken, mede omdat de discretionary relief-bepaling een subjectieve uitweg is, zodat bonafide situaties een goede kans krijgen om alsnog te kwalificeren voor verdragsvoordelen. Anderzijds zijn er enkele shortcuts genomen door zeer strikte voorwaarden in bepaalde toetsen op te nemen. Deze zijn in strijd met EU-vrijheden en verslechteren daarmee de proportionaliteit.

Omdat de LOB opzichzelfstaand simpelweg geen alternatief kan zijn voor de PPT, scoort de LOB op het gebied van doeltreffendheid slecht. De LOB kent twee varianten die beide niet kunnen voldoen om verdragsmisbruik doeltreffend te voorkomen. Deze varianten moeten respectievelijk met een PPT of (vrij in te richten) anti-doorstroombepaling worden gecombineerd omdat anders de regel te inflexibel en incompleet is om verdragsmisbruik tegen te gaan.

Op het gebied van doelmatigheid is de LOB een matige optie. De structuur van de LOB is in principe niet bepaald complex, maar de actieve bedrijfsuitoefeningstoets zal tot zeer veel moeite leiden omdat elke transactie onderzocht dient te worden. Het begrip “bedrijfsvoering” moet daarnaast ingevuld worden door de landen zelf. Volgens de OESO is de LOB ook mogelijk administratief te lastig om te handhaven en zullen landen daarom eerder geneigd zijn te kiezen voor de PPT.

Op het gebied van proportionaliteit is de LOB aanzienlijk beter dan de PPT. Dit heeft naar mijn mening te maken met de wens van belastingautoriteiten om een strenge maar doeltreffende maatregel tegen verdragsmisbruik te hebben, iets wat simpelweg eenvoudiger te bereiken is met een GAAR. De doeltreffendheid en doelmatigheid spreken dan ook in het voordeel van de PPT. Veel landen, waaronder Nederland, hebben dus gekozen om de PPT in hun verdragen op te nemen. Dit is in het voordeel van belastingdiensten. Wat betreft bonafide belastingplichtigen kan dit zowel een voordeel als een nadeel zijn. Een LOB had hen waarschijnlijk veel meer werk opgeleverd, maar de onduidelijkheid over de objectieve toets kan ertoe leiden dat verdragsvoordelen van bonafide transacties alsnog geweigerd worden. De belastingdiensten hebben daarmee volledige zeggenschap over wat wel en niet een bonafide transactie is. Het is slechts pas geleden dat landen de PPT hebben ingevoerd in hun verdragen. Het is daardoor een zeer interessante aangelegenheid om de komende jaren te observeren in hoeverre de PPT zijn doel zal bereiken, hoe doelmatig de PPT blijkt te zijn, of de PPT aangepast moet worden door eventuele strijdigheden met vrijheden of jurisprudentie en in hoeverre de strijd van OESO-landen tegen verdragsmisbruik uiteindelijk gewonnen gaat worden.

8. Literatuur

Artikelen

Baez, *Intertax* 2017/45, nr. 6/7

A. Baez Moreno, 'GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?', *Intertax* 2017/45, nr. 6/7

Bender & Engelen, *WFR* 2016/51

T. Bender & F.A. Engelen, 'BEPS-actie 6: De maatregelen tegen treaty shopping – bedreiging en kans', *WFR* 2016/51

Bergedahl, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 2

C. Bergedahl, 'International/OECD – Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 2', *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 2

Bosman, *MBB* 2018/6

R.A. Bosman, 'Bestrijding van verdragsmisbruik in de 2017/update van het OESO-Modelverdrag', *MBB* 2018/6.

