

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics (ESE)

Fiscaal Economisch Instituut (FEI)

Masterscriptie

Antimisbruikbepalingen: de toepassing op *treaty shopping*

Een analyse van de mate waarin antimisbruikbepalingen in staat zijn om treaty shopping te
bestrijden



Student: Tobias van het Nederend
Studentnummer: 425248

Begeleider: prof. dr. P. Kavelaars
Tweede beoordelaar: dr. R.P. van den Dool

Datum definitieve versie: 5 augustus 2020

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

Voorwoord

Geachte lezer,

Graag neem ik, alvorens u de gewaardeerde moeite neemt om dit sluitstuk van mijn fiscale masteropleiding te lezen, hierbij de gelegenheid om kort wat context te geven en belangrijke personen te bedanken.

Mijn keuze in eerste instantie voor de bachelor Fiscale Economie was niet vanzelfsprekend; deze is eigenlijk bij gebrek aan door mij interessant gevonden andere economische masters tot stand gekomen. Met name bij de allereerste ‘echte’ fiscale vakken in bachelor 3 ben ik mij rot geschrokken van de droge, taaie en vooral ingewikkelde fiscale materie. Voor deze eerste tentamens heb ik mij zelfs hardop afgevraagd of ik wel moest doorgaan met de studie of dat ik mij niet toch moest richten op mijn andere studies; Rechtsgeleerdheid en Economie en Bedrijfseconomie. Mijn vader heeft het laatste beetje fiscale motivatie in mij weten te prikkelen en met dank aan hem ben ik doorgegaan met de fiscale studie. Na het maken van deze eerste tentamens in bachelor 3 ben ik als een fiscale sneeuwbal door de rest van de bachelor gerold; uitdijend met steeds meer en meer fiscale kennis. Met deze extra kennis kwam ook een toename aan interesse en met name de voorkeur voor het internationale belastingrecht, waar de master Directe Belastingen perfect op aansloot. Vandaar ook dat ter afsluiting van dito master voor u een scriptie met een internationaal onderwerp ligt.

Ik zou graag de heer Kavelaars willen bedanken voor de geweldige samenwerking. Zonder zijn snelle en zeer duidelijke feedback was het onmogelijk geweest om de scriptie met zulke voortvarendheid af te sluiten. Ook wil ik de heer van den Dool bedanken voor het meelesen van de scriptie. Tevens wil ik Eric Laldjising bedanken voor het, ondanks dat zijn specialisatie in geneeskunde ver weg staat van de weerbarstigheid van de fiscaliteiten, grondig doorlezen van mijn scriptie.

Ten slotte wil ik mijn moeder bedanken voor de geweldige zorg in de afgelopen studentenjaren. Ook wil ik mijn opa en oma bedanken voor de talloze lunches die als gezellige afleiding fungeerden tijdens het studeren. Zonder de steun van mijn familie was het voor mij niet mogelijk geweest om me zodanig zowel op intellectueel als persoonlijk vlak te ontwikkelen.

Ik zal u niet verder ophouden met dit voorwoord, maar ik wens u veel plezier met lezen van het sluitstuk van mijn fiscale studie.

T.R.R. van het Nederend

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	5
1. Inleiding	6
1.1. Aanleiding	6
1.2. Probleemstelling	7
1.3. Opbouw	8
1.4. Toetsingskader.....	9
1.5. Afbakening	11
2. Misbruik van (verdragen)recht	12
2.1. Inleiding	12
2.2. Voorkomen van belastingheffing	12
2.2.1. Algemeen	12
2.2.2. Belastingontduiking	14
2.2.3. Belastingontwijking	16
2.3. Onderscheid belastingontwijking en belastingontduiking.....	18
2.4. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen.....	22
2.4.1. Verdragenbeleid Nederland.....	22
2.4.2. Oneigenlijk gebruik versus misbruik van recht.....	24
2.4.3. Fraus legis versus fraus conventionis.....	27
2.5. Treaty Shopping	30
2.5.1. Algemeen	30
2.5.2. Nederland als doorstroomland	34
2.6. Deelconclusie.....	38
3. Antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO	40
3.1. Inleiding.....	40
3.2. Algemeen.....	40
3.3. Preamble	43
3.4. Principle Purpose Test.....	45
3.5. Vereenvoudigde Limatation On Benefits-bepaling.....	48
3.6. Keuze Nederland	49
3.7. PPT versus LOB	50
3.8. Deelconclusie.....	54
4. Antimisbruikbepalingen afkomstig van de EU	56
4.1. Inleiding.....	56
4.2. Algemeen.....	57
4.3. Antimisbruikbepalingen in verschillende richtlijnen	61

4.4.	De GAAR uit de ATAD 1	63
4.5.	Misbruik van recht uit de jurisprudentie.....	67
4.6.	Toetsing en aanbeveling	69
4.7.	Deelconclusie.....	73
5.	Conclusie	76
	Literatuurlijst:.....	81
I.	Boeken	81
II.	Artikelen	83
III.	Kranten en overige media.....	87
IV.	Parlementaire stukken.....	88
V.	Overige stukken	89
	Jurisprudentie:	92
I.	Hof van Justitie van de Europese Unie.....	92
II.	Hoge Raad.....	93
III.	Overig	93
	Wetsartikelen:	94
I.	Verdrag betreffende de Europese Unie.....	94
II.	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	94
III.	Wet op de vennootschapsbelasting 1969.....	94
IV.	Wet op de dividendbelasting 1965	94
V.	Overig	94

Lijst van gebruikte afkortingen

ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
Bfi	Bijzondere financiële instellingen
Cfc-regeling	<i>Controlled Foreign Company</i> -regeling
CPB	Centraal Planbureau
DNB	De Nederlandse Bank
EC	de Europese Commissie
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IMF	Internationaal Monetair Fonds
IRS	International Revenue Service
LOB	Limitation On Benefit-bepaling
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	Modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PPT	Principle Purpose Test
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet DB	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet Vpb	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Uit een recent rapport van het Internationaal Monetair Fonds (IMF) blijkt dat de helft van de directe buitenlandse spook investeringen (in het Engels ook wel: *phantom foreign direct investments*) van de wereld in Nederland en Luxemburg wordt gedaan. Deze investeringen bestaan enkel op papier en worden alleen gedaan om zo min mogelijk belasting te betalen, aldus het IMF.¹

Lange tijd werd Nederland daarom veelal weggezet als belastingparadijs, maar tegenwoordig is ook maatschappelijk bekend dat Nederland geen belastingparadijs, maar een doorstroomland is.² Nederland is als doorstroomland een belangrijke schakel in agressieve belastingstructuren van multinationals. Een oorzaak van de positie van Nederland als een van de koplopers in de wereldwijde belastingconcurrentie is het dichte netwerk van bilaterale belastingverdragen dat Nederland met veel landen heeft gesloten met veelal gunstige bronbelastingen op dividend, rente en royalty's.³

Verdragsmisbruik, en dan meer specifiek 'treaty shopping' wordt door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) bestempeld als één van de belangrijkste oorzaken van grondslag erosie en het verschuiven van winsten.⁴ Het Ministerie van Financiën definieert treaty shopping als een onderdeel van verdragsmisbruik: 'een inwoner van een derde staat verschaft zich toegang tot een verdragsvoordeel dat niet voor deze persoon is bedoeld.'⁵ Davies geeft een andere definitie aan treaty shopping: "investment through a third country D to take advantage of treaty provisions not found between H and G directly"(vertaald: *investering door een derde land D om voordeel van verdragsbepalingen te behalen die niet tussen H en G direct te verkrijgen zijn*).⁶ Een vaste definitie van het begrip 'treaty shopping' bestaat echter niet. Zo geeft zelfs het Modelverdrag van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO-MV) geen definitie voor dit fenomeen.

Toch kan men niet om treaty shopping heen. Het wordt, zoals al kort is aangegeven, gezien als een van de belangrijkste oorzaken van Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).⁷ Hierdoor is de afgelopen jaren de aandacht door onder andere de Europese Unie (EU) en de OESO in sterke mate toegenomen om deze manier van belastingontwijking te voorkomen.

Zo heeft de OESO het multilateraal instrument geïntroduceerd. Dit multilateraal instrument is als gevolg van het Base Erosion and Profit Shifting-project (BEPS-project) in 2017 ontwikkeld. Met dit instrument beoogt de OESO de BEPS-doelstellingen in een multilateraal verdrag op te nemen waardoor

¹ Damgaard e.a. 2019.

² Roerink 2020.

³ Lejour & van 't Riet, *CPB Policy Brief* 2013/07

⁴ OESO 2013, p.18.

⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 26 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁶ Davies, 2004.

⁷ OESO 2013, p.18.

bestaande verdragen van bij de OESO aangesloten staten, die het multilateraal instrument ondertekenen, ‘automatisch’ aangepast worden aan de wijzigingen in het OESO-MV.⁸ Dit multilateraal instrument kent ook anti-treaty shopping bepalingen⁹, waarbij staten de keuze wordt gegeven een *Principle Purpose Test* (PPT) of een *Limitation on Benefit*-bepaling (LOB) op te nemen.

Naast maatregelen vanuit de OESO hebben ook de ontwikkelingen vanuit de EU belastingontwijking middels treaty shopping bemoeilijkt. De lidstaten van de EU spelen namelijk een grote rol bij opbrengsten uit treaty shopping. Zo blijkt uit onderzoek van het Centraal Planbureau (CPB) dat wanneer EU-lidstaten niet meer gebruikt kunnen worden door bedrijven in fiscale constructies om de belastingdruk te verlagen, de wereldwijde gemiddelde opbrengst van treaty shopping afneemt van 5,6% naar 4,5%.¹⁰ Een van de ontwikkelingen binnen de EU volgt uit de zogenaamde Danmark-arresten¹¹ van februari 2019. Bij een van de zaken (hierna: T Danmark)¹² betrof het de toepassing van de Europese Moeder-dochterrichtlijn en bij de andere zaak (hierna: N Luxembourg 1)¹³ de Europese Rente-en royaltyrichtlijn. In deze Danmark-arresten geeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) antwoord op vragen omtrent het begrip uiteindelijke gerechtigde, het misbruikbegrip vanuit Unierechtelijke perspectief en de verplichting van EU-lidstaten om misbruik tegen te gaan. Ook is maatschappelijk veel aandacht voor deze Danmark-arresten geweest; zo kopten nationale kranten met ‘Rechters jagen brievenbusfirma’s Europese Unie uit’¹⁴ en ‘Europees Hof legt bom onder Nederland als fiscale vrijhaven’¹⁵

Uit recent onderzoek van het CPB blijkt verder dat uit de Danmark-arresten een duidelijke afstemming van beleid, ten aanzien van het tegengaan van belastingontwijking, tussen de EU en de OESO volgt. Uit ditzelfde onderzoek blijkt dat opbrengsten van treaty shopping aanzienlijk lager worden als de regels, die volgen uit de Danmark-arresten, overal in de EU en in de landen aangesloten bij het BEPS-project van de OESO worden toegepast. Maar dat desalniettemin de toepassing van de Danmark-arresten ook haar beperkingen kent.¹⁶ Het is dus onduidelijk of de huidige antimisbruikbepalingen genoeg slagkracht bieden om treaty shopping effectief te bestrijden.

1.2. Probleemstelling

De groeiende maatschappelijke en academische aandacht voor het tegengaan van treaty shopping en de geïntroduceerde antimisbruikbepalingen, afkomstig van zowel de EU als de OESO, maken het uitermate

⁸ De Graaf e.a. 2019, p. 119.

⁹ Artikelen 6-11 Multilateraal Instrument.

¹⁰ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019.

¹¹ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark).

¹² HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 (T Danmark).

¹³ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-115/16 (N Luxembourg 1).

¹⁴ Berentsen 2019b.

¹⁵ Berentsen 2019a.

¹⁶ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019.

interessant om te toetsen of deze bepalingen treaty shopping daadwerkelijk kunnen bestrijden. De probleemstelling voor dit onderzoek luidt dan ook als volgt:

In hoeverre kunnen antimisbruikbepalingen treaty shopping bestrijden en zijn verbeterpunten mogelijk?

1.3. Opbouw

De probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van onderstaande deelvragen. Na de inleiding in het huidige hoofdstuk is de opbouw van de deelvragen en de hoofdstukken waarin deze zijn opgenomen als volgt:

2.1. In hoeverre verschillen belastingontduiking en belastingontwijking van elkaar?

2.2. Wanneer is sprake van misbruik van (verdragen)recht?

2.3. Wat is treaty shopping, hoe wordt dit gebruikt om belasting te ontwijken en wat is de rol van Nederland bij treaty shopping?

In hoofdstuk 2 wordt allereerst ingegaan op het voorkomen van belasting in algemene zin. Hierna wordt gekeken naar het verschil tussen belastingontduiking en belastingontwijking. Vervolgens wordt ingezoomd op het oneigenlijk gebruik van belastingverdragen, waarna een verschil duidelijk zal zijn tussen oneigenlijk verdragsgebruik en misbruik van recht. Ook worden de begrippen *fraus legis* en *fraus conventionis* nader toegelicht. Uiteindelijk komt het begrip ‘treaty shopping’ aan bod en wordt duidelijk waarom dit een probleem vormt. Verder worden voorbeelden van treaty shopping gegeven. Aansluitend wordt in hoofdstuk 2 onderzocht hoe Nederland zich opstelt naar treaty shopping. Wat is het verdragenbeleid van Nederland en wat is de invloed van dit beleid op de mogelijkheid tot treaty shopping in Nederland? Bovendien wordt onderzocht wat de rol van Nederland als doorstroomland¹⁷ is op treaty shopping.

3. Welke antimisbruikbepalingen kent de OESO tegen treaty shopping en in hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen effectief, efficiënt, uitvoerbaar, leiden ze tot rechtszekerheid en voldoen ze aan de regels van internationaal en Europees (belasting)recht, en wat zijn mogelijke verbeterpunten?

In hoofdstuk 3 worden de antimisbruikbepalingen tegen treaty shopping afkomstig van de OESO beschreven. Hier speelt het multilateraal instrument een belangrijke rol. De algemene *Principle Purpose Test* en de specifieke *Limitation on Benefit Test* die volgen uit het multilateraal instrument worden dan ook uitgebreid behandeld. Ook wordt ingezoomd op actiepunten 6 van het BEPS-project dat specifiek gericht is op het voorkomen van verdragsmisbruik. Verder worden in dit hoofdstuk de antimisbruikbepalingen in het OESO-MV beschreven. Tevens worden de antimisbruikbepalingen in dit hoofdstuk getoetst op effectiviteit,

¹⁷ Roerink 2020.

efficiëntie, uitvoerbaarheid, rechtszekerheid en strijdigheid met regels van internationaal en Europees (belasting)recht. Deze toetsingscriteria zijn verder uitgewerkt in sectie 1.4. Ook worden mogelijke verbeterpunten van de antimisbruikbepalingen gegeven op basis van de literatuur, de wetgeving en de jurisprudentie.

4. *Welke antimisbruikbepalingen volgen uit EU-recht tegen treaty shopping en in hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen effectief, efficiënt, uitvoerbaar, leiden ze tot rechtszekerheid en voldoen ze aan de regels van internationaal en Europees (belasting)recht, en wat zijn mogelijke verbeterpunten?*

In hoofdstuk 4 wordt onderzocht waaruit het instrumentarium van antimisbruikbepalingen tegen treaty shopping op basis van EU-recht bestaat. In het bijzonder wordt aandacht besteed het leerstuk van misbruik van recht volgend uit de jurisprudentie van het HvJ. Ook komen de ontwikkelingen binnen de EU op het gebied van antimisbruikbepalingen tegen treaty shopping aan bod. Tevens worden de antimisbruikbepalingen in dit hoofdstuk getoetst op effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid, rechtszekerheid en strijdigheid met regels van internationaal en Europees (belasting)recht. Ook worden mogelijke verbeterpunten van de antimisbruikbepalingen gegeven op basis van de literatuur, de wetgeving en de jurisprudentie.

Ieder hoofdstuk vangt aan met een korte inleiding en sluit af met een deelconclusie. Ten slotte wordt in hoofdstuk 5, het laatste hoofdstuk een samenvatting gegeven van alle hoofdstukken. Deze samenvatting geeft het antwoord op de probleemstelling en vormt daarmee de conclusie. Het onderzoek wordt op kwalitatieve wijze uitgevoerd, waarbij gebruik wordt gemaakt van fiscale en juridische vakliteratuur, Nederlandse en Europese jurisprudentie en parlementaire stukken.

1.4. Toetsingskader

Om te toetsen of de antimisbruikbepalingen treaty shopping kunnen bestrijden wordt gebruik gemaakt worden van de onderstaande toetsingscriteria:

- Effectiviteit:

Allereerst wordt de effectiviteit van de antimisbruikbepalingen getoetst, i.e. of de antimisbruikbepalingen daadwerkelijk alle gevallen van treaty shopping bestrijken of dat deze tekortkomen. Ook wordt binnen deze effectiviteitstoets geanalyseerd of de antimisbruikbepalingen niet een te brede reikwijdte hebben, dat wil zeggen of geen sprake is van een overkill.

- **Efficiëntie:**
Hierna wordt getoetst aan de efficiëntie van de antimisbruikbepalingen. Een kosten-batenanalyse wordt gemaakt van de voor- en nadelen van de verscheidene antimisbruikbepalingen. De antimisbruikbepalingen worden als efficiënt beschouwd als de baten van de maatregelen de kosten overstijgen. Ook wordt bij deze toets onderzocht of dezelfde resultaten behaald kunnen worden tegen lagere kosten.

- **Uitvoerbaarheid en eenvoud:**
Vervolgens wordt getoetst aan de uitvoerbaarheid en de eenvoud van de antimisbruikbepalingen. Aan de ene kant wordt bij de uitvoerbaarheidstoets geanalyseerd of de antimisbruikbepalingen tegen treaty shopping voor de wetgever ook daadwerkelijk uitvoerbaar zijn of dat hier problemen ontstaan. Aan de andere kant wordt bij de eenvoudstoets geanalyseerd of de antimisbruikbepalingen ook ten aanzien van de toepassing voor de belastingplichtige duidelijk zijn.

- **Rechtszekerheid:**
Aansluitend wordt getoetst of de antimisbruikbepalingen tot voldoende rechtszekerheid voor de belastingplichtige leiden. Hierbij wordt getoetst of een belastingplichtige vóór zijn rechtshandeling weet wat de mogelijke rechtsgevolgen hiervan zijn. Wanneer a priori onduidelijk is voor de belastingplichtige of zijn rechtshandeling onder de uitwerking van de antimisbruikbepaling valt dan scoort de antimisbruikbepaling slecht. Als de antimisbruikbepaling daarentegen a priori genoeg duidelijkheid verschaft zodat de belastingplichtige vóór de rechtshandeling al weet of deze wel of niet onder de uitwerking van de antimisbruikbepaling valt, dan scoort deze goed.

- **Internationaal en Europees recht:**
Tenslotte wordt getoetst aan internationaal en Europees recht. Ten aanzien van de antimisbruikbepalingen afkomstig van de EU wordt verondersteld dat deze in lijn zijn met EU-recht. Antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO worden wel getoetst aan het EU-recht. Aan de andere kant worden antimisbruikbepalingen afkomstig van de EU getoetst aan internationale belastingregels die voor Nederland volgen uit de door Nederland gesloten belastingverdragen.

1.5. Afbakening

Uit de voorgaande secties is wellicht al duidelijk geworden dat het onderwerp van dit onderzoek uiterst breed is. Het is dan ook nodig om het onderzoek enigszins af te bakenen. In dit onderzoek worden alleen de antimisbruikbepalingen die van toepassing zijn op Nederland getoetst. Antimisbruikbepalingen die wel door de OESO in het leven geroepen zijn, maar waar Nederland niet voor heeft gekozen worden enkel beschreven, maar niet getoetst. Verder wordt in dit onderzoek een aantal (initiatief)maatregelen niet meegenomen om de omvang van dit onderzoek binnen de redelijke grenzen van het onderzoek te houden. Allereerst wordt niet ingegaan op het initiatief van de EU van de Common Corporate Tax (CCTB), respectievelijk de Common Consolidated Corporate Tax (CCCTB)¹⁸. Ondanks dat deze CC(C)TB ziet op het belasten van grensoverschrijdende vennootschappen, speelt het wat betreft onderhavig onderzoek een beperkte rol en is het ook geheel onzeker of en wanneer de CC(C)TB geïmplementeerd zal worden. Ook wordt geen aandacht besteed aan het initiatief van een Digital Services Tax¹⁹, noch aan het initiatief op het belasten van een Aanmerkelijke Digitale Aanwezigheid²⁰, beide afkomstig van de EU.

¹⁸ Voorstel voor een Richtlijn (EU) 2016/0337 van de Raad van 25 oktober 2016 betreffende een gemeenschappelijke heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting.

¹⁹ Voorstel voor een Richtlijn (EU) 2018/0073 van de Raad van 21 maart 2018 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van een digitaledienstenbelasting op inkomsten uit de levering van bepaalde digitale diensten.

²⁰ Voorstel voor een Richtlijn (EU) 2018/0072 van de Raad van 21 maart 2018 tot vaststelling van regels betreffende de vennootschapsbelasting op een aanmerkelijke digitale aanwezigheid.

2. Misbruik van (verdragen)recht

2.1. Inleiding

Door de toenemende globalisering is het voor bedrijven gemakkelijker geworden om zich overal in de wereld te vestigen. Dit gaat gepaard met de laagdrempelige mogelijkheid voor bedrijven om hun constructies zodanig in te richten dat zo min mogelijk belasting wordt betaald. In principe zijn belastingplichtigen vrij om hun fiscale structuur zo in te richten dat de belastingdruk zo laag mogelijk is, waardoor zij de mogelijkheid hebben om belasting te ontwijken. Echter moet dit wel binnen de kaders van de wet blijven en wanneer dit niet gebeurt kan mogelijkerwijs sprake zijn van belastingontduiking. De grens tussen belastingontwijking enerzijds en belastingontduiking anderzijds is vaak niet prima facie duidelijk. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht in hoeverre belastingontwijking en belastingontduiking van elkaar verschillen. Daarnaast heeft de versterkte globalisering geleid tot een toename van het aantal belastingverdragen. Met belastingverdragen is in eerste instantie beoogd om de heffing van dubbele belasting bij twee staten tegen te gaan, maar dit leidde tot veel situaties waarin door belastingplichtigen misbruik werd gemaakt van deze facilitering op basis van belastingverdragen. Hierdoor is in de loop der jaren steeds meer aandacht besteed aan het voorkomen van dubbele non-heffing middels belastingverdragen, en de hiermee gepaard gaande vraag wanneer nu precies sprake is van misbruik van verdragenrecht. In dit hoofdstuk wordt daarom de vraag beantwoord wanneer nu sprake is van misbruik van (verdragen)recht. Een van meest voorkomende vormen van verdragsmisbruik die veelal leidt tot BEPS is treaty shopping. Tevens blijkt uit veel onderzoeken dat Nederland een spilfunctie vervult als doorstroomland bij internationale agressieve belastingconstructies. In dit hoofdstuk wordt treaty shopping nader onderzocht en de rol die Nederland bij deze vorm van verdragsmisbruik vervult. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie waarbij de volgende deelvragen beantwoord worden:

- *In hoeverre verschillen belastingontduiking en belastingontwijking van elkaar?*
- *Wanneer is sprake van misbruik van (verdragen)recht?*
- *Wat is treaty shopping, hoe wordt dit gebruikt om belasting te ontwijken en wat is de rol van Nederland bij treaty shopping?*

2.2. Voorkomen van belastingheffing

2.2.1. Algemeen

Vanaf de jaren 90 van de vorige eeuw is agressieve taxplanning door multinationale ondernemingen steeds meer ter discussie gesteld.²¹ Ook ontstond wereldwijde aandacht voor het voorkomen van

²¹ Happé, *THEMIS* 2017-5, onderdeel 2.

belastingheffing door middel van bijvoorbeeld belastingontduiking of belastingbesparing.²² Dit heeft geleid tot een groeiende universele belangstelling naar vormen van het voorkomen van belastingheffing — zoals belastingontduiking, -ontwijking en -planning — door belastingautoriteiten, wetgevers, intergouvernementele instellingen en belastingbetalers.²³ Deze groeiende belangstelling is veelal het gevolg van de toenemende globalisering.²⁴ Door het verdwijnen van drempels voor internationale handel en investeringen kunnen zowel vennootschappen als natuurlijke personen gemakkelijker belastingheffing voorkomen door belastingontwijking of belastingontduiking.²⁵ In eerste instantie leek het alsof de gesloten fiscale wereld steeds met agressieve vormen van taxplanning wegwam; een agressieve structuur werd breed uitgelicht, de onderneming verklaarde dat alles binnen de wettelijke kaders was en hierna ebde de maatschappelijke verontwaardiging weer weg. De financiële crisis van 2008 schudde echter ook de fiscale wereld op en dit vaste patroon veranderde. Internetonthullingen en publicaties in de media volgden elkaar op en ook politici beseften zich steeds meer dat de financiële belangen die gepaard gaan met agressieve taxplanning niet alleen ten koste gaan van de opbrengsten voor de schatkist, maar ook een rechtvaardige verdeling van fiscale lasten ondermijnen.²⁶ Belastingontduiking en -ontwijking vergroten namelijk de mogelijke distorsies in de globale handel en bij wereldwijde investeringen, hetgeen uiteindelijk zelfs een afname van de totale wereldwijde welvaart als gevolg kan hebben.²⁷

De toegenomen verontwaardiging blijkt ook uit de hoorzitting in het Britse Lagerhuis over belastingontwijking door Starbucks, Amazon en Google anno 2012. Tijdens deze hoorzitting werden genoemde multinationale ondernemingen ondervraagd over de methoden waarop zij belastingheffing voorkwamen en door voorzitter van de hoorzitting Margaret Hodge beticht van het volgende: ‘We are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral’.²⁸ Deze uitspraak sluit goed aan op de *lawful, but awful*-opvatting van Nikos Passas die beschrijft dat het handelen van deze bedrijven legaal is, maar wel veel schade aanricht zoals financiële kosten, schade aan het milieu en ondermijning van het democratische systeem.²⁹

Een antwoord moest gevonden worden op deze, zowel maatschappelijk als politieke, verontwaardiging en leidde tot een niet eerder vertoond initiatief; het BEPS-actieplan. In 2013 is het BEPS-actieplan, dat op verzoek van de G20-landen tot stand is gekomen gepubliceerd en had een duidelijke boodschap: ‘All taxpayers must pay their fair share’.³⁰

²² Zie bijvoorbeeld: ‘Het onderhavige wetsvoorstel past in de tendens om meer aandacht te besteden aan het weglekken van BTW als gevolg van fraude en ontwijking’ in: Wolf, *WFR* 2005/676.

²³ Zie Sheppard 2005, p. 209 en Owens 2005.

²⁴ Hinnekens 2005, p. 282 e.v..

²⁵ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 1.

²⁶ Happé, *THEMIS* 2017-5, onderdeel 2.

²⁷ OESO 1998, p. 14.

²⁸ Ebrahimi 2012.

²⁹ Passas 2005.

³⁰ ‘Publicatie BEPS-rapportsitem’, V-N Vandaag 2015/2142.

Echter kon het BEPS-actieplan het volgende schandaal in het voorjaar van 2016 niet voorkomen; de Panama Papers. Hierbij zijn 11 miljoen documenten van Panemees advocatenkantoor Mossack Fonseca naar de internationale pers gelekt. Grootschalige witwassing, het omzeilen van internationale sancties en bovenal belastingontwijking van de rijken en machtigen der aarde zijn op niet eerder vertoonde wijze aan het licht gekomen.³¹ Deze ontdekking liet ook politiek Den Haag niet ongemoeid en leidde in de Tweede Kamer tot een kortlopende parlementaire enquête om inzicht te krijgen in de gebruikte constructies om in internationaal verband belastingheffing te voorkomen.³² Dit verhoor door een, speciaal in het leven geroepen, commissie richtte zich op het gebruik van brievenbusfirma's en het wegsluizen van particuliere vermogens naar belastingparadijzen, met als doel inzicht in de constructies te verkrijgen.³³

Kortom, het voorkomen van belastingheffing³⁴ in welke vorm dan ook — hetzij via agressieve taxplanning, hetzij via belastingontduiking, hetzij via belastingontwijking — houdt de gemoederen al geruime tijd bezig. De vraag rijst in hoeverre de methoden om belastingheffing te ontgaan van elkaar verschillen. In de volgende secties worden de termen belastingontwijking en belastingontduiking daarom nader uitgelicht om tot een eenduidige definitie te komen.

2.2.2. Belastingontduiking

Belastingontduiking is een onrechtmatige activiteit die kan leiden tot strafrechtelijke vervolging.³⁵ Tevens is bij belastingontduiking sprake van “een doen of nalaten door een belastingplichtige dat er op gericht is de wet te overtreden en waarbij het aantoonbaar de intentie is om te ontsnappen aan het betalen van belasting”.³⁶ Hierbij kan het zijn dat een onrechtmatige transactie is uitgevoerd die als gevolg heeft dat belasting niet wordt betaald, zoals het witwassen³⁷ van geld. Maar het kan ook zo zijn dat de transactie an sich wel rechtmatig is, maar dat de onrechtmatigheid schuilt in het niet aangeven van het correcte bedrag aan inkomen, i.e. het nalaten of onjuist doen van de belastingaangifte.³⁸ Laatstgenoemde delicten worden ook wel omissiedelicten genoemd. Ondanks dat de term belastingontduiking geen wettelijk term is kan onder de omissiedelicten die onder de noemer belastingontduiking vallen, in ieder geval worden verstaan de delicten zoals beschreven in de delictomschrijving van artikel 69 AWR.³⁹ De belangrijkste delicten die hierin zijn beschreven zijn het opzettelijk verstrekken van onjuiste of

³¹ Bilton 2016.

³² *Kamerstukken II* 2016/17, 34 566, 2, V-N 2016/53.3.

³³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 566, 3, p. 6.

³⁴ In het algemeen spraakgebruik wordt de term ‘ontgaan van belastingen’ veelal gebezigd. Ik hanteer het ‘voorkomen van belastingheffing’ en ‘ontgaan van belastingheffing’ als synoniemen en gebruik dit als alomvattend begrip voor belastingontduiking en belastingontwijking.

³⁵ Hessing e.a. 1998.

³⁶ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 2.

³⁷ Zie in dit kader: ‘Witwassen in Nederland geschat op 18,5 miljard euro per jaar, Persbericht Ministerie van Financiën 2006.

³⁸ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 2.

³⁹ Albert, *WFR* 2017/235, onderdeel 4.

onvolledige inlichtingen aan de inspecteur ex lid 1 en het opzettelijk doen van onjuiste of onvolledige aangifte ex lid 2 “indien het feit ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven”. Omissiedelicten worden in de meeste landen milder bestraft dan de delicten die in het algemeen zwaarder worden geacht, zoals het doen van foutieve aangiften, of het indienen van een vervalste factuur.⁴⁰ Laatstgenoemde omissiedelicten worden ook wel door Merks als ‘belastingfraude’, ofwel als ‘fraudedelicten’ bestempeld.⁴¹

Belastingfraude wordt gekenmerkt door de specifieke intentie, i.e. het oogmerk, van de belastingplichtige om belasting te ontduiken.⁴² Het feit dat landen hun nationale wetgeving naar eigen goeddunken inrichten leidt ertoe dat in het ene land een bepaalde rechtshandeling onrechtmatig kan zijn, terwijl dezelfde rechtshandeling in een ander land rechtmatig is. Hierdoor verschilt sterk per land wanneer sprake is van belastingfraude. Ook de gevolgen van het begaan van een delict gekwalificeerd als belastingfraude is sterk per land afhankelijk. Een voorbeeld volgt uit de Zwitserse nationale wet voor wederzijdse hulp bij strafbare feiten. Internationale juridische bijstandsverlening van de belastingheffing wordt enkel gegeven als de casus volgens de Zwitserse wet moet worden gekwalificeerd als ‘belastingfraude’ en niet louter als ‘belastingontduiking’.⁴³

Zoals beschreven ontbreekt een wettelijke definitie van het begrip belastingontduiking. Echter bestaat wel een veelgebruikte definitie van belastingontduiking, die mijns inziens ook de meest duidelijke invulling geeft aan de term en die hierdoor ook gebruikt wordt voor het verdere onderzoek:⁴⁴

“Het door de belastingplichtige ontwijken van het betalen van belasting, zonder dat de verplichting hiertoe is vervallen, met als gevolg het niet betalen van belasting (die onomstotelijk volgens de wet verschuldigd is) en het overtreden van de wet.”⁴⁵

Afgezien van de recente media-aandacht voor belastingontduiking is de aandacht hiervoor vóór de 21^e eeuw niet zeer groot geweest.⁴⁶ Maar door de toenemende globalisering en de hiermee gepaarde groeiende belangstelling voor het, middels internationale structuren, voorkomen van belastingheffing is internationale belastingontduiking weer onderwerp van veel discussie⁴⁷, waarbij bilaterale verdragen een belangrijke rol vervullen. Vanaf 1995 is dan ook het doel om belastingontduiking te bestrijden

⁴⁰ OESO 1987, p. 16.

⁴¹ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 2.

⁴² Uckmar 1983, p. 23.

⁴³ Zie artikel 3 paragraaf 3 Zwitserse federale wet terzake van juridische bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (IRSG, 20 maart 1981, reg.no. 351.1).

⁴⁴ Deze omschrijving wordt echter niet door alle landen gedeeld, zie Uckmar 1983.

⁴⁵ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 2.

⁴⁶ Hoewel vanaf 1987 al in het Nederlands Standaardverdrag opgenomen ontbraken opvallend genoeg anti-belastingontduiking bepalingen vóór 1995 in het merendeel van de bilaterale verdragen, zie Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 2.

⁴⁷ Zie Sheppard 2005, p. 209 en Owens 2005.

vastgelegd in het OESO-MV⁴⁸ en hierdoor ook wereldwijd in veel bilaterale belastingverdragen opgenomen. In de preambule van de huidige, i.e. versie 2017 van het OESO-MV is het bestrijden van belastingontduiking duidelijk verankerd en luidt als volgt:

“... Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or tax avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States),”

2.2.3. Belastingontwijking

Belastingontwijking heeft net als belastingontduiking als doel om ten minste een gedeelte van de belastingheffing te voorkomen, maar terwijl het bij belastingontduiking een strafbaar delict betreft, wordt bij belastingontwijking wel de belastingwet gerespecteerd. Het ontwijken van belasting is daarom ook niet strafbaar.⁴⁹ Belastingontwijking is gestoeld op de opvatting dat belastingplichtigen hun belastingdruk zo laag mogelijk te houden. Het volgende citaat van bijna een eeuw geleden beschrijft deze opvatting mijns inziens gevat:

“Anyone may arrange his affairs so that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which best pays the treasury. There is not even a patriotic duty to increase one’s taxes. Over and over again the Courts have said that there is nothing sinister in so arranging affairs as to keep taxes as low as possible. Everyone does it, rich and poor alike and all do right, for nobody owes any public duty to pay more than the law demands.”⁵⁰

Veel landen erkennen dit recht van de belastingplichtige om zo min mogelijk belasting te betalen.⁵¹ Geppaart verwoordt dit gevat: “dat de belastingplichtigen in een vrije samenleving de rechtsvormen zo mogen kiezen dat het aan belastingen te betalen bedrag zo gering mogelijk is”.⁵² Hierbij is het uiteraard wel van belang dat dit binnen de door het recht gesteld grenzen geschiedt.⁵³

⁴⁸ Wel werd al in 1992 al een voetnoot aan het toenmalige OESO-MV toegevoegd die luidde als volgt: ‘States wishing to do so may follow the widespread practice of including in the title a reference to either the avoidance of double taxation or to both the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion.’, Zie Raad 2006, p. 803.

⁴⁹ Uit de jurisprudentie blijkt tevens dat belastingontwijking niet strafbaar is zelfs niet als de belastingontwijking niet slaagt doordat zij wordt bestreden met het leerstuk van *fraus legis*; ‘in aanmerking genomen dat in de jurisprudentie van de HR tot dat moment geen oordelen waren gegeven over een voldoende vergelijkbaar geval’, HR 21 april 2017, nr. 15/05278, r.o. 3.4.9.

⁵⁰ Rechter L. Hand in Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 19 maart 1934, 69 F.2d 809, 810-11 (Hilvering v. Gregory).

⁵¹ Vanistendael 1997.

⁵² Geppaart 1973.

⁵³ Merks, MBB 2006/09, onderdeel 3.

Ook de Europese wetgever erkent het recht om de fiscaal voordeligste weg te nemen. In punt 11 van preambule van de Europese anti-belastingontwijkingsrichtlijn (ATAD) van 12 juli 2016 is namelijk het volgende opgenomen:

“In de Unie moeten algemene antimisbruikregels worden toegepast op kunstmatige constructies; voor het overige moet de belastingplichtige het recht hebben om zijn handelsactiviteiten in de fiscaal efficiëntste vorm te gieten.”

Ook is het vaste jurisprudentie van het HvJ dat het de belastingplichtige vrij staat om de fiscaal voordeligste weg te kiezen:

“Wanneer de belastingplichtige kan kiezen tussen twee transacties, verplicht de Zesde richtlijn hem niet de transactie te kiezen waarvoor de hoogste BTW is verschuldigd. Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de belastingplichtige integendeel het recht om zijn activiteit zodanig te structureren dat de omvang van zijn belastingschuld beperkt blijft.”⁵⁴

De Hoge Raad (hierna: HR) kent een overeenkomstige opvatting en overweegt het volgende:

“Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat het een belastingplichtige weliswaar vrij staat om de voor hem voordeligste weg te kiezen, maar dat die vrijheid niet zo ver gaat dat, met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg kan worden gekozen die ertoe leidt dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.”⁵⁵

Het feit dat belastingontwijking legaal is betekent niet de facto dat dit ook door veel landen wordt geapprecieerd. Het tegenovergestelde is het geval.⁵⁶ Regeringen zien belastingontwijking namelijk als zeer onwenselijk. Een rapport afkomstig van de OESO vermeldt eind jaren 80 van de vorige eeuw al dat “belastingontwijking en ontduiking zorgwekkend voor regeringen zijn, aangezien dergelijk gedrag haaks staat op fiscale gelijkheid, het belangrijke budgettaire gevolgen kent en een versturende uitwerking heeft op internationale competitie en kapitaalstromen.”⁵⁷

Aan de andere kant wordt belastingontwijking veelal door fiscalisten verdedigd door twee basisovertuigingen, of axioma's zoals Happé het noemt; het mogen kiezen van de voordeligste weg en dat van de exclusieve verantwoordelijkheid van de wetgever.⁵⁸ Beide axioma's komen mijns inziens

⁵⁴ HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), r.o 73.

⁵⁵ O.a. HR 21 november 1984, nr. 22092, LJV AC8603 en HR 13 maart 2009, nr. 43946, LJV BH5619.

⁵⁶ Merks, *MBB* 2006/09, onderdeel 3.

⁵⁷ OESO 1987, p. 11.

⁵⁸ Happé, *THEMIS* 2017-5, onderdeel 1.

duidelijk naar voren in het rapport Misbruik van Recht van de Vereniging voor Belastingwetenschap uit 2016 waarin de verantwoordelijkheden van de fiscale hoofdrolspelers worden beschreven:

“Het uitgangspunt dat belastingplichtigen mogen streven naar de fiscaal meest gunstige weg, bakent de rollen af. Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever te voorzien in eenduidige wetgeving met een adequate toelichting. Het is de kostenbeheersing teneinde in een globaliserende wereld te overleven. En het is de verantwoordelijkheid van de fiscus waardenvrij toezicht uit te oefenen op de naleving van de gestelde regels.”⁵⁹

Het is dus kortom de verantwoordelijkheid van de wetgever om te voorzien in ‘eenduidige wetgeving’. De verantwoordelijkheid van de belastingplichtigen — in veel gevallen bedrijven — sluit dan naadloos aan bij de ideologie van het neoliberalisme. Milton Friedman een van de grootste economen van de *Chicago School of Economics* zette dit gevat uiteen:

“There is one and only one social responsibility of business — to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engage in open and free competition without deception or fraud.”⁶⁰

Waar het bij belastingontduiking dus vrijwel altijd een juridische discussie betreft, gaat het bij belastingontwijking veel meer om de ethiek, of zoals Happé het beschrijft; “nakoming van fiscale regels wordt niet alleen beheerst door juridische regels, maar ook door morele overwegingen.”⁶¹

2.3. Onderscheid belastingontwijking en belastingontduiking

Ondanks dat prima facie het verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking voor de hand lijkt te liggen, door de voorwaarde van het al dan niet strijdig zijn met de wet, is het onderscheid tussen belastingontwijking en belastingontduiking al lange tijd omstreten. Zo sprake de 32^e president van de Verenigde Staten, F.D. Roosevelt, de volgende woorden:

“Tax avoidance means that you hire a \$250.000-fee lawyer, and he changes the word ‘evasion’ into de word ‘avoidance’.”⁶²

Ook Denis Healey, Brits politicus in de 20^e eeuw probeert ironisch een onderscheid te definiëren:

⁵⁹ VvB-Commissie 2016, p. 9 en 10.

⁶⁰ Friedman 1970.

⁶¹ Happé, *THEMIS* 2017-5, onderdeel 8.

⁶² Yablon 2010.

“The difference between tax avoidance and tax evasion is the thickness of a prison wall.”⁶³

Ook in de huidige Nederlandse politiek wordt nog veel met de beide termen geworsteld. Zo hechtte de commissie die in het leven is geroepen voor een parlementaire enquête naar de Panama Papers in Nederland weinig waarde en het verschil in betekenis van beide termen.⁶⁴ Hierbij onderschrijf ik de opvatting van De Haan⁶⁵ dat dit een zeer zorgwekkende ontwikkeling is.

Ook bij politici en op het Ministerie van Financiën blijkt dat regelmatig aan het onderscheid tussen belastingontwijking en belastingontduiking voorbij wordt gegaan. Een voorbeeld hiervan is de internetconsultatie die het Ministerie van Financiën gestart is over een ‘Wet aanpak belastingontduiking’. De toelichting op de consultatie vermeldt:

“6. Wat is het beste instrument?

Het beste instrument is het dichtens van hiaten in de wet waardoor belastingontduiking wordt bemoeilijkt en het nemen van preventieve en repressieve maatregelen om belastingontduiking te ontmoedigen.”

Het doel van het dichtens van hiaten in de wet is om belastingontwijking te voorkomen of te bestrijden en niet om belastingontduiking moeilijker te maken. Bovendien sluit ik me aan bij de opvatting van Albert⁶⁶ dat ook de keuze voor ‘bemoeilijken van belastingontduiking’ ongelukkig geformuleerd is. Immers kan het in werking laten gaan van een nieuwe straf niet gezien worden als het dichtens van een hiaat in de wet. Ook Stevens is de mening toegedaan dat de internetconsultatie ‘onzuiver en suggestief’ geformuleerd is.⁶⁷

Een ander voorbeeld volgt uit de nota naar aanleiding van het verslag Tweede Kamer van wetsvoorstel ‘Wet inhoudingsplicht houdstercoöperatie en uitbreiding inhoudingsvrijstelling’:⁶⁸

“De leden van de fractie van D66 vragen of veranderende maatschappelijke opvattingen over belastingontduiking, sinds de behandeling van Overige fiscale maatregelen 2010, volgens het kabinet aanleiding geven tot een andere invulling van wat onder een schakelfunctie zou moeten worden verstaan.”

⁶³ Yablon 2010.

⁶⁴ De Haan, *MBB* 2017/11-05, onderdeel 11.

⁶⁵ De Haan, *MBB* 2017/11-05, onderdeel 11.

⁶⁶ Albert, *WFR* 2017/235, onderdeel 7.

⁶⁷ Stevens 2017.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 788, 6, p. 8.

Ook hier volg ik de opvatting van Albert⁶⁹ dat i.c. *belastingontduiking* vervangen dient te worden door *belastingontwijking*. De invulling van een begrip in een heffingswet kan immers niets te maken hebben met *belastingontduiking*, maar wel met het voorkomen van *belastingontwijking*.

Stevens geeft aan dat het politiek makkelijk scoren is om het onderscheid tussen *belastingontduiking* enerzijds, en *belastingontwijking* anderzijds te doen vervagen, maar dat dit onderscheid van essentieel belang is voor ons rechtsstatelijk welbevinden.⁷⁰ Ik sluit me hier volledig bij aan.

Maar niet alleen de politiek blijkt moeilijk een onderscheid te kunnen maken tussen *belastingontduiking* en *belastingontwijking*, ook voor fiscalisten kan dit nog een lastige aangelegenheid zijn. Neem het volgende voorbeeld van *belastingontwijking* dat Albert⁷¹ geeft; X BV verstrekt een risicovolle lening aan een Franse dochtermaatschappij Y SA tegen een rentepercentage van 10%. De rente is in Frankrijk aftrekbaar. In Nederland kwalificeert de lening als een onzakelijke lening waardoor de rentevoet wordt bepaald aan de hand van de borgstellingsanalogie, hetgeen ertoe leidt dat in Nederland slechts 4% rente belast is. Het verschil van 6% rente blijft onbelast door de in Nederland toegepaste deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling wordt immers niet uitgesloten ex artikel 13 lid 17 Wet VPB, omdat volgens de staatsecretaris lid 17 niet ziet “op mismatches die het gevolg zijn van een verschillende verrekenprijzenbenadering.”⁷² I.c. is het gebruik maken van de deelnemingsvrijstelling strikt genomen in lijn met de wet, waardoor geen sprake is van *belastingontduiking*. Maar gesteld kan worden dat het gegeven voorbeeld niet in lijn is met het doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Immers beoogt de deelnemingsvrijstelling niet om een belastingplichtige een voordeel van 6% onbelaste rente te geven. De faciliteit wordt i.c. dus op oneigenlijke wijze gebruikt, hetgeen idealiter opgelost zou moeten worden met een antimisbruikmaatregel. Ondanks dat dus in formele zin hier geen sprake is van *belastingontduiking* riekt het voorbeeld hier mijns inziens wel naar.

Merks⁷³ maakt in zijn artikel onderscheid tussen *belastingontduiking*, *-ontwijking*, maar ook *-planning*. Hij stelt dat bij *belastingplanning*, evenals bij *belastingontwijking* geen sprake is van een strafbare handeling. *Belastingplanning* is, stelt hij, bijvoorbeeld stoppen met roken. Immers betaalt iemand wanneer wordt gestopt met roken geen accijnzen meer en levert dit de staat minder belasting op. Echter, dergelijk belastingbesparend gedrag is te bestempelen als wenselijk en legaal en hier ligt het probleem dus niet. Problematischer wordt het bij *belastingontwijking*. Merks stelt dat bij *belastingontwijking* is beslist door de hoogst bevoegde rechtelijke instantie dat een bepaalde handeling niet is toegestaan. Dit lijkt op het eerste oog wat tegenstrijdig, omdat het bij *belastingontwijking* immers niet gaat om een strafbare handeling. Mijns inziens moet het onderscheid van Merks zo worden gelezen

⁶⁹ Albert, *WFR* 2017/235, onderdeel 7.

⁷⁰ Stevens 2017.

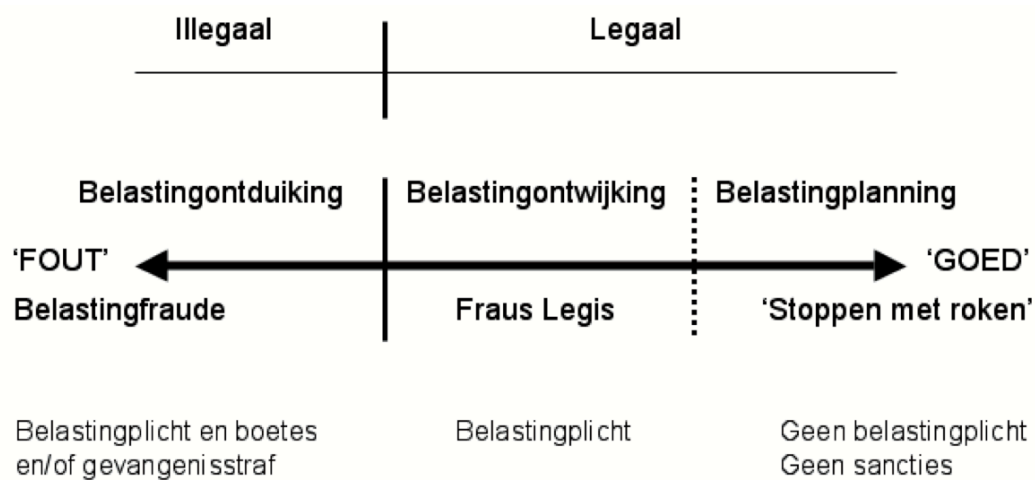
⁷¹ Albert, *WFR* 2017/235, onderdeel 11.h.

⁷² *Kamerstukken II* 2015/16, 34 306, 6, p. 3.

⁷³ Merks, *MBB* 2006/09.

dat het bij belastingontwijking gaat om een transactie die nooit eerder door een rechtelijke instantie is bestempeld als een niet-toegestane transactie. Op deze manier is het door Merks gemaakte onderscheid een logisch onderscheid. Verder spreekt Merks van belastingontduiking als een belastingplichtige in zijn aangifte een standpunt inneemt waarvan een hoogst bevoegde rechterlijke instantie al eens een uitspraak over gedaan heeft en geoordeeld heeft dat sprake was van een niet-toegestane transactie. Om het onderscheid van Merks te verduidelijken is hieronder het door Merks gebruikte schematische overzicht opgenomen.⁷⁴

Figuur 1: *Onderscheid van Merks t.a.v. 'belastingontduiking', 'belastingontwijking' en 'belastingplanning'.*



De belastingdienst in de Verenigde Staten, the International Revenue Service (IRS) beschrijft het onderscheid tussen belastingontwijking en belastingontduiking als volgt:

“Avoidance of taxes is not a criminal offense. Any attempt to reduce, avoid, minimize, or alleviate taxes by legitimate means is permissible. The distinction between evasion and avoidance is fine yet definite. One who avoids tax does not conceal or misrepresent. He shapes events to reduce or eliminate tax liability an upon the happening of the events, makes a complete disclosure. Evasion, on the other hand, involves deceit, subterfuge, camouflage, concealment, some attempt to color or obscure events, or making things seem other than what they are.”⁷⁵

Deze uitspraak geeft in mijn optiek het duidelijkst het verschil aan tussen belastingontwijking, respectievelijk belastingontduiking. Bij belastingontduiking is sprake het in strijd met de wet verbergen, verkeerd weergeven, camoufleren van de relevante feiten. Van laatstgenoemde handelingen kan bij belastingontwijking ook sprake van zijn, maar met de belangrijke voorwaarde dat geen sprake is van strijdigheid met de wet. De begrippen fraude en misbruik verschillen wat betreft definitie mijns inziens

⁷⁴ Merks, *MBB* 2006/10.

⁷⁵ Yablon 2010.

niet van elkaar en zijn verwisselbaar. De termen belastingfraude, -misbruik en -ontduiking beschouw ik als synoniemen, evenals zoals eerder beschreven de in de volksmond vaak gebezigde termen ‘ontgaan van belastingheffing’ en ‘voorkomen van belastingheffing’. In tegenstelling tot de opvatting van Merks, zoals in sectie 2.2.2.1. beschreven, laat ik zijn opdeling van belastingontduiking in fraudedelicten en omissiedelicten buiten beschouwing. In het vervolg van dit onderzoek naar de antimisbruikbepalingen en treaty shopping hanteer ik dan ook voor belastingfraude en belastingmisbruik de term belastingontduiking.

2.4. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen

2.4.1. Verdragenbeleid Nederland

Belastingverdragen zijn enkel van toepassing bij personen of entiteiten die grensoverschrijdend investeren of activiteiten ontplooiën. Immers kunnen in dergelijke situaties twee of meer staten op basis van hun nationale belastingwetgeving het gegeneerde inkomen of het betrokken vermogen in de heffing betrekken. Om te voorkomen dat personen of entiteiten belemmerd worden door een mogelijke dubbele belastingheffing worden belastingverdragen gesloten. Het doel van een bilateraal belastingverdrag is dan ook om de economische relaties tussen landen te bevorderen door het wegnemen van dubbele belasting waarbij belastingontwijking en -ontduiking wordt voorkomen.⁷⁶ De OESO en de VN hebben verdragsmodellen ontwikkeld om staten handvatten te bieden voor een instrumentarium voor de verdeling van heffingsbevoegdheden. Duidelijke regels die aangeven welke verdragsstaat heffingsbevoegdheid heeft, zijn namelijk vanwege verschillende redenen van belang. Ten eerste wordt middels een belastingverdrag een mogelijke drempel voor inwoners uit twee staten om economische activiteiten in een staat te ontplooiën — e.g. werknemers, gepensioneerden, zelfstandigen etc. waarvan het inkomen in twee staten wordt belast — weggenomen. Daarnaast zorgt een belastingverdrag voor rechtszekerheid voor de belastingplichtigen in twee staten. Verder kan een belastingverdrag niet alleen leiden tot het wegnemen van belemmeringen voor buitenlandse ondernemingen om zich in Nederland te vestigen, maar ook belemmeringen wegnemen voor Nederlandse ondernemingen waardoor deze concurrerend op buitenlandse markten kunnen opereren. Ten slotte kan een belastingverdrag helpen bij het effectueren van belastingheffing bij grensoverschrijdende aangelegenheden doordat bijvoorbeeld in het verdrag afspraken ten aanzien van de uitwisseling van informatie en bijstand bij de invordering door de belastingdiensten van beide staten worden gemaakt.⁷⁷ Maar het voorkomen van dubbele belasting middels belastingverdragen brengt wel een risico op verdragsmisbruik met zich. Aan het bestrijden van verdragsmisbruik kent het kabinet een hoge prioriteit toe.⁷⁸ Per 2020 is dan ook in de Notitie Fiscaal

⁷⁶ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

⁷⁷ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

⁷⁸ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

Verdragsbeleid opgenomen dat het doel van het sluiten van belastingverdragen tevens behelst om belastingontwijking en -ontduiking te voorkomen. Saillant is dat in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 nog werd aangegeven dat het doel van belastingverdragen onder andere behelst om “het in strijd met de nationale wet ontgaan van belastingen”⁷⁹ te bestrijden, hetgeen mijns inziens aangeeft dat de nadruk de afgelopen jaren behoorlijk is verschoven van het bestrijden van belastingontduiking naar eveneens het bestrijden van belastingontwijking.

Nederland kent vanwege de open economie en de relatief kleine thuismarkt⁸⁰ een uitgebreid verdragen netwerk ten opzichte van andere landen; anno 2020 heeft Nederland met meer dan negentig landen een belastingverdrag afgesloten.⁸¹ Bij de beslissing van Nederland om met een land onderhandelingen over een belastingverdrag te starten is een viertal factoren van belang.⁸²

1. Interactie fiscale stelsels;
2. Aard en omvang van potentiële economische betrekkingen;
3. Samenhang met andere politieke en diplomatieke factoren;
4. Opname op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden⁸³ (hierna: EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden) of aanwijzing door Nederland als laagbelastende staat⁸⁴.

Ten aanzien van punt 4 geldt dat staten op de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden worden opgenomen op het moment dat zij niet voldoen aan internationaal overeengekomen standaarden ten aanzien van e.g. transparantie of schadelijke belastingconcurrentie. Nederland vindt het namelijk voor een succesvolle bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking van groot belang dat staten zich aan, op internationaal niveau afgesproken, standaarden houden, waardoor ze het niet passend acht om onderhandelingen met betrekking tot het aangaan van een nieuw belastingverdrag met landen op deze lijst aan te gaan.⁸⁵ Ook worden bestaande verdragen met landen die langdurig — waarbij de wetgever geen termijn specificiert — op de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden staan heroverwogen. Aan de andere kant worden staten door Nederland bestempeld als ‘laagbelastende staat’ op het moment dat deze desbetreffende staten lichamen “niet of naar een statutair tarief van minder dan 9%

⁷⁹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 14 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁸⁰ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

⁸¹ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/circulaires/2020/04/01/verdragenoverzicht-per-1-april-2020>.

⁸² Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

⁸³ Conclusies van de Raad over de herziene EU-lijst van jurisdicties die niet-coöperatief zijn op belastinggebied (2020/C 64/03) van 27 februari 2020.

⁸⁴ Ieder jaar wordt bij ministeriële regeling bepaald welke staten voor het volgende kalenderjaar worden aangewezen als laagbelastende staat. De eerste vaststelling van de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden dateert van 31 december 2018 en is middels de Regeling van de Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2019 tot wijziging van onder meer enige uitvoeringsregelingen op het gebied van belastingen en toeslagen gewijzigd.

⁸⁵ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 2.

onderwerpen aan een belasting naar de winst”.⁸⁶ Verder geldt wel het uitgangspunt dat staten ten aanzien van hun fiscale stelsel autonomie kennen, hetgeen met zich brengt dat staten hun belastingen naar eigen goeddunken kunnen inrichten en zodoende ook geen internationale afspraken worden geschonden als een staat helemaal geen winstbelasting heft, maar wel als gevolg heeft dat de staat op hetzij de EU-lijst van niet coöperatieve rechtsgebieden komt hetzij door Nederland wordt bestempeld als laagbelastende staat. Immers wanneer een belastingverdrag wordt overeengekomen met een laag belastende staat doet zich een risico op grondslaguitholling voor. Dit risico bestaat voor zowel uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag als voor uitholling van de grondslag van een derde staat, waarmee Nederland ook een belastingverdrag is overeengekomen. Het laatstgenoemde risico behelst bijvoorbeeld de situatie dat personen of entiteiten inkomensstromen via Nederlands entiteiten omleiden en hierbij gebruik maken van het door Nederland gesloten belastingverdrag met een laag belastende staat. Dit is met name een groot risico bij passief inkomen, vanwege de mobiele aard hiervan.⁸⁷ Op het moment dat op deze manier de belastinggrondslag wordt uitgehold spreekt men van het op oneigenlijke wijze gebruiken van een belastingverdrag of van misbruik van (verdragen)recht. Over de vraag welke van de twee termen de voorkeur geniet is de literatuur niet eenduidig, beide temen worden in de volgende sectie dan ook nader toegelicht.

2.4.2. Oneigenlijk gebruik versus misbruik van recht

Het oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag betekent dat het gebruik van het belastingverdrag strijdig is met het doel en strekking van het belastingverdrag. Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen is een dynamisch begrip. De bedoelingen van de bilaterale afspraken die zijn neergelegd in het belastingverdrag zijn immers leidend en verschillen per belastingverdrag. Voor de toets of sprake is van oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag moet daarom altijd eerst worden bekeken wat beide verdragspartijen als ‘oneigenlijk gebruik’ van het door hun afgesloten verdrag bestempelen.⁸⁸ Een handeling kan immers enkel kwalificeren als ‘oneigenlijk’ als deze in strijd is met de doel en strekking van het belastingverdrag. Een vastomlijnde definitie van wanneer sprake is van oneigenlijk gebruik van belastingverdragen kan dan ook niet worden gegeven.

Maar het commentaar bij het OESO-MV kan als goed startpunt fungeren om doel en strekking van belastingverdragen in het algemeen te bepalen. Het grootste gedeelte van de belastingverdragen is namelijk gebaseerd op dit OESO-MV en dient hierdoor uitgelegd te worden in het licht van het hierbij

⁸⁶ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 3.

⁸⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 18 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

N.B. Uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 blijkt niet dat dit sinds 2011 is veranderd, waardoor op dit punt de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 nog onverminderd van toepassing is. Voor het vervolg geldt dan ook dat iedere keer als naar de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 wordt verwezen dat de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020 het desbetreffende onbesproken laat waardoor de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 nog onverminderd van toepassing is.

⁸⁸ Rasenberg, *WFR* 2017/93, onderdeel 2.1.

gegeven commentaar. Vanaf 1977 tot 2003 luidde het commentaar bij artikel 1 van het OESO-MV als volgt:

“The purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchange of goods and services, and the movement of capital and persons; they should not, however, help tax avoidance or evasion.”⁸⁹

Duidelijk is dat tot 2003 het doel van het belastingverdrag was om dubbele belasting te voorkomen met slechts een kleine aantekening dat dit niet mag bijdragen aan het ontduiken noch aan het ontwijken van belasting. Maar in de loop der jaren is de nadruk op het bestrijden van belastingontduiking en belastingontwijking toegenomen. Per 2003 is het commentaar op artikel 1 aangepast en luidt als volgt:

“The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.”⁹⁰

Bij deze hernieuwde tekst ligt de nadruk veel sterker op het voorkomen van belastingontduiking en belastingontwijking. Sterker nog, het is een tweede hoofddoel geworden van belastingverdragen om zowel belastingontduiking als belastingontwijking te voorkomen. Zeer opvallend is het in mijn optiek dat ook het voorkomen van — het legale — belastingontwijking is opgenomen als doel. Hieruit blijkt mijns inziens dat de OESO de opvatting van Happé lijkt te onderschrijven dat niet enkel de juridische regelgeving leidend is, maar ook de ethische.⁹¹

Het in 2003 toegevoegde hoofddoel betekent overigens de facto niet dat dit doorwerkt naar alle op het OESO-MV gebaseerde belastingverdragen. Op het moment dat landen een statistische interpretatie van het OESO-commentaar volgen, dan werkt het toegevoegde hoofddoel enkel door op OESO-MV gebaseerde verdragen van ná 2003. Echter, als landen een dynamische interpretatie volgen, hetgeen door de OESO wordt aangeraden⁹², dan is het huidige commentaar voor ieder, op het OESO-MV gebaseerde belastingverdrag, van toepassing. Uit de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid blijkt uitdrukkelijk dat Nederland de dynamische interpretatie volgt⁹³. Gesteld kan worden dat het commentaar van de door Nederland vóór 2003 afgesloten verdragen gelezen moeten worden in het licht van het commentaar van ná 2003.

Misbruik van (verdragen)recht, ofwel verdragsmisbruik, aan de andere kant behelst het “verkrijgen van verdragsvoordelen door een persoon, voor wie deze voordelen niet zijn bedoeld, door

⁸⁹ Commentaar op artikel 1 van het OESO-MV 1977, paragraaf 7.

⁹⁰ Commentaar op artikel 1 van het OESO-MV 2017, paragraaf 3.

⁹¹ Happé, *THEMIS* 2017-5, onderdeel 8.

⁹² Zie paragraaf 33 van de Introductie op het Commentaar van het OESO-MV 2017.

⁹³ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 24 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

oneigenlijk gebruik te maken van de regels die zijn vastgelegd in een belastingverdrag”, aldus de Staatssecretaris van Financiën⁹⁴. Zoals eerder is beschreven bestaat in de literatuur geen eenduidigheid over hoe de begrippen misbruik van (verdragen)recht en oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag zich tot elkaar verhouden. Zijn dit synoniemen of duiden beide begrippen toch net op andere situaties? Van Weeghel is van mening dat wel degelijk een verschil bestaat tussen beide begrippen. Zijns inziens gaat het bij misbruik van (verdragen)recht om het opzettelijk handelen van een belanghebbende waarbij deze schade veroorzaakt bij een andere partij. De term misbruik van (verdragen)recht gaat volgens hem bij fiscale zaken niet op, omdat het minimaliseren van de belastingheffing door de belastingplichtige altijd leidt tot schade bij een andere partij, te weten voor de overheid. Op deze manier kan een belangenafweging niet meer gemaakt worden waardoor het principe misbruik van recht, fiscaal niet de voorkeur geniet.⁹⁵ Mijns inziens ziet misbruik van (verdragen)recht bovendien op opzettelijk illegale handelingen, terwijl dit bij oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag ontbreekt. Immers gaat het bij laatstgenoemde niet om een handeling die strijdig is met de letterlijke tekst van een verdrag, maar enkel met de doel en strekking. Ik meen dan ook dat het niet-fiscale begrip misbruik van (verdragen)recht zich niet goed leent voor fiscale aangelegenheden. Echter, wordt het principe van misbruik van recht heden ten dage in meerdere arresten van het HvJ⁹⁶ gebruikt en ook de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid⁹⁷ spreekt uitdrukkelijk van misbruik van recht:

“Als gevolg van het overeenkomen van een verdeling van heffingsbevoegdheden tussen verdragspartners bestaat het risico dat belastingplichtigen pogen belasting in strijd met het nationale recht te ontgaan. Door oneigenlijk gebruik te maken van de regels van het belastingverdrag kunnen namelijk verdragsvoordelen worden verkregen door personen voor wie deze niet bedoeld zijn. Dit zal hierna worden aangeduid als ‘verdragsmisbruik’.”⁹⁸

In het vervolg van het dit onderzoek wordt de term misbruik van (verdragen)recht dan ook gehanteerd voor de gevallen waarin mijns inziens de term oneigenlijk gebruik van een belastingverdrag ook had gekund, of zelfs de betere keuze geweest was.