Broe, de & Luts, *Intertax* 2015/43, nr. 2

L. De Broe & Joris Luts, 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse', *Intertax* 2015/43, nr. 2

Chand, *Intertax* 46(1)

V. Chand, 'The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis', *Intertax* 2018, 46(1)

Cunha, *Global Taxation* 2016/1

R.C. Cunha, 'BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule', *Global Taxation*, 2016/1

Cuoco, *Intertax* 47(10)

A. Cuoco, 'The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law?', *Intertax* 47(10).

Danon, *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1

R.J. Danon, 'International/OECD – Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups', *Bulletin for International Taxation* 2018/72, nr. 1

Da Silva, *Intertax* 44(3)

B. Da Silva, 'Reconsidering the Application and Interpretation of Anti-treaty Shopping Rules in the Context of Developing Countries', *Intertax* 44(3)

Duff, *Can Tax J.* 66:4

D.G. Duff, 'Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test: Part II', *Canadian Tax Journal* 2018, 66:4

Elliffe, *World Tax Journal* 2019/11, nr. 1

C. Elliffe, 'International – The Meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to Bind Them All?', *World Tax Journal* 2019/11, nr. 1

Estoile-Campi & Billard-Moalic, *Bloomberg Tax* 9 september 2019

A. de l'Estoile-Campi & R. Billard-Moalic, 'Insight: A French Perspective on the Post-MLI France-U.K. Tax Treaty', *Bloomberg Tax* 9 september 2019, <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/insight-a-french-perspective-on-the-post-mli-france-u-k-tax-treaty>

Gomes, *Intertax* 47(1)

M.L. Gomes, "The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument", *Intertax* 47(1)

Hulten, van & Korving, *International Tax Review* 12 december 2018

L. van Hulten & J. Korving, 'MLI: Testing the 'principal purpose'', *International Tax Review*, 12 december 2018, <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f7n2f6tqcfyx/mli-testing-the-principal-purpose>

Jiang, *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3

Q. Jiang, 'OECD/International - Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project', *Bulletin for International Taxation* 2015/69, nr. 3

Karadkar, *Bulletin for International Taxation* 2017/71, nr. 3/4

R. Karadkar, 'International/OECD - Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies', *Bulletin for International Taxation* 2017/71, nr. 3/4

Kavelaars, *TFO* 2018/159

P. Kavelaars, 'Antimisbruikbepalingen in het MLI', *TFO* 2018/159

Kok, *WFR* 2015/184

Q.W.J.C.H. Kok, 'Enkele aspecten van de 'principal purpose test'', *WFR* 2015/184

Kuźniacki, *Kluwer International Tax Blog* 22 januari 2018

B. Kuźniacki, 'Untangling the PPT's burden of proof', *Kluwer International Tax Blog*, 22 januari 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/01/22/untangling-ppts-burden-proof/>

Kuźniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 1

B. Kuźniacki, 'The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1', *Intertax* 2018/46, nr. 1

Kuźniacki, *Intertax* 2018/46, nr. 2

B. Kuźniacki, 'The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2', *Intertax* 2018/46, nr. 2

Kuźniacki, *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2

B. Kuźniacki, 'International - The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application', *World Tax Journal* 2018/10, nr. 2

Meijburg & Co, 13 februari 2019

Meijburg & Co Belastingadviseurs, 'Tweede Kamer akkoord met goedkeuringswetsvoorstel Multilateraal Verdrag (MLI)', 13 februari 2019, <https://meijburg.nl/nieuws/tweede-kamer-akkoord-met-goedkeuringswetsvoorstel-multilateraal-verdrag-ml>

Pedersen & Schultz, *European Taxation* 2017/57, nr. 8

K.N. Pedersen & S. Schultz, 'European Union – Action 6: Are the Anti-Abuse Rules EU Compatible?', *European Taxation* 2017/27, nr. 8

Pinetz, *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2

E. Pinetz, "European Union/International/OECD - Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse", *Bulletin for International Taxation* 2016/70, nr. 1/2

Pötgens, in: *Cursus Belastingrecht*

F.P.G. Pötgens, 'IBR.3.1.5. Multilateraal Instrument.' In: *Cursus Belastingrecht*. Wolters Kluwer: Deventer 2019