Het bestrijden van verdragsmisbruik richt zich dus op situaties die als gevolg van het van toepassing zijn van een belastingverdrag hebben kunnen ontstaan.⁹⁹ De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid deelt verdragsmisbruik op in drie categorieën¹⁰⁰:

⁹⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 13 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁹⁵ Van Weeghel 1998, p. 98-99.

⁹⁶ O.a. HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke); HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax); HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-425/06 (Part Service); HvJ EU 22 december 2010, nr. C-103/09 (Weald Leasing).

⁹⁷ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 3.

⁹⁸ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁹⁹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

¹⁰⁰ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, 7, p. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

1. Fiscaal vluchtgedrag;
2. ‘Shopping’ binnen het verdrag;
3. ‘Treaty shopping’.

Fiscaal vluchtgedrag behelst de situatie waarin een inwoner van Nederland emigreert naar het land van de andere verdragspartij om te kunnen profiteren van de combinatie van het buitenlandse fiscale regime en de verdeling van heffingsrechten waarin het belastingverdrag voorziet. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de massale vlucht van vermogende Nederlanders in de jaren 90 van de vorige eeuw naar België.¹⁰¹ Onder ‘shopping’ binnen een verdrag wordt verstaan het verrichten van gekunstelde rechtshandeling van een inwoner van Nederland of de andere verdragspartij teneinde een aanspraak te maken op een verdragsvoordeel, terwijl in afwezigheid van die handelingen enkel aanspraak zou bestaan op een minder gunstig verdragsvoordeel. De derde en laatste categorie ‘treaty shopping’ behelst de situatie waarbij een inwoner van een derde staat zich toegang verschaft tot een verdragsvoordeel dat niet voor deze persoon is bedoeld, waarbij de belastingplichtige in beginsel helemaal niet onder de reikwijdte van het verdrag zou moeten vallen. Hierin schuilt het verschil met ‘shopping’; bij ‘shopping’ valt de belastingplichtige wel onder de reikwijdte van het verdrag, maar zoekt de belastingplichtige binnen het verdrag het meeste gunstige verdragsvoordeel.

De precieze invulling van treaty shopping wordt verder uiteengezet in sectie 2.5.

2.4.3. Fraus legis versus fraus conventionis

Om het in de vorige sectie besproken verdragsmisbruik te bestrijden is in de fiscaliteit het leerstuk van *fraus conventionis*¹⁰², ook wel aangeduid als *fraus tractatus*, *fraus pacti* of verdragsontduiking ontwikkeld. Dit leerstuk staat naast het nationale leerstuk van *fraus legis*. Beide leerstukken zijn buitenwettelijke leerstukken, omdat ze niet zijn opgenomen in de Nederlandse wetgeving.¹⁰³ *Fraus legis* wordt door IJzerman in de literatuur ook wel gedefinieerd als:

“Er is sprake van handelen in *fraudem legis* in het belastingrecht, indien een belanghebbende zich bedient van een uitsluitend, althans volstrekt overwegend, met het oog op de gewenste fiscale gevolgen gekozen zodanige vormgeving, dat de door belanghebbende gewenste fiscale gevolgen op

¹⁰¹ De Graaf 1996.

¹⁰² Tezamen met van Lookeren Campagne hanteer ik de term *fraus conventionis* in plaats van *fraus tractatus*. Allereerst betekent het Latijnse woord ‘tractatus’ behandeling, beoefening of praktijk, terwijl ‘conventio’ ziet op een overeenkomst of afspraak. Daarnaast worden belastingverdragen in het Engels het van ‘conventio’ afgeleide ‘convention’ genoemd, zie van Lookeren Campagne 1994.

¹⁰³ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 259, 10, p. 18.

grond van de geïnterpreteerde belastingwet moeten intreden, terwijl die vormgeving in strijd is met doel en strekking van de wet.”¹⁰⁴

Vormgeving bestaat uit zowel feitelijke handelingen als rechtshandelingen. De definitie bestaat uit twee cumulatieve componenten; het motiefvereiste, i.e. de handelingen hebben als doorslaggevend oogmerk belastingheffing te verijdelen en het normvereiste, i.e. de handelingen zijn strijdig met doel en strekking van de wet of een bepaling daarvan.

Naar aanleiding van de bovenstaande beschreven definitie van IJzerman heeft A-G Van Ballegooijen de volgende definitie van *fraus conventionis* opgesteld:

“Er is sprake van handelen in *fraudem conventionis* in het belastingrecht, indien een belanghebbende zich bedient van een uitsluitend, althans volstrekt overwegend, met het oog op de gewenste fiscale gevolgen gekozen zodanige vormgeving, dat de door belanghebbende gewenste fiscale gevolgen op grond van het geïnterpreteerde belastingverdrag moeten intreden, terwijl die vormgeving in strijd is met doel en strekking van het verdrag.”¹⁰⁵

Fraus conventionis kent dus — behoudens de vervanging van het woord ‘wet’ met ‘verdrag’ — exact dezelfde definitie als *fraus legis*. Ook hier geldt dat vormgeving zowel op feitelijke handelingen als rechtshandelingen ziet. De vraag rijst vervolgens waar *fraus legis* en *fraus conventionis* zich praktisch gezien van elkaar onderscheiden. De staatssecretaris stelt dat bij *fraus legis* strijdigheid met doel en strekking van de nationale wet centraal staat — die al dan niet doorwerkt naar belastingverdragen — terwijl het bij *fraus conventionis* gaat om strijdigheid met het doel en strekking van het gesloten verdrag.¹⁰⁶ Van Weeghel concludeert hieruit dat bij doorwerking van *fraus legis* in verdragsverhouding het in de kern gaat om of het resultaat van het toepassen van *fraus legis* naar het nationale belastingrecht doorwerkt ten aanzien van de verdragstoepassing, e.g. de vraag of een in het kader van *fraus legis* gehanteerde herkwalficatie van vermogenswinst tot dividend ook doorwerkt naar de verdragstoepassing.¹⁰⁷ Daarentegen gaat het bij *fraus conventionis* om de vraag of bij toepassing van het verdrag an sich, op het moment dat reguliere interpretatiemethoden tot een onbevredigend resultaat leiden, conversie van de feiten kan plaatsvinden, zodat weldegelijk bevredigende verdragstoepassing wordt bewerkstelligd.¹⁰⁸ Deze kunstmatige ingreep ziet dan enkel op de verdragstoepassing. Kavelaars meent dat de verschillen tussen *fraus legis* en *fraus conventionis*

¹⁰⁴ IJzerman 1991, p. 286.

¹⁰⁵ Zie conclusie A-G Van Ballegooijen bij HR 12 mei 2006, nr. 40 452 en 40 453, *V-N* 2005/3.5.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 259, 10, p. 8.

¹⁰⁷ Van Weeghel 1998, p. 174.

¹⁰⁸ Van Weeghel, *TFB* 2002, p. 24.

eerder gradueel dan principieel van aard zijn, omdat het, evenals bij *fraus legis*, bij *fraus conventionis* uiteindelijk de vraag betreft hoe verdragsbepalingen en -termen uitgelegd dienen te worden.¹⁰⁹

De HR wijst noch de doorwerking van *fraus legis* in verdragsverhoudingen, noch toepassing van *fraus conventionis* in principe af. In 1993 deed de staatssecretaris voor het eerst een beroep op het leerstuk van *fraus conventionis*¹¹⁰, maar de HR honoreerde het beroep met betrekking tot doorwerking van *fraus legis* in het verdrag met de VS en het beroep op *fraus conventionis* niet:

“Voor de door de Staatssecretaris in cassatie naar voren gebrachte opvatting dat in geval van onbelastbaarheid in Nederland van het onderhavige voordeel, doel en strekking van het Verdrag zouden worden miskend, is geen steun te vinden in de tekst van het Verdrag, noch in de toelichtingen van de verdragsluitende partijen.”¹¹¹

Uit een later arrest volgt dat voor de toepassing van *fraus conventionis* weinig tot geen ruimte is wat betreft zetelverplaatsing in verdragssituaties, zelfs op het moment dat de belanghebbende met de zetelverplaatsing enkel beoogt om belastingheffing in Nederland te vrijdelen (lees: motiefvereiste), mits de verdragstekst een duidelijke regel over de plaats van de werkelijke leiding behelst.¹¹²

Van Weeghel concludeert desalniettemin in zijn noot bij dit arrest dat de deur naar *fraus conventionis* bij zetelverplaatsing op een kier staat, mits aan drie voorwaarden is voldaan; het motiefvereiste, het normvereiste, i.e. of in de verdragstekst of in de toelichting hierop aanknopingspunten zijn te vinden voor strijdigheid met doel en strekking van de desbetreffende verdragsbepaling én het daadwerkelijke beroep van de staatssecretaris op *fraus conventionis*.¹¹³ Tezamen met andere arresten¹¹⁴ blijkt uit dit arrest dat voor het oordeel van de HR — of al dan niet sprake is van strijdigheid met doel en strekking van het verdrag — de verdragstekst en de bijbehorende toelichting van grote waarde zijn, hetgeen met zich brengt dat de gemeenschappelijke bedoelingen van de verdragsluitende staten hiervoor van groot belang zijn. Maar wegens het ontbreken van kernbronnen zijn juist deze gemeenschappelijke bedoelingen moeilijk te achterhalen. Immers zijn verdragen in principe het resultaat van onderhandelingen tussen staten, elk met eigen doelstelling en belangen, waardoor de verdragstekst vaak neerkomt op een compromis tussen de desbetreffende staten.¹¹⁵ Later heeft de HR naast de verdragstekst en de toelichting van de verdragsluitende staten ook het commentaar bij het verdrag als bron gebruikt.¹¹⁶ Hiernaast lijkt op basis van de literatuur zowel

¹⁰⁹ Kavelaars 2007.

¹¹⁰ Van de Wetering, *WFR* 1994/492, onderdeel 1.

¹¹¹ HR 15 december 1993, nr. 29 296, r.o. 3.4. & 3.5.

¹¹² HR 12 mei 2006, nr. 39 223, r.o. 3.3.

¹¹³ HR 14 juli 2006, nr. 42 522, m.nt. S. van Weeghel (noot heeft ook betrekking op HR 12 mei 2006, nr. 39 223).

¹¹⁴ HR 29 juni 1994, nr. 28 734, r.o. 3.3.; HR 15 maart 1995, nr. 29 531, r.o. 3.4.

¹¹⁵ Van de Wetering, *WFR* 1994/492, onderdeel 3.1.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld HR 1 maart 2013, r.o. 3.3.2.; HR 20 februari 2009, r.o. 3.8. & 3.9.; HR 21 februari 2003, r.o. 3.5.; HR 1 november 2000, nr. 35 398, *BNB* 2001/19, r.o. 3.4.

een generale als een specifieke antimisbruikbepaling opgenomen in de verdragstekst als bron te kunnen fungeren, mits deze niet als algemeen geformuleerde verdragsdoelstelling in het verdrag zijn opgenomen.¹¹⁷

Ondanks dat de HR nog nooit een beroep van de fiscus op *fraus conventionis* heeft gehonoreerd en de fiscus zich mijns inziens op een fiscaal mijnenveld bevindt wanneer het leerstuk wordt aangegrepen, is een succesvol beroep blijkens de hierboven besproken jurisprudentie niet uitgesloten.

2.5. Treaty Shopping

2.5.1. Algemeen

Verdragsmisbruik, maar in het bijzonder treaty shopping wordt door de OESO gezien als één van de belangrijkste oorzaken van BEPS.¹¹⁸ De term treaty shopping wordt afkomstig geacht uit de Verenigde Staten (VS). De term is analoog aan de term ‘forum shopping’ dat een situatie behelst waarbij een partij in een civielrechtelijke procedure in de VS probeerde te ‘shoppen’ tussen jurisdicties om een gunstigere uitspraak te verkrijgen.¹¹⁹ Voormalig internationaal belastingadviseur voor de *US Treasury Department* beschreef het fenomeen treaty shopping als volgt:

“The practice of some investors of ‘borrowing’ a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favorable tax treaty with the country of source — that is, the country where the investment is to be made and the income in question is to be earned.”¹²⁰

Met andere woorden bij treaty shopping ‘shopt’ een persoon in een belastingverdrag welke op een andere wijze niet beschikbaar was geweest door een hierop gerichte belastingstructuur op te tuigen.¹²¹

Voormalig staatssecretaris Wiebes definieert treaty shopping als volgt: “de gevallen waarin een belastingplichtige die geen recht heeft op verdragsvoordelen heeft bij investeringen in een bronland, door gebruik van een vennootschap in een derde land, onbedoeld de voordelen gebruikt van het verdrag tussen het bronland en het derde land.”¹²² Om van treaty shopping gebruik te maken zijn dus altijd minimaal drie staten nodig.

Een belastingplichtige kan uiteenlopende redenen hebben om van treaty shopping gebruik te maken. Zo kan een belastingplichtige middels treaty shopping een anders niet-beschikbare aftrek of vrijstelling van belastingen in de bronstaat van het inkomen claimen, een anders niet-beschikbare

¹¹⁷ Van Weeghel, *TFB* 2002, p. 27.

¹¹⁸ OESO 2013, p. 18.

¹¹⁹ Becker & Wurm 1988, p. 2.

¹²⁰ Rosenbloom, *Intertax* 1994, p. 83.

¹²¹ Het concept kan teruggeleid worden naar het begin van de Jaren zeventig in de Hoorzitting van het Amerikaanse Congres inzake Offshore Belastingparadijzen, zie Rosenbloom 1983, p. 763.

¹²² Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015.

belastingvrijstelling in de woonstaat claimen, een voordeel van een *tax sparing credit* claimen of een lager belastingtarief in de bronstaat bewerkstelligen dan het belastingtarief dat van toepassing is in de woonstaat.¹²³

Treaty shopping kan worden opgedeeld in enerzijds *direct conduit structures* en anderzijds *stepping stone structures*.¹²⁴ Het meest klassieke voorbeeld van een *direct conduit structure* doet zich voor in de volgende situatie¹²⁵: een inwoner (Belastingplichtige) van een gegeven Staat (Staat R) verwacht dividenden, interest en royalty's te ontvangen uit een bronstaat (Staat S). Belastingplichtige kan dan een entiteit in een derde Staat (Staat C) opzuigen waardoor Belastingplichtige de dividenden, interest en royalty's op een belastingtechnisch gunstigere manier ontvangt dan wanneer dergelijk inkomen direct van Staat S naar de inwoner van Staat R uitgekeerd was. Het belastingvoordeel ontstaat door het feit dat het belastingverdrag tussen Staat S en Staat C voorziet in een voordeliger bronbelastingtarief in Staat S op dividenden, interest en royalty's uitgekeerd aan een inwoner van Staat C dan het bronbelastingtarief dat van toepassing zou zijn in Staat S als de inkomsten direct naar de belastingplichtige in Staat R uitgekeerd zouden zijn, omdat tussen Staat R en Staat S geen belastingverdrag van toepassing is, of omdat indien wel een belastingverdrag tussen beide is afgesloten deze in een minder voordelig bronbelastingtarief voorziet dan die beschikbaar is voor de inwoner van Staat C onder het verdrag tussen Staat S en C. De entiteit in Staat C fungeert dan als een tussenvennootschap, c.q. doorstroomvennootschap tussen de bronstaat S en de controlerende aandeelhouder in Staat R, omdat het ontvangen inkomen betaalt aan een dergelijke controlerende aandeelhouder. Door de schakelfunctie van de entiteit opgericht in Staat C kan naar de entiteit gerefereerd worden als een doorstroomvennootschap (in het Engels ook wel *conduit company*). Staat C kan dan ook wel bestempeld worden als doorstroomland (*conduit state*).

Deze situatie is dus een vorm van treaty shopping waarbij de inwoner van een derde staat — i.c. Staat R — in een anders niet beschikbaar belastingverdrag 'shopt' tussen twee andere staten — i.c. de Staten S en C — zodat een belastingvoordeel uit dat belastingverdrag genoten kan worden. Om het laatstgenoemde doel te bewerkstelligen schuift een dergelijke inwoner een doorstroomvennootschap in een staat die een gunstig belastingverdrag heeft met de bronstaat van het inkomen.¹²⁶ Het doel van deze vorm van treaty shopping is het ontwijken of verminderen van bronbelasting in de bronstaat. I.c. leidt het treaty shoppen tot een belastingnadeel ten aanzien van de dividenden, interest en royalty's bij de bronstaat. In onderstaande figuur wordt dit grafisch weergegeven.

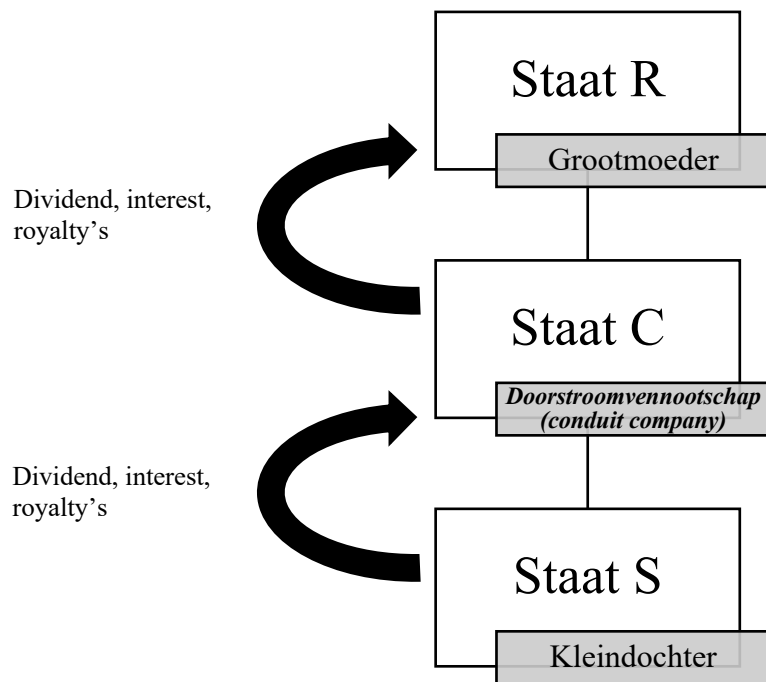
Figuur 2: *Voorbeeld direct conduct structure.*

¹²³ De Broe 2008, p. 5.

¹²⁴ Wurm, *Intertax* 1992.

¹²⁵ De Broe 2008, p. 6.

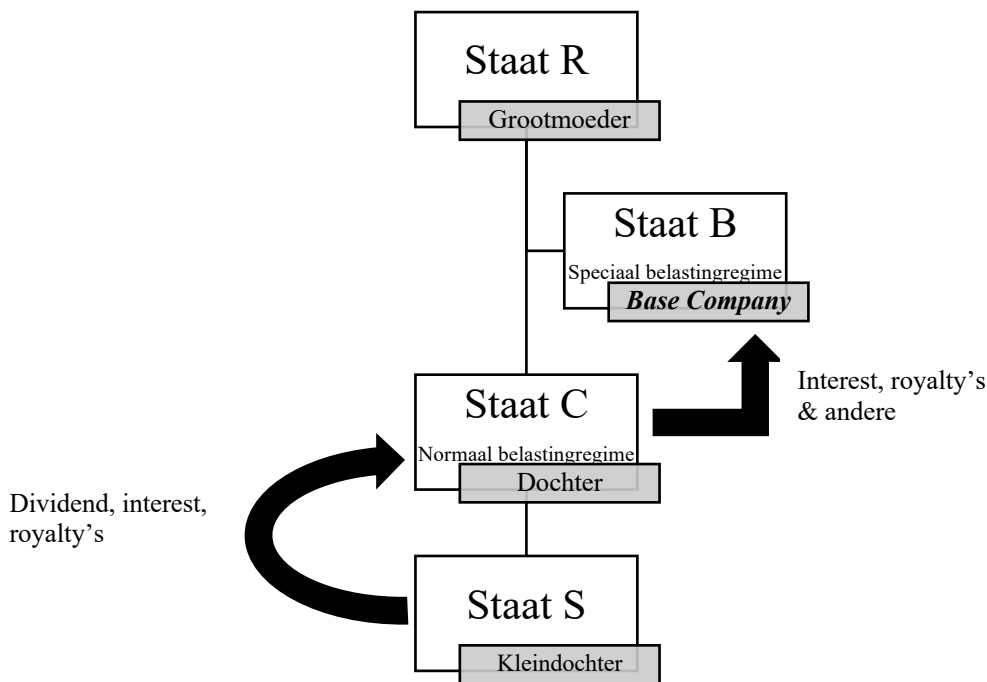
¹²⁶ Wurm, *Intertax* 1992, p. 658; Hinnekens 1989, p. 255.



Bij een *stepping stone structure* wordt in de constructie nog een extra schakel gevoegd in een jurisdictie met een bijzonder belastingstelsel.¹²⁷ In de volgende situatie is hier sprake van; inwoners van Staat R vestigen een entiteit in Staat C — die dus als inwoner van Staat C kwalificeert — waardoor het inkomen dat dit bedrijf genereert in Staat S volledig aan belastingheffing in Staat C onderworpen is. Maar het bedrijf betaalt hoge interest, royalty's, servicekosten, commissies en andere kosten aan een verbonden buitenlandse entiteit opgericht in een vierde staat (Staat B), die wordt gecontroleerd door de aandeelhouders van de doorstroomvennootschap. Deze betalingen zijn vervolgens aftrekbaar in Staat C en worden h el emaal niet, of slechts voor een klein deel belast in Staat B, vanwege het voordelige belastingregime aldaar. Het bedrijf in Staat B wordt dan ook wel de *base company* genoemd. Deze situatie wordt in onderstaande figuur grafisch weergegeven.

Figuur 3: Voorbeeld *stepping stone structure*.

¹²⁷ Wurm, *Intertax* 1992.



Zoals uit de beschreven situaties blijkt, kunnen aanzienlijke belastingvoordelen worden behaald door belastingplichtigen die gebruik maken van een van de treaty shopping structuren. Dit lijkt dan ook prima facie in lijn te zijn met de gedachte achter belastingverdragen. De Staatssecretaris van Financiën heeft immers aangegeven dat mag worden aangenomen dat ook de verdragspartners vruchten kunnen plukken bij het afsluiten van een belastingverdrag met Nederland waarin een verlaagde bronbelasting wordt gebruikt.¹²⁸ Een belastingverdrag heeft dus op beide staten een positief effect op het investeringsklimaat. Daarenboven is reeds in dit onderzoek vastgesteld “dat de belastingplichtigen in een vrije samenleving de rechtsvormen zo mogen kiezen dat het aan belastingen te betalen bedrag zo gering mogelijk is”.¹²⁹ Wanneer dit in ogenschouw wordt genomen rijst de vraag welke argumenten dan tegen het gebruik van treaty shopping structuren ingebracht kunnen worden.

Vogel stelt dat het opzetten van belastingstructuren een grens kent; het punt waar het optuigen van een structuur met als doel een lagere belastingdruk niet meer te rechtvaardigen is. Hij baseert deze grens op het rechtvaardigheidsbeginsel. Hij stelt dan ook dat de grens bereikt wordt op het moment dat transactie en structuren louter worden opgetuigd om de vruchten te plukken van verdragsvoordelen die op basis van de oorspronkelijke transactie nooit geplukt hadden kunnen worden.¹³⁰ In de VS wordt bij treaty shopping onderscheid gemaakt tussen ‘good treaty shopping’ en ‘bad treaty shopping’, i.e. het verschijnsel waarbij men een structuur zodanig opzet dat via verdragstoepassing een zo goed mogelijk resultaat wordt verkregen en dat dit resultaat als ‘good’ of als ‘bad’ te kwalificeren valt.¹³¹ Ik sluit me

¹²⁸ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012.

¹²⁹ Geppart 1973.

¹³⁰ Vogel 1997, p. 117.

¹³¹ Kramer, *WFR* 1981/1357.

echter aan bij de opvatting van Vogel¹³² dat deze scheidslijn tussen ‘goed’ en ‘slecht’ niet goed te maken is. Bij de beoordeling of een treaty shopping structuur ‘goed’ of ‘slecht’ is dient mijns inziens altijd rekening te worden gehouden met de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Geconstateerd kan wel worden dat door middel van treaty shopping structuren de belastingopbrengsten van bepaalde staten aanzienlijk kunnen dalen. Neem het voorbeeld van de *direct conduct structure* in figuur 1; door het gebruik maken van de doorstroomvennootschap in Staat C kan gebruik worden gemaakt van de verdragsvoordelen van het verdrag tussen Staat R en C en het verdrag tussen C en S, waardoor Staat R belastinginkomsten misloopt. Uit een rapport van de organisatie Fair Politics verschenen in 2011 volgt dat ontwikkelingslanden per jaar tot wel 500 miljard dollar aan belastingopbrengsten mislopen door het gebruik van belastingparadijzen, hetgeen neerkomt op ongeveer zeven keer het bedrag dat Westerse landen per jaar uitgeven aan ontwikkelingssamenwerking.¹³³ Maar niet alleen belastingparadijzen spelen een belangrijke rol bij internationale belastingplanning, ook de eerder genoemde doorstroomlanden zijn een onmisbare schakel.¹³⁴

2.5.2. Nederland als doorstroomland

Sinds begin jaren 80 van de vorige eeuw heeft treaty shopping veel aandacht gekregen in juridische analyses. Veel van deze analyses richten zich op het gebruik van Nederlandse doorstroomvennootschappen en de pogingen van de VS om belastingontwijking middels doorstroomstructuren te beperken. Uit deze analyses blijkt dat Nederland een hoofdrol vervult als doorstroomland, met name door haar uitgebreide en gunstige verdragennetwerk.¹³⁵ Nederland heeft door deze rol bij internationale belastingconstructies in het publieke debat vaak het predicaat van belastingparadijs opgeplakt gekregen. Maar dit is onjuist. Belastingparadijzen, of in het Engels ook wel *tax havens*, zijn landen met lage of geen belastingen. Deze belastingparadijzen worden vervolgens gebruikt als een al dan niet temporeel eindpunt van een belastingroute over het netwerk van landen. De OESO hanteert vier factoren voor het identificeren van belastingparadijzen:¹³⁶

1. Lage of geen belastingen;
2. Gebrek aan effectieve informatie-uitwisseling;
3. Gebrek aan transparantie;
4. Geen (vereiste van) substantiële activiteiten.

¹³² Kramer, *WFR* 1981/1357.

¹³³ Fair Politics 2011.

¹³⁴ Lejour e.a., *CPB Policy Brief* 2019, p. 3.

¹³⁵ Avi-Yonah 2009; Dolan & Walsh Weil, *Taxes* 1995/73; Kingson, *Colombia Law Review* 1981/81(6); Lee 2009; Wacker 1993.

¹³⁶ OESO 1998.

Nederland voldoet aan geen van deze factoren¹³⁷ en komt evenmin voor op de lijst van belastingparadijzen in een rapport voor het Amerikaanse congres¹³⁸. Wel kan Nederland worden gekwalificeerd als doorstroomland. Zoals eerder in deze sectie is beschreven kent Nederland een uitgebreid en gunstig verdragennetwerk, maar dit leidt niet zonder meer tot de speciale functie van Nederland als spil in vele internationale belastingconstructies. Nederland is namelijk niet uitzonderlijk in het aantal belastingverdragen; de VS, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk hebben zelfs méér belastingverdragen afgesloten. Ook de Scandinavische landen, België, Zwitserland en Duitsland zijn een aantal belastingverdragen overeengekomen, welke in kwantiteit vergelijkbaar zijn met die van Nederland. Ook andere factoren zijn klaarblijkelijk van belang voor de speciale positie van Nederland.

Allereerst speelt de in Nederland — in artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) — gehanteerde deelnemingsvrijstelling een belangrijke rol. Nederland was namelijk een van de eerste landen die inkomende dividenden van dochteronderneming vrijstelde van belastingheffing. Als uitgangspunt hiervoor geldt dat activiteiten belast worden op de plaats waar geproduceerd wordt zodat een *level playing field* ontstaat voor ieder bedrijf dat actief is op die specifieke plaats. Hierdoor worden de winsten in het gastland van de buitenlandse dochter belast en worden deze niet nogmaals in Nederland belast. Echter is in de loop der tijd het belang van de deelnemingsvrijstelling afgenomen vanwege de Europese Moeder-dochterrichtlijn¹³⁹ en door de invoering hiervan in verdragen door andere landen.

Ten tweede wordt in Nederland de mogelijkheid geboden om afspraken met de belastingdienst te maken middels zogenaamde *tax rulings*. Deze *tax rulings* worden opgedeeld in *Advance Pricing Agreements* (APA) die, kort gezegd, zien op afspraken tussen de fiscus en belastingplichtigen over de te gebruiken verrekenprijsmethoden en *Advance Taxrulings* die zien op afspraken over de Nederlandse fiscale kwalificatie van internationale structuren, zoals bijvoorbeeld zekerheid vooraf over het al dan niet toepassen van de deelnemingsvrijstelling.¹⁴⁰ Deze bindende afspraken zijn met name voor buitenlandse investeerders belangrijk, omdat ze hierdoor vooraf zekerheden hebben betreffende hun dochtermaatschappijen in Nederland.

Ten derde heft Nederland tot nog toe geen bronbelasting op uitgaande rente- en royaltystromen, ongeacht of het ontvangende land een verdragsland is of niet. Sinds 2019 geldt wel de *Controlled Foreign Company*-regeling (hierna: Cfc-regeling), die bepaalt dat wanneer een belastingplichtige, al dan niet tezamen met een gelieerd lichaam of gelieerde natuurlijke persoon, een belang heeft van meer dan 50% in een buitenlands lichaam of beschikt over een buitenlandse vaste inrichting deze inkomsten — o.a. rente, royalty's en dividenden — worden meegenomen in de grondslag van de vennootschapsbelasting, mits het gecontroleerde lichaam of vaste inrichting gevestigd of gelegen is in

¹³⁷ Lejour & van 't Riet, *CPB Policy Brief* 2013/07, p. 8.

¹³⁸ Gravelle 2015.

¹³⁹ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 505, 1, p.3.

een staat die voorkomt op de Nederlandse lijst met laagbelastende staten of op de EU-lijst van niet-coöperatieve jurisdicties.¹⁴¹ Verder treedt vanaf 2021 de Wet bronbelasting 2021 in werking, waarmee kort gezegd een conditionele bronbelasting op rente- en royaltystromen wordt bewerkstelligd.¹⁴² Waar Nederland anno 2020 — afgezien van de zeer specifieke Cfc-regeling — geen bronbelasting op rente- en royaltystromen heft, kent Nederland wél een bronbelasting op dividenden, welke 15% bedraagt voor dividenden naar niet-verdragslanden.¹⁴³ Maar in de praktijk bedraagt deze dividendbelasting veel minder in verdragen die Nederland overeenkomt; het gemiddelde tarief van de dividendbelasting dat Nederland heft bedraagt 3,6%.¹⁴⁴ Onderzoek toonde aan dat van de 200 miljard euro aan rente, royalty's en dividend die vanuit Nederland naar het buitenland werd uitgekeerd, 22 miljard euro naar belastingparadijzen gaat. Maar nadere berekeningen van De Nederlandse Bank (hierna: DNB) tonen aan dat dit 70% meer moet zijn, namelijk 37 miljard euro in 2018. In eerder onderzoek is namelijk enkel rekening gehouden met dividenden meegerekend uit de winst in het lopende jaar, maar de DNB heeft in haar onderzoek ook rekening gehouden met ingehouden winsten, die in latere jaren alsnog worden uitgekeerd.¹⁴⁵ Naar aanleiding van dit vernieuwde onderzoek is het kabinet van plan om vanaf 2024 een nieuwe bronbelasting op dividendstromen naar belastingparadijzen in te voeren, welke aanvullend zal zijn op de eerdergenoemde bronbelasting op rente en royalty's en op de dividendbelasting.¹⁴⁶

Ten vierde is in Nederland veel kennis en ervaring opgebouwd met fiscale constructies en zijn deze ook juridisch getoetst, waardoor Nederland een stabiel politiek-, fiscaal- en rechtsklimaat biedt.¹⁴⁷

De doorstroomfunctie van Nederland gaat voor het grootste gedeelte door middel van bijzondere financiële instellingen (hierna: bfi's). Dit zijn holdings van multinationale onderneming, die in de volksmond vaak 'brievenbusfirma's' worden genoemd. De waarde van de deelnemingen, leningen en intellectuele eigendomsrechten van bfi's in 2016 bedroeg 4200 miljard euro, hetgeen bijna zes keer de omvang het Nederlandse bbp bedraagt.¹⁴⁸ Welke rol de bfi in Nederland voor een internationale belastingconstructie met een belastingparadijs kan vervullen blijkt uit het volgende voorbeeld; in een gastland (Staat G) wordt geïnvesteerd vanuit herkomstland (Staat H). Vervolgens wanneer dividenden, interest en royalty's direct worden uitgekeerd vanuit Staat G naar Staat H en deze staten geen gunstig of helemaal geen belastingverdrag overeengekomen zijn, is in de regel sprake van een bronbelasting in Staat G en een winstbelasting in Staat H. Wanneer nu gebruik wordt gemaakt van Nederland als doorstroomland en de dividenden, interest en royalty's aan een bfi in Nederland worden uitgekeerd heft Nederland in de regel geen winstbelasting vanwege de deelnemingsvrijstelling. Vervolgens kunnen deze

¹⁴¹ Artikel 13ab Wet Vpb.

¹⁴² Wet van 18 december 2019 tot invoering van een bronbelasting op renten en royalty's (Wet bronbelasting 2021).

¹⁴³ Artikel 5 Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965).

¹⁴⁴ Lejour & van 't Riet, *CPB Policy Brief* 2013/07, p. 11

¹⁴⁵ Jonker 2020.

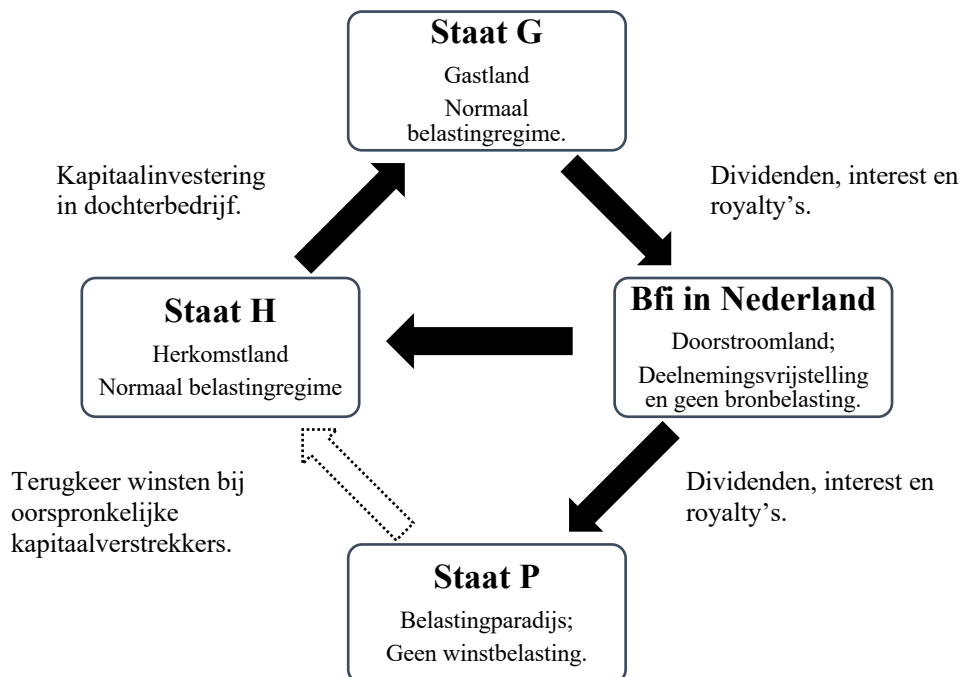
¹⁴⁶ 'Bronbelasting op dividendstromen naar belastingparadijzen in 2024', *V-N Vandaag* 2020/1424.

¹⁴⁷ Lejour & van 't Riet, *CPB Policy Brief* 2013/07, p. 12.

¹⁴⁸ Lejour e.a., *CPB Policy Brief* 2019, p. 3.

dividenden, interest en royalty's vanuit de bfi in Nederland (vooral nog) zonder heffing van bronbelasting — behoudens, een vaak door verdragen sterk gereduceerde dividendbelasting — aan een belastingparadijs (Staat P) worden uitgekeerd waar vervolgens de winsten niet of heel laag belast worden. Vanuit Staat P kan het kapitaal dan weer terugkeren naar herkomstland Staat H, maar hoe en wanneer dit gebeurt, is vaak onduidelijk.¹⁴⁹ Uiteindelijk is in Staat G de belastinggrondslag uitgehold, in Nederland een gering bedrag aan belastingen betaald, in het belastingparadijs Staat P geen belasting betaald en zijn de winsten, gemaakt in Staat G, zo goed als onbelast weer teruggekeerd bij het land van herkomst Staat H. Zie voor een grafische weergave van dit voorbeeld de onderstaande figuur.

Figuur 4: Voorbeeld belastingstructuur met Nederland als doorstroomland naar een belastingparadijs



Dergelijke voordelen voortkomend uit omsluitconstructies, zoals hierboven beschreven, worden ook wel omsluitvoordelen of ‘treaty shopping gain’ genoemd. Met name ten aanzien van royalty stromen kan via Nederland een groot voordeel behaald worden. Uit onderzoek van de CPB blijkt dat door royaltystromen om te sluisen via Nederland ongeveer 7% aan belasting bespaard kan worden ten opzichte van een directe route.¹⁵⁰ Google is een van de grote spelers bij het gebruik maken van de zogenaamde ‘Double Irish with a Dutch sandwich’ constructie en sluisde in 2016 ongeveer 16 miljard euro aan royalty's via Nederland naar Bermuda.¹⁵¹ Voor rentes kan een aanzienlijk kleinere treaty

¹⁴⁹ Lejour & van 't Riet, *CPB Policy Brief* 2013/07, p. 7.

¹⁵⁰ Lejour e.a., *CPB Policy Brief* 2019, p. 13.

¹⁵¹ Braaksma 2019.

shopping gain behaald worden door via Nederland om te sluizen en voor dividenden is deze zelfs negatief.¹⁵²

2.6. Deelconclusie

Zowel in de maatschappij, als in de politiek, als onder fiscalisten lijkt het onderscheid tussen belastingontduiking, respectievelijk belastingontwijking niet altijd aanstonds duidelijk en worden de twee termen (te) vaak door elkaar gebruikt. Dit terwijl het onderscheid tussen beide termen van aanzienlijk belang is. Immers is bij belastingontduiking sprake van het in strijd met de wet verbergen, verkeerd weergeven, camoufleren van de relevante feiten. Waarbij van laatstgenoemde handelingen ook bij belastingontwijking sprake van kan zijn, maar met de belangrijke voorwaarde dat zich geen strijdigheid met de wet voordoet. Bij internationale belastingontwijking en belastingontduiking wordt vaak gebruik gemaakt van voordelen voortvloeiend uit bilaterale belastingverdragen, hetgeen kan leiden tot misbruik van (verdragen)recht of oneigenlijk verdragsgebruik. Hoewel mijn voorkeur uitgaat naar het gebruik van het begrip oneigenlijk verdragsgebruik, omdat het hierbij gaat om een handeling die strijdig is met het doel en de strekking van het verdrag, terwijl bij het niet-fiscale begrip van misbruik van (verdragen)recht gaat om een opzettelijk illegale handeling, i.e. strijdig met de bepalingen van het verdrag, wordt in het vervolg van het onderzoek de term misbruik van (verdragen)recht gebezigd. Het HvJ heeft namelijk in verschillende arresten gesproken over misbruik van recht en ook de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid hanteert deze term. Om verdragsmisbruik tegen te gaan is het leerstuk van *fraus conventionis* ontwikkeld, die naast het leerstuk van *fraus legis* staat. Hoewel op dit leerstuk al een aantal keer door de fiscus een beroep is gedaan, is dit nimmer door de HR gehonoreerd. Dit sluit echter een geslaagd beroep op *fraus conventionis* niet uit; in principe biedt de jurisprudentie voldoende handvaten om een succesvol beroep van de fiscus op *fraus conventionis* te verwezenlijken. Treaty shopping wordt door de OESO beschouwd als één van de belangrijkste vormen van verdragsmisbruik die leidt tot BEPS. Treaty shopping ziet op de situatie waarbij een persoon ‘shopt’ in een belastingverdrag welke op een andere wijze niet beschikbaar was geweest door een hierop gerichte belastingstructuur op te tuigen. Hierbij zijn twee structuren van treaty shopping te onderscheiden; de *direct conduct structure* en de *stepping stone structure*. Nederland vervult als doorstroomland een belangrijke rol bij het gebruik van treaty shopping en via bfi's in Nederland kan met name op royaltystromen veel belasting bespaard worden; naar schatting van het CPB zo'n 7%. Het gegeven dat Nederland als doorstroomland een dergelijk belangrijke functie heeft bij internationale belastingconstructies heeft verschillende oorzaken. Zo kent Nederland een zeer uitgebreid en voordelig verdragen netwerk, faciliteert Nederland middels de deelnemingsvrijstelling onder voorwaarden de vrijstelling van winsten uit het buitenland van dochterondernemingen, biedt Nederland de mogelijkheid om middels *rulings* a priori duidelijke afspraken te maken omtrent hetzij verrekenprijsmethoden (*APA*), hetzij de kwalificatie van

¹⁵² Lejour e.a., *CPB Policy Brief* 2019, p. 13.

internationale fiscale structuren (*ATR*), kent Nederland vooralsnog geen bronbelasting op rente en royalty's en in de praktijk met landen waar Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten een zeer beperkte bronbelasting op uitgaande dividenden en als laatste is in Nederland veel kennis en ervaring opgebouwd met fiscale constructies en zijn deze juridisch getoetst, waardoor Nederland een stabiel politiek-, fiscaal en rechtsklimaat biedt. De agressieve belastingstructuren waarin Nederland als doorstroomland fungeert hebben veelal als gevolg dat landen waar daadwerkelijk waarde wordt gecreëerd geen tot geringe belasting heffen. In het volgende hoofdstuk wordt dan ook onderzocht hoe de OESO deze misbruiksituaties aanpakt.

3. Antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO

3.1. Inleiding

De in het vorige hoofdstuk beschreven problematiek van belastingontwijking, middels treaty shopping, door multinationale ondernemingen leidde tot de noodzaak om een oplossing te vinden. Maar internationale belastingontwijking kan enkel in internationaal verband worden opgelost; een staat op zichzelf kan nimmer gepaste oplossingen bieden. Een intergouvernementele organisatie kan mogelijk wel een uitkomst bieden voor dit probleem. Een intergouvernementele organisatie waar zich inmiddels al 36 staten bij hebben aangesloten is de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, de OESO. De OESO heeft in 2013 het BEPS-actieplan gepubliceerd, welke vijftien actiepunten bevat, waarmee wordt beoogd om belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. Om treaty shopping te bestrijden is een apart actiepunt, te weten actiepunt 6, in het leven geroepen. Hier doet zich echter een volgend probleem voor; het internationale belastingrecht kenmerkt zich door de praktisch weerbarstigheid van het doorvoeren van maatregelen, zoals het BEPS-actieplan, naar de belastingverdragen van de lidstaten. Maar hiervoor is in het BEPS-actieplan een oplossing geboden in BEPS-actiepunt 15; de implementatie van een multilateraal instrument. Het MLI is in inmiddels door ruim 80 staten, waaronder Nederland, ondertekend, waarmee de belastingverdragen van de ondertekende staten ‘automatisch’ worden aangepast aan de aanpassingen in het OESO-MV als gevolg van het BEPS-actieplan. In het MLI zijn zodoende ook de antimisbruikbepalingen om treaty shopping te bestrijden uit BEPS-actiepunt 6 opgenomen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke antimisbruikbepalingen zijn opgenomen in het MLI om treaty shopping te bestrijden. Tevens is het van belang om antwoord te geven op de vraag in hoeverre deze antimisbruikbepalingen ook daadwerkelijk in staat zijn om treaty shopping te bestrijden, waarbij in dit hoofdstuk met name wordt ingezoomd op de keuze en de situatie van Nederland. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie waarin antwoord wordt gegeven op de volgende deelvraag:

- *Welke antimisbruikbepalingen kent de OESO tegen treaty shopping en in hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen effectief, efficiënt, uitvoerbaar, leiden ze tot rechtszekerheid en voldoen ze aan de regels van internationaal en Europees (belasting)recht, en wat zijn mogelijke verbeterpunten?*

3.2. Algemeen

De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, de OESO, is ontstaan in 1947 als een Europese organisatie om hulp te bieden bij het uitvoeren van het *Marshallplan* om Europa na de Tweede Wereldoorlog weer op te bouwen. Per 1961 is de organisatie hervormd naar de huidige structuur, waarmee ook niet-Europese landen zich konden aansluiten. Heden ten dage kent de OESO 36 aangesloten lidstaten die zich middels de organisatie committeren om elkaars problemen te identificeren,

te analyseren, op te lossen en hun beleid te promoten.¹⁵³ De OESO functioneert als een organisatie op basis van consensus. De instrumenten zijn dan ook niet juridisch bindend voor de lidstaten, maar de kracht vloeit voort uit de consensus; de lidstaten zijn immers akkoord gegaan met bepaalde afspraken en het niet naleven van geaccordeerde afspraken resulteert in dissonantie.¹⁵⁴

Zoals in sectie 2.2.1. beschreven is naar aanleiding van de maatschappelijk en politieke verontwaardiging ten aanzien van het massaal ontwijken van belastingheffing in 2013 door de OESO het BEPS-actieplan gepubliceerd. Dit actieplan is op verzoek van de G20-landen tot stand gekomen en bevat vijftien actiepunten die als doel hebben om BEPS, i.e. belastingontwijking door grondslaguitholling en winstverschuiving, te bestrijden. Eén actiepunt ziet specifiek op de digitale economie (actiepunt 1), één betreft kwantitatieve gegevens (actiepunt 11) en één betreft implementatie middels een multilateraal instrument (actiepunt 15).¹⁵⁵ De overige twaalf actiepunten kunnen in drie beginselen worden opgedeeld; coherentie, *substance* en transparantie.¹⁵⁶ De conclusies bij de vijftien actiepunten zijn in verschillende vormen gegoten, die iedere staat een eigen mate van consensus toekennen en die de betrokken staten niet allemaal in eenzelfde mate binden. De minst vergaande conclusies hebben de vorm van zogenaamde *guidance based on best practices*. Deze moeten ertoe leiden dat op het moment dat staten maatregelen invoeren deze op elkaar lijken, zoals de conclusies voor het belasten van *Controlled Foreign Companies* en voor verplichtingen aan belastingplichtigen om agressieve belastingstructuren vooraf aan te melden. De conclusies, die zien op de gemeenschappelijke aanpak van belastingstructuren; hierbij moeten staten garanderen dat de nationale regels op elkaar worden afgestemd, gaan een stap verder. Dit geldt bijvoorbeeld bij de afspraken over het bestrijden van hybride mismatches en over het beperken van overmatige renteaftrek. De meest ingrijpende conclusies zijn gegoten in een minimum standaard; deze geven een ondergrens waaraan staten zich moeten committeren. Deze minimumstandaarden zijn opgesteld voor onder andere de uitwisseling van informatie over *rulings* en voor het tegengaan van verdragsmisbruik.¹⁵⁷

Zoals eerder is beschreven wordt verdragsmisbruik namelijk, en dan meer in het bijzonder treaty shopping, door de OESO gezien als één van de belangrijkste oorzaken van BEPS.¹⁵⁸ Voor het tegengaan van treaty shopping is dan ook een afzonderlijk actiepunt in het leven geroepen, te weten BEPS-actiepunt 6 met de volgende doelstelling:

“Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy

¹⁵³ <https://www.oecd.org/about/history/>

¹⁵⁴ <https://www.oecd.org/about/structure/>

¹⁵⁵ OESO 2013.

¹⁵⁶ ‘Publicatie BEPS-rapportsitem’, V-N Vandaag 2015/2142.

¹⁵⁷ ‘Publicatie BEPS-rapportsitem’, V-N Vandaag 2015/2142.

¹⁵⁸ OESO 2013, p.18.

considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids.”

Het is een uiterst tijdrovend proces om de aanpassingen, die als gevolg van het BEPS-project in 2017 in het OESO-MV zijn neergelegd, in de huidige bilaterale belastingverdragen tussen landen door te voeren. Om dit probleem te ondervangen voorziet het BEPS-actieplan in een MLI, opgenomen in actiepunten 15, hetgeen neerkomt op een multilateraal verdrag, zodat de bestaande belastingverdragen van de staten die het MLI ondertekenen, c.q. ratificeren ‘automatisch’ worden aangepast aan de wijziging in het OESO-MV.¹⁵⁹ In 2016 is de tekst van het MLI vastgesteld¹⁶⁰ en hiermee worden de volgende BEPS-actiepunten geïmplementeerd: actiepunten 2 (mismatches), 6 (verdragsmisbruik), 7 (vaste inrichting problematiek) en 14 (geschillenbeslechting). Verdragsteksten zelf worden door het MLI echter niet aangepast, maar het MLI wordt toegepast naar een bestaand belastingverdrag en past zodoende de toepassing van het verdrag aan.¹⁶¹ De verdragen dienen dus telkens in samenhang met de eventuele aanpassingen als gevolg van het MLI te moeten worden toegepast.¹⁶²

Het MLI is in 2017 door een groot aantal staten, inclusief Nederland, ondertekend. Inmiddels hebben meer dan 80 staten het MLI ondertekend.¹⁶³ Wanneer staten het MLI hebben ondertekend dienen ze aan te geven welke belastingverdragen, i.e. met welke staten zij onder de reikwijdte van het MLI willen brengen.¹⁶⁴ Nederland heeft aangegeven dat het zo veel mogelijk verdragen onder de reikwijdte van het MLI wil brengen.¹⁶⁵ Wel geldt hierbij dat het passender is om de elementen van het MLI mee te nemen in de bilaterale onderhandelingen, wanneer reeds verdragsonderhandelingen tussen Nederland en andere staten aan de gang zijn.¹⁶⁶ Verder geldt dat het MLI pas werking heeft op het moment dat beide staten hebben gekozen om het door hen overeengekomen belastingverdrag onder de werking van het MLI te brengen.¹⁶⁷ Als Nederland bijvoorbeeld het MLI tekent en ratificeert en het verdrag met Staat R onder de reikwijdte van het MLI brengt, terwijl Staat R ook het MLI tekent en ratificeert, maar het verdrag met Nederland niet onder de werking van het MLI brengt, dan geldt het MLI tussen Nederland en Staat R niet.

Het MLI kent kort gezegd twee soorten bepalingen; bepalingen die verplicht moeten worden toegepast en die facultatief kunnen worden toegepast. Staten die het MLI hebben ondertekend moeten aan de verplichte bepalingen in de regel uitvoering geven, met als uitzondering dat binnen deze verplichte bepalingen soms opties bestaan. Voor de facultatieve bepalingen geldt dat per bepaling en

¹⁵⁹ De Graaf e.a. 2019, p. 119.

¹⁶⁰ *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting.*

¹⁶¹ Par. 13 *Explanatory Statement* to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (hierna: *Explanatory Statement*).

¹⁶² Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 2.

¹⁶³ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 2.

¹⁶⁴ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 2.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, 135, p. 4 en *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, 148, p. 15.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, 148, p. 16.

¹⁶⁷ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 2.

per verdrag beoordeeld wordt of daaraan uitvoering gegeven moet worden.¹⁶⁸ Een voorbeeld hiervan is de vereenvoudigde LOB. Deze geldt in principe enkel wanneer beide staten hiervoor kiezen, maar ook is het mogelijk dat een staat hier niet zelf voor kiest, maar wel akkoord gaat dat in het desbetreffende verdrag met de verdragspartner, die wel kiest voor de vereenvoudigde LOB, de bepaling wél toepassing vindt voor beide staten of voor de staat die hiervoor gekozen heeft.¹⁶⁹

De bepalingen in het MLI die relevant zijn voor het bestrijden van treaty shopping zijn de artikelen 6 en 7 MLI. Artikel 6 MLI behelst een minimumstandaard die ziet op de opname van, een tegen misbruik gerichte, preambule in belastingverdragen waarmee wordt duidelijk gemaakt dat een belastingverdrag niet is bedoeld om mogelijkheden voor dubbele niet-heffing of verlaagde heffing door belastingontduiking of belastingontwijking te creëren. Nederland heeft zich aan deze minimumstandaard gecommitteerd.¹⁷⁰ Deze preambule wordt in de volgende sectie nader besproken. Hiernaast voorziet artikel 7 MLI in het verplicht opnemen van een anti-misbruikbepaling. Het artikel geeft de staten een keuze, evenals uit BEPS-actiepunt 6¹⁷¹ volgt, uit drie varianten:

1. Het opnemen van een Principle Purpose Test (PPT);
2. Het opnemen van een Principle Purpose Test in combinatie met een LOB;
3. Het opnemen van een LOB aangevuld met een mechanisme gericht op het bestrijden van doorstroomstructuren.

De PPT is een algemene misbruikbepaling en de LOB een specifieke antimisbruikbepaling. Nederland kiest voor de eerste keuzemogelijkheid en neemt dus alleen de PPT op. De staatssecretaris stelt namelijk dat de PPT overkill kan voorkomen, de rechtszekerheid voor belastingplichtigen vergroot en de informatiepositie van beide verdragsluitende staten verbetert.¹⁷² In sectie 3.4. wordt uitgebreid op de PPT bepaling ingegaan.

3.3. Preambule

Op basis van artikel 6 MLI dient in de preambule van belastingverdragen in de regel de volgende tekst te worden opgenomen:

¹⁶⁸ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 2.

¹⁶⁹ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 2.

¹⁷⁰ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 7.

¹⁷¹ Echter bestaat wel een klein verschil tussen de keuze voor lidstaten die volgt uit BEPS-actiepunt 6 en artikel 7 MLI; in het MLI is niet zoals in actiepunt 6 de mogelijkheid gegeven om een gedetailleerde LOB op te nemen. De reden hiervoor is dat een dergelijke bepaling toegesneden moet zijn op de specifieke situatie van de betrokken staten en deze is dan ook ongeschikt voor een multilateraal instrument, zie par. 90 *Explanatory Statement*.

¹⁷² Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 8.

“Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions).”¹⁷³

Op het moment dat in bestaande belastingverdragen reeds een preambule is opgenomen met een strekking die overeenkomt met het bovenstaande, dan kan een verdragsstaat opteren om de bestaande tekst te handhaven.¹⁷⁴ De verdragsstaat kan dan kiezen om als aanvulling op de al gehanteerde preambule onderstaande tekst toe te voegen:

“Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their co-operation in tax matters.”

Maar vanwege het feit dat in par. 7 van het commentaar bij het OESO-MV al een dergelijke preambule is opgenomen is niet aanstonds duidelijk wat nu de relevantie van artikel 6 MLI is. Kavelaars geeft twee redenen waarom artikel 6 MLI toch relevant is. Allereerst stelt hij dat het bepaalde in par. 7 in principe enkel op art. 1 OESO-MV ziet, terwijl door de toevoeging op de preambule ex art. 6 MLI duidelijk is dat het uitgangspunt voor de volledige toepassing van het verdrag geldt. Ten tweede stelt hij dat de preambule een sterkere werking heeft dan een bepaling opgenomen in het verdragscommentaar.¹⁷⁵ Dit blijkt ook uit de toelichting op het MLI¹⁷⁶, waarin expliciet is beschreven dat bij de toepassingen van het verdrag en de verdragsinterpretatie deze bepaling uitdrukkelijk een rol dient te spelen. Deze sterke werking wordt volgens Kavelaars¹⁷⁷, en ook Kok¹⁷⁸, bewerkstelligd door de toepassing van art. 3 lid 2 OESO-MV in combinatie met art. 31 Verdrag van Wenen inzake de uitleg van verdragen (hierna: Weens Verdragenverdrag). Een preambule maakt namelijk deel uit van de context van een verdrag en op basis van het Weens Verdragenverdrag dient een verdrag onder andere in het licht van deze context te worden uitgelegd.

De preambule kan dus ex art. 6 MLI veranderd of aangevuld worden, maar dit geschiedt nadat het verdrag al tot stand is gekomen. Het lijkt prima facie dan ook vreemd dat een belastingverdrag wordt aangepast, c.q. aangevuld met een intentie die wellicht ten tijde van het afsluiten van het verdrag niet aanwezig was. Dit wordt ook in de *Explanatory Statement* onderkend, maar hier wordt aangegeven dat

¹⁷³ Dit geschiedt door de bestaande preambule aan te passen of door deze preambule toe te voegen, zie art. 6 lid 2 MLI en voor toelichting par. 81 *Explanatory Statement*.

¹⁷⁴ Art. 6 lid 4 MLI.

¹⁷⁵ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 3.

¹⁷⁶ Par. 76 *Explanatory Statement*.

¹⁷⁷ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 3.

¹⁷⁸ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 4.

het de bedoeling is dat het belastingverdrag alsnog wordt geïnterpreteerd in lijn met deze later aangepaste, c.q. aangevulde preambule.¹⁷⁹ Dit is ook opgenomen in de preambule van het MLI zelf:

“Noting the need to ensure that existing agreements for the avoidance of double taxation on income are interpreted to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by those agreements without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in those agreements for the indirect benefit of residents of third jurisdictions.”

3.4. Principle Purpose Test

De *Principle Purpose Test* is een algemene antimisbruikbepaling, in het Engels ook wel bekend als een *General Anti-Abuse Rule* (GAAR). Het is een *principle based*-bepaling en kijkt zodoende niet naar de objectieve kenmerken van de belastingplichtige, maar zoekt aanknopingspunten bij de primaire redenen voor belastingplichtigen om de gekozen fiscale structuur te gebruiken.¹⁸⁰ De tekst van de PPT in het MLI is hetzelfde als de tekst opgenomen in BEPS-actiepunt 6 en luidt als volgt:

“Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.”¹⁸¹

De PPT omvat een motiefvereiste en een normvereiste. Het motiefvereiste ziet op het motief van de belastingplichtige om voor een bepaalde fiscale structuur, c.q. transactie te kiezen: het verdragsvoordeel wordt niet toegekend als het hoofddoel (*principle purpose*) of een van de hoofddoelen van de fiscale structuur, c.q. transactie is om een verdragsvoordeel te behalen. Maar hier geldt een uitzondering op; het verdragsvoordeel wordt wél toegekend, als het toekennen van het verdragsvoordeel in een bepaalde situatie in lijn is met het doel en de strekking van de desbetreffende bepaling in het belastingverdrag. Het doel en de strekking van een belastingverdrag kunnen worden gevonden in de preambule van het verdrag, vandaar dat het van belang is dat ex art. 6 MLI in de preambule wordt opgenomen dat verdragen niet bedoeld zijn om belastingontwijking te faciliteren.

¹⁷⁹ Par. 22, 23 & 76 *Explanatory Statement*.

¹⁸⁰ Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 4.

¹⁸¹ Art. 7 lid 1 MLI.

Waar bij het motiefvereiste dus gekeken wordt naar het doel en de strekking van het verdrag wordt bij het normvereiste gekeken naar de inhoud van het verdrag. Volgens Kok¹⁸² geldt op basis van het normvereiste dat het in lijn kan zijn met het doel en de strekking van de betreffende verdragsbepaling om het verlaagde bronbelastingtarief te hanteren, zelfs als belastingplichtigen enkel met het oogmerk hierop kort voor de dividenduitkering hun bezit hebben vergroot om te voldoen aan het bezitsvereiste, als bijvoorbeeld in een bepaald verdrag staat dat een verlaagd bronbelastingpercentage op dividend wordt toegekend als voldaan is aan een bepaald bezitsvereiste van aandelen en de verdragsluitende staten gekozen hebben om in dit verband géén minimale bezitseis te stellen, ondanks dat deze mogelijkheid door het MLI wel uitdrukkelijk aanwezig was.

De kern van de PPT zit echter niet in het normvereiste, maar in het motiefvereiste.¹⁸³ De belastingdienst moet dus toetsen op basis van het motiefvereiste of ‘het hoofddoel’ of ‘een van de hoofddoelen’ van de belastingplichtig is om belasting te ontwijken. Dit is een vrij laagdrempelig vereiste — gezien het feit dat wanneer het ‘een van de hoofddoelen’ is hier ook al aan voldaan is — en daarom wordt dit vanuit het oogpunt van de belastingdiensten als een zeer licht vereiste gezien.¹⁸⁴ De belastingdienst dient verder te onderbouwen of aan het motiefvereiste voldaan is door een objectieve analyse te maken van de “aims and objects” van alle bij de “arrangement or transaction” betrokken personen.

Verder vertoont de PPT sterke overeenkomsten met het leerstuk van *fraus legis*; niet zo zeer naar de tekst maar wel naar de opzet. Immers bestaat het leerstuk van *fraus legis* in de kern uit dezelfde twee standaardcriteria; het objectieve criterium, i.e. of sprake is van strijdigheid met doel en strekking van het verdrag en het subjectieve criterium, i.e. of het beogen van een fiscaal voordeel een van de voornaamste doelen is.¹⁸⁵

Uit art. 7 lid 4 MLI volgt dat een zogenaamde *discretionary relief*-bepaling, waarmee staten die de PPT in hun verdragen opnemen kunnen kiezen voor een verzachtende maatregel:

“Where a benefit under a Covered Tax Agreement is denied to a person under provisions of the Covered Tax Agreement (as it may be modified by this Convention) that deny all or part of the benefits that would otherwise be provided under the Covered Tax Agreement where the principal purpose or one of the principal purposes of any arrangement or transaction, or of any person concerned with an arrangement or transaction, was to obtain those benefits, the competent authority of the Contracting Jurisdiction that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration

¹⁸² Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 4.2.

¹⁸³ Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 4.

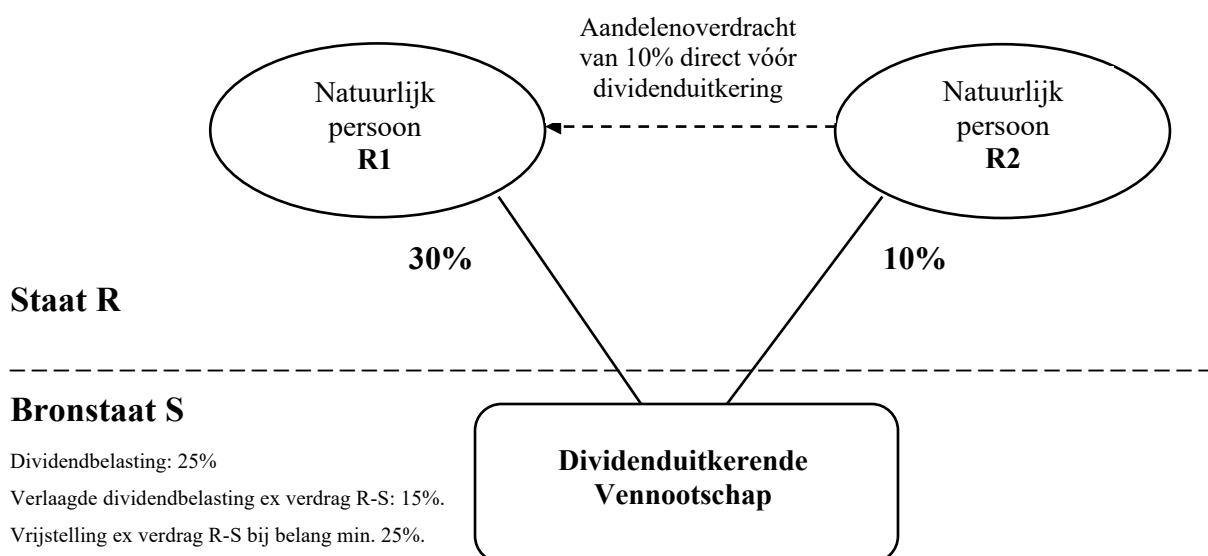
¹⁸⁴ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 4.2.

¹⁸⁵ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 4.1.

of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement. The competent authority of the Contracting Jurisdiction to which a request has been made under this paragraph by a resident of the other Contracting Jurisdiction shall consult with the competent authority of that other Contracting Jurisdiction before rejecting the request.”