Raad, van, in: *Cursus Belastingrecht*

C. van Raad, 'IBR.1.2.2.B Een persoonlijk met een zakelijk beginsel.' In: *Cursus Belastingrecht*. Wolters Kluwer: Deventer 2019

Rasenberg, *WFR* 2017/93

M.C. Rasenberg, "Antimisbruik in verdragen: dat kan specifieker!", *WFR* 2017/93

Starink, in: *FM* nr. 144

B. Starink, 'Belastingheffing over particulierpensioen en overheidspensioen in grensoverschrijdende situaties.' *Fiscale Monografieën* nr. 144. Deventer: Wolters Kluwer 2015

Taboada, *Bulletin for International Taxation* 2015/10

C.P. Taboada, 'OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule', *Bulletin for International Taxation*, 2015/10, p. 602-608

Taramountas, *Intertax* 47(11)

K. Taramountas, "The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application", *Intertax* 47(11)

Waterval, *Trouw* 30 januari 2020

D. Waterval, 'Belastingklimaat Nederland kost rest van de wereld 22 miljard euro', *Trouw* 30 januari 2020.

Weeghel, van, *World Tax Journal* 11(1)

S. van Weeghel, 'International – A Deconstruction of the Principal Purposes Test', *World Tax Journal* 11(1)

Weber, *Erasmus Law Review* 2017/1

D. Weber, 'The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law', *Erasmus Law Review* 2017/1

Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 11

I. Zahra, 'OECD/International – The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of its Substantive and Procedural Aspects – Part 1', *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 11

Zahra, *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 12

I. Zahra, 'OECD/International – The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of its Substantive and Procedural Aspects – Part 2', *Bulletin for International Taxation* 2019/73, nr. 12

Zoetmulder & de Klijn, *NTFR* 2013/20

B.R. Zoetmulder & R.J.M. de Klijn, 'De main purpose-test in Nederlandse verdragen en buitenlands AB: een aanbeveling', *NTFR* 2013/20

Boeken

De Broe, 2008

L. de Broe, 'International Tax Planning and Prevention of Abuse', Amsterdam: IBFD 2008

Parlementaire stukken

Kamerstukken 1987, 20365 (NSV)

Kamerstukken II 2010/2011, 25087 nr. 7 (NFVB)

Kamerstukken II 2016/2017, 25087 nr. 148

Kamerstukken II 2017/2018, 34853-(R2096)

Kamerstukken II 2018/2019, 34853 (R2096)

Internationaal

HM Revenue & Customs, 2018

HM Revenue & Customs, *General anti-abuse rule (GAAR) guidance*, Londen 2018

IRS, 2006

IRS, United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006, Washington, D.C. 2006

Notitie Normaal Vermogensbeheer 2015

Notitie Normaal Vermogensbeheer (publicatie van de Belastingdienst), 28 oktober 2015

OECD 2003

OECD, *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, Parijs: OECD Publishing 2003

OECD 2015a

OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD 2015b

OECD, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 -2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015

OECD 2016

OECD, *Explanatory statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2016

OECD 2017a

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Parijs: OECD Publishing 2017

OECD 2017b

OECD, *2017 Update to the OECD Model Tax Convention*, Parijs: OECD Publishing 2017

OECD 2017c

OECD, *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, Parijs: OECD Publishing 2017

OECD 2017d

OECD, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Parijs: OECD Publishing 2017

Europees

Aanbeveling (EU) 2016/136 van de Commissie van 28 januari 2016 over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan

MEMO/15/6006 van 19 november 2015

Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (ATAD1)

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Rome, 25-03-1957

Jurisprudentie

HvJ EU 21 februari 2006, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (*Halifax*)

HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*)

HvJ EU 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*National Grid Indus*)

HvJ EU 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 (*SIAT*)

HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*)

HvJ EU 7 september 2017, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (*Eqiom*)

Wetgeving

Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Wet op de inkomstenbelasting 2001