Aan de hand van het voorbeeld van Kok¹⁸⁶ kan de bedoeling van de *discretionary relief*-bepaling mijns inziens het beste worden uitgelegd. Stel dat bronstaat S een dividendbelasting met een tarief van 25% heeft. Maar voor dividenden die worden betaald aan inwoners van Staat R geldt — op grond van het belastingverdrag tussen Staat S en R — een verlaagd tarief van 15%. Als echter de inwoner van Staat R een belang houdt van minimaal 25% in de dividenduitkerende vennootschap, dan heft Staat S geen dividendbelasting. Stel vervolgens dat Staat R twee inwoners heeft waarvan de ene inwoner (R1) een belang van 30% houdt in de vennootschap in Staat S en de andere inwoner een belang van slechts 10% houdt. Het belang van R2 is dan dus te laag om in aanmerking te worden genomen voor de in het bedrag opgenomen vrijstelling van dividendbelasting. Maar stel nu dat R2 omwille hiervan, net voordat het dividend wordt uitgekeerd, zijn belang overdraagt aan R1 en dat Staat S hierdoor meent dat deze situatie onder de PPT valt. Het gevolg is dan dat Staat S ten aanzien van het dividend op de aandelen, die net voor de dividenduitkering zijn overgedragen, geen verdragsvoordelen toekent en dat zodoende 25% bronbelasting geheven wordt. Als R2 echter zijn aandelen niet had overgedragen, dan had het wél aanspraak kunnen maken op het verlaagde bronbelastingtarief van 15%. In onderstaande figuur is dit voorbeeld schematisch weergegeven.

Figuur 5: Voorbeeld waarin de *discretionary relief*-bepaling ex art. 7 lid 4 MLI uitkomst kan bieden



¹⁸⁶ Kok, *MBB* 2017/4, onderdeel 4.2.

In dit voorbeeld is dus door de wijze waarop deze fiscale structuur is vormgegeven de situatie verslechterd. Art. 7 lid 4 MLI biedt voor een dergelijke situatie de oplossing; Staat S kan besluiten om in plaats van 25% dividendbelasting over het dividend van de — vlak voor de dividenduitkering overgedragen — aandelen, maar 15% dividendbelasting te heffen. Dit wil dus zeggen dat Staat S het verdragsvoordeel geeft welke ook gegeven zou zijn als geen gebruik was gemaakt van de belastingontwijkende structurering. Kavelaars merkt ten slotte op dat art. 7 lid 4 MLI enerzijds een begrijpelijke bepaling is, maar anderzijds merkwaardig, want bij afwezigheid van de fiscale constructies, c.q. transacties komt men geheel niet aan de PPT toe.¹⁸⁷

3.5. Vereenvoudigde Limitation On Benefits-bepaling

De *Limitation On Benefit*-bepaling is in tegenstelling tot de PPT een specifieke antimisbruikbepaling. Waar in het BEPS-actiepunt 6 nog de keuze bestond tussen een vereenvoudigde en een gedetailleerde LOB, kent het MLI enkel de vereenvoudigde. De reden hiervoor ligt in het feit dat een gedetailleerde LOB toegespitst moet zijn op de specifieke situatie van betrokken staten, waardoor geschiktheid voor een multilateraal instrument is uitgesloten.¹⁸⁸ Zoals al is aangegeven in sectie 3.2. is het opnemen van enkel een vereenvoudigde *Limitation On Benefit*-bepaling voor het MLI niet voldoende. Deze moet of worden aangevuld met de PPT of met een mechanisme gericht op het bestrijden van doorstroomstructuren. Nederland heeft met een aantal staten — doorgaans op verzoek van die staten — verdragen met een LOB.¹⁸⁹ Maar ten aanzien van het MLI kiest Nederland uitdrukkelijk om de LOB niet te implementeren¹⁹⁰ en daarom wordt in deze sectie slechts summier de werking ervan uitgelegd.

Op grond van de LOB heeft een inwoner van een verdragsstaat géén recht op bepaalde verdragsvoordelen, tenzij deze inwoner een zogenaamde ‘qualified person’ is. Een dergelijke ‘qualified person’ kan bijvoorbeeld een vennootschap zijn waarvan de voornaamste klasse aandelen regulier worden verhandeld op een erkende aandelenmarkt zijn, of een vennootschap waarvan tijdens een bepaalde periode minimaal 50% van de aandelen worden gehouden door een of meer ‘qualified persons’. Als een inwoner van een verdragsstaat niet aangemerkt kan worden als een ‘qualified person’, dan is deze alsnog gerechtigd tot de verdragsvoordelen die opkomen uit de actieve uitoefening van het desbetreffende bedrijf in het woonland. Daarbovenop bestaat voor een inwoner die niet kan worden bestempeld als ‘qualified person’ recht op verdragsvoordelen als zogenaamde ‘equivalent beneficiaries’ — iemand die recht zou hebben gehad op dezelfde of zelfs betere verdragsvoordelen als deze persoon het inkomensbestanddeel zelf zou hebben ontvangen — tijdens een bepaalde periode minimaal een

¹⁸⁷ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 4.1.

¹⁸⁸ Zie par. 90 *Explanatory Statement*.

¹⁸⁹ Zie met name de belastingverdragen met de Verenigde Staten en Japan en de Belastingregeling Nederland-Curaçao.

¹⁹⁰ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 9.

direct of indirect belang van 75% in de desbetreffende inwoner houden.¹⁹¹ Het betreft bij de LOB dus objectieve kenmerken van de belastingplichtige.

3.6. Keuze Nederland

Zoals reeds is beschreven kiest Nederland enkel voor het gebruik van de PPT en niet voor de combinatie met de vereenvoudigde LOB. Het opnemen van een vereenvoudigde LOB vindt het kabinet namelijk om vier redenen geen goed idee. Ten eerste vindt het kabinet dat een LOB in essentie geen goede antimisbruikbepaling is: “De LOB stelt een aantal mechanische eisen en het is niet in alle gevallen duidelijk dat deze eisen samenhangen met misbruik van het verdrag.”¹⁹² Ten tweede kenmerkt de vereenvoudigde LOB zich door een discretionaire bevoegdheid voor de bevoegde autoriteiten om verdragsvoordelen toch toe te kennen op het moment dat niet wordt voldaan aan de mechanische eisen van de LOB¹⁹³, hetgeen ertoe leidt dat de LOB slechts quasi heldere grenzen kent. Ten derde geldt zoals eerder is vermeld dat het enkel opnemen van een LOB onvoldoende is voor het MLI en deze dus in combinatie met een PPT moet worden opgenomen, waardoor het veronderstelde voordeel van rechtszekerheid bij een LOB in dat geval teniet wordt gedaan door de open norm van de PPT.¹⁹⁴ Ten vierde stelt het kabinet dat een LOB leidt tot meer complexiteit.¹⁹⁵

Tegenover deze nadelen van de LOB is de staatssecretaris bij beantwoording van de vragen van de Tweede Kamer over het MLI erg tevreden over de toepassing van de PPT. Hij geeft aan dat het voordeel van een PPT is:

“dat deze de nodige flexibiliteit biedt, en kan inspelen op nieuwe patronen door rekening te houden met de feiten en omstandigheden in elk specifiek geval. Bij de invulling van de PPT in concrete situaties geldt het toch vrij duidelijke criterium van de bepaling dat getoetst wordt aan de vragen:

- heeft de belastingplichtige geldige zakelijke redenen voor de geteste structuur of transactie of zijn deze vooral opgezet om belasting te besparen?
- past de uitkomst bij doel en strekking van belastingverdragen, te weten dubbele belasting te voorkomen door heffingsrechten te verdelen tussen de twee betrokken staten?”¹⁹⁶

Ik sluit me aan bij de opvatting van Kok¹⁹⁷ dat dit ‘flauw’ geformuleerd is. Het is namelijk inderdaad zoals de staatssecretaris aangeeft duidelijk wat de criteria, c.q. vragen zijn voor de PPT, maar waar het

¹⁹¹ Kok, *MBB 2017/4*, onderdeel 4.3.

¹⁹² *Kamerstukken II 2016/17*, 25 087, 148, p. 24.

¹⁹³ Art. 7 lid 12 MLI.

¹⁹⁴ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 9.

¹⁹⁵ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 9.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II 2016/17*, 25 087, 148, p. 24.

¹⁹⁷ Kok, *MBB 2017/4*, onderdeel 4.3.

om gaat is of deze criteria ook gemakkelijk ingevuld kunnen worden, hetgeen juist niet aanstonds het geval is.

Nederland geeft verder wel aan dat twee aanvullende bepalingen in de PPT worden opgenomen “om overkill te voorkomen, de rechtszekerheid voor belastingplichtigen te vergroten en de informatiepositie van beide verdragsluitende staten te verbeteren”¹⁹⁸. De eerste bepaling is de *discretionary relief*-bepaling – ex art. 7 lid 4 MLI – en ziet erop dat voordelen op verzoek van de betrokken persoon toch kunnen worden toegekend als en voor zover die voordelen, of andere voordelen, zouden zijn toegekend bij het afwezig zijn van de relevante constructies of transacties. In deze gevallen zal dan in zoverre geen sprake zijn van misbruik en daarom is het logisch om de verdragsvoordelen te verlenen.¹⁹⁹ Op grond van de tweede bepaling zijn de autoriteiten van de een verdragsluitende staat verplicht om de andere verdragsluitende staat te raadplegen over het voornemen om verdragsvoordelen op basis van de PPT te weigeren. Deze consultatieverplichting van een voornemen om de PPT toe te passen kan overkill voorkomen in de gevallen waarin niet alle feiten duidelijk zijn. Daarenboven kan een dergelijke bepaling “bijdragen aan een gezamenlijke, uniforme en zinvolle invulling van de toe te passen criteria”²⁰⁰. De consultatieverplichting is bovendien geen belemmering voor het toepassen van de PPT.²⁰¹

De vraag rijst of Nederland de juiste keuze heeft gemaakt door het enkel opnemen van de PPT of dat het hiernaast ook de LOB had moeten opnemen.

3.7. PPT versus LOB

Om vast te stellen welke bepaling voor Nederland, i.e. de PPT of de LOB de te verkiezen bepaling is wordt getoetst op basis van de effectiviteit, de uitvoerbaarheid en eenvoud, de rechtszekerheid, de efficiëntie en de verhouding met het Europees recht.

Vooropgesteld heeft de PPT een belangrijk voordeel; doordat het een open norm betreft wordt ruimte geboden voor weging van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval, zodat het doel — “preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances” — in grote mate bereikt wordt (lees: effectiviteit). Door de keuze van Nederland om de *discretionary relief*-bepaling op te nemen wint de PPT bovendien verder aan effectiviteit. Immers wordt middels de *discretionary relief*-bepaling een soort noodrem in de PPT ingebouwd, waardoor staten, op het moment dat een situatie in de regel onder de PPT valt, maar wanneer blijkt dat zonder de relevante constructies of transacties de verdragsvoordelen wel zouden zijn toegekend, deze verdragsvoordelen alsnog kunnen worden

¹⁹⁸ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 8.

¹⁹⁹ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 8.

²⁰⁰ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 8.

²⁰¹ Bijlage bij Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 29 mei 2020 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2020), p. 8.

toegekend. Hiernaast heeft Nederland, zoals in de vorige sectie beschreven, een aanvullende consultatieverplichting aan de PPT toegevoegd. Deze bepaling draagt mijns inziens ook bij aan de effectiviteit, omdat landen hierdoor worden verplicht om elkaar te consulteren, c.q. met elkaar te overleggen in gevallen waarbij op basis van het gebrek aan feiten niet aanstonds duidelijk is of een situatie nu wel of niet onder de strekking van de PPT valt. Hierdoor wordt overkill in belangrijke mate tegengegaan en wint in mijn optiek de toch al effectieve PPT aan effectiviteit, hetgeen ook door Bender & Engelsens²⁰² wordt vastgesteld. Bij de LOB rammelt het op het punt van de effectiviteit; de objectieve toetsing van kenmerken van belastingplichtigen kan als gevolg hebben dat kwalificerende vennootschappen aanspraak maken op verdragsvoordelen voor transacties, welke als hoofddoel of een van de hoofddoelen hebben om juist dat verdragsvoordeel te verkrijgen. Wat betreft effectiviteit is de PPT dan ook de te verkiezen bepaling.

Hiertegenover staat dat het inherent is aan de open norm van de PPT dat deze bij de toepassing voor de belastingplichtige eenvoudig is, maar dat deze ook gepaard gaat met zeer onvoorspelbare uitwerking van het criterium. De belastingplichtige is immers in principe bij iedere transactie waar hij verdragstoepassing claimt volledig afhankelijk van de opvatting van de bronstaat, hetgeen de rechtszekerheid, voor de belastingplichtige verlaagt. De LOB daarentegen kenmerkt zich door een zeer complexe toepassing voor de belastingplichtige, waardoor deze wat betreft eenvoud slecht scoort. Echter geeft de LOB ten aanzien van de uitwerking van het criterium wel meer rechtszekerheid aan de belastingplichtige; de vraag of een belastingplichtige aan de LOB-criteria voldoet is vaak objectief vast te stellen, zodat belastingplichtigen a priori zekerheid hebben. Hoewel de LOB aan de ene kant vanwege de rechtszekerheid voor de belastingplichtige dus de te verkiezen bepaling is, wordt zij aan de andere kant gekenmerkt door complexiteit voor zowel de belastingplichtige als voor de wetgever omdat zij alle mogelijk te bestrijden situaties moet beschrijven.²⁰³ Wat betreft de uitvoerbaarheid voor de wetgever geniet de PPT dan ook de voorkeur, omdat deze veel minder complex is.

Om te toetsen in welke mate de PPT, respectievelijk de LOB efficiënt is dient een kosten-baten analyse gemaakt te worden. Hiervoor kan bij uitstek gekeken worden naar de effecten van beide bepalingen op het Nederlandse vestigingsklimaat. Bij individuele verdragsonderhandelingen spelen de economische relatie met de verdragsstaat, de aard van het oneigenlijk verdragsgebruik en de rol van Nederland daarin — hetzij als uiteindelijk vestigingsstaat hetzij als doorstroomstaat — een belangrijke rol.²⁰⁴ Het gaat hierbij met name om afwegingen betreffende de internationale concurrentiepositie van Nederland als vestigingsplaats voor multinationale ondernemingen. Wanneer het gaat om relaties waarbij Nederland aan de ontvangende kant zit en het vennootschappen betreft die zonder meer voldoende *substance* in Nederland hebben, geniet de rechtszekerheid biedende LOB de voorkeur. Het is immers voor multinationale ondernemingen van belang om a priori te weten of zij verdragsvoordelen

²⁰² Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 4.

²⁰³ Kavelaars, *TFO* 2018/159.1, onderdeel 4.1.

²⁰⁴ Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 7.

zullen genieten of niet. Maar zoals eerder is beschreven komt deze LOB op basis van het MLI niet alleen en wordt aangevuld met een PPT. Bender & Engelsens²⁰⁵ stellen dat het voor geen enkele verdragsrelatie met Nederland de voorkeur geniet om voor de optie van de PPT in combinatie met de LOB te kiezen, ik sluit me hierbij aan. Ik zie immers niet in waarom voor een dubbel slot op de deur gekozen zou moeten worden als een enkel slot al voldoende is. Aan de andere kant geldt dat bij verdragsrelaties waarbij Nederland doorgaans, gelet op de inkomensstromen, als bronstaat fungeert het risico aanzienlijk is dat inwoners van derde landen zich via de andere verdragsstaat toegang verschaffen tot de verlaagde Nederlandse dividendbelasting, of het vooralsnog ontbreken van een bronbelasting op rente en royalty's, i.e. bij treaty shopping. Zoals in sectie 2.5.2. is beschreven, is dit veelal het geval in Nederland, waarbij mijns inziens de PPT de voorkeur geniet. De PPT geeft in Nederland immers meer mogelijkheden om maatwerk te leveren en kan de in de regel onbelaste of zeer laag belaste doorstroom van dividenden, interest of royalty's worden tegengegaan. Dit is niet alleen belangrijk voor de belastingopbrengsten van Nederland, maar ook voor de welwillendheid van derde landen om bij belastingverdragen met Nederland in te stemmen met lagere bronbelastingen, hetgeen het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat weer aantrekkelijk maakt voor andere bedrijven. Op deze manier kan de toepassing van de PPT in verdragsrelaties waarbij Nederland met name fungeert als bronstaat zelfs een positieve invloed op de concurrentiepositie hebben stellen Bender & Engelsens.²⁰⁶ Hier zou nog als tegenargument kunnen worden aangevoerd dat multinationale ondernemingen die actief zoeken naar het behalen van belastingvoordelen middels treaty shopping naar andere landen, die geen antimisbruikbepalingen kennen, kunnen uitwijken waardoor Nederland juist belastingopbrengsten misloopt. Maar op basis van de genoemde voordelen van Nederland als doorstroomland zoals genoemd in sectie 2.5.2. in combinatie met de wetenschap dat meer dan 80 landen het MLI ondertekend hebben en zodoende allemaal in de regel in hun belastingverdragen antimisbruikbepalingen hebben, zal dit mijns inziens niet zo'n vaart lopen. Het gebruik van de PPT versterkt het fiscale vestigingsklimaat mijns inziens dus zelfs. Maar wat zijn dan de mogelijke kosten? Deze kosten kunnen naar mijn mening worden gevonden bij multinationale ondernemingen die weldegelijk activiteiten hebben in Nederland, maar die niet zo'n sterke band met Nederland hebben waardoor ze mogelijkerwijs onder de strekking van de PPT vallen. Echter biedt de *discretionary relief*-bepaling hier mijns inziens uitkomst. De PPT is in mijn optiek dan ook een zeer efficiënte bepaling, omdat de baten — de voordelen van het verbeterde vestigingsklimaat — boven de kosten — het zeer beperkt betrekken van vennootschappen waar eigenlijk van misbruik geen sprake is, hetgeen leidt tot een slechter vestigingsklimaat — uitstijgen.

Ten aanzien van de Europeesrechtelijke toets ten aanzien van de PPT en de LOB valt het een en ander op te merken. Vooropgesteld zijn in de loop der jaren ten aanzien van de LOB en de verenigbaarheid met het EU-recht de nodige bezwaren gerezen. Zo oordeelde de Europese Commissie

²⁰⁵ Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 7.

²⁰⁶ Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51, onderdeel 7.

(hierna: EC) in 2015 dat de LOB in het verdrag tussen Nederland en Japan in strijd was met het EU-recht.²⁰⁷ Ondanks dat tijdens de totstandkoming van BEPS-actiepunt 6 aanpassingen aan de LOB gemaakt zijn, loopt een LOB ten aanzien van de EU-rechtelijke toets veel risico.²⁰⁸ Bender & Engelsen zien dan ook niet in hoe de LOB EU-proof gemaakt kan worden op een wijze die voor de voorstanders — o.a. de VS, Japan, India en China — van een LOB aanvaardbaar is. Hoewel de PPT ook niet ongeschonden door de EU-rechtelijke toets komt, doorstaat de PPT deze toch aanzienlijk beter. De EC heeft namelijk alle lidstaten die een PPT opnemen in hun belastingverdragen opgenomen om het volgende in de tekst te wijzigen (onderstreept):²⁰⁹

“Niettegenstaande de andere bepalingen van dit verdrag wordt een voordeel uit hoofde van dit verdrag niet toegekend ter zake van een inkomens- of vermogensbestanddeel indien, gelet op alle relevante feiten en omstandigheden, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het verkrijgen van dit voordeel een van de voornaamste doelen is van het opzetten van een constructie dan wel het aangaan van een transactie die rechtstreeks of indirect tot dat voordeel leidt, tenzij wordt aangetoond dat hierin een reële economische activiteit besloten ligt of dat de toekenning van het voordeel in deze omstandigheden in overeenstemming is met het doel en de strekking van de desbetreffende bepalingen van dit verdrag.”

Volgens de EC is deze korte toevoeging aanbevolen om de PPT in lijn te brengen met de antimisbruikjurisprudentie van het HvJ, en dan meer specifiek het *Cadbury Schweppes*-arrest.²¹⁰ Bovendien wordt de tekst van de PPT met de aanbevolen toevoeging van de EC meer in lijn gebracht met de Moeder-dochterrichtlijn, waarin ook het woord “reële” centraal staat; de voordelen van de richtlijn worden niet toegekend bij bepaalde activiteiten die niet reëel, oftewel kunstmatig zijn.²¹¹ De PPT is dus wat betreft EU-recht de te verkiezen bepaling.

Kortom, op het gebied van effectiviteit, uitvoerbaarheid, efficiëntie en de verhouding met Europeesrecht is de PPT de te verkiezen bepaling. Enkel op het gebied van rechtszekerheid scoort de LOB beter dan de PPT. Maar dit voordeel van rechtszekerheid kan via het MLI niet verzilverd worden, omdat op basis van het MLI de LOB gepaard moet gaan met de PPT. De rechtszekerheid van de LOB wordt hoe dan ook opgeheven door de geringe rechtszekerheid van de PPT. De PPT is dan ook op ieder toetsingsmoment de te verkiezen bepaling.

²⁰⁷ De EC oordeelde namelijk dat zowel de beurstoets als de aandeelhouderstoets strijdigheid oplevert met EU-recht, hetgeen ook al eerder is aangekaart door Pötgens, zie persbericht Europese Commissie 2015; Pötgens & Hofland, *WFR* 2011/3.

²⁰⁸ Zie o.a. F. Debelva e.a 2015; C. HJI Panayi 2015 onderdeel 7.

²⁰⁹ Aanbeveling van de Europese Commissie over de implementatie van maatregelen om misbruik van belastingverdragen tegen te gaan (C(2016)271 final).

²¹⁰ Hierbij betreft het de invulling van “wholly artificial arrangement”, zie o.a. HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04.

²¹¹ Art. 1 lid 2 en 3 Moeder-dochterrichtlijn, zie Debelva & Luts 2015, onderdeel 2.5.

3.8. Deelconclusie

Naar aanleiding van de maatschappelijk en politieke verontwaardiging ten aanzien van het massaal ontwijken van belastingheffing is in 2013 door de OESO het BEPS-actieplan gepubliceerd. Dit actieplan is op verzoek van de G20-landen tot stand gekomen en bevat vijftien actiepunten die als doel hebben om BEPS, i.e. belastingontwijking door grondslaguitholling en winstverschuiving te bestrijden. Zoals eerder beschreven, wordt verdragsmisbruik namelijk, en dan meer in het bijzonder treaty shopping, door de OESO gezien als één van de belangrijkste oorzaken van BEPS. Voor het tegengaan van treaty shopping is dan ook een afzonderlijk actiepunt in het leven geroepen, te weten BEPS-actiepunt 6. Het is echter een uiterst tijdrovend proces om de aanpassingen, die als gevolg van het BEPS-project in 2017 in het OESO-MV zijn neergelegd, in de bestaande bilaterale belastingverdragen van staten door te voeren. Om dit probleem te ondervangen voorziet het BEPS-actieplan in een MLI, opgenomen in BEPS-actiepunt 15, hetgeen neerkomt op een multilateraal verdrag, zodat de bestaande belastingverdragen van de staten die het MLI ondertekenen, c.q. ratificeren 'automatisch' worden aangepast aan de wijziging in het OESO-MV. De bepalingen in het MLI die relevant zijn voor het bestrijden van treaty shopping zijn de artikelen 6 en 7 MLI. Artikel 6 MLI behelst een minimumstandaard die ziet op de opname van, een tegen misbruik gerichte, preambule in belastingverdragen waarmee wordt duidelijk gemaakt dat een belastingverdrag niet is bedoeld om mogelijkheden voor dubbele niet-heffing of verlaagde heffing door belastingontduiking of belastingontwijking te creëren. Nederland heeft zich aan deze minimumstandaard gecommitteerd. Hiernaast schrijft artikel 7 MLI voor een PPT op te nemen, een PPT in combinatie met een vereenvoudigde LOB op te nemen of een LOB aangevuld met een mechanisme gericht op het bestrijden van doorstroomstructuren. De PPT is een algemene antimisbruikbepaling, in het Engels ook wel bekend als een *General Anti-Abuse Rule (GAAR)*. Het is een *principle based*-bepaling en kijkt zodoende niet naar de objectieve kenmerken van de belastingplichtige, maar zoekt aanknoping bij de primaire redenen voor belastingplichtigen om de gekozen fiscale structuur te gebruiken. Het bestaat uit een motiefvereiste, waarbij wordt gekeken naar het doel en strekking van het verdrag en uit een normvereiste, waarbij gekeken wordt naar de inhoud van het verdrag. De kern van de PPT zit echter niet in het normvereiste, maar in het motiefvereiste. De LOB is in tegenstelling tot de PPT een specifieke antimisbruikbepaling en sluit aan bij de objectieve kenmerken van de belastingplichtige. Nederland heeft gekozen voor de PPT met twee aanvullingen; *discretionary relief*-bepaling en een consultatieverplichting. Ten aanzien van de vraag of de PPT of de Lob de te verkiezen bepaling is kan gesteld worden dat de PPT op het gebied van effectiviteit, uitvoerbaarheid, efficiëntie en de verhouding met Europeesrecht de te verkiezen bepaling. Enkel op het gebied van rechtszekerheid scoort de LOB beter dan de PPT. Maar dit voordeel van rechtszekerheid kan via het MLI niet verzilverd worden, omdat op basis van het MLI de LOB gepaard moet gaan met de PPT. De rechtszekerheid van de LOB wordt hoe dan ook opgeheven door de geringe rechtszekerheid van de PPT, waardoor de PPT op elk vlak de voorkeur geniet en de keuze van de wetgever mijns inziens dus de juiste is. De PPT is mijns inziens ook in staat om treaty shopping te bestrijden. Ten eerste is de PPT is door de open norm

heel casuïstisch en leidt in combinatie met de *discretionary relief*-bepaling en consultatieverplichting tot hoge mate van effectiviteit en minimalisering van overkill. Ten tweede is de PPT niet complex en hierdoor voor de wetgever vrij gemakkelijk uit te voeren. Ten derde is de PPT een efficiënte bepaling omdat de baten— de voordelen van het verbeterde vestigingsklimaat — boven de kosten — het zeer beperkt betrekken van vennootschappen waar eigenlijk van misbruik geen sprake is, hetgeen leidt tot een slechter vestigingsklimaat — uitstijgen. Ten vierde doorstaat de PPT de Europeesrechtelijk toets goed, mits op basis van een aanbeveling van de EC een kleine tekstuele aanpassing gemaakt wordt. In het volgende hoofdstuk wordt op de Europeesrechtelijke aanpak van treaty shopping ingegaan.

4. Antimisbruikbepalingen afkomstig van de EU

4.1. Inleiding

De problematiek ten aanzien van belastingontwijking middels treaty shopping door multinationale ondernemingen zoals beschreven in hoofdstuk 2 heeft niet alleen intergouvernementele organisaties, zoals de OESO in beweging gebracht, maar ook het belangrijkste samenwerkingsverband binnen Europa; de EU. De EU bestaat inmiddels uit 27 lidstaten en heeft onder andere als doelstelling om een interne markt te creëren met vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Ook fiscale integratie en het tegengaan van belastingontwijking van multinationals is voor de EU een belangrijke doelstelling. Zo hebben sinds de jaren 90 van de vorige eeuw verschillende richtlijnen wat betreft de directe belastingen het levenslicht gezien, e.g. de Moeder-dochterrichtlijn, de Fusierichtlijn, de Interest- en royaltyrichtlijn. Deze richtlijnen hebben alle in de kern als doel om de Europese interne markt te harmoniseren en fiscale belemmeringen als gevolg van nationale wetgeving zo veel mogelijk op te heffen. Deze richtlijnen behelzen tevens antimisbruikbepalingen, die onder andere kunnen worden ingezet om treaty shopping te bestrijden. Ook hebben de EU-lidstaten in 2016 overeenstemming bereikt over een Europese antibelastingontwijkingsrichtlijn, die grotendeels is gebaseerd — maar waarbij niet actief is aangesloten — op het BEPS-actieplan van de OESO, te weten de Anti Tax Avoidance Directive 1 (ATAD 1). In deze richtlijn is onder meer een generale antimisbruikbepaling opgenomen die onder andere treaty shopping moet bestrijden. Hiernaast is in de Europeesrechtelijk jurisprudentie het leerstuk van misbruik van recht ontwikkeld. Hoewel men eerst dacht dat dit leerstuk meer van belang was bij de indirecte belastingen, bewijst recentere jurisprudentie het tegendeel en blijkt het leerstuk ook zonder meer van toepassing op de directe belastingen. Zo blijkt uit de Danmark-arresten zelfs dat wanneer sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, i.e. wanneer dividend wordt uitgekeerd aan een doorstroomvennootschap dat belastingvoordelen voortvloeiend uit de Moeder-dochterrichtlijnen door EU-lidstaten niet verleend mogen worden. Met deze uitspraak heeft het HvJ een nieuw instrument aangeleverd om misbruiksituaties, waaronder ook treaty shopping, te bestrijden. In dit hoofdstuk wordt beschreven welke antimisbruikbepalingen uit het EU-recht volgen en wanneer deze van toepassing zijn. Vervolgens wordt getoetst in hoeverre deze antimisbruikbepalingen ook daadwerkelijk in staat zijn om treaty shopping te bestrijden. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie waarin de volgende vraag wordt beantwoord:

- *Welke antimisbruikbepalingen volgen uit EU-recht tegen treaty shopping en in hoeverre zijn de antimisbruikbepalingen effectief, efficiënt, uitvoerbaar, leiden ze tot rechtszekerheid en voldoen ze aan de regels van internationaal en Europees (belasting)recht, en wat zijn mogelijke verbeterpunten?*

4.2. Algemeen

De EU heeft talloze doelstellingen die in grote mate gerealiseerd moeten worden door het creëren van een interne, c.q. gemeenschappelijke markt waarin geen belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal bestaat (hierna: verkeersvrijheden).²¹² Deze interne markt kan op twee manieren bereikt worden: middels positieve integratie en middels negatieve integratie. Positieve integratie, of ook wel beleidsintegratie, wordt bewerkstelligd door middel van harmonisatie van de nationale wetgevingen van de EU-lidstaten, hetgeen neerkomt op het volledig gelijk maken van alle nationale wetgeving binnen de EU op het bestreken terrein.²¹³ Positieve integratie geschiedt middels verordeningen, richtlijnen en beschikkingen. Negatieve integratie, ook wel marktintegratie, ziet op het verbod op het opwerpen en in stand houden van belemmeringen in het economisch verkeer tussen EU-lidstaten. Deze vorm van integratie wordt bewerkstelligd middels rechtspraak van het HvJ. Voor positieve integratie is op het gebied van directe belastingen unanimititeit van stemmen vereist²¹⁴, waardoor harmonisatie middels positieve integratie vaak vanwege het gebrek aan politieke wilskracht en verdeeldheid onder de EU-lidstaten niet van de grond kwam. Maar de laatste paar jaren is hier verandering in gekomen bij positieve integratie die specifiek ziet op het bestrijden van misbruik. Hierbij kan veelal op animo onder alle EU-lidstaten worden gerekend waardoor ondanks het vereiste van unanimititeit richtlijnen toch voortvarend door het politieke proces geleid worden. Voorbeelden hiervan zijn de richtlijn ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken uit 2016, te weten de ATAD 1²¹⁵, de richtlijn ten aanzien van hybride mismatches uit 2017, te weten de ATAD 2²¹⁶ en de richtlijn die ziet op verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied, te weten de de *Mandatory disclosure*-richtlijn²¹⁷. Ook negatieve integratie is op belastinggebied relevant, want hiermee kunnen nationale fiscale regelingen, zonder het vereiste van unanimititeit, met een beroep op de verdragsvrijheden buiten werking worden gesteld.²¹⁸ Voor het bestrijden van treaty shopping zijn beide vormen van integratie van belang.

Op het gebied van positieve integratie zijn in een aantal richtlijnen antimisbruikbepalingen opgenomen. Ten eerste kent de Moeder-dochterrichtlijn uit 2011 een antimisbruikbepaling. Deze richtlijn heeft als doel om dividenden en winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappij binnen de EU vrij te stellen van bronbelasting en dubbele belastingheffing op het

²¹² Artikelen 2, 3 en 14 Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU).

²¹³ Barents & Brinkhorst 2006, p. 424-425.

²¹⁴ Artikel 113 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

²¹⁵ 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 (hierna: ATAD 1)

²¹⁶ Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van de Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde landen.

²¹⁷ Richtlijn (EU) 2018/822 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

²¹⁸ Essers, *WFR* 2003/1573.

niveau van de moedermaatschappij te elimineren²¹⁹. De hieruit volgende antimisbruikbepaling is tevens in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd²²⁰. Ook de Fusierichtlijn²²¹ uit 2009 welke als doel heeft om fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil betrekking hebbende op vennootschappen binnen de EU niet te belemmeren door nadelige fiscale voorschriften van EU-lidstaten²²², kent een antimisbruikbepaling. Ten slotte behelst ook de Interest- en royaltyrichtlijn²²³ uit 2003, welke beoogt te waarborgen dat uitkeringen van interest en royalty's eenmaal in een EU-lidstaat worden belast²²⁴, een antimisbruikbepaling. De antimisbruikbepalingen uit de genoemde richtlijnen worden in sectie 4.3. nader uitgewerkt.

Hiernaast heeft de EU ten aanzien van de positieve integratie geoordeeld dat richtlijnen opgesteld moeten worden om het BEPS-actieplan van de OESO op EU-niveau toe te passen.²²⁵ Het richtlijnvoorstel van de ATAD 1 is zeer voortvarend door het politieke proces gegaan, waaruit blijkt dat het tegengaan van belastingontwijking bij de individuele EU-lidstaten op een hoge prioriteit kan rekenen.²²⁶ Dit is ook niet geheel vreemd aangezien uit een onderzoek van het CPB blijkt dat wanneer EU-lidstaten niet meer gebruikt kunnen worden door bedrijven in fiscale constructies om de belastingdruk te verlagen, de wereldwijde gemiddelde opbrengst van treaty shopping afneemt van 5,6% naar 4,5%.²²⁷ Uiteindelijk heeft de EU de anti-BEPS-richtlijn opgenomen in de ATAD 1. Het doel van de ATAD 1 is het op een geharmoniseerde wijze binnen de EU implementeren van een drietal aanbevelingen uit het BEPS-actieplan, te weten de earningsstrippingmaatregel, de CFC-maatregel en de hybride mismatchbepaling, en een tweetal niet uit het BEPS-actieplan volgende maatregelen, te weten de exithetfingbepaling en het algemeen verbod op rechtsmisbruik. Vooral de laatstgenoemde bepaling is voor het tegengaan van treaty shopping relevant. Zeer saillant is het feit dat de EU redelijk onafhankelijk van de OESO heeft gehandeld en bij de meeste onderdelen van ATAD 1 geen aansluiting heeft gezocht bij de actiepunten volgend uit het BEPS-actieplan. Ook uit de wetgeschiedenis van de ATAD 1 volgt niet dat voor de uitleg van de begrippen in de richtlijn beoogd is om het BEPS-actieplan te volgen.²²⁸ Ondanks het feit dat niet actief aansluiting bij het BEPS-actieplan is gezocht, blijkt de praktische uitwerking van met name de generale antimisbruikbepaling, welke ziet op het algemeen verbod op rechtsmisbruik, sterk overeen te komen met de PPT afkomstig van de OESO.

²¹⁹ Punt 3 Preambule Moeder-dochterrichtlijn.

²²⁰ Artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb en artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB.

²²¹ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijk fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (hierna: Fusierichtlijn).

²²² Punt 2 Preambule Fusierichtlijn.

²²³ Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (2003/49/EC) (Hierna: Interest- en royaltyrichtlijn).

²²⁴ Punt 3 Preambule Interest- en royaltyrichtlijn.

²²⁵ Punt 2 Preambule ATAD 1.

²²⁶ Kavelaars, *TFO* 2016/147.1, onderdeel 1.

²²⁷ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019.

²²⁸ Stevens, *TFO* 2017/150.4.

Uit de preambule volgt dat het hoofddoel van de ATAD 1 is om de interne markt als geheel beter te wapenen tegen grensoverschrijdende belastingontwijking.²²⁹ Volgens de EU is het namelijk niet mogelijk om dit hoofddoel te bereiken wanneer de EU-lidstaten afzonderlijk optreden, waardoor oplossingen op EU-niveau geboden moeten worden (lees: subsidiariteit²³⁰). De ATAD 1 schept dan ook een minimaal vereist niveau waaraan EU-lidstaten moet voldoen.²³¹ De generale antimisbruikbepaling en de vier specifieke antimisbruikbepalingen opgenomen in de ATAD 1 behelzen een minimumstandaard, i.e. de EU-lidstaten moeten minimaal deze standaard in hun nationale wetgeving opnemen om misbruik te bestrijden. Verder fungeert de ATAD 1 als een keuzemenu; de EU-lidstaten hebben naast de keuze om antimisbruikbepalingen uit de ATAD 1 strenger te implementeren, ook in bepaalde gevallen de keuze om versoepelingen te implementeren. In dit licht bezien kan men zich dan ook afvragen of het voorkomen van fragmentatie ten aanzien van de implementatie van de antimisbruikbepalingen binnen de EU ook daadwerkelijk behaald kan worden.²³²

Ten aanzien van de rechtskracht die uitgaat van de ATAD 1 geldt dat de uitleg van de minimumstandaarden is voorbehouden aan het HvJ. De minimumstandaarden kunnen een belastingplichtige niet worden tegengeworpen wanneer Nederland deze niet op een juiste wijze in de nationale wetgeving heeft geïmplementeerd.²³³ De nationale rechter heeft wel de verplichting om uit een richtlijn afkomstige geïmplementeerde maatregel in de context van de bewoordingen en het doel van de EU-wetgever bij de desbetreffende richtlijn uit te leggen.²³⁴ Een minimumstandaard, die op incorrecte wijze uit de ATAD 1 is geïmplementeerd kan dus door een nationale rechter middels een richtlijnconforme lezing hersteld worden.²³⁵ Voor het bestrijden van treaty shopping is de generale antimisbruikbepaling opgenomen in artikel 6 ATAD 1 (hierna: de GAAR), veruit het meest van belang. Deze wordt daarom ook nader uitgewerkt in sectie 4.4.

Ook wat betreft negatieve integratie wordt getracht internationale belastingontwijking te bestrijden. Dit geschiedt aan de hand van een aantal instrumenten. Ten eerste probeert de Europese Commissie (hierna: EC) middels een beroep op het verbod op staatsteun zoals neergelegd in artikel 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) EU-lidstaten te corrigeren die — veelal — middels rulings in de ogen van de EC multinationale ondernemingen belastingvoordelen toekennen. Mijns inziens is dit een vrij gekunstelde manier om belastingontwijking te bestrijden, omdat in principe het staatsteun artikel niet specifiek ziet op fiscale aangelegenheden en zich zodoende niet goed voor belastingdoeleinden leent. Ook uit de jurisprudentie blijkt het bestrijden van belastingontwijking op deze manier niet zo succesvol. Zo probeerde de EC middels een beroep op

²²⁹ Punt 16 Preambule ATAD 1.

²³⁰ Artikel 5 lid 2 VEU.

²³¹ Punt 16 Preambule ATAD 1.

²³² Smit, *MBB* 2018/11, p. 439.

²³³ HvJ EG 8 oktober 1987, nr. C-80/86 (Kolpinghuis Nijmegen).

²³⁴ HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing); HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 (Adeneler).

²³⁵ Smit, *MBB* 2018/11, p. 439.

verboden staatsteun te bewerkstelligen dat Starbucks aan Nederland alsnog een bedrag van ongeveer € 26 miljoen aan belasting zou betalen, maar deze zaak ging voor de EC verloren; ondanks dat ze in grote lijnen van het HvJ gelijk kreeg, voldeed ze niet in voldoende mate aan de bewijsplicht.²³⁶ Meer recent, i.e. in een arrest d.d. 15 juli 2020, heeft het Europees Gerecht in Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) geoordeeld dat de Amerikaanse multinational Apple de belastingaanslag in Ierland van € 13 miljard niet hoeft te betalen. De EC meende namelijk dat Ierland verboden staatsteun had verleend, hetgeen leidde tot een winstbelasting van minder dan 1%, maar het Gerecht oordeelde dat de EC onvoldoende heeft kunnen bewijzen dat sprake was van een selectief voordeel.²³⁷ Dit leerstuk is desalniettemin nog steeds relevant voor het bestrijden van misbruik, omdat volgens het HvJ de EC in genoemde arresten niet aan haar bewijsplicht heeft voldaan, maar wanneer de EC wél aan haar bewijsplicht voldoet kan de mogelijke misbruiksituatie wel degelijk succesvol bestreden worden. Echter is het leerstuk van verboden staatssteun mijns inziens voor het bestrijden van treaty shopping minder relevant en hier wordt dan verder ook niet op ingegaan.

Ten tweede tracht de EC middels een beroep op de verkeersvrijheden belemmeringen, c.q. discriminatie vanuit het nationale belastingrecht van EU-lidstaten te bestrijden. Ook deze verkeersvrijheden beogen in de regel niet om internationale belastingontwijking te bestrijden, maar beroepen hierop zijn succesvoller gebleken en hebben ook geleid tot meer harmonisatie.²³⁸ Hiernaast is in de Europese jurisprudentie het leerstuk van misbruik van recht ontstaan. Hoewel in eerste instantie dit leerstuk is ontwikkeld binnen de indirecte belastingen — vooral binnen de omzetbelasting — is het leerstuk niet enkel tot deze belastingen beperkt. Dit kan op basis van jurisprudentie die losstaat van de fiscaliteit worden afgeleid waarbij de vraag is beantwoord of een beroep op het EU-recht kan worden gedaan als sprake is van misbruiksituaties, hetgeen door het HvJ uitdrukkelijk ontkennend beantwoord is.²³⁹ Binnen de directe belastingen is één van de eerste verschijningsvormen van misbruik van recht in het arrest Cadbury Schweppes te vinden.²⁴⁰ In dit arrest, waarin het HvJ heeft getoetst aan de verkeersvrijheden, is misbruik van recht voor het eerst als rechtvaardigingsgrond gehonoreerd. De reikwijdte van het leerstuk van misbruik van recht is echter op grond van dit arrest nog vrij beperkt; immers kan het enkel binnen het toetsingskader van de verkeersvrijheden als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor belemmeringen, c.q. discriminatie worden ingeroepen en niet als zelfstandig leerstuk. Desalniettemin lijkt de in dit arrest gekozen formulering van het misbruik van recht de inspiratiebron te zijn geweest voor de generieke antimisbruikbepaling in de ATAD 1²⁴¹. Hoewel de

²³⁶ HvJ EU 24 september 2019, nr. T-760/15 en nr. T-636/16 (Starbucks).

²³⁷ HvJ EU 15 juli 2020, nr. T-778/16 en nr. T-892/16 (Apple).

²³⁸ Zie bijv. HvJ EG 28 januari 1986, nr. 270/63 (Avoir Fiscal); HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer); HvJ EG 14 december 2006, nr. C-170/05 (Denkavit II); HvJ EG 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon).

²³⁹ “Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de justitiabelen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht kunnen doen”, zie HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), r.o. 68.

²⁴⁰ HvJ EU 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes).

²⁴¹ Artikel 6 ATAD 1.

indirecte belastingen op basis van het Halifax-arrest²⁴² het zelfstandige leerstuk van misbruik van recht al kende bestond dit dus nog niet binnen de directe belastingen. Hier is recentelijk middels de Danmark-arresten²⁴³ verandering in gekomen; in deze arresten heeft het HvJ erkend dat het zelfstandige leerstuk van misbruik van recht ook binnen de directe belastingen geldt. In de arresten worden verder nadere handvatten aangereikt voor de toetsing om misbruiksituaties te onderscheiden van situaties waarbij sprake is van een daadwerkelijke economische activiteit.²⁴⁴ Het HvJ heeft kort gezegd geoordeeld dat dividenduitkeringen, die formeel gezien binnen de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn vallen en waarvoor in principe aanspraak moet kunnen worden gemaakt op een vrijstelling van bronbelasting, niet voor de richtlijnvoordelen in aanmerking komen, als sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, i.e. als het dividend wordt uitgekeerd aan een doorstroomvennootschap. Het HvJ geeft met de uitspraak in de Danmark-arresten nieuwe manieren om belastingontwijking via EU-lidstaten te bestrijden door belastingvoordelen uit EU-richtlijnen, e.g. uit de Moeder-dochterrichtlijn, Fusierichtlijn of Interest- en royaltyrichtlijn, in misbruik situaties niet toe te kennen. De uitspraak staat echter haaks op de conclusie van A-G Kokott²⁴⁵ bij de Danmark-arresten, hetgeen heeft geleid tot een verrassende en in zekere mate sceptische ontvangst van de uitkomst van de arresten.²⁴⁶ Immers als het HvJ in lijn met de conclusie van A-G Kokott had geoordeeld dan was de uitkomst van de zaak heel anders geweest; A-G Kokott meende dat het HvJ een harde lijn zou moeten handhaven ten aanzien van de mogelijkheden van de EU-lidstaten om belastingvoordelen te weigeren die anderszins beschikbaar zouden zijn in de directe belastingen. Met andere woorden: de uitkomst zou grotendeels in het voordeel van de belastingplichtigen in de onderhavige casus geweest zijn als de A-G gevolgd was, terwijl de uiteindelijk uitspraak van het HvJ heeft geleid tot een zeer krachtig wapen voor EU-lidstaten om bepaalde constructies te bestrijden die beogen om belastingvoordelen te verkrijgen. Dit heeft tevens geleid tot grote verrassing onder belastingadviseurs en academici²⁴⁷, en liet ook de media niet ongemoeid, welke zelfs kopten met “Europees Hof legt bom onder Nederland als fiscale vrijhaven”.²⁴⁸

4.3. Antimisbruikbepalingen in verschillende richtlijnen

Zoals in de vorige sectie is beschreven zijn in verschillende Europese richtlijnen ten aanzien van directe belastingen antimisbruikbepalingen opgenomen. Allereerst kent de Moeder-dochterrichtlijn sinds de wijzigingsrichtlijn²⁴⁹ uit 2015 in de vorm van artikel 1 leden 2 en 3 een antimisbruikbepaling. Vóór 2015 volgde wat betreft antimisbruik alleen uit het voormalige artikel 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn dat

²⁴² HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax).

²⁴³ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark).

²⁴⁴ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019, p. 8.

²⁴⁵ Concl. A-G Kokott 1 maart 2018 bij HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark).

²⁴⁶ Zie Haslehner & Kofler 2019.

²⁴⁷ Zie Bradbury e.a. 2018.

²⁴⁸ Berentsen 2019a.

²⁴⁹ Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en de dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (Hierna: Wijzigingsrichtlijn Moeder-dochterrichtlijn)

bepaalde nationale of verdragsrechtelijke bepalingen inzake het bestrijden van fraude en misbruik gerespecteerd moesten worden.²⁵⁰ Het huidige artikel 1 lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn stelt dat een lidstaat de voordelen van de Moeder-dochterrichtlijn niet toekent wanneer voldaan is aan dezelfde vereiste die uit de GAAR van artikel 6 ATAD 1²⁵¹ volgen: het motiefvereiste, het normvereiste en het kunstmatigheidsvereiste. Artikel 5 lid 3 van de Moeder-dochterrichtlijn geeft vervolgens aan dat een constructie als kunstmatig wordt beschouwd “voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen”. Belangrijk verschil met de GAAR uit de ATAD betreft de reikwijdte; de GAAR uit de ATAD enerzijds richt zich op de gehele vennootschapsbelasting en kent een misbruikvangnetfunctie²⁵², terwijl anderzijds de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn zich enkel uitstrekt tot misbruik van de Moeder-dochterrichtlijn en zich zodoende beperkt tot de uit de Moeder-dochterrichtlijn voortvloeiende voordelen.²⁵³ De antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn richt zich dus op specifieke situaties waardoor het kan worden gecategoriseerd als een *Targeted Abuse Rule* (hierna: TAAR).²⁵⁴ Hierbij geldt wel dat de antimisbruikbepaling in de Moeder-dochterrichtlijn het gebruik van een algemene antimisbruikbepaling, zoals *fraus legis*, niet in de weg staat.²⁵⁵ Zeer saillant is overigens dat de wetgever bij de GAAR uit de ATAD 1 acht dat geen implementatie nodig is vanwege het volstaan van het leerstuk van *fraus legis*, maar dat diezelfde wetgever ondanks dat de antimisbruikbepaling i.c. gelijkkluidend is aan de GAAR wél over is gegaan tot implementatie van deze antimisbruikbepaling volgend uit de Moeder-dochterrichtlijn; deze antimisbruikbepaling is geïmplementeerd in artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb en in artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet DB. De wetgever is hier mijns inziens incoherent; als de gelijkkluidende GAAR niet geïmplementeerd hoeft te worden omdat deze reeds is geïncorporeerd in het leerstuk van *fraus legis* behoeft de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn ook geen implementatie. Het leerstuk van *fraus legis* is niet beperkt tot een specifieke belasting waardoor mijns inziens geldt dat zowel de antimisbruikbepaling in de Wet Vpb als de Wet DB overbodig zijn, hetgeen ook door Kavelaars²⁵⁶ wordt onderschreven. Het is dan ook wenselijk in mijn optiek om de implementatie van de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn af te schaffen.

Hiernaast is in artikel 15 Fusierichtlijn een antimisbruikbepaling opgenomen, welke ook in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd²⁵⁷. Ook deze antimisbruikbepaling kwalificeert als een TAAR. Deze bepaling is enigszins anders geformuleerd dan de bepaling in de Moeder-dochterrichtlijn en de GAAR uit de ATAD 1 en is tekstueel zodanig vormgegeven dat deze zich meer specifiek richt op de Fusierichtlijn zelf. Noch het motiefvereiste noch het normvereiste zijn duidelijk afzonderlijk

²⁵⁰ Deze bepaling is in de huidige Moeder-dochterrichtlijn opgenomen in artikel 1 lid 4 Moeder-dochterrichtlijn.

²⁵¹ Zie de volgende sectie voor de nadere uitwerking van de GAAR.

²⁵² Punt 11 Considerans ATAD 1.

²⁵³ Punt 6 Considerans Wijzigingsrichtlijn Moeder-dochterrichtlijn.

²⁵⁴ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 030, 3, p. 15.

²⁵⁵ Punt 6 Considerans Wijzigingsrichtlijn Moeder-dochterrichtlijn en *Kamerstukken II 2015/16*, 34 306, 3, p. 3.

²⁵⁶ P. Kavelaars, *TFO 2019/161.3*, onderdeel 3.4.

²⁵⁷ Zie o.a. artikel 14 lid 4 Wet Vpb; artikel 14a lid 6 Wet Vpb; artikel 14b lid 5 Wet Vpb.

herkenbaar. Evenmin wordt het kunstmatigheids criterium expliciet vermeld. In mijn optiek is het niet noodzakelijk om i.c. de antimisbruikbepaling zodanig specifiek te formuleren. Het is mijns inziens dan ook wenselijk om deze antimisbruikbepaling breder te formuleren en zodoende aan te sluiten bij de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn en de ATAD 1.

Ten slotte is ook in artikel 5 Interest- en royaltyrichtlijn een antimisbruikbepaling — tevens een TAAR — opgenomen. Deze antimisbruikbepaling komt grotendeels overeen met het voormalige artikel 1 lid 2 — en het huidige artikel 1 lid 4 — van de Moeder-dochterrichtlijn. De antimisbruikbepalingen komen niet geheel overeen omdat artikel 5 lid 1 Interest- en royaltyrichtlijn enerzijds nationale en verdragsrechtelijke antimisbruikbepalingen laat voorgaan en anderzijds omdat uit lid 2 van datzelfde artikel een eigen antimisbruikbepaling volgt die enkel het motiefvereiste behelst; “voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegreden”. Mijns inziens is het wenselijk als deze antimisbruikbepaling wordt aangepast en in ieder geval gelijklopend aan de antimisbruikbepaling uit de Moeder-dochterrichtlijn en de ATAD wordt gemaakt; het is inconsistent om in de antimisbruikbepaling van de Interest- en royaltyrichtlijn niet ook te toetsen aan het normvereiste en het kunstmatigheidsvereiste. Ik vind het dan ook betreurenswaardig dat het voorstel tot aanpassing van de Interest- en royaltyrichtlijn²⁵⁸, welke al sedert 2011 aanhangig is, geen wijziging van artikel 15 behelst.

Vanwege het feit dat de ATAD een overkoepelende GAAR kent, i.e. ongeacht van welke richtlijn gebruik gemaakt wordt en deze hierdoor mijns inziens kan worden bestempeld als de belangrijkste antimisbruikbepaling volgend uit positieve integratie van de EU, wordt verder in dit hoofdstuk geen aandacht meer besteed aan de antimisbruikbepalingen, welke kwalificeren als TAAR's, volgend uit de individuele richtlijnen.

4.4. De GAAR uit de ATAD 1

Zoals beschreven in sectie 4.2. is in artikel 6 ATAD 1 een algemene antimisbruikbepaling, te weten de GAAR, opgenomen. Maar alvorens dit toetsingskader uit te werken, geniet het de voorkeur om onderscheid te maken tussen specifieke ontwijkingsregels en generieke ontwijkingsregels, ofwel algemene antimisbruikbepalingen. Specifieke ontwijkingsregels zijn bepalingen die zich meer op het specifiek tegengaan van daadwerkelijke ontwijkingsstructuren richten²⁵⁹, e.g. de in de ATAD 1 opgenomen CFC-wetgeving en een LOB zoals volgend uit het MLI. Hiernaast richten de generieke ontwijkingsregels zich niet op specifieke constructies, maar juist meer op ontwijkingsstructuren in het algemeen, zoals bijvoorbeeld de PPT uit het MLI. Hoewel prima facie duidelijk is dat specifieke antimisbruikbepalingen prevaleren boven algemene antimisbruikbepaling²⁶⁰ is dit niet aanstonds

²⁵⁸ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkering van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (2011/0314/CNS).

²⁵⁹ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.1.

²⁶⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 15.

logisch. Immers geldt dat als een algemene antimisbruikbepaling voldoende duidelijk en breed is geformuleerd dat dan een specifieke antimisbruikbepaling volstrekt overbodig is, waardoor de wetgeving aanzienlijk vereenvoudigd zou kunnen worden. Hier kan echter wel nog een belangrijk bezwaar bij gemaakt worden; het nadeel van een algemene antimisbruikbepaling schuilt in — hetgeen het inherente kenmerk van generaliteit met zich brengt — het feit dat het voor zowel de overheid als voor belastingplichtige zorgt voor onzekerheid. Ik onderschrijf de opvatting van Kavelaars dat dit nadeel ook weer een voordeel kan behelzen, omdat een dergelijk generieke bepaling ook voor flexibiliteit in de toepassing zorgt.²⁶¹

Een tweede punt alvorens het toetsingskader uit te werken ziet op de verhouding tussen algemene en specifieke antimisbruikbepalingen, i.e. de vraag of, en zo ja, in hoeverre deze antimisbruikbepalingen naast elkaar kunnen worden toegepast. De opvatting dat beiden niet successievelijk kunnen worden toegepast is de meest logische; de specifieke antimisbruikbepaling lost in de regel al de specifieke misbruiksituatie op en de toepassing van een algemene antimisbruikbepaling is dan overbodig. Wanneer vervolgens blijkt dat de specifieke antimisbruikbepaling niet in voldoende mate de specifieke misbruiksituatie oplost, dan zal de bepaling moeten worden aangescherpt. Voor Nederland, i.e. waar het de strikt Nederlandse wetgeving betreft, ligt deze kwestie anders blijkens een arrest d.d. 2017 waarin de HR heeft beslist dat ondanks het feit dat artikel 10a Wet Vpb een specifieke antimisbruikbepaling behelst, dit een succesvol beroep op de algemene antimisbruikbepaling van *fraus legis* niet in de weg staat.²⁶² Ik meen tezamen met Kavelaars²⁶³ dat dit zeer onwenselijk is, omdat aan de ene kant middels deze uitspraak een niet-goed wetgevende overheid door de rechterlijke macht het hand boven het hoofd wordt gehouden en omdat aan de andere kant op deze manier net zo goed geen specifieke antimisbruikbepaling opgenomen kan worden als toch wordt teruggegrepen op de generieke antimisbruikbepaling.

De GAAR uit de ATAD fungeert naast de verschillende antimisbruikbepalingen die Nederland naar aanleiding van de verschillende Europese richtlijnen — Moeder-dochterrichtlijn, Fusierichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn — al in de vennootschapsbelasting²⁶⁴ heeft geïmplementeerd.²⁶⁵ Zoals in de vorige sectie beschreven verschillen deze antimisbruikbepalingen qua reikwijdte met de GAAR, omdat de GAAR betrekking heeft op de gehele vennootschapsbelasting, terwijl de antimisbruikbepalingen die voortvloeien uit de richtlijnen — ook wel TAAR's — specifiek zien op voordelen die voortvloeien uit die specifieke richtlijnen.

Artikel 6 ATAD 1 wordt nader toegelicht in punt 11 van de Considerans bij ATAD 1. Op basis van de Considerans prevaleert net als op basis van de hiervoor genoemde Nederlandse opvatting de

²⁶¹ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.1.

²⁶² HR 21 april 2017, nr. 15/05278.

²⁶³ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.1.

²⁶⁴ Zie artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet Vpb; artikel 14 lid 4 Wet Vpb; artikel 14a lid 6 Wet Vpb; artikel 14b lid 5 Wet Vpb

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 2.

specifieke antimisbruikbepaling boven de algemene, tenzij de specifieke bepaling tekortschiet. Een zeer belangrijk punt volgend uit de Considerans is dat de belastingplichtige vrij moet zijn om fiscaal de meest gunstige weg te kiezen, hetgeen tevens in lijn is met het eerdergenoemde rapport Misbruik van Recht van de Vereniging voor Belastingwetenschap²⁶⁶. Het kernonderscheid tussen wat aanvaardbaar en wat onaanvaardbaar is legt de Considerans bij het kunstmatige karakter van een bepaalde structuur, hetgeen ook duidelijk blijkt uit de formulering van artikel 6 ATAD 1. In het artikel worden namelijk drie cumulatieve voorwaarden voor toepassing van de GAAR opgesomd:

1. Het motiefvereiste: het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht moet worden ondermijnd;
2. Het normvereiste: een constructie of een reeks constructies moeten zijn opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen om een belastingvoordeel te verkrijgen;
3. Het kunstmatigheidsvereiste: gelet op alle feiten en omstandigheden moet de constructie of reeks van constructies kunstmatig te zijn.

Enkel de derde voorwaarde wordt verder in de ATAD 1 uitgewerkt; artikel 6 lid 2 ATAD 1 stelt dat sprake is van een kunstmatige constructie “voor zover ze niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen”. De Nederlandse wetgever stelt dat het in de vorm van het leerstuk van *fraus legis* reeds een algemene antimisbruikbepaling kent en zodoende artikel 6 ATAD 1 geen specifieke implementatie in de Nederlandse nationale wetgeving behoeft.²⁶⁷ Mijns inziens is dit niet aanstonds logisch, zeker gezien het feit dat zowel uit de Considerans als uit de tekst van de ATAD 1 blijkt dat de Europese Commissie grote waarde hecht aan het vereiste van kunstmatigheid, en juist deze kunstmatigheid niet expliciet in het leerstuk van *fraus legis* is opgenomen. *Fraus legis* kent immers enkel het motief- en normvereiste. De wetgever erkent dit, maar stelt dat de zakelijke redenen die in artikel 6 ATAD 1 opgenomen zijn en die relevant zijn voor de vaststelling van kunstmatigheid ook relevant zijn bij de beoordeling van het motiefvereiste bij toepassing van het leerstuk van *fraus legis*.²⁶⁸ Naar mijn mening is deze redenatie van de wetgever te kort door de bocht; in oudere jurisprudentie van de HR is de voorwaarde van kunstmatigheid namelijk afzonderlijk getoetst naast het motief- en normvereiste, terwijl de HR bij de huidige toetsing van *fraus legis* niet meer aan deze toets toekomt. Impliciet kan hier mijns inziens uit geconcludeerd worden dat het vereiste van kunstmatigheid weldegelijk een aparte toets is, die niet zonder meer, in het motiefvereiste gelezen kan worden, hetgeen ook door Kavelaars²⁶⁹ wordt onderschreven. Hiernaast gaat het bij normvereiste van het leerstuk van *fraus legis* om strijdigheid met het doel en strekking van de Nederlandse wet of een bepaling hiervan, zoals beschreven in sectie 2.4.3. Echter wordt op basis van het normvereiste uit de GAAR niet aan doel

²⁶⁶ VvB-Commissie 2016, p. 9 en 10.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 2.

²⁶⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 14.

²⁶⁹ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.1.

en strekking van de Nederlandse wet, maar aan het doel en strekking van het EU-recht getoetst. Ondanks dat gesteld kan worden dat EU-recht veelal doorwerkt naar de Nederlandse wetgeving en deze hierdoor op bepaalde vlakken gelijk is aan het EU-recht geldt dit niet zonder meer. Ook op dit punt blijken de GAAR en het leerstuk van *fraus legis* uitdrukkelijk te verschillen, maar de wetgever laat dit verschil in de parlementaire stukken onbenoemd, hetgeen ik betreur.

Wanneer naar de leden 1 en 2 van artikel 6 ATAD 1 in onderling verband wordt gekeken is de wijze waarop belasting geheven moet worden interessant. Ten eerste schrijft lid 2 namelijk voor dat alleen ‘voor zover’ een kunstmatige constructie zich voordoet de bepaling kan worden ingeroepen. Ten tweede geeft lid 3 aan wat de consequentie is van het van toepassing zijn van de GAAR, namelijk dat de desbetreffende constructie(s) buiten beschouwing moet worden gelaten. In lid 3 wordt niet de specifieke koppeling aan de ‘voor zover’-voorwaarde uit lid 2 gemaakt, maar dit is ook niet per se noodzakelijk. Verder schuilt in het feit dat wanneer sprake is van toepassing van de GAAR dat de desbetreffende constructie buiten beschouwing moet worden gelaten een belangrijk verschil met het leerstuk van *fraus legis*; terwijl het bij de ATAD 1 gaat om de wegdenkvariant, i.e. dat het misbruikdeel wordt weggedacht, gaat het bij *fraus legis* om de substitutievariant, i.e. het misbruikdeel wordt vervangen door een naastgelegen transactie.²⁷⁰

Ondanks het feit dat de GAAR uit de ATAD 1 in Nederland dus niet wordt geïmplementeerd, is de introductie van de GAAR zeer opmerkelijk, omdat middels de bepaling antimisbruikregels worden geharmoniseerd. Bovendien wordt het HvJ bevoegd om te oordelen welke vormen van belastingontwijking worden bestreden. Het bestrijden van misbruik wordt middels de GAAR dus een EU-rechtelijke kwestie.²⁷¹ Dit betekent dus ook dat het leerstuk van *fraus legis* in de vennootschapsbelasting een EU-rechtelijk begrip is geworden, welke in het licht van de ATAD 1 geïnterpreteerd dient te worden.²⁷² Ook is de werking van de GAAR niet beperkt tot enkel EU-situaties, maar werkt dit ook door in de verhouding met derde landen, waardoor ook het leerstuk van *fraus legis* doorwerkt naar derde landen. Echter zoals in sectie 2.4.2. is besproken heeft de fiscus zich nog nooit succesvol kunnen beroepen op het leerstuk van *fraus legis*, of beter gezegd *fraus conventionis* onder de verdragstoepassing. De wetgever schiet mijns inziens dan ook op dit punt in de implementatie tekort aangezien in de praktijk *fraus legis* niet doorwerkt naar verdragsmisbruik, terwijl dit juist wel wordt beoogd met de GAAR.

Verder geldt dat de GAAR veel overeenkomsten toont met de PPT afkomstig van de OESO; beiden bestaan uit een subjectief en objectief element en bij beide toetsen worden economische activiteiten onderscheiden, hetgeen ook door het CPB wordt onderschreven.²⁷³ Maar wordt met de

²⁷⁰ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.1.

²⁷¹ Marres, *NTFR* 2017/18, onderdeel 7.

²⁷² Hennevelt, *MBB* 2020/3, onderdeel 2.2.

²⁷³ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019, p. 16.

GAAR niet uitdrukkelijk aangesloten bij de PPT waardoor toch ook nog aanzienlijke verschillen tussen beide antimisbruikbepalingen bestaan.

4.5. Misbruik van recht uit de jurisprudentie

Zoals in sectie 4.2. beschreven heeft het HvJ het leerstuk van misbruik van recht gecreëerd. Dit leerstuk is met name in de recentere Danmark-arresten nadrukkelijk aan bod gekomen. Maar de kern van het toetsingskader dat wordt gehanteerd is niet nieuw; in de Danmark-arresten wordt expliciet²⁷⁴ het toetsingskader volgend uit het in 2000 gewezen arrest Emsland-Stärke arrest²⁷⁵ gebruikt, welke ook zoals Kavelaars²⁷⁶ aangeeft wordt gebruikt in het later gewezen Halifax-arrest²⁷⁷. Het toetsingskader van misbruik van recht bestaat namelijk uit enerzijds het geheel van objectieve omstandigheden waaruit blijkt dat “in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt”, en anderzijds uit een subjectief element, i.e. de bedoeling om het voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.²⁷⁸ Ook hier blijkt dus weer de voorwaarde van kunstmatigheid, hieraan geeft het HvJ de volgende definitie:

“Een concern dat niet is opgericht om redenen die de economische realiteit weerspiegelen, een zuiver formele structuur heeft en als voornaamste doel of een van zijn voornaamste doelen heeft een belastingvoordeel te verkrijgen dat de strekking of het doel van de toepasselijke belastingwetgeving ondermijnt, kan worden beschouwd als een kunstmatige constructie. Dit is met name het geval wanneer de betaling van belasting over de dividenden wordt vermeden doordat aan de concernstructuur een doorstroomvennootschap wordt toegevoegd tussen de vennootschap die de dividenden uitkeert en de uiteindelijke gerechtigde tot deze dividenden.”²⁷⁹

Deze invulling van het begrip kunstmatigheid vereist wel dat ofwel het begrip “doorstroomvennootschap”, ofwel het begrip “uiteindelijke gerechtigde” door het HvJ nader wordt gedefinieerd. Het HvJ heeft gekozen om het eerste begrip nader uit te leggen. Van een “doorstroomvennootschap” is sprake op het moment dat “deze onderneming zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen van de dividenden en de overdracht ervan aan de uiteindelijke gerechtigde of andere doorstroomvennootschappen.”²⁸⁰ Uit deze definitie zou geïmpliceerd kunnen worden dat een vennootschap die zich uitsluitend bezighoudt met het ontvangen en doorbetalen van dividenden als

²⁷⁴ Zie HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 97.

²⁷⁵ HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke).

²⁷⁶ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.3.

²⁷⁷ HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax).

²⁷⁸ Zie HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 97; HvJ EG 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke); HvJ EG 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax).

²⁷⁹ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 100.

²⁸⁰ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 104.

“doorstroomvennootschap” gekwalificeerd dient te worden, hetgeen zou leiden tot een veel breder toepassingsbereik. Echter onderschrijf ik de opvatting van Van Hulten & Korving²⁸¹ dat aangezien het HvJ spreekt over “deze onderneming” geen sprake is van dit bredere toepassingsbereik. Het ontbreken van een daadwerkelijke economische activiteit moet vervolgens onderzocht worden aan de hand van alle relevante gegevens, hetgeen vooral neerkomt op het beheer van de onderneming, de boekhoudkundige balans, de kostenstructuur en de werkelijke gemaakte kosten, de werknemers en de kantoren en uitrusting.²⁸² Deze criteria kunnen dan ook het overleg met de fiscus ten aanzien van de mogelijke kwalificatie van een vennootschap als doorstroomvennootschap beïnvloeden, waarbij volgens zowel Van Hulten & Korving als De Groot niet al te hoge substance-eisen gesteld worden aan de houdsteractiviteit.²⁸³ Hierbij geldt dat des te meer indicatoren het bestaan van daadwerkelijke economische activiteit duiden, des te eerder van een doorstroomvennootschap geen sprake is. De eigenschappen van de activiteit lijken als gevolg te hebben dat wanneer sprake is van voldoende substance dat dan geen sprake kan zijn van een doorstroomvennootschap. Dit dient te worden getoetst in het licht van de specifieke kenmerken van de desbetreffende economische activiteit. Bovendien lijkt dat wanneer niet te veel parallelliteit bestaat tussen de ontvangst en de uitkering van dividenden dat dit kan bijdragen aan het oordeel dat geen sprake is van een doorstroomvennootschap.²⁸⁴ Voorts wordt bij de beoordeling van het doorstroomkarakter niet alleen gekeken naar de contractuele of wettelijke doorstootverplichting, maar kan tevens sprake zijn van een doorstroomkarakter als een vennootschap “in wezen” niet het recht heeft op het gebruik, c.q. genot van de dividenden.²⁸⁵ Opvallend is dat voor de kwalificatie als doorstroomvennootschap geen doorkijkverplichting geldt, i.e. als een directe ontvanger van het dividend als doorstroomvennootschap wordt bestempeld, hoeft niet naar de verhouding tussen de uitkerende vennootschap en de aandeelhouder van de doorstroomvennootschap te worden gekeken. In de Danmark-arresten wordt dus de concerngedachte die bijv. in het Deister Holding arrest²⁸⁶ wel wordt gehanteerd, i.e. dat voor de vraag of sprake is van misbruik naar het volledige concern gekeken moet worden, omdat andere dan fiscale redenen kunnen bestaan waarom voor een bepaalde structuur is gekozen waarbij daadwerkelijke economische activiteit in individuele vennootschappen niet aanwezig is, volledig losgelaten. Immers beoordeelt het HvJ in de Danmark-arresten zuiver op individueel niveau of de ontvanger van het dividend als doorstroomvennootschap kan worden bestempeld, ongeacht wat diens functie binnen het concern behelst.

²⁸¹ Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129, onderdeel 3.2.

²⁸² HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 104.

²⁸³ Zie I. de Groot, *NLF* 2019/0597; Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129, onderdeel 3.2.

²⁸⁴ Het HvJ oordeelt immers dat een zeer snelle “doorsluizing” van het gehele of nagenoeg het gehele bedrag een belangrijke aanwijzing geeft dat sprake is van misbruik, zie HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 101.

²⁸⁵ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 105.

²⁸⁶ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 (Deister Holding).

Bij een rechtstreekse situatie hoeft natuurlijk niet de facto sprake te zijn van een misbruiksituatie; daarom lijkt het HvJ ook een voorzet te geven²⁸⁷ op een, naar ik meen tezamen met Van Hulten & Korving²⁸⁸, wenselijke tegenbewijsregeling. De belastingplichtige is dan gehouden om bewijs te leveren dat geen sprake is van misbruik, ondanks het feit dat wel gebruik gemaakt wordt van een vennootschap die wordt bestempeld als een doorstroomvennootschap. Deze tegenbewijsregeling is ook in lijn met eerdere jurisprudentie van het HvJ.²⁸⁹

Blijkens het bovenstaande, zoekt het HvJ aansluiting bij de economische werkelijkheid in plaats van de juridisch, waarmee het HvJ de indruk wekt dat ze rekening houdt met de internationale ontwikkelingen in het kader van BEPS-actiepunt 6.²⁹⁰ Ook het CPB concludeert dat het HvJ middels de economische benadering in de Danmark-arresten en het niet terugverwijzen naar eerdere jurisprudentie het HvJ duidelijk heeft aangesloten op het BEPS-project van de OESO. Het CPB stelt namelijk dat door het niet terug verwijzen naar jurisprudentie die specifiek is gericht op het belastinggebied van de EU, maar gebruik te maken van indicatoren die aansluiten op de economische realiteit, het HvJ aanwijzingen heeft gegeven voor misbruik die wereldwijd kunnen worden toegepast.²⁹¹ Deze focus op de economische werkelijkheid staat echter haaks op de veel meer juridische benadering van de A-G HvJ Kokott in haar conclusie.²⁹²

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat door toedoen van de bovengenoemde jurisprudentie mijns inziens de betekenis van de antimisbruikbepalingen uit de Moeder-dochterrichtlijn, Fusierichtlijn en Interest- en royaltyrichtlijn gering is. Immers als op basis van het algemene leerstuk van misbruik van recht van het HvJ richtlijnvoordelen niet worden toegekend, hebben de antimisbruikbepalingen in de specifieke richtlijnen mijns inziens geen toevoegde waarde en kunnen deze worden afgeschaft.

4.6. Toetsing en aanbeveling

In de vorige secties is zowel de GAAR volgend uit de ATAD 1 als het leerstuk van misbruik van recht zoals volgend uit de jurisprudentie van het HvJ uitgebreid aan bod gekomen. De vraag rijst nu in hoeverre deze instrumenten van het EU recht in staat zijn om treaty shopping te bestrijden. Vooropgesteld zij dat Nederland, zoals beschreven in sectie 4.3., de GAAR niet heeft geïmplementeerd, omdat het volgens de wetgever al voldoende is neergelegd in het leerstuk van *fraus legis*. De GAAR, c.q. *fraus legis* kenmerkt zich door een open norm waardoor deze in de regel zeer effectief is. Echter schiet zoals is beschreven in sectie 4.4. de implementatie van de wetgever tekort doordat de gedachte achter de GAAR is dat deze tevens van toepassing is op verdragsmisbruik, terwijl uit de praktijk blijkt

²⁸⁷ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 110.

²⁸⁸ Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129, onderdeel 3.2.

²⁸⁹ Zie HvJ EU 31 mei 2018, nr. C-382/16 (Hornbach-Baumarkt), r.o. 55-57.

²⁹⁰ Zie noot Redactie Vakstudie Nieuws bij HvJ EU 26 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:134, m. nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

²⁹¹ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019, p. 16.

²⁹² Concl. A-G Kokott 1 maart 2018 bij HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark).

dat het leerstuk van *fraus legis*, c.q. *fraus conventionis* nimmer met succes is ingeroepen bij verdragsmisbruik. Voor situaties van verdragsmisbruik is de GAAR, c.q. *fraus legis* niet effectief. Maar deze situatie van mogelijk verdragsmisbruik kan mogelijkweliswaar worden opgelost door het sinds 2017 opgenomen artikel 29 in het OESO-MV. Dit artikel geeft een aantal varianten waaruit verdragsstaten kunnen kiezen om oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag te bestrijden, waaronder een PPT test.²⁹³ Echter, deze bepaling kent in vergelijking met de GAAR niet het vereiste van kunstmatigheid en is het normvereiste in vormgegeven als een soort tegenbewijs²⁹⁴, waardoor de reikwijdte kleiner is dan de GAAR. Het geniet mijns inziens dan ook de voorkeur als de wetgever omwille van de effectiviteit van de GAAR, c.q. *fraus legis* geëxpliciteerd wordt dat deze ook doorwerkt naar verdragsmisbruik. Ten aanzien van het leerstuk van misbruik van recht volgend uit de Europese jurisprudentie geldt dat deze ook ruim geformuleerd is waardoor ook deze een breed bereik heeft. Echter bestaat hiervoor mijns inziens wél het risico op overkill. Op basis van de Danmark-arresten wordt voor misbruik van recht namelijk niet gekeken op concernniveau waardoor met andere motieven dan louter fiscale geen rekening wordt gehouden, i.e. een concern welke als kunstmatig bestempeld wordt, kan ook niet kunstmatig zijn omdat andere dan louter fiscale redenen ten grondslag liggen aan de keuze voor de desbetreffende vormgeving van het concern. Deze niet-fiscale redenen worden door het HvJ niet in ogenschouw genomen, omdat enkel individueel naar de vennootschap wordt gekeken bij de toets of sprake is van een “doorstroomvennootschap”. Ik geef dan ook de voorkeur aan hetgeen A-G Kokott in haar conclusie oordeelt. Zij verwijst in haar conclusie naar het Deister Holding-arrest²⁹⁵, waarbij het ging om de omstandigheid dat een activiteit enkel bestond uit het beheren van activa, de inkomsten enkel uit dit beheer voortvloeiden en dit niet impliceerde dat sprake was van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband hield met de economische realiteit. Aan de hand hiervan concludeert ze dat in zulke omstandigheden waarbij sprake is van genoeg substance dit kan leiden tot afwezig zijn van een volstrekt kunstmatige constructie.²⁹⁶ Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat ontvangen dividend direct wordt doorgestoten naar de aandeelhouders van de ontvanger. Dit is volgens A-G Kokott met name van belang om cumulatie van heffingen te voorkomen²⁹⁷, hetgeen ik onderschrijf. Enkel bij treaty shopping situaties gaat A-G Kokott uit van een doorkijkgedachte; door het tussenschuiven van een vennootschap wordt een voordeel verkregen waarop nooit een beroep zou kunnen worden gedaan in een

²⁹³ Artikel 29 lid 9 OESO-MV.

²⁹⁴ Zie artikel 29 lid 9 OESO-MV: “(...) obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Convention”

²⁹⁵ HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 (Deister Holding).

²⁹⁶ Concl. A-G Kokott 1 maart 2018 bij HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), punt 55.

²⁹⁷ Concl. A-G Kokott 1 maart 2018 bij HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), punt 59.

directe relatie.²⁹⁸ Ik onderschrijf dan ook de opvatting van Van Hulten & Korving²⁹⁹, dat hoewel het eindresultaat effectief overeenkomt met de uitkomst van het arrest, dat A-G Kokott beter— middels haar meer juridische analyse — dan het HvJ — met haar meer economische benadering — uiteen heeft gezet hoe de misbruikdoctrine moet worden toegepast; als uitzondering op de hoofdregel, restrictief geïnterpreteerd en enkel van toepassing wanneer helemaal geen sprake is van enige substance in de “doorstroomvennootschap”. In mijn optiek had het HvJ er dan ook beter aan gedaan om deze gestructureerde aanpak van A-G Kokott te volgen. Zoals altijd biedt een generieke antimisbruikbepaling zoals de GAAR, c.q. *fraus legis* een vrij eenvoudige toepassing voor de belastingplichtige, maar gaat deze gepaard met beperkte rechtszekerheid in de uitwerking ervan. Het feit dat de GAAR, c.q. *fraus legis* in Nederland successievelijk met een specifieke antimisbruikbepaling gebruikt kan worden, zoals volgt uit de jurisprudentie³⁰⁰, zorgt mijns inziens alleen maar voor nog minder rechtszekerheid. Immers waar het voordeel van een specifieke antimisbruikbepaling is dat deze duidelijke aanknopingspunten biedt wanneer sprake is van een misbruiksituatie wordt dit tenietgedaan als de specifieke antimisbruikbepaling te kort schiet en alsnog een beroep op de GAAR, c.q. *fraus legis* gedaan kan worden. Verder sluit ik me aan bij de opvatting van Kavelaars³⁰¹ dat ondanks dat de wetgever stelt dat de GAAR aansluit op het uit de jurisprudentie volgende leerstuk van *fraus legis* het beter was geweest om het begrip wettelijk te verankeren, en wel in de richtige heffing ex artikel 31 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). Dit zou de rechtszekerheid voor de belastingplichtige sterk verbeteren en zou ook de reikwijdte van de algemene antimisbruikbepaling vergroten doordat het op deze manier niet alleen maar beperkt is tot de toepassing van de vennootschapsbelasting zoals volgt uit de ATAD 1. Ook het leerstuk van misbruik van recht volgend uit de jurisprudentie van het HvJ heeft in mijn optiek tot minder rechtszekerheid geleid. Zo gold in Nederland tot de Danmark-arresten voor de dividendbelasting³⁰² en de vennootschapsbelasting³⁰³ de zogenaamde “safe harbour” voor schakelende tussenhoudsters. Dit hield in dat indien een tussenhoudster met een schakelfunctie voldeed aan bepaalde substance-eisen de antimisbruikbepalingen in de dividendbelasting en de vennootschapsbelasting niet van toepassing waren. Maar zoals beschreven in sectie 4.4. geeft het HvJ ook bepaalde indicatoren die kunnen wijzen op het ontbreken van “daadwerkelijke economische activiteit”.³⁰⁴ Ondanks dat deze Nederlandse substance-eisen en de indicatoren van het HvJ een grote overlapping hebben stelt de wetgever dat niet is uit te sluiten dat een situatie waarin door een tussenhoudster met een schakelfunctie is voldaan aan de Nederlandse substance-eisen — beoordeeld naar alle feiten en omstandigheden —

²⁹⁸ Concl. A-G Kokott 1 maart 2018 bij HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), punt 91 en 109.

²⁹⁹ Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129, onderdeel 3.3.

³⁰⁰ HR 21 april 2017, nr. 15/05278.

³⁰¹ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 3.2.

³⁰² Artikel 1bis Uitvoeringsbeschikking Wet op de dividendbelasting 1965.

³⁰³ Artikel 2d Uitvoeringsbeschikking Wet Vpb.

³⁰⁴ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark), r.o. 104.

volgens de maatstaven van het HvJ geen sprake is van een misbruiksituatie.³⁰⁵ Per 1 januari 2020 spelen de substance-eisen dan ook alleen nog maar een rol bij de verdeling van de bewijslast waardoor de belastingdienst aannemelijk kan maken dat sprake is van misbruik, zelfs als is voldaan aan de substance-eisen. Dit terwijl anderzijds de belastingplichtige situaties waarin niet is voldaan aan de substance-eisen tegenbewijs kan leveren door aannemelijk te maken dat geen sprake is van misbruik.³⁰⁶ Dit komt mijns inziens de rechtszekerheid absoluut niet ten goede. Ook de wetgever erkent dit en stelt dat na de Danmark-arresten niet precies “duidelijk is in welke situatie er op basis van het EU-recht sprake is van misbruik en wanneer niet”³⁰⁷. Ook stelt ze dat via nadere jurisprudentie, nationaal of internationaal verdere duidelijkheid gecreëerd moet worden in welke situatie op grond van het EU-recht nu sprake is van misbruik.³⁰⁸ Hieruit volgt mijns inziens ook dat niet alleen de belastingplichtige weinig rechtszekerheid heeft, maar het ook voor de wetgever niet duidelijk is wanneer nu precies sprake is van misbruik van recht. Het is voor de wetgever dan ook een moeilijk uitvoerbare bepaling. De toets ten aanzien van de uitvoerbaarheid voor de wetgever doorstaat de GAAR, c.q. *fraus legis* wat mij betreft beter; het is een minder complexe bepaling die voor de wetgever prima is toe te passen.

Voor de toets in welke mate de antimisbruikbepalingen volgend uit het EU-recht efficiënt zijn dient een kosten-baten analyse gemaakt te worden. Hiervoor kan bij uitstek worden gekeken naar de effecten op met name het Europese vestigingsklimaat. Immers geldt dat Nederland binnen de EU niet op het gebied van deze antimisbruikbepalingen kan concurreren, omdat deze op EU-niveau gelden. Uit onderzoek van het CPB volgt dat de wereldwijde mogelijke gemiddelde opbrengst van treaty shopping wordt gereduceerd met 1,1 % — van 5,6% naar 4,5% — als EU-lidstaten niet meer gebruikt kan worden in treaty shopping routes.³⁰⁹ Hier geldt dan wel dat Oost-Aziatische landen en Australië een stuk aantrekkelijker worden om te gebruiken binnen treaty shopping constructies door met name Amerikaanse multinationals. Treaty shopping zal dus nog steeds mogelijk zijn, maar de belastingopbrengsten voor EU-lidstaten zullen afnemen. Ik meen dan ook dat in principe de kosten-baten analyse tot de conclusie leidt dat in strikt financiële termen de kosten de overhand hebben, immers is een reductie van 1,1% van treaty shopping voordelen mijns inziens vrij karig en hiertegenover zullen belastingopbrengsten van EU-lidstaten teruglopen. Echter is de vraag in hoeverre dit enkel op financieel gebied uitgedrukt zou moeten worden; als men treaty shopping volledig wil uitroeien dan zal dit door iedere jurisdictie die belasting heft moeten worden aangepakt. Zo lang dit niet het geval is zal treaty shopping altijd mogelijk blijven en zullen landen die het effectief bestrijden belastingopbrengsten mislopen.

³⁰⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 8.

³⁰⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 23.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 23.

³⁰⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, 3, p. 23.

³⁰⁹ Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper* 2019.

In de verhouding tussen de antimisbruikbepaling volgend uit het EU-recht en het internationale belastingrecht zie ik verder geen problemen. Maar is het mijns inziens betreurenswaardig dat de EU niet expliciet aansluiting heeft gezocht bij de antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO. Immers hebben 80 landen het MLI ondertekend, waaronder ook veel EU-lidstaten, waardoor een samenhang tussen antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO en de EU wenselijk is. Doordat het HvJ bij het leerstuk van misbruik van recht indicatoren gebruikt die duiden op ‘daadwerkelijke economische activiteit’ en hierdoor een economische benadering hanteert, lijkt hier aansluiting te worden gezocht bij het BEPS-project van de OESO, maar dit is mijns inziens onvoldoende. Met name bij de GAAR had de EU-wetgever mijns inziens actief aansluiting moet zoeken bij de PPT afkomstig van de OESO. Ook Kavelaars³¹⁰ geeft aan dat door de diverse regelingen die afkomstig zijn van de OESO en de EU niet meer precies duidelijk is hoe deze uitgelegd dienen te worden en wat de verschillen zijn. Meer coördinatie tussen beide organisaties in de toekomst is dan ook wenselijk.

Kortom de GAAR, c.q. *fraus legis* is in de regel effectief, maar omdat het leerstuk van *fraus legis* in de praktijk nog nimmer heeft doorgewerkt in de verdragstoepassing doorstaat het leerstuk van *fraus legis* de toets wat betreft de effectiviteit ten aanzien van het bestrijden van verdragsmisbruik niet. Het leerstuk van misbruik van recht scoort daarentegen goed wat betreft effectiviteit, maar behelst wel een risico op overkill. De beide leerstukken zijn vrij eenvoudig in de toepassing voor de belastingplichtigen, maar gaan gepaard met zeer beperkte rechtszekerheid in de uitwerking ervan. Hiernaast is met name het leerstuk misbruik van recht zelfs zo gecompliceerd dat ook de wetgever niet goed weet wanneer op basis van EU-recht sprake is van misbruik van recht, waardoor het ook voor de wetgever zeer moeilijk uitvoerbaar is. De GAAR, c.q. *fraus legis* scoort op het punt van uitvoerbaarheid veel beter. Wat betreft efficiëntie meen ik dat in strikt financiële termen de antimisbruikbepalingen volgend uit het EU-recht weinig efficiënt zijn, maar zo lang niet ieder land ter wereld treaty shopping op eenzelfde wijze bestrijdt kan het mijns inziens ook niet efficiënt zijn. Ten slotte leveren de antimisbruikbepalingen in de verhouding tot het internationale belastingrecht mijns inziens geen problemen op. Maar is het wenselijk als de OESO en de EU in de toekomst een coördinerend beleid zullen voeren.

4.7. Deelconclusie

De EU heeft talloze doelstellingen die in grote mate gerealiseerd moeten worden door het creëren van een interne, c.q. gemeenschappelijke markt met verkeersvrijheden. Deze interne markt kan op twee manieren bereikt worden; middels positieve integratie en middels negatieve integratie. Wat betreft het bestrijden van treaty shopping middels positieve integratie waren tot 2016 de antimisbruikbepalingen in de Moeder-dochterrichtlijn (artikel 1 leden 2 en 3), de Fusierichtlijn (artikel 15) en de Interest- en royaltyrichtlijn (artikel 5) met name van belang. Met de komst van de ATAD 1 in 2016, welke een

³¹⁰ P. Kavelaars, *TFO* 2019/161.3, onderdeel 4.

minimaal niveau vereist waaraan lidstaten moet voldoen in hun strijd tegen belastingontwijking, hebben deze antimisbruikbepaling aan belang verloren. Hierin is namelijk een generieke antimisbruikbepaling, te weten de GAAR opgenomen in artikel 6 ATAD 1, welke bestaat uit drie vereisten; het motiefvereiste, het normvereiste en het kunstmatigheidsvereiste. De Nederlandse wetgever heeft besloten om de GAAR niet te implementeren omdat het in de vorm van het leerstuk van *fraus legis* reeds een algemene antimisbruikbepaling kent en zodoende de GAAR geen specifieke implementatie in de Nederlandse nationale wetgeving behoeft. Naar mijn mening is de redentatie van de wetgever om een aantal redenen te kort door de bocht; ten eerste kent *fraus legis* het vereiste van kunstmatigheid niet, hetgeen ook uit de jurisprudentie volgt, ten tweede ziet de GAAR op strijdigheid met doel en strekking van EU-recht, terwijl *fraus legis* ziet op strijdigheid met doel en strekking van Nederlands recht en ten derde omdat *fraus legis* in de praktijk niet doorwerkt naar verdragsmisbruik en dit de GAAR wel beoogd om door te werken naar verdragsmisbruik. Ten aanzien van de negatieve integratie is het in de jurisprudentie ontstane leerstuk van misbruik van recht het belangrijkste instrument om *treaty shopping* te bestrijden. Met name middels de recente Danmark-arresten heeft het HvJ een nieuw instrument aangereikt om belastingontwijking via EU-lidstaten te bestrijden. De kern van het toetsingskader voor misbruik van recht uit Danmark-arresten is echter niet nieuw, i.e. het toetsingskader uit oudere jurisprudentie is herhaald bestaande uit: een objectieve toets en een subjectieve toets, waaruit tevens de voorwaarde van kunstmatigheid volgt. Het HvJ heeft in de Danmark-arresten besloten om deze eis van kunstmatigheid nader uit te werken aan de hand van het begrip van ‘doorstroomvennootschap’; als sprake is van een doorstroomvennootschap dan is sprake van kunstmatigheid en dit kan duiden op misbruik van recht. Het HvJ gaat in tegenstelling tot de juridische benadering van A-G Kokott uit van een economische benadering en geeft ook een aantal indicatoren die kunnen helpen bij de toets of sprake is van een ‘daadwerkelijke economische activiteit’. Door middel van deze economische benadering lijkt het HvJ ook aansluiting te zoeken bij het BEPS-project van de OESO, omdat de aanwijzingen voor misbruik nu ook in plaats van enkel in het EU-belastinggebied wereldwijd kunnen worden toegepast. De GAAR is in de regel effectief in het bestrijden van *treaty shopping*, maar doordat in Nederland het leerstuk van *fraus legis* geldt en deze in de praktijk niet doorwerkt naar verdragsmisbruik schiet de GAAR, c.q. *fraus legis* mijns inziens wat betreft effectiviteit te kort, waardoor het de voorkeur verdient als door de wetgever wordt geëxpliciteerd dat het leerstuk ook doorwerkt naar verdragsmisbruik. Het leerstuk van misbruik van recht toetst mijns inziens goed op het gebied van effectiviteit maar behelst een aanzienlijk risico op overkill. Ook scoren beide antimisbruikbepalingen, zoals altijd bij algemene antimisbruikbepalingen wat betreft eenvoud voor de belastingplichtige in de toepassing *prima*, maar gaan ze gepaard met zeer beperkte rechtszekerheid voor de belastingplichtige. Dit kan verbeterd worden door de GAAR, c.q. *fraus legis* te verankeren in artikel 31 AWR waarmee tegelijkertijd wordt bewerkstelligd dat de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling niet alleen is beperkt tot de vennootschapsbelasting. Het leerstuk van misbruik van recht is hiernaast zelfs zo complex dat zelfs de wetgever nu niet precies weet wanneer hier sprake van is, waardoor dit leerstuk ook op het gebied van

uitvoerbaarheid voor de wetgever niet goed scoort. De GAAR, c.q. *fraus legis* scoort op het gebied van uitvoerbaarheid voor de wetgever beter. Verder geldt dat in strikt financiële termen gesproken de antimisbruikbepalingen niet efficiënt zijn, maar de vraag is in hoeverre dit nodig is; als *treaty shopping* niet door iedere belasting heffende jurisdictie wordt bestreden zal altijd sprake zijn van behoorlijke kosten van jurisdicties die wel aan bestrijding doen. Ten slotte leveren de antimisbruikbepalingen in de verhouding tot het internationale belastingrecht mijns inziens geen problemen op. Wel is een coördinerend beleid tussen de OESO en de EU wenselijk, omdat nu door de diverse regelingen van beide organisaties niet meer duidelijk is hoe die moeten worden uitgelegd en wat de verschillen zijn. Met name bij de GAAR is het wenselijk als aansluiting wordt gezocht bij de PPT afkomstig van de OESO.

5. Conclusie

Ter afsluiting van het onderzoek wordt op basis van de bevindingen antwoord gegeven op de probleemstelling:

- *In hoeverre kunnen antimisbruikbepalingen treaty shopping bestrijden en zijn verbeterpunten mogelijk?*

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is in hoofdstuk 2 allereerst onderzocht in hoeverre belastingontduiking en belastingontwijking verschillen, omdat dit onderscheid zowel in de maatschappij, als in de politiek, alsook onder fiscalisten niet altijd aanstonds duidelijk blijkt te zijn en de begrippen daardoor (te) vaak door elkaar worden gebruikt. Hiernaast is onderzocht wanneer sprake is van misbruik van (verdragen)recht en wat treaty shopping behelst, hoe dit wordt gebruikt om belasting te ontwijken en de rol van Nederland hierbij.

Bij belastingontduiking gaat het om het in strijd met de wet verbergen, verkeerd weergeven, c.q. camoufleren van de relevante feiten. Ook bij belastingontwijking kan van laatstgenoemde handelingen sprake zijn, maar met als belangrijkste voorwaarde dat niet in strijd met de wet wordt gehandeld. Het onderscheid tussen beide termen is dus van aanzienlijk belang. Belastingontwijking en belastingontduiking geschiedt veelal op internationaal niveau waarbij gebruik wordt gemaakt van voordelen voortvloeiend uit bilaterale belastingverdragen, hetgeen kan leiden tot misbruik van (verdragen)recht of oneigenlijk verdragsgebruik. Uit de literatuur is gebleken dat geen eenduidigheid bestaat over hoe beide termen zich tot elkaar verhouden. Mijn voorkeur gaat uit naar het begrip oneigenlijk verdragsgebruik, omdat het hierbij gaat om een handeling die in strijd is met het doel en de strekking van het verdrag, terwijl het aan de andere kant bij het niet-fiscale begrip van misbruik van (verdragen)recht gaat om een opzettelijk illegale handeling, i.e. strijdig met de bepalingen van het verdrag. Echter, het HvJ hanteert in verschillende arresten het begrip misbruik van recht en ook de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid spreekt over deze term, waardoor in het vervolg van het onderzoek de term misbruik van recht gehanteerd is. Het leerstuk van *fraus conventionis*, welke naast het leerstuk van *fraus legis* staat, is in de jurisprudentie ontwikkeld om verdragsmisbruik te bestrijden. Ondanks dat de fiscus al een aantal keer een beroep op dit leerstuk gedaan heeft, is dit nimmer door de HR gehonoreerd. Desalniettemin is een geslaagd beroep op *fraus conventionis* hiermee niet uitgesloten; in de regel biedt de jurisprudentie voldoende handvaten om een succesvol beroep van de fiscus op *fraus conventionis* te verwezenlijken. Een van de belangrijkste vormen van verdragsmisbruik, welke leidt tot BEPS, is volgens de OESO treaty shopping. Treaty shopping behelst een situatie waarbij een persoon 'shopt' in een belastingverdrag welke op een andere wijze niet beschikbaar was geweest door een hierop gerichte belastingstructuur op te tuigen. Hierbij is geconcludeerd dat twee structuren van treaty shopping worden

onderscheiden; de *direct conduct structure* en de *stepping stone structure*. Nederland speelt als doorstroomland een belangrijk rol bij het gebruik van treaty shopping, omdat met name via *bfi's* in Nederland op vooral royaltystromen veel belasting bespaard kan worden; het CPB schat zo'n 7%. Uit het onderzoek blijkt dat de belangrijke rol van Nederland als doorstroomland verschillende oorzaken heeft. Nederland kent een zeer uitgebreid en voordelig verdragenetwerk, het faciliteert middels de deelnemingsvrijstelling onder voorwaarden de vrijstelling van winsten uit het buitenland van dochterondernemingen en er is de mogelijkheid om middels *rulings* a priori duidelijke afspraken te maken omtrent hetzij verrekenprijsmethoden (*APA*), hetzij de kwalificatie van internationale fiscale structuren (*ATR*). Bovendien kent Nederland vooralsnog geen bronbelasting op rente en royalty's en in de praktijk met landen waar Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten een zeer beperkte bronbelasting op uitgaande dividenden en als laatste is in Nederland veel kennis en ervaring opgebouwd met fiscale constructies en zijn deze juridisch getoetst, waardoor Nederland een stabiel politiek-, fiscaal en rechtsklimaat biedt. De agressieve belastingstructuren die Nederland faciliteert door te fungeren als doorstroomland hebben als gevolg dat landen waar daadwerkelijk waarde wordt gecreëerd veel belastingopbrengsten mislopen. Met name ontwikkelingslanden blijken tot de gedupeerden te behoren; uit een rapport van Fair Politics blijkt dat als gevolg van agressieve structuren ontwikkelingslanden jaarlijks wel 500 miljard dollar aan belastingopbrengsten mislopen, hetgeen neerkomt op ongeveer zeven keer het bedrag dat Westerse landen per jaar uitgeven aan ontwikkelingssamenwerking.

De noodzaak om deze problematiek van internationale belastingontwijking middels treaty shopping op te lossen is dus groot. Maar internationale belastingontwijking kan enkel in internationaal verband worden opgelost; een staat op zichzelf kan nimmer gepaste oplossingen bieden. Daarom is in hoofdstuk 3 onderzocht welke antimisbruikbepalingen de OESO tegen treaty shopping kent. Vervolgens zijn deze antimisbruikbepalingen afkomstig van de OESO op effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid en eenvoud, rechtszekerheid getoetst en vervolgens aan het Europeesrecht getoetst.

De OESO heeft in 2013 het BEPS-actieplan gepubliceerd, welke op verzoek van de G20-landen tot stand is gekomen, en bevat vijftien actiepunten die als doel hebben om BEPS, i.e. belastingontwijking door grondslaguitholling en winsterverschuiving, te bestrijden. Voor het tegengaan van treaty shopping is een afzonderlijk actiepunt, te weten BEPS-actiepunt 6, in het leven geroepen. Echter is het een uiterst tijdrovend proces om de aanpassingen die als gevolg van het BEPS-project in het OESO-MV 2017 zijn neergelegd, in de bestaande bilaterale belastingverdragen van staten door te voeren. Het MLI, opgenomen in BEPS-actiepunt 15, ondervangt dit probleem; wanneer staten dit MLI ondertekenen, c.q. ratificeren dan worden de bestaande belastingverdragen 'automatisch' aangepast aan de wijziging in het OESO-MV 2017. De relevante bepalingen in het MLI voor het bestrijden van treaty shopping zijn de artikelen 6 en 7 MLI. Artikel 6 MLI enerzijds is een minimumstandaard die voorschrijft om een tegen misbruik gerichte, preambule in belastingverdragen op te nemen, waarmee wordt duidelijk gemaakt dat een belastingverdrag niet is bedoeld om potentiële situaties van dubbele niet-heffing of verlaagde heffing middels belastingontduiking of belastingontwijking te scheppen. Nederland heeft zich aan deze

minimumstandaard gecommiteerd. Artikel 7 MLI anderzijds ziet op de opname van een PPT, een PPT in combinatie met een vereenvoudigde LOB of een LOB aangevuld met een mechanisme dat doorstroomstructuren beoogt te bestrijden. De PPT is een *General Anti-Abuse Rule* (GAAR), i.e. een algemene antimisbruikbepaling. Het is een *principle based*-bepaling en sluit zodoende niet aan bij de objectieve kenmerken van de belastingplichtige, maar knoopt aan bij de primaire redenen voor belastingplichtigen om een gekozen fiscale structuur te gebruiken. Het behelst een motiefvereiste, waarbij wordt gekeken naar het doel en strekking van het verdrag en een normvereiste, waarbij gekeken wordt naar de inhoud van het verdrag. De kern van de PPT zit in het motiefvereiste. De LOB is in tegenstelling tot de PPT een specifieke antimisbruikbepaling, welke aansluit bij de objectieve kenmerken van de belastingplichtige. Nederland heeft gekozen om gebruik te maken van de PPT met twee aanvullingen; een *discretionary relief*-bepaling en een consultatieverplichting. Deze keuze van Nederland voor de PPT onderschrijf ik volledig; de PPT scoort op het gebied van effectiviteit, uitvoerbaarheid, efficiëntie en de verhouding met Europeesrecht beter dan de LOB. Enkel op het gebied van rechtszekerheid scoort de LOB beter dan de PPT, maar dit kan niet verzilverd worden, omdat uit het MLI volgt dat een LOB gepaard moet gaan met de PPT. Hiernaast is bevonden dat de PPT goed in staat is om treaty shopping te bestrijden. Allereerst is de PPT door de open norm heel casuïstisch en leidt in combinatie met de *discretionary relief*-bepaling en consultatieverplichting tot een hoge mate van effectiviteit en minimalisering van overkill. Ten tweede is de PPT niet complex waardoor deze door de wetgever vrij gemakkelijk is uit te voeren. Ten derde is de PPT een efficiënte bepaling, omdat de baten— de voordelen van het verbeterde vestigingsklimaat — boven de kosten — het zeer beperkt betrekken van vennootschappen waar eigenlijk van misbruik geen sprake is, hetgeen leidt tot een slechter vestigingsklimaat — uitstijgen. Tenslotte is de PPT ook in lijn met het Europeesrecht, mits een kleine tekstuele aanpassing wordt gemaakt op basis van een aanbeveling van de EC.

Nadat is gebleken dat de PPT afkomstig van de OESO in staat blijkt te zijn om treaty shopping te bestrijden is in hoofdstuk 4 onderzoek gedaan naar de antimisbruikbepalingen afkomstig van het belangrijkste samenwerkingsverband van Europa; de EU. In dit hoofdstuk is onderzocht welke antimisbruikbepalingen afkomstig zijn van de EU en zijn deze vervolgens getoetst op effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid, rechtszekerheid en mogelijke strijdigheid met beginselen en regels van internationaal belastingrecht. Ook is een aantal aanbevelingen gedaan.

De EU heeft verschillende doelstellingen die met name gerealiseerd moeten worden het scheppen van een interne, c.q. gemeenschappelijk markt met verkeersvrijheden. Deze interne markt kan op twee wijzen worden bereikt; middels positieve integratie en middels negatieve integratie. Ten aanzien van positieve integratie waren tot 2016 de antimisbruikbepalingen in de Moeder-dochterrichtlijn (artikel 1 leden 2 en 3), de Fusierichtlijn (artikel 15) en de Interest- en royaltyrichtlijn (artikel 5) met name van belang. Maar deze antimisbruikbepalingen hebben met de komst van de ATAD 1 in 2016, welke een minimaal niveau vereist waaraan lidstaten moet voldoen in hun strijd tegen belastingontwijking, aan belang verloren. In de ATAD 1 is namelijk artikel 6 de GAAR opgenomen welke bestaat uit drie

vereisten: het motiefvereiste, het normvereiste en het kunstmatigheidsvereiste. De Nederlandse wetgever stelt dat Nederland in de vorm van het leerstuk van *fraus legis* reeds een algemene antimisbruikbepaling kent en heeft daarom besloten om de GAAR niet te implementeren. Uit het onderzoek blijkt dat deze redenering te kort door de bocht is omwille van drie redenen; ten eerste kent *fraus legis* — zoals tevens uit de jurisprudentie blijkt — het kunstmatigheidsvereiste niet welke de GAAR wel kent, ten tweede ziet *fraus legis* op strijdigheid met doel en strekking van de Nederlandse wet, terwijl de GAAR ziet op strijdigheid met doel en strekking van het EU-recht en ten derde omdat *fraus legis* blijkens de praktijk niet doorwerkt naar verdragsmisbruik en de GAAR juist wél beoogt om verdragsmisbruik tegen te gaan. Ten aanzien van de negatieve integratie is beschreven dat het uit de jurisprudentie afkomstige leerstuk van misbruik van recht het belangrijkste instrument is om *treaty shopping* te bestrijden. Met name in de Danmark-arresten heeft het HvJ voor de directe belastingen een nieuw instrument aangereikt om belastingontwijking in EU-lidstaten tegen te gaan. De kern van het toetsingskader volgt echter niet uit de Danmark-arresten, maar uit eerdere jurisprudentie en bestaat uit: een objectieve toets en een subjectieve toets, waaruit tevens de voorwaarde van kunstmatigheid volgt. Het HvJ heeft in de Danmark-arresten deze voorwaarde van kunstmatigheid wel nader uitgewerkt en vormgegeven aan de hand van het begrip van ‘doorstroomvennootschap’; als sprake is van een doorstroomvennootschap dan is sprake van kunstmatigheid en dit kan duiden op misbruik van recht. Het HvJ gaat hier in tegenstelling tot de juridische benadering van A-G Kokott uit van een economische benadering door indicatoren te geven die kunnen duiden op een ‘daadwerkelijke economische activiteit’. Middels deze economische benadering lijkt aansluiting te worden gezocht bij het BEPS-project van de OESO, omdat deze aanwijzingen van algemene aard zijn en zodoende ook voor misbruiksituaties buiten het EU-belastinggebied gelden. Uit het onderzoek is gebleken dat de GAAR in de regel effectief is in het bestrijden van *treaty shopping*, maar doordat in Nederland niet de GAAR, maar het leerstuk van *fraus legis* geldt en deze in de praktijk niet doorwerkt naar verdragsmisbruik schiet de GAAR, c.q. *fraus legis* wat betreft effectiviteit te kort. Geconcludeerd wordt dan ook dat het de voorkeur verdient als door de wetgever wordt geëxpliciteerd dat het leerstuk ook doorwerkt naar verdragsmisbruik. Uit het onderzoek blijkt dat het leerstuk van misbruik van recht beter toetst op effectiviteit, maar dat het een aanzienlijk risico op overkill behelst. Beide antimisbruikbepalingen hebben de toets van eenvoud in de toepassing van de belastingplichtige, zoals altijd bij algemene antimisbruikbepalingen, goed doorstaan, maar gaan gepaard met zeer beperkte rechtszekerheid voor de belastingplichtige. In het onderzoek is aangetoond dat dit verbeterd kan worden door de GAAR, c.q. *fraus legis* te verankeren in artikel 31 AWR, waarmee tevens wordt bewerkstelligd dat de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling niet enkel is beperkt tot de vennootschapsbelasting. Verder blijkt uit het onderzoek dat het leerstuk van misbruik van recht zodanig complex is dat zelfs de wetgever niet precies weet wanneer sprake is van misbruik van recht, waardoor het leerstuk ten aanzien van de uitvoerbaarheidstoets voor de wetgever niet goed scoort. De GAAR, c.q. *fraus legis* aan de andere kant toetst beter op het gebied van uitvoerbaarheid voor de wetgever. Vervolgens blijkt uit het onderzoek dat beide antimisbruikbepalingen

in strikt financiële termen niet goed scoren, maar men kan zich afvragen in hoeverre dit relevant is. Immers als treaty shopping niet door iedere belasting heffende jurisdictie wordt bestreden zal altijd sprake zijn van behoorlijke kosten van jurisdicties die wel aan bestrijding doen. Maar is een coördinerend beleid tussen de OESO en de EU aan te bevelen, omdat nu door de diverse regelingen van beide organisaties niet meer duidelijk is hoe die moeten worden uitgelegd en wat nu precies de verschillen zijn. Met name bij de GAAR is het wenselijk als aansluiting wordt gezocht bij de PPT afkomstig van de OESO.

Al met al kan geconcludeerd worden dat vanuit de OESO en de EU een aantal antimisbruikbepalingen tot stand zijn gebracht die onder andere beogen om treaty shopping te bestrijden. Uit het onderzoek blijkt dat vooral de PPT opgenomen in het MLI en afkomstig van de OESO zeer goed in staat is om treaty shopping te bestrijden. Deze antimisbruikbepaling doorstaat de toets op vrijwel alle toetsingscriteria. Wat betreft de antimisbruikbepalingen afkomstig van de EU is het onderzoek minder positief. De GAAR uit de ATAD ontbreekt het aan slagkracht in Nederland, omdat de wetgever foutief heeft geoordeeld dat de GAAR niet geïmplementeerd hoeft te worden omdat ze de mening is toegedaan dat het leerstuk van *fraus legis* volstaat. Doordat het leerstuk van *fraus legis* blijkens de jurisprudentie nimmer heeft doorgewerkt in de verdragstoepassing, kan middels het leerstuk van *fraus legis* treaty shopping niet worden bestreden. Het leerstuk van misbruik van recht van het HvJ is wel in staat om treaty shopping te bestrijden, maar gaat gepaard met een aanzienlijk aantal manco's; het risico op overkill, geringe rechtszekerheid en zodanige complexiteit dat het leerstuk voor de wetgever zelfs zeer moeilijk is uit te voeren. Om het onderzoek af te sluiten is het aan te bevelen als de EU zich bij haar strijd tegen belastingontwijking uitdrukkelijk had aangesloten bij het BEPS-actieplan van de OESO. Meer specifiek is het wenselijk als bij de GAAR afkomstig van de EU aansluiting was gezocht bij de PPT afkomstig van de OESO, te meer omdat het uit onderzoek blijkt dat de PPT op vrijwel alle toetsingscriteria beter scoort. Ook zou het, meer in het algemeen, de slagkracht van antimisbruikbepalingen ten goede komen wanneer de OESO en de EU hun beleid zouden coördineren waarmee tevens duidelijkheid zou worden geschapen hoe antimisbruikbepalingen van beide instanties naast elkaar moeten worden uitgelegd en wat de verschillen zijn. Ik meen dan ook dat globalisatie, hetgeen ik beschouw als de belangrijkste oorzaak van treaty shopping, ook de oplossing behelst; alleen als wereldwijd intensief wordt samengewerkt en antimisbruikbepalingen op elkaar worden afgestemd kan treaty shopping daadwerkelijk worden uitgeroeid.

Literatuurlijst:

I. Boeken

Barents & Brinkhorst 2006.

R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht* (12^e druk), Deventer: Kluwer 2006.

Becker & Wurm 1988.

H. Becker & F.J. Wurm, *Treaty Shopping: An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries*, Deventer: Kluwer 1988.

Avi-Yonah 2009.

R.S. Avi-Yonah, 'Double Tax Treaties: An Introduction', In *Sauvant, K. P., & Sachs, L. E. (Eds.), The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford: Oxford University Press 2009.

De Broe 2008.

L. de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral series: 14, Amsterdam: IBFD 2008.*

De Graaf e.a. 2019.

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Geppaart 1973.

Ch. P.A. Geppaart *Over wetsontduiking in het belastingrecht*, Speculum Langemeijer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

Hessing e.a. 1989.

D.J. Hessing, H. Effers & J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking: Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989.

Hinnekens 1989.

L. Hinnekens, 'Treaty Shopping en anti-misbruikregels in België en elders' in *Actuele Problemen van Fiscaal Recht XV Postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1988-1989*, Deventer: Kluwer 1989.

Hinnekens 2005.

L. Hinnekens, 'When business grows global, taxes cannot remain local. Quo vadis fiscal principle of territoriality?', in: *A Tax Globalist, Essays in honour of Maarten J. Ellis*, Amsterdam: IBFD Publications 2005.

IJzerman 1991.

R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

Kavelaars 2007.

P. Kavelaars, 'Verdragsinterpretatie. Voetangels en klemmen', in: *L.J.A. Pieterse (red.), Velerlei gestalten. Opstellen aangeboden aan Arnold Linnewiel*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2007.

OESO 1987.

OESO. Committee on Fiscal Affairs, 'International Tax Avoidance and Evasion, Four related studies', Parijs: OECD Publications and Information Centre 1987.

Van Lookeren Campagne 1994.

H.L. van Lookeren Campagne, 'Verdragsontduiking, bestaat dat? Enige aantekeningen betreffende het leerstuk van verdragsontduiking', in *P.J. van Amersfoort e.a. (red.), Verburgbundel. Opstellen over vennootschap en belasting*, Deventer: Kluwer 1994.

Van Raad 2006.

Van Raad, *Teksten Internationaal & EG belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2005/2006.

Vanistendael 1997.

F. Vanistendael, 'Judicial interpretation and the role of anti-abuse provisions in tax law', in *Tax Avoidance and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD Publications 1997.

Van Weeghel 1998.

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

Vogel 1997.

K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Munich: Kluwer 1997.

II. Artikelen

Albert, *WFR* 2017/235.

P.G.H. Albert, 'De invloed van maatschappelijke opvattingen op het beroep van belastingadviseur', *WFR* 2017/235.

Albregtse, *WFR* 2016/8.

D.A. Albregtse, 'De Panama Papers: veel opschudding, maar weinig nieuws (onder de zon)!', *WFR* 2016/8.

Bender & Engelsens, *WFR* 2016/51.

T. Bender & F.A. Engelen, 'BEPS-Actie 6: De Maatregelen tegen Treaty Shopping — Bedreiging en Kans', *WFR* 2016/51.

Bradbury e.a. 2018.

D. Bradbury, T. Hanappi & A. Moore, 'Estimating the fiscal effects of abuse and profit shifting: data availability and analytical issues', *UNCTAD Special Issue On Investment and International Taxation vol. 25, no. 2*, 2018.

Damgaard e.a. 2019.

J. Damgaard, T. Elkjaer & N. Johannesen, 'The Rise of Phantom Investments: Empty corporate shells in tax havens undermine tax collection', *Finance & Development vol. 56, no. 3*, september 2019.

Davies 2004.

R.B. Davies, 'Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential versus Performance', *International tax and Public Finance* 11/2004, 775 – 802.

Debelva e.a. 2015.

F. Debelva, D. Scornos, J. van den Berhen & P. van Braband, 'LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?', *EC Tax Review* 2015, 3.

Debelva & Luts 2015.

F. Debelva & J. Luts, 'The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive', *European Taxation* 2015 (Volume 55), No. 6.

De Haan, *MBB* 2017/11-05.

P.M. de Haan, 'Fiscale constructies, transparantie en dingen die voorbijgaan — de parlementaire verhoren over belastingontwijking en -ontduiking', *MBB* 2017/11-05.

Dolan & Walsh Weil, *Taxes* 1995/73.

D.K. Dolan & M.F. Walsh Weil, 'Use of Holding Companies in International Tax Planning', *Taxes* 1995/73.

Essers, *WFR* 2003/1573.

P.H.J. Essers, 'De Nederlandse vennootschapsbelasting in Europees perspectief: Overzicht van het harmonisatieproces', *WFR* 2003/1573.

De Groot, *NLF* 2019/0597.

I. de Groot, 'Doorstroomvennootschappen; misbruik en fraude; 'uiteindelijk gerechtigde'', *NLF* 2019/0597

Happé, *THEMIS* 2017-5.

R.H. Happé, 'De fiscale wereld in transitie: van morele ont koppeling naar moreel kompas', *Rechtsgeleerdheid Magazijn THEMIS* 2017-5.

Hennevelt, *MBB* 2020/3.

M.T.M. Hennevelt, 'De Deense misbruikzaken en de deelnemingsvrijstelling: aanpassing geboden', *MBB* 2020/3.

Van Hulten & Korving, *WFR* 2019/129.

L.C. van Hulten & J.J.A.M. Korving, 'Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken', *WFR* 2019/129.

Kavelaars, *TFO* 2016/147.1

P. Kavelaars, 'Earningstripping, cfc, en enkele andere ontwikkelingen', *TFO* 2016/147.1.

Kavelaars, *TFO* 2018/159.1.

P. Kavelaars, 'Antimisbruikbepalingen in het MLI', *TFO* 2018/159.1.

Kavelaars, *TFO* 2019/161.3.

P. Kavelaars, 'Exitheffingen en antimisbruikbepaling onder ATAD 1', *TFO* 2019/161.3.

Kingson, *Columbia Law Review* 1981/81(6).

C.I. Kingson, 'The Coherence of International Taxation', *Columbia Law Review*, 1981/81(6).

Kok, *MBB* 2017/4.

Q.W.J.C.H. Kok, 'Het tegengaan van verdragsmisbruik onder het multilaterale instrument', *MBB* 2017/4.

Kok, *Ondernemingsrecht* 2013/25.

R. Kok, 'Belastingvermijding', *Ondernemingsrecht* 2013/25.

Kramer, *WFR* 1981/1357.

R.D. Kramer, 'Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen', *WFR* 1981/1357.

Marres, *NTFR* 2017/18.

O.C.R. Marres, 'De anti-ontgaansrichtlijn', *NTFR* 2017/18.

Merks, *MBB* 2006/09.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning (deel 1)', *MBB* 2006/09.

Merks, *MBB* 2006/10.

P.F.E.M. Merks, 'Belastingontduiking, -ontwijking en -planning (deel 2)', *MBB* 2006/10.

Owens 2005.

J. Owens, 'Abusive Tax Shelters: Weapons of Tax Destruction?', *Tax Analyst – Worldwide Tax Daily* 8 november 2005.

Panayi 2015.

C. HJI Panayi, 'The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law', *Bulletin for International Taxation* 2016 (Volume 70), No 1/2.

Passas 2005.

N. Passas, 'Lawful but awful: Legal corporate crimes', *The journal of socio-economics*, 34(6) (2005).

Pötgens & Hofland, *WFR* 2011/3.

F.P.G. Pötgens & D.A. Hofland, 'Antimisbruikbepalingen in het nieuwe belastingverdrag met Japan', *WFR* 2011/3.

Rasenberg, *WFR* 2017/93.

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

Rosenbloom 1983.

H.D. Rosenbloom, 'Tax Treaty Abuse: Problems and Issues', *15 Law and Policy in International Business* 1983.

Rosenbloom Intertax 1994.

D. Rosenbloom, 'Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy', *Intertax* 1994 (af. 22).

Sheppard 2005.

L.A. Sheppard, 'Offshore Investments: Don't Ask, Don't tell', *Tax Notes International*, 18 juli 2005.

Smit, V-N 2018/45.0

R.C. de Smit, 'Is de vermogensaftrek het ei van Columbus?', *V-N* 2018/45.0.

Snijders & van Elk, WFR 2018/211.

H.P.W. Snijders & M.A.C. van Elk, 'Wetsontduiking: 'Don't blame the player, blame the game'', *WFR* 2018/211.

Stevens, TFO 2017/150.4

S.A. Stevens, 'De toekomst van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2017/150.4.

Uckmar 1983.

V. Uckmar, 'Tax avoidance / tax evasion', *Cahiers de droit fiscal international, IFA* 1983 vol. LXVIIIa.

Van Weeghel, TFB 2002.

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

Van de Wetering, WFR 1994/492.

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

Verhaeren, WFR 2017/167.

C.E. Verhaeren, 'Het einde van belastingconstructies?', *WFR* 2017/167.

Wacker Tax Executive 1993/45.

R. Wacker, 'Anti-Treaty Shopping Restrictions in the New U.S.-Netherlands Tax Treaty', *Tax Executive*, 1993/45.

Wolf, WFR 2005/676.

R.A. Wolf: 'Het onderhavige wetsvoorstel past in de tendens om meer aandacht te besteden aan het weglekken van BTW als gevolg van fraude en ontwijking' in: 'Hoe hoort het eigenlijk als BTW-betaler?' *WFR* 2005/676.

Wurm Intertax 1992.

F.J. Wurm, 'Treaty shopping in the 1992 OECD Model Convention, *Intertax* 1992, p. 658-671 (afl. 12).

III. Kranten en overige media

Berentsen 2019a.

L. Berentsen, 'Europees Hof legt bom onder Nederland als fiscale vrijhaven', *Het Financieele Dagblad* 26 april 2019, geraadpleegd via: <https://fd.nl/economie-politiek/1298706/europees-hof-legt-bom-onder-nederland-als-fiscale-vrijhaven>.

Berentsen 2019b.

L. Berentsen, 'Rechters jagen brievenbusfirma's Europese Unie uit', *Het Financieele Dagblad* 3 mei 2019, geraadpleegd via: <https://fd.nl/achtergrond/1299116/europees-hof-jaagt-brievenbusfirma-s-de-eu-uit>.

Braaksma 2019.

J. Braaksma, 'Google liet in 2017 bijna €20 mrd aan royalty's door Nederland stromen', *Het Financieele Dagblad* 3 januari 2019, geraadpleegd via: <https://fd.nl/beurs/1284077/google-liet-in-2017-bijna-20-mrd-aan-royalty-s-door-nederland-stromen>.

Bilton 2016.

R. Bilton, 'Panama Papers: Mossack Fonseca leak reveals elite's tax havens', *BBC* 4 april 2016, geraadpleegd via: <https://www.bbc.com/news/world-35918844>.

Ebrahimi 2012.

H. Ebrahimi, 'Amazon, Google and Starbuck accused of being 'immoral'', *The Telegraph* 12 november 2012, geraadpleegd via: <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Ama-zon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>.

Friedman 1970.

M. Friedman, 'The social responsibility of business is to increase its profits', *The New York Times Magazine* 13 september 1970, geraadpleegd via: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.

De Graaf 1996.

P. de Graaf, 'Rijke Nederlanders wijken uit naar België voor het te laat is', *de Volkskrant* 7 september 1996, geraadpleegd via: <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/rijke-nederlanders-wijken-uit-naar-belgie-voor-het-te-laat-is~b782b171/>.

Haslehner & Kofler 2019.

W Haslehner & G. Kofler, 'Three observations on the Danish Beneficial Ownership Cases', *Kluwer International Tax Blog* 13 maart 2019, geraadpleegd via: http://kluwertaxblog.com/2019/03/13/three-observations-on-the-danish-beneficial-ownership-cases/?doing_wp_cron=1595073201.5270600318908691406250

Jonker 2020.

U. Jonker, 'Extra dividendbelasting vanwege veel grotere belastingontwijking', *Het Financieele Dagblad* 29 mei 2020, geraadpleegd via: <https://fd.nl/economie-politiek/1346336/extra-dividendbelasting-vanwege-veel-grotere-belastingontwijking>.

Roerink 2020.

R. Roerink, 'Nederland van het foute lijstje', *Het Financieele Dagblad* 20 januari 2020, geraadpleegd via: <https://fd.nl/beurs/1331525/nederland-van-het-foute-lijstje>.

Stevens 2017.

L. Stevens, 'Ook hier wordt bij fiscale wetgeving steeds meer 'framing' toegepast', *Het Financieele Dagblad* 9 oktober 2017, geraadpleegd via: <https://fd.nl/opinie/1221424/ook-hier-wordt-bij-fiscale-wetgeving-steeds-meer-framing-toegepast>.

IV. Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2000/01, 27 505, 1.

Kamerstukken II 2002/03, 28 259, 10.

Kamerstukken II 2010/11, 25 087, 7.

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 306, 6.

Kamerstukken II 2016/17, 25 087, 135.

Kamerstukken II 2016/17, 25 087, 148.

Kamerstukken II 2016/17, 34 566, 2, V-N 2016/53.3.

Kamerstukken II 2016/17, 34 566, 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34 788, 6.

Kamerstukken II 2018/19, 35 030, 3.

V. Overige stukken

Baerentzen e.a., *CPB Discussion Paper 2019*.

S.H. Baerentzen, A. Lejour & M. van 't Riet, 'Limitation of holding structures for intra-EU dividend: A blow to tax avoidance?', *CPB Discussion Paper* december 2019, geraadpleegd via:

<https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Discussion-Paper-406-Limitation-of-holding-structures-for-intra-EU-dividends.pdf>.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, DGB/2012/3715, *V-N* Vandaag 2012/34.7.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015, IZV/2015/657 M, geraadpleegd via:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/10/05/brief-based-erosion-profit-shifting>.

Brief van de Staatssecretaris van Financien van 29 mei 2020.

Brief van de Staatssecretaris van Financien van 29 mei 2020, 2020-0000091889, geraadpleegd via:

https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2020Z09809&did=2020D21201.

Fair Politics 2011.

Fair Politics, 'Belastingen; Fair Taxes', juni 2011, geraadpleegd via: <http://docplayer.nl/1350357-Belastingen-fair-taxes-juni-2011.html>.

Gravelle 2015.

J. G. Gravelle, 'Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion', *Congressional Research Service Report* januari 2015, geraadpleegd via: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf>.

Internetconsultatie 2018.

Internetconsultatie fiscaal verdragsbeleid en aanwijzing van laagbelastende staten, 25 september 2018, geraadpleegd via: https://www.internetconsultatie.nl/fiscaalverdragsbeleid_laagbelastendestaten.

Lee 2009.

K.G. Lee, 'Improper use of tax treaties', New York: UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters 2009.

Lejour & van 't Riet, CPB Policy Brief 2013/07.

A. Lejour & M. van 't Riet, 'Bilaterale belastingverdragen en buitenlandse investeringen', *CPB Policy Brief* 2013/07, geraadpleegd via:

<https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/cpb-policy-brief-2013-07-bilaterale-belastingverdragen-en-buitenlandse-investeringen.pdf>

Lejour e.a., CPB Policy Brief 2019.

A. Lejour, J. Möhlmann & M. van 't Riet, 'Doorsluisland NL doorgelicht', *CPB Policy Brief* januari 2019, geraadpleegd via:

<https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Policy-Brief-2019-01-Doorsluisland-NL-doorgelicht.pdf>

Persbericht Europese Commissie 2015.

Persbericht Europese Commissie van 19 november 2015, MEMO/15/6006.

Persbericht Ministerie van Financiën 2006.

Persbericht MinFin 2006-011, Den Haag, 17 februari 2006.

OESO 1998.

OESO, 'Harmful Tax Competition: *An Emerging Global Issue*', Parijs: 1998, geraadpleegd via:

<https://www.oecd.org/tax/harmful/1904176.pdf>.

OESO 2013.

OESO, 'Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting', OECD Publishing 2013, geraadpleegd via:

<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

'Publicatie BEPS-rapportsitem', *V-N Vandaag* 2015/2142.

'Bronbelasting op dividendstromen naar belastingparadijzen in 2024', *V-N Vandaag* 2020/1424.

VvB-Commissie 2016.

VvB-Commissie, 'Rapport 'Misbruik van recht', *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap* nr. 256 2016.

Yablon 2010.

J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

Jurisprudentie:

I. Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 28 januari 1986, nr. 270/63 (Avoir Fiscal).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 8 oktober 1987, nr. C-80/86 (Kolpinghuis Nijmegen).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 13 november 1990, nr. C-106/89 (Marleasing).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 14 december 2000, nr. C-110/99 (Emsland-Stärke).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 21 februari 2006, nr. C-255/02 (Halifax), *V-N* 2006/13.20.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 4 juli 2006, nr. C-212/04 (Adeneler).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 12 september 2006, nr. C-196/04 (Cadbury Schweppes).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 14 december 2006, nr. C-170/05 (Denkavit II).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 21 februari 2008, nr. C-425/06 (Part Service).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 27 november 2008, nr. C-418/07 (Papillon).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 december 2010, nr. C-103/09 (Weald Leasing).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 20 december 2017, C-504/16 (Deister Holding).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 31 mei 2018, nr. C-382/16 (Hornbach-Baumarkt).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, nr. C-115/16 (N Luxembourg 1), *NTR* 2019/990.

Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:134, m. nt. Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2019/14.10.

Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (T Danmark).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 26 februari 2019, nr. C-116/16 en nr. C-117/16 (concl. A-G Kokott) (T Danmark).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 24 september 2019, nr. T-760/15 en nr. T-636/16 (Starbucks).

Hof van Justitie van de Europese Unie, 15 juli 2020, nr. T-778/16 en nr. T-892/16 (Apple).

II. Hoge Raad

Hoge Raad, 21 november 1984, nr. 22092, LJN AC8603, *BNB 1985/32*.

Hoge Raad, 15 december 1993, nr. 29 296, *BNB 1994/259*.

Hoge Raad, 29 juni 1994, nr. 28 734, *BNB 1994/294*.

Hoge Raad, 15 maart 1995, nr. 29 531, *BNB 1995/150*.

Hoge Raad, 1 november 2000, nr. 35 398, *BNB 2001/19*.

Hoge Raad, 21 februari 2003, *BNB 2003/177*.

Hoge Raad, 12 mei 2006, nr. 39 223, *BNB 2007/36*.

Hoge Raad, 12 mei 2006, nr. 40 452, *V-N 2005/3.5*.

Hoge Raad, 12 mei 2006, nr. 40 453, *V-N 2005/3.5*.

Hoge Raad, 14 juli 2006, nr. 42 522, *BNB 2007/42* m.nt. S. van Weeghel.

Hoge Raad, 20 februari 2009, *BNB 2009/262*.

Hoge Raad, 13 maart 2009, nr. 43946, LJN BH5619, *BNB 2009/123*.

Hoge Raad, 1 maart 2013, *NTFR 2013/522*.

Hoge Raad, 21 april 2017, nr. 15/05278, *BNB 2017/162*.

III. Overig

Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 19 maart 1934, 69 F.2d 809, 810-11 (*Helvering v. Gregory*).

Wetsartikelen:

I. Verdrag betreffende de Europese Unie

Artikel 2 Verdrag betreffende de Europese Unie.

Artikel 3 Verdrag betreffende de Europese Unie.

Artikel 5 Verdrag betreffende de Europese Unie.

Artikel 14 Verdrag betreffende de Europese Unie.

II. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Artikel 113 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 107 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

III. Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Artikel 13ab Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Artikel 17 lid 3 onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Artikel 2d Uitvoeringsbeschikking Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

IV. Wet op de dividendbelasting 1965

Artikel 4 lid 3 onderdeel c Wet op de dividendbelasting 1965.

Artikel 5 Wet op de dividendbelasting 1965.

Artikel 1bis Uitvoeringsbeschikking Wet op de dividendbelasting 1965.

V. Overig

Paragraaf 33 van de Introductie op het Commentaar van het OESO-MV 2017.

Artikel 29 OESO-Modelverdrag 2017.

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

Commentaar op artikel 1 van het OESO-Modelverdrag 2017, paragraaf 3.

Artikel 3 paragraaf 3 Zwitserse federale wet terzake van juridische bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (IRSG, 20 maart 1981, reg.no. 351.1).

Artikel 6 lid 2 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

Artikel 6 lid 4 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

Artikel 7 lid 1 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

Artikel 7 lid 12 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting.

Artikel 1 Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

Artikel 6 Richtlijn 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.

Artikel 31 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Artikel 5 Richtlijn van de Raad van 3 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (2003/49/EC